

**PRIMENA NAČELA
NEKAŽNJAVANJA IZBEGLICA
U PREKRŠAJNOM POSTUPKU**

Radmila Dragičević Dičić

Marija Vuković Stanković

Lena Petrović

Biblioteka
Ljudska prava
27

Biblioteka
Ljudska prava

PRIMENA NAČELA NEKAŽNJAVANJA IZBEGLICA
U PREKRŠAJNOM POSTUPKU

Izdavač
Beogradski centar za ljudska prava
Kneza Miloša 4, Beograd
Tel./fax: (011) 3085 328
e-mail: bgcentar@bgcentar.org.rs
www.bgcentar.org.rs

Za izdavača
dr Vesna Petrović

Autori
Radmila Dragičević Dičić
Marija Vuković Stanković
Lena Petrović

Lektor i korektor
Jasna Alibegović

Dizajn korica
Marina Milev

ISBN 978-86-7202-165-3

Tiraž
250 primeraka

Priprema i štampa
Dosije studio, Beograd

Slika na koricama
Mark Rotko, *Br. 8*, 1949, detalj

PRIMENA NAČELA
NEKAŽNJAVANJA IZBEGLICA U
PREKRŠAJNOM POSTUPKU

Beograd, 2016



Istraživanja i objavljivanje ovog priručnika omogućio je UNHCR.

Ovo nije publikacija UNHCR. UNHCR ne odgovara za njen sadržaj niti ga nužno podržava.

Svi izneti stavovi predstavljaju isključivo stavove autora ili izdavača i ne odražavaju nužno stavove UNHCR, Ujedinjenih nacija ili njenih država članica.

Sadržaj

Skraćenice.....	6
Međunarodni pravni izvori.....	7
Propisi Republike Srbije.....	8
Uvod.....	9
Primena međunarodnog prava.....	11
Osnovni pojmovi izbegličkog prava.....	12
Osnovna načela izbegličkog prava.....	14
Načelo zabrane proterivanja i vraćanja (<i>non-refoulement</i>).....	14
Načelo nekažnjavanja za nezakonit ulazak ili boravak.....	15
Primena načela nekažnjavanja u prekršajnom postupku.....	16
Pokretanje i vođenje prekršajnog postupka protiv stranca za nezakonit prelazak granice i nezakonit boravak.....	18
Utvrđivanje identiteta okrivljenog stranca.....	19
Mogućnost odbačaja zahteva u slučaju kada je strancu izdata potvrda o izraženoj nameri za traženje azila.....	20
Ocena opisa radnje izvršenja prekršaja.....	21
Pravo na pravično suđenje.....	21
Pravo na upotrebu jezika.....	22
Pravo na odbranu.....	23
Postupanje prema maloletnim strancima.....	24
Dokazivanje.....	24
Utvrđivanja osnova za primenu načela nekažnjavanja prema članu 8 Zakona o azilu.....	28
Direktna primena člana 31 Konvencije o statusu izbeglica.....	32
Sadržina sudske odluke.....	34

Skraćenice

Beogradski centar – Beogradski centar za ljudska prava

CAT – Komitet protiv mučenja (*Committee Against Torture*)

EKLJP – Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama

ESLJP – Evropski sud za ljudska prava

EU – Evropska unija

Konvencija o – Konvencija Ujedinjenih nacija o statusu izbeglica iz 1951. godine
statusu izbeglica

KZ – Krivični zakonik

MUP – Ministarstvo unutrašnjih poslova

Načelo nekažnjavanja – načelo nekažnjavanja tražilaca azila i izbeglica za nezakonit ulazak i boravak u Republici Srbiji

PU – Policijska uprava

RS – Republika Srbija

UN – Ujedinjene nacije

UNHCR – Visoki komesarijat Ujedinjenih nacija za izbeglice

Ustav – Ustav Republike Srbije

ZOA – Zakon o azilu

ZOP – Zakon o prekršajima

ZOUP – Zakon o opštem upravnom postupku

ZS – Zakon o strancima

ZKP – Zakonik o krivičnom postupku

Međunarodni pravni izvori

- Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 15/90 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 4/69 i 2/97.
- Konvencija Ujedinjenih nacija o statusu izbeglica iz 1951. godine, *Sl. list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 7/60.
- Konvencija Ujedinjenih nacija protiv mučenja i drugih surovih, nečovečnih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 9/91.
- Protokol o statusu izbeglica iz 1967, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, 15/67.

Savet Evrope

- Evropska konvencija za sprečavanje mučenja, nečovečnih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, 9/03.
- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, 9/03.
- Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, *Sl. glasnik RS*, 19/09.

Propisi Republike Srbije

- Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS*, 85/05, 88/05 – ispr, 107/05 – ispr, 72/09, 111/09, 121/12 i 104/13.
- Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 83/06.
- Zakon o azilu, *Sl. glasnik RS*, 109/07.
- Zakonik o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 72/11, 101/11, 121/12, 32/2013, 45/13 i 55/14.
- Zakon o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika, *Sl. glasnik RS*, 85/05.
- Zakon o prekršajima, *Sl. glasnik RS*, 101/05, 116/08 i 111/09.
- Zakon o strancima, *Sl. glasnik RS*, 97/08.
- Zakon o zaštiti državne granice, *Sl. glasnik RS*, 97/08 i 20/15 – dr. zakon.

Uvod

Konvencija UN o statusu izbeglica iz 1951. godine, koju je Srbija ratifikovala zajedno sa pratećim Protokolom iz 1967. godine predstavlja napor međunarodne zajednice da obezbedi osnovna ljudska prava i slobode, međunarodnu solidarnost i težnju ka sagledavanju svih humanitarnih i socijalnih problema izbeglica. Od početka primene Zakona o azilu 2008. godine Srbija je preuzela punu jurisdikciju nad zaštitom izbeglica koje se nađu na njenoj teritoriji.¹

Broj stranaca koji su u Srbiji izrazili nameru da traže azil neprekidno je rastao od stupanja na snagu Zakona o azilu. Sa razvojem izbegličke krize, koja je dostigla vrhunac tokom 2015. godine, ukupno 606.280 osoba izrazilo je nameru da traže azil u Srbiji. Ipak, zbog nedovoljne razvijenosti sistema azila, kao i stvarne želje izbeglica da ostanu u Srbiji, veoma mali broj stranaca je dobio azil u Srbiji i odlučio da tu trajno ostane.² Stranci koji zašlužuju međunarodnu zaštitu često se kreću u okviru mešovitog migracijskog toka, odnosno sa osobama koje su svoje zemlje napustile vođene najrazličitijim razlozima. Imajući u vidu da se među strancima koji borave ili samo prolaze kroz Srbiju mogu naći ljudi u potrebi za međunarodnom zaštitom postupajući organi moraju biti u mogućnosti da naprave razliku između „običnog” migranta i onog stranca koga štite norme, odnosno osnovna načela izbegličkog prava. Jedno od tih načela je i načelo nekažnjavanja izbeglica za nezakonit ulazak ili boravak koje se primenjuje u prekršajnom postupku. Uloga prekršajnih sudova u tom procesu veoma je delikatna. Sa jedne strane, na prekršajnim sudovima je da obezbede zaštitu državne granice i teritorije Republike Srbije, a sa druge strane da zaštite prava osoba koje ispunjavaju uslove za priznanje statusa izbeglica u skladu sa međunarodnim i domaćim propisima. Da bi se zadatak postavljen pred prekršajne sudove obavio na zakonit način neophodno je ne samo poznavanje nego i pravilno tumačenje i povezivanje određenih propisa radi popunjavanja njihove nedorečenosti prilikom ocene da li će se protiv stranca prekršajni postupak zbog nezakonitog ulaska ili boravka u Srbiji pokrenuti, na koji način će se voditi i kako okončati.

Prekršajni sudovi su upravo nakon ratifikovanja Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, u cilju poštovanja načela nezavisnosti sudstva i postali deo redovnog sudskog sistema, odnosno deo sudske vlasti. Njihova uloga u obezbeđivanju svih garancija nezavisnog sudstva, a time i pravičnog suđenja je velika. Posebno dolazi do značaja u predmetima kroz koje se obezbeđuje poštovanje osnovnih ljudskih prava, koja se tiču i prava na život, slobodu, dostojanstvo, porodicu, dom, sigurno detinjstvo. Sva ta prava su garantovana i izbeglicama, a njihovo poštovanje se često dovodi u pitanje zbog nespremnosti međunarodne zajednice da pruži efikasnu zaštitu i garancije sve većem broju izbeglica iz ratom zahvaćenih područja. Nepoštovanje načela nekažnjavanja izbeglica, kao i prava na pravično suđenje u prekršajnom postupku, može dovesti do kršenja gore navedenih osnovnih prava čoveka. S toga, predmeti u kojima su počinioci prekršaja izbeglice ne mogu biti tretirani kao svaki drugi predmet. Oni zaslužuju posebnu pažnju, posvećenost, pravičnost, pa i ljudskost svakog sudije. Kao takvi predstavljaju i svojevrsan izazov za sudije.

Kako je u poslednjih nekoliko godina došlo do povećanog broja predmeta u kojima su okrivljena lica izbeglice, izvršena je analiza odluka prekršajnih sudova u Srbiji iz 2012, 2014. i

1 Do početka primene Zakona o azilu, UNHCR je pružao zaštitu izbeglicama na teritoriji Republike Srbije i organizovao njihovo preseljenje.

2 Od 2008. do kraja marta 2016. godine usvojen je 61 zahtev za azil.

2015. godine. Utvrđeno je da sudovi u većini predmeta ne prepoznaju da je okrivljeni izbeglica te sledstveno tome ne primenjuju načelo nekažnjavanja izbeglica i tražilaca azila za nezakoniti ulazak ili boravak u Srbiji niti se strancima u svakom postupku obezbeđuje pravično suđenje. Nedostatke u postupanju prekršajnih sudova primetio je i Komitet UN protiv mučenja u svojim zaključnim observacijama iz maja 2015. godine ukazavši na to da se veliki broj potencijalnih tražilaca azila kažnjava zbog nezakonitog boravka u Srbiji u prekršajnim postupcima u kojima ne uživaju pravo na besplatnu pravnu pomoć, niti im je posredstvom prevodilaca data informacija o mogućnosti da traže azil u Srbiji, kao i informacija o riziku od proterivanja.³ Ovakvo postupanje prekršajnih sudova ne može se opravdati time da su sudije preopterećene velikim brojem predmeta u kojima primenjuju raznovrsne propise, da se izbegličkom pravu ne poklanja veća pažnja u okviru formalnog obrazovanja, da prevodioci za određene jezike nisu uvek dostupni. U 2015. godini 15.710 stranaca je kažnjeno zbog nezakonitog ulaska i boravka u Republici Srbiji.⁴

Kako bi se pružila podrška sudijama prekršajnih sudova u primeni načela izbegličkog prava, Beogradski centar za ljudska prava je uz saradnju sa Pravosudnom akademijom i uz pomoć sredstava UNHCR, tokom 2014. i 2015. godine organizovao 14 seminara za sudije. Između ostalog, na seminarima su sudije imale mogućnost da o svojim stavovima i dilemama diskutuju sa svojim kolegama, kao i sa predstavnicima UNHCR i Republičkog javnog pravobranilaštva. Tokom diskusija iskristalisala su se određena pitanja i nedoumice koje sudije imaju prilikom postupanja prema strancima koji mogu biti *prima facie* izbeglice i na koje se mogu odnositi neka od načela izbegličkog prava.

Kroz analizu prakse i kroz dijalog sa sudijama prepoznata je potreba za izradom ovog priručnika kako bi se u jednom dokumentu saželo sve ono što je važno za pravilno i zakonito vođenje prekršajnog postupka prema strancima u potrebi za međunarodnom zaštitom.

Svrha ovog priručnika jeste upravo da pruži sudijama odgovore na brojne nedoumice kada je u pitanju vođenje prekršajnog postupka zbog nezakonitog ulaska ili boravka stranca u Srbiji, kao i da im približi i olakša primenu načela nekažnjavanja tražilaca azila i izbeglica, te tako doprinese i ujednačavanju raznolike sudske prakse. Nejednako postupanje sudova u Srbiji već je bilo predmet razmatranja pred ESLJP.⁵

Autori priručnika su Radmila Dragičević Dičić, sudija Vrhovnog kasacionog suda, Marija Vuković Stanković, sudija Prekršajnog apelacionog suda i Lena Petrović, pravnik Beogradskog centra za ljudska prava. Autori se nadaju da će priručnik koristiti i drugim pravnim praktičarima koji se bave zaštitom prava osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom, kao i javnim tužiocima i službenicima policije u postupanju prema strancima.

3 „Concluding observations on the second periodic report of the Republic of Serbia”, Komitet UN protiv mučenja, CAT/C/SR.1322 i CAT/C/SR.1323 od 12. maja 2015, dostupno na http://www.azil.rs/doc/CAT_C_SRB_CO_2_20491_E.pdf.

4 Ovaj podatak dobijen je na osnovu zahteva za pristup informacijama od javnog značaja i obuhvata statistike svih prekršajnih sudova u Srbiji osim prekršajnog suda u Vranju za drugu polovinu 2015. godine.

5 Vidi *Živić protiv Srbije*, predstavka br. 37204/08, presuda od 13. septembra 2011. godine; *Vinčić i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 44698/06 i dr, presuda od 1. decembra 2009. godine i *Rakić i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 47460/07, presuda od 5. oktobra 2010. godine.

Primena međunarodnog prava

Osnovna načela izbegličkog prava i prava na pravično suđenje sadržana u domaćim propisima garantovana su i ratifikovanim međunarodnim ugovorima, te je neophodno ukazati na odredbe Ustava, koje predviđaju moguću direktnu primenu međunarodnih konvencija.

Član 16 Ustava RS:

Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.

Član 145, stav 2 Ustava RS propisuje:

Sudske odluke zasnivaju se na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona.

Tumačenje ovih odredbi Ustava od značaja je za sudije koje se u svom radu suočavaju sa potrebom direktne primene potvrđenih međunarodnih ugovora, odnosno konvencija. Iz ovih odredbi, a i kako je to prihvaćeno u teoriji prava i sudskoj praksi, sudovi su ovlašćeni i dužni da obezbede direktnu primenu i poštovanje međunarodnih konvencija. Potpuno je nebitna forma primene konvencija, odnosno pitanje da li se sudovi na iste pozivaju već u izreci svojih odluka ili pak u obrazloženju. Bitna je suština, odnosno vidljivost primene u odluci suda, a koja svakako mora biti vidljiva u obrazloženju odluke. U praksi redovnih sudova postalo je uobičajeno da se oni u obrazloženju svojih odluka pozivaju na EKLJP ili na odluke Evropskog suda za ljudska prava.

Ratifikovane međunarodne konvencije imaju snagu zakona i predstavljaju direktan izvor prava.

Za potrebe ovog priručnika od značaja je Konvencija UN o statusu izbeglica iz 1951. sa Protokolom iz 1967. Upravo je ova konvencija i osnov za donošenje Zakona o azilu RS, kroz koji se i obezbeđuje njena primena i poštovanje. Međutim, sve ono što nije regulisano našim zakonom ili pak ono što je sporno, tumačiće se direktnom primenom Konvencije i u skladu sa stavovima Visokog komesarijata UN za izbeglice (UNHCR), agencije UN koja je specijalizovana za zaštitu izbeglica i čiji je mandat obezbeđenje poštovanja Konvencije u državama potpisnicama.

Svaka država potpisnica međunarodne konvencije, na sebe preuzima obavezu njenog poštovanja i sprovođenja. Država to obezbeđuje kroz različite državne organe. U slučaju Konvencije o statusu izbeglica, odnosno načela nekažnjavanja, to su pre svega policija i prekršajni sudovi.

Osnovni pojmovi izbegličkog prava

Migrant je generički pojam koji označava svaku osobu koja boravi u stranoj zemlji nezavisno od razloga, dobrovoljnosti i zakonitosti boravka. Izbegličko pravo ne štiti sve migrante ali to ne znači da migranti ne uživaju druga prava koja garantuju norme međunarodnog prava ljudskih prava. Član 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama propisuje da države ugovornice jemče svim ljudima pod svojom jurisdikcijom prava i slobode koje garantuje Konvencija.

Izbegličko pravo dodatno štiti samo one strance kojima je potrebna međunarodna zaštita i koji je zaslužuju.

Prema Konvenciji o statusu izbeglica, **izbeglica** je osoba koja se, zbog opravdanog straha od progona zbog svoje rase, vere, jezika, nacionalne pripadnosti ili pripadnosti nekoj društvenoj grupi ili zbog svojih političkih uverenja, ne nalazi u zemlji čije ima državljanstvo i nije u mogućnosti ili zbog straha ne želi da se stavi pod zaštitu svoje države. Izbeglica je i osoba bez državljanstva koja se nalazi izvan države svog prethodnog stalnog boravka i zbog napred opisanog straha ne želi da se vrati u tu državu.⁶

U svakodnevnoj upotrebi, međutim, ovaj termin ima šire značenje i odnosi se na svakog ko beži iz svoje zemlje u potrazi za slobodom i bezbednim mestom. Izbegličko pravo predviđa nekoliko oblika zaštite i različite termine kojima se označava stranac koji ima pravo na međunarodnu zaštitu.

Stranac postaje izbeglica, momentom napuštanja zemlje porekla a ne u trenutku kada mu neka država svojom odlukom prizna takav status. Odluka države o priznanju statusa je samo deklarativne prirode, te shodno tome, stranca koji beži od progona štiti međunarodno izbegličko pravo nezavisno od toga kakav je njegov pravni status u određenoj državi.⁷

Prema Ustavu Republike Srbije, stranac koji osnovano strahuje od progona zbog svoje rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili pripadnosti nekoj grupi ili zbog svojih političkih uverenja, ima pravo na utočište u Republici Srbiji (član 57). Postupak sticanja utočišta uređen je Zakonom o azilu.⁸ Dakle, prema unutrašnjem pravu Srbije termin utočište odgovara izbegličkom statusu.

Pored izbegličkog statusa, odnosno utočišta, mnoge države uključujući i Srbiju, garantuju i druge vrste međunarodne zaštite koje predstavljaju dopunu izbegličke zaštite.⁹ Tako Zakon o azilu predviđa **supsidijarnu zaštitu** kao oblik zaštite koji Srbija odobrava strancu koji bi u slučaju povratka u državu porekla bio izložen mučenju, nečovečnom i ponižavajućem postupanju, ili bi njegov život, sloboda ili bezbednost bili ugroženi nasiljem opštih razmera koje je izazvano spoljnom agresijom ili unutrašnjim oružanim sukobima ili masovnim kršenjem ljudskih prava. Takođe, Zakon o azilu propisuje da u slučaju masovnog egzodusa stranaca, kada ne postoji mogućnost sprovođenja individualnog postupka azila, strancima može biti odobrena

6 Član 1(A)2 Konvencije o statusu izbeglica.

7 „Priručnik o postupku i kriterijumima za utvrđivanje izbegličkog statusa” (*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*), UNHCR, 1979, dopunjeno 1992, para. 28; vidi i: Guy S. Goodwin – Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2011, str. 51.

8 Član 2, stav 1, tačka 6 Zakona o azilu sadrži gotovo istovetnu definiciju izbeglice kao i Konvencija o statusu izbeglica.

9 „Conclusion on the Provision of International Protection Including Through Complementary Forms of Protection”, Izvršni komitet UNHCR, br. 103 (LVI) 2005, 7. oktobar 2005.

privremena zaštita o čemu odluku donosi Vlada. Privremena zaštita je izuzetna mera i može trajati najduže godinu dana, uz mogućnost produžavanja, ukoliko razlozi za privremenu zaštitu i dalje postoje.¹⁰

Da bi se neko uopšte kvalifikovao za međunarodnu zaštitu potrebno je da je osoba prešla međunarodnu granicu, da se razlozi njenog odlaska iz države porekla mogu dovesti u vezu sa oružanim sukobima, kršenjem ljudskih prava, međunarodnog humanitarnog prava i da toj osobi pretili nasilje ili rizik od nasilja u slučaju povratka u državu porekla. Ipak, nije uvek lako ustanoviti kom strancu je potrebna međunarodna zaštita i iz tog razloga države potpisnice Konvencije o statusu izbeglica, uključujući i Srbiju, sprovode posebne postupke azila u kojima se utvrđuje osnovanost zahteva za azil. Oni koji migriraju, motivisani čisto ekonomskim razlozima, ličnim pogodnostima ili radi vršenja krivičnog dela, izuzeti su od međunarodne zaštite.

Moguće je, međutim, da stranac ne napusti zemlju porekla zbog osnovanog straha od progona ili masovnog kršenja ljudskih prava, već iz drugih razloga koji se ne mogu podvesti pod definiciju izbeglice (npr. radi školovanja), a da se kasnije, nakon nekog vremena provedenog u stranoj državi taj stranac ipak kvalifikuje za izbeglički status ili neki drugi oblik zaštite. To se može dogoditi kada dođe do fundamentalnih promena u njegovoj zemlji porekla usled čega ona više nije sigurna za njega¹¹ i/ili usled njegovih aktivnosti u stranoj državi (npr. političke aktivnosti, kritika vladajuće stranke i dr.) koje bi ga izložile riziku od progona u slučaju povratka u državu porekla. Takav izbeglica naziva se **sur place izbeglica**.¹²

U svetlu najveće izbegličke krize nakon Drugog svetskog rata, UNHCR je 2015. godine usvojio termin **osoba za koju se razumno može pretpostaviti da je u potrebi za međunarodnom zaštiom**. Naime, radi se o osobi koja dolazi iz države koja, prema izveštajima i preporukama UNHCR, generiše *prima facie* izbeglice (Sirija, Irak, Avganistan, Sudan, Libija, Eritreja, Somalija itd.), i koja se nalazi na teritoriji strane države ali koja ne želi da traži azil u zemlji u kojoj se nalazi već ima nameru da ode u drugu zemlju za koju veruje da će joj pružiti utočište.¹³ Ta namera može biti podstaknuta različitim razlozima: nedostatak poverenja u postupak azila i standarde zaštite izbeglica zemlje u kojoj se nalazi, želja za spajanjem sa članovima porodice koji se nalaze u drugoj državi, percepcija da druga država pruža efikasniju zaštitu izbeglicama i bolje izgleda za integraciju u društvo. Stav UNHCR je da prema ovim licima države potpisnice Konvencije o statusu izbeglica treba da postupaju humano i da ih tretiraju kao da su izbeglice.

Prema Zakonu o azilu, **tražilac azila** je stranac koji je podneo zahtev za azil u Srbiji. Zakon o azilu, međutim, imajući u vidu da Konvencija o statusu izbeglica štiti izbeglice u momentu napuštanja njihove zemlje porekla u kojoj strahuju od progona, sva prava tražilaca azila priznaje i strancu koji je samo izrazio nameru da traži azil pred ovlašćenim službenikom Ministarstva unutrašnjih poslova. Dakle, tražilac azila jeste stranka u posebnom upravnom postupku u kome se utvrđuje osnovanost zahteva za azil. Kancelarija za azil je specijalizovani organ u okviru Uprave granične policije koji vodi prvostepeni postupak azila i odlučuje o osnovanosti zahteva za azil.

U grubim crtama, najlakše je ustanoviti razliku između izbeglice i drugih migranata ako razmotrimo da li će ta osoba biti bezbedna ako se vrati u svoju zemlju porekla. Ukoliko je odgovor negativan, svakako je reč o strancu koga štite norme izbegličkog prava.

Za potrebe ovog priručnika biće korišćen pojam izbeglica kao termin koji se odnosi na sve kategorije stranaca koji uživaju međunarodnu zaštitu i na koje se primenjuje načelo nekažnjavanja za nezakonit ulazak ili boravak u RS, nezavisno od njihovog pravnog statusa.

10 Član 36 ZOA.

11 Nekolicini stranaca iz Libije, koji su u Srbiju došli radi školovanja, odobren je u 2015. godini zahtev za azil i dodeljena supsidijarna zaštita jer je tokom njihovog boravka u Srbiji počeo građanski rat u Libiji.

12 „Refugee Status Determination – Identifying Who is a Refugee”, UNHCR, 1 septembar 2005, para. 2.3.3. dostupno na: <http://www.unhcr.org/4d944d5b9.pdf>

13 „Policy on UNHCR’s role in relation to persons who are likely to be refugees who do not apply for asylum in the country in which they are present”, UNHCR/HCP/2015/3, 20. maj 2015. godine.

Osnovna načela izbegličkog prava

Konvencija o statusu izbeglica i Zakon o azilu predviđaju brojna načela u skladu sa kojima se ovi dokumenti tumače i koja bi trebala da obezbede zaštitu izbeglica. Tako Zakon o azilu propisuje načelo zabrane proterivanja i vraćanja, zabrane diskriminacije, nekažnjavanja za nezakonit ulazak ili boravak, jedinstva porodice, informisanja i pravne pomoći, besplatnog prevođenja, slobodnog pristupa UNHCR, lične dostave i neposrednosti, rodne ravnopravnosti, brige o licima sa posebnim potrebama, zastupanja maloletnika bez pratnje i poslovno nesposobnih lica i načelo poverljivost.¹⁴

Predmet ovog priručnika su samo načelo zabrane proterivanja i vraćanja i načelo nekažnjavanja za nezakonit ulazak ili boravak imajući u vidu da se njihova primena obezbeđuje u prekršajnom postupku. Ta načela štite izbeglice nezavisno od toga da li im je država zvanično odobrila neki oblik međunarodne zaštite jer neko postaje izbeglica čim faktički ispuni kriterijume koje predviđa Konvencija o statusu izbeglica, odnosno Zakon o azilu, a ne zbog toga što ga neka država zvaničnom odlukom prizna kao izbeglicu.¹⁵ Dakle, obaveza država da štiti izbeglice primenom napred navedenih načela nastaje samim prisustvom izbeglice na njihovoj teritoriji i nezavisno od formalnog priznanja izbegličkog statusa.¹⁶ Iz tog razloga, ova načela primenjuju se i na tražioce azila i na osobe za koje se razumno može pretpostaviti da imaju potrebu za međunarodnom zaštitom.

Načelo zabrane proterivanja i vraćanja (*non-refoulement*)

Zabrana proterivanja (*non-refoulement*) podrazumeva to da nijedna država ne sme udaljiti izbeglicu u državu u kojoj joj pretili progon ili stvarna opasnost od ozbiljnog kršenja ljudskih prava ili od daljeg udaljenja u treću državu gde bi izbeglica bio izložen takvim pretnjama i u kojoj postoji rizik od vraćanja u njegovu državu porekla (lančani *refoulement*). Ovo načelo propisuje član 33 Konvencije o statusu izbeglica, član 6 Zakona o azilu, kao i član 47 Zakona o strancima i ne sme se derogirati.¹⁷

Zabrana proterivanja se ipak ne primenjuje na strance koji predstavljaju opasnost po javni poredak ili koji su pravnosnažnom presudom osuđeni za teško krivično delo.¹⁸ Međutim, nezavisno od tog ograničenja, nijedno lice ne sme biti proterano ili protiv svoje volje vraćeno na teritoriju države gde postoji rizik da će biti podvrgnuto mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.¹⁹

14 Članovi 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 i 18 ZOA.

15 „Priručnik i vodič o postupcima i kriterijumima za određenje statusa izbeglice prema Konvenciji o statusu izbeglica iz 1951. i Protokolu iz 1967”, (*Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*), HCR/1P/4/ENG/REV.3, UNHCR, decembar 2015, para 28, dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html>.

16 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, str. 171–173.

17 Vidi „Migration and International Human Rights Law, Practitioners Guide No. 6”, International Commission of Jurists, Geneva 2011, str. 96–98.

18 Član 32 Konvencije o statusu izbeglica; član 6, stav 2 Zakona o azilu i član 47, stav 2 Zakona o strancima.

19 Član 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima i član 6, stav 3 Zakona o azilu. Vidi npr. *Shahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 22414/93, presuda od 15. novembra 1996. i *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 14038/88, presuda od 7. jula 1989. godine.

Do kršenja načela *non-refoulement* može doći u slučaju određivanja zaštitne mere udaljenja stranca ali i u slučaju neformalnog vraćanja stranaca sa granice (*push-back*), ukoliko im se prethodno ne omogući pristup postupku azila. Dakle, izbeglice bi trebalo da imaju pravo da pristupe teritoriji država i sledstveno tome postupku azila i njihovo udaljenje može se sprovesti jedino u skladu sa opštim pravilima udaljenja izbeglica uz odgovarajuće procesne garancije.²⁰

Načelo nekažnjavanja za nezakoniti ulazak ili boravak

Načelo nekažnjavanja tražilaca azila za nezakoniti ulazak ili boravak propisuje član 31 Konvencije o statusu izbeglica, kao i član 8 Zakona o azilu prema kojima se isključuje postojanje prekršaja zbog bespravnog ulaska ili boravka u Republici Srbiji pod određenim uslovima.²¹ Takođe, član 2, stav 1, tačke 1 i 3 Zakona o strancima predviđa da se taj zakon ne primenjuje na strance koji su podneli zahtev za azil, kojima je azil dat, kao i na strance koji su stekli izbeglički status.

Ovakav svojevrsni imunitet priznaje se izbeglicama iz razloga što oni, zbog okolnosti u kojima napuštaju svoje zemlje, kao što su progon, rat ili ozbiljno kršenje ljudskih prava,²² nisu u mogućnosti da ispune uslove za zakonit ulazak u određenu zemlju.

Načelo nekažnjavanja primeniće se prema izbeglici koji preduzme razumne mere da se javi organima vlasti, da to uradi u razumnom roku i da pokaže da je prekršio imigracione propise u cilju pronalaženja međunarodne zaštite.²³ Sa druge strane, ispunjenost dužnosti javljanja organima vlasti, kao uslov za primenu člana 31 Konvencije o statusu izbeglica, može se dovesti u pitanje ukoliko stranac izjavi da traži azil tek nakon što je uhapšen i priveden jer se u tom slučaju njegova želja da traži azil ne može smatrati aktom njegove slobode volje. S toga je u takvom slučaju neophodno da su okolnosti pod kojima je izbeglica uhapšen bile takve da se od izbeglice moglo razumno očekivati da traži međunarodnu zaštitu.²⁴ Drugim rečima, ukoliko policija uhapsi stranca koji je na neregularan način ušao u Srbiju, a ne obavi razgovor sa njim uz pomoć prevodioca niti mu omogući da izrazi nameru da traži azil u Srbiji, načelo nekažnjavanja će štiti izbeglicu od kažnjavanja za nezakoniti ulazak ili boravak.

Ne postoji striktna dužnost izbeglica da se odmah po ulasku na teritoriju neke države predstave vlastima. Ta dužnost predstavlja pravni standard koji treba tumačiti posebno u svakom pojedinačnom slučaju. Šire tumačenje ove dužnosti primenjuje se posebno u slučaju kada postoji jezička ili kulturološka barijera između izbeglica i vlasti neke zemlje, kada izbeglice nisu sigurne na koji način treba da traže azil jer ne poznaju unutrašnje propise, ili su preživele teške traume.²⁵

20 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, str. 316.

21 Član 31 Konvencije o statusu izbeglica predviđa da države ugovornice neće primenjivati kaznene sankcije, zbog bespravnog ulaska ili boravka, na izbeglice koje, dolazeći direktno sa teritorije gde su njihov život ili sloboda bili u opasnosti, ulaze ili se nalaze na teritoriji bez ovlašćenja, pod rezervom da se odmah prijave vlastima i izlože im razloge, priznate kao valjane, svog bespravnog ulaska ili prisustva. Član 8 Zakona o azilu predviđa da lice koje traži azil neće biti kažnjeno za nezakonit ulazak ili boravak u Republici Srbiji, pod uslovom da bez odlaganja podnese zahtev za dobijanje azila i da pruži valjano obrazloženje za svoj nezakonit ulazak ili boravak.

22 Primera radi, jedan Kurd iz Iraka, koji je bio politički aktivan i imao visoku funkciju u Demokratskoj partiji Kurdistanu, naveo je na saslušanju u postupku azila u Srbiji da nije mogao da napusti Kurdistan legalno bez dozvole partije. Ukoliko bi to učinio mogao je biti lišen slobode, mučen i ubijen.

23 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, str. 388–389.

24 *Ibid.*, str. 391.

25 „UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers”, UNHCR, februar 1999, para. 4, dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3c2b3f844.html>.

Načelo nekažnjavanja štiti stranca od momenta napuštanja svoje zemlje porekla sve dok se u postupku azila pravnosnažnom odlukom ne utvrdi da je njegov zahtev za azil neosnovan.²⁶

Primena načela nekažnjavanja u prekršajnom postupku

Pre nego što se upustimo u detaljniju analizu odredbi o nekažnjavanju izbeglica u prekršajnom postupku ukazaćemo na to šta u teoriji prava znači princip nekažnjavanja i koji su dometi njegove primene.

Princip nekažnjavanja u prekršajnom pravu mora se tumačiti na isti način kao i u krivičnom pravu, odnosno kod tumačenja postojanja krivičnog dela, odnosno prekršaja.

Član 2 Zakona o prekršajima definiše pojam prekršaja:

Prekršaj je protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija.

Instituti nužne odbrane, krajnje nužde, sile i pretnje, definisani su u članovima 13, 14 i 15 Zakona o prekršajima i predviđaju osnove koji isključuju postojanje prekršaja. Već kod ovih instituta se utvrđuju pretpostavke za primenu principa nekažnjavanja. Ovo može predstavljati interesantno teoretsko pitanje kod tumačenja sile, pretnje, krajnje nužde u situaciji kada se izbeglice nalaze u iznuđenoj situaciji zbog okolnosti vezanih za napuštanje zemlje porekla.

U međunarodnom pravu već je i u drugim oblastima zaštite određenih ugroženih grupacija ljudi prepoznat princip nekažnjavanja, koji se i poziva na napred navedene institute. Na primer, to je učinjeno u Konvenciji Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, kojom se takođe ukazuje da se žrtve trgovine ljudima neće kazniti za krivična dela ili prekršaje koje učine u situaciji koja je direktna posledica njihovog statusa žrtve trgovine ljudima. Isto tumačenje načela nekažnjavanja ustanovljeno je i za potrebe zaštite žrtava trgovine ljudima, da se krivični postupak neće pokretati, a ako je već pokrenut da će se okončati oslobađajućom odlukom.

Međutim, u konkretnom slučaju, kada govorimo o izbeglicama, načelo nekažnjavanja direktno proističe iz drugih zakona, odnosno Konvencije o statusu izbeglica i ZOA, koji isključuju postojanje prekršaja.

Član 31 Konvencije o statusu izbeglica propisuje:

Države ugovornice neće primenjivati kaznene sankcije, zbog bespravnog ulaska ili boravka, na izbeglice koje, dolazeći direktno sa teritorije gde su njihov život ili sloboda bili u opasnosti, ulaze ili se nalaze na teritoriji bez ovlašćenja, pod rezervom da se odmah prijavile vlastima i izlože im razloge, priznate kao valjane, svog bespravnog ulaska ili prisustva.

Član 8 Zakona o azilu predviđa:

Lice koje traži azil neće biti kažnjeno za nezakonit ulazak ili boravak u Republici Srbiji, pod uslovom da bez odlaganja podnese zahtev za dobijanje azila i da pruži valjano obrazloženje za svoj nezakonit ulazak ili boravak.

Čitanjem ovih odredbi uočavamo da se u njima navodi „neće primenjivati kaznene sankcije na izbeglice”, odnosno „lice koje traži azil neće biti kažnjeno”, što bi se moglo tumačiti tako da se ne osporava postojanje prekršaja, ali se lica, odnosno izbeglice ne kažnjavaju. Ovo ne bi bilo pravilno tumačenje s obzirom da član 44 Zakona o prekršajima predviđa mogućnost kada sud učinioca može osloboditi od kazne iako ga prethodno oglasi odgovornim za prekršaj.²⁷

26 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, str. 389.

27 Sud može učinioca prekršaja oglasiti odgovornim i osloboditi od kazne u slučaju prekoračenja granica krajnje nužde i nužne odbrane (član 13, stav 3 i član 14, stav 3 Zakona o prekršajima). Sud može osloboditi od kazne i učinioca prekršaja za koji je propisana novčana kazna ako posle izvršenog prekršaja, a pre nego što je saznao da je okrivljen, otkloni posledice dela ili nadoknadi štetu prouzrokovanu prekršajem. Sud

Član 31 Konvencije o statusu izbeglica i član 8 Zakona o azilu zapravo isključuju postojanje prekršaja, a bez krivičnog dela, odnosno prekršaja nema ni kazne.

Stoga se princip nekažnjavanja mora tumačiti tako da se, pre svega, prekršajni postupak ne pokreće, a u slučaju da je već pokrenut treba da se okonča tako što podnosilac zahteva za pokretanje prekršajnog postupka od istog odustane. Ukoliko je postupak pokrenut, pa se ispusti da su ispunjeni uslovi za primenu načela nekažnjavanja, postupak će se okončati rešenjem o obustavi ili oslobađajućom presudom.

Kako je u praksi uočeno da policija nije u potpunosti prepoznala svoju obavezu da poštuje načelo nekažnjavanja u fazi preispitivanja razloga za podnošenje zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, to je zadatak suda da obezbedi poštovanje ovog načela, odnosno primenu zakona. Jedan od ciljeva Konvencije o statusu izbeglica je da se izbeglice, kao ugrožena lica, ne izlažu dodatnim naporima i patnjama koja može da prouzrokuje i vođenje krivičnog ili prekršajnog postupka.

Princip nekažnjavanja kao osnovno načelo izbegličkog prava štiti:

- 1) osobe koje dolaze iz država koje generišu izbeglice direktnom primenom člana 31 Konvencije o statusu izbeglica pod uslovom da se odmah prijave vlastima i iznesu valjane razloge za nezakonit ulazak ili boravak na teritoriji RS, bez obzira što ne dolaze direktno iz te države, ukoliko im međunarodna zaštita nije obezbeđena na adekvatan način u državama kroz koje su prošli, i
- 2) tražioce azila u RS (član 8 Zakona o azilu) ukoliko su zaštitu zahtevali odmah čim su poučeni u pravu da traže azil. Uz prednji uslov potrebno je da lica iznesu pred sudom valjane razloge za svoj nezakoniti ulazak, odnosno boravak na teritoriji RS.

Tokom 2015. godine u 701 prekršajnih postupaka primenjeno je načelo nekažnjavanja u skladu sa normama izbegličkog prava, dok je tokom 2014. ovo načelo primenjeno samo u nekoliko postupaka.²⁸

Načelo nekažnjavanja može biti u praksi primenjeno i u krivičnim postupcima koji se vode zbog krivičnog dela falsifikovanje isprave (član 355 KZ) ukoliko je stranac u potrebi za međunarodnom zaštitom u Srbiju ušao sa falsifikovanom putnom ispravom.

može osloboditi od kazne i učinio prekršaja učinjenog iz nehata kada posledice dela tako teško pogađaju učinio da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja.

28 Ovaj podatak dobijen je na osnovu zahteva za pristup informacijama od javnog značaja i obuhvata statistike svih prekršajnih sudova u Srbiji osim prekršajnog suda u Vranju za drugu polovinu 2015. godine.

Pokretanje i vođenje prekršajnog postupka protiv stranca za nezakonit prelazak granice i nezakonit boravak

Zaštita državne granice i teritorije RS od nezakonitog ulaska i izlaska obezbeđuje se normama sadržanim u nekoliko zakona od kojih su za potrebe ovoga priručnika značajni Zakon o zaštiti državne granice i Zakon o strancima. Boravak stranca regulisan je Zakonom o strancima. Državna granica se po pravilu može prelaziti samo na graničnim prelazima sa važećom putnom ispravom ili drugom ispravom propisanom za prelazak državne granice, u vreme koje je određeno za vršenje saobraćaja na graničnom prelazu i na način koji je u skladu sa namenom graničnog prelaza.²⁹ Van graničnog prelaza državna granica se može prelaziti u slučaju više sile ili ako je tako određeno međunarodnim ugovorom.³⁰

Način prelaska državne granice u principu jednak je i za domaće državljane i za strance s tim što je strancu za ulazak i boravak u RS, osim putne isprave, potrebna viza ili odobrenje boravka ukoliko zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno.³¹ Nezakonitim ulaskom stranaca u RS smatraju se ulasci navedeni u članu 10 Zakona o strancima,³² i u članu 10, stav 2 Zakona o zaštiti državne granice.³³

Uslovi zakonitog boravka propisani su Zakonom o strancima a nezakoniti boravak jeste boravak stranca suprotan član 42 Zakona o strancima.³⁴

U praksi prekršajnih sudova vezano za eventualnu primenu Zakona o azilu, odnosno načela nekažnjavanja tražilaca azila i izbeglica, kao najčešća protivpravna postupanja stranaca pojavljuje se nezakoniti ulazak i boravak stranca u Srbiji što je suprotno napred navedenim odredbama Zakona o strancima i Zakona o zaštiti državne granice, a kažnjivo prema član 84, stav 1, tačka 1 i član 85, stav 1, tačka 3 Zakona o strancima³⁵ odnosno prema član 65, stav 1, tačka 1 Zakona o zaštiti državne granice.³⁶

Stranac koji granicu RS pređe van graničnog prelaza ili bez adekvatne isprave za njen prelazak postupa protivno zakonu. Ali da li se u takvoj radnji stiču sva bitna obeležja prekršaja

29 Član 10, stav 2 Zakona o zaštiti državne granice.

30 Član 11 Zakona o zaštiti državne granice.

31 Član 4 Zakona o strancima.

32 Nezakonitim ulaskom u Republiku Srbiju smatra se ulazak: van mesta ili vremena određenog za prelazak državne granice; izbegavanjem granične kontrole; upotrebom tuđe, nevažeće, odnosno lažne putne ili druge isprave; davanjem neistinitih podataka graničnoj policiji; za vreme trajanja zaštitne mere udaljenja stranaca sa teritorije Republike Srbije, mere bezbednosti proterivanja stranca iz zemlje ili mere otkaza boravka.

33 Državna granica se, po pravilu, može prelaziti samo na graničnim prelazima sa važećom putnom ispravom ili drugom ispravom propisanom za prelazak državne granice, u vreme koje je određeno za vršenje saobraćaja na graničnom prelazu i na način koji je u skladu sa namenom graničnog prelaza.

34 Nezakonitim boravkom u Republici Srbiji, smatra se, boravak na njenoj teritoriji bez vize, odobrenja boravka ili drugog zakonskog osnova.

35 Novčanom kaznom u iznosu od 10.000 do 50.000 dinara kazniće se za prekršaj stranac koji nezakonito uđe u Republiku Srbiju (član 84, stav 1, tačka 1 Zakona o strancima). Novčanom kaznom u iznosu od 6.000 do 30.000 dinara kazniće se za prekršaj stranac koji nezakonito boravi u Republici Srbiji (član 85, stav 1, tačka 3 Zakona o strancima).

36 Novčanom kaznom u iznosu od 5.000 do 50.000 dinara ili kaznom zatvora do 30 dana kazniće se za prekršaj fizičko lice ako pređe ili pokuša da pređe državnu granicu izvan određenog graničnog prelaza, izvan radnog vremena na graničnom prelazu ili suprotno nameni graničnog prelaza, ili ako pređe ili pokuša da pređe državnu granicu na graničnom prelazu bez važeće putne ili druge isprave propisane za prelazak državne granice.

to zavisi od okolnosti koje prate takav prelazak, a koje mogu da dovedu do isključenja protiv-pravnosti u izvršenom delu. Kada se kao učinioci dela pojavljuju strani državljani ili lica bez državljanstva za koja postoje indicije da im je potrebna međunarodna zaštita moraju se imati u vidu napred citirane odredbe Zakona o azilu i Konvencije o statusu izbeglica iz 1951. godine sa Protokolom iz 1967. godine koje, pod određenim uslovima, ukazuju na obavezu suda da primeni princip nekažnjavanja izbeglica, odnosno tražilaca azila, za nezakonit ulazak ili boravak na teritoriji RS.

Pre upuštanja u širu analizu primene načela nekažnjavanja u prekršajnom postupku, neophodno je ukazati na procesne radnje i garancije pravičnog suđenja koje mogu dovesti do pravilne primene načela nekažnjavanja.

Utvrđivanje identiteta okrivljenog stranca

Prilikom prijema zahteva za pokretanje prekršajnog postupka protiv stranca za nezakonit ulazak ili boravak na teritoriji RS pre svega se ocenjuje ispunjenost uslova za njegovo pokretanje (član 184 ZOP). S obzirom na sadržinu odredbe člana 181, stav 1, tačka 3 tog zakona³⁷ postupak protiv lica čije lično ime nije navedeno u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka, ne može se pokrenuti ni voditi. Ipak, analizom prakse uočeno je da su se prekršajni postupci vodili protiv stranaca kojima za potrebe vođenja podnosilac nije odredio identitet.³⁸

Tako je Prekršajni sud u Kikindi doneo presudu u odnosu na okrivljenu iz Sirije, rođenu 1989. u Siriji, državljanku Arapske Republike Sirije,³⁹ a prekršajni sud u Subotici presudu u odnosu na okrivljenu maloletnu Sami I., rođenu 1. januara 2001. godine u Avganistanu, sa završenom osnovnom školom, bez zanimanja, nezaposlenu, izdržava se od povremenih poslova, sa prebivalištem u Avganistanu.⁴⁰

Ukoliko sud dobije ovakav zahtev u kome je navedeno da je u pitanju stranac, a bez imena i prezimena, i ukoliko se isti po nalogu suda u tom smislu ne uredi, trebalo bi ga odbaciti. Iako se identifikacija stranaca često vrši na osnovu izjava zbog neposjedovanja ličnih dokumenata u kom slučaju postoji opasnost od davanja lažnih podataka postupak se ne može voditi protiv neidentifikovanog učinioca. Identifikacija stranaca je u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova, kako u prekršajnim postupcima, tako i u postupku azila.

Ovde je bitno istaći pitanje koje se često pominjalo na seminarima za sudije prekršajnih sudova, a to je pitanje tačnosti podataka o identitetu koje daje okrivljeni. Naime, mnoge sudije su zastupale stav da je sud dužan da proverava identitet okrivljenog, ističući da su često u sumnji da li je identitet koji daje okrivljeni tačan. Analizom odredbi ZOA stiče se drugačiji zaključak. U delu ovog zakona, koji se bavi evidentiranjem tražilaca azila, tačnije član 23, jasno je navedeno da evidentiranje vrši policija, a u cilju izdavanja potvrde koja sadrži lične podatke koje je stranac dao o sebi ili se mogu utvrditi na osnovu raspoloživih isprava i dokumenata koje ima sa sobom. U tom cilju policija ima pravo i da izvrši pretres stranca i njegovih ličnih

37 Zahtev za pokretanje prekršajnog postupka podnosi se u pisanoj formi i sadrži osnovne podatke o fizičkom licu, preduzetniku i odgovornom licu protiv koga se zahtev podnosi: lično ime, jedinstveni matični broj građana, zanimanje, mesto i adresu stanovanja, mesto i adresu zaposlenja i državljanstvo odnosno naziv i sedište pravnog lica, kao i poresko identifikacioni broj (u daljem tekstu: PIB) i matični broj, a za preduzetnika i naziv i sedište radnje, a za odgovorno lice u pravnom licu i funkciju koju obavlja u tom pravnom licu.

38 Odluke Prekršajnog suda u Kikindi od broja Pr. 1577 do broja Pr. 1582/15 od 24. juna 2015; Prekršajnog suda u Subotici Pr. 185/15 i 186/15, obe od 8. marta 2015. godine i Prekršajnog suda u Negotinu Pr. 15/15 od 21. aprila 2015. godine.

39 Odluka Prekršajnog suda u Kikindi, Pr. 1428/15 od 5. juna 2015. godine.

40 Potpuno je nejasno kako je sud utvrdio stepen obrazovanja okrivljene, kao i zanimanje a nije utvrdio njeno puno ime i prezime.

stvari.⁴¹ Evidentiranje se vrši radi izdavanja potvrde koja služi kao dokaz da je stranac izrazio nameru da traži azil.

Iz navedenog jasno proizlazi da policija identitet stranca, u nedostatku dokumenata, može da utvrđuje i samo na osnovu podataka koje je dao o sebi. Razlog je u činjenici da izbeglice dolazeći iz svojih država, prolaze put pun neizvesnosti i opasnosti, često prepušteni krijumčarima ljudi, što su sve situacije u kojima mogu biti prinuđeni da putuju bez dokumenata ili sa lažnim dokumentima. Tim pre je jasno da sud nema razloga da dovodi u sumnju ili da proverava podatke koje je stranac dao o sebi. To je zadatak policije, koja i podnosi prekršajnu prijavu.⁴² Jedino ovlašćenje suda u slučaju da okrivljeni stranac ne podnese dokaz o svom identitetu bilo bi da odluku donese na osnovu člana 308 ZOP (izvršenje pre pravnosnažnosti).

Sud će verovati okrivljenom, u ovom slučaju strancu za koga je potrebno utvrditi da li spada u kategoriju izbeglica na koju se primenjuje načelo nekažnjavanja.

Tako je Prekršajni sud u Subotici u izreci presude naveo da su svi lični podaci okrivljenog utvrđeni na osnovu ličnog iskaza jer lice ne poseduje dokumenta za utvrđivanje identiteta.⁴³

Ne sme se izgubiti iz vida novi koncept tužilačke istrage, koji je ugrađen u novi ZKP, a samim tim i u ZOP, gde je jasno navedeno da je teret dokazivanja prekršaja i prekršajne odgovornosti na podnosiocu zahteva, odnosno policiji,⁴⁴ što podrazumeva i dokaze o identitetu.

Sud izuzetno izvodi dokaze⁴⁵ i u slučaju izbeglica to može da radi u korist okrivljenog, o čemu će biti više reči u daljem delu ovog priručnika.

Preporuka

Odbaciti zahtev za pokretanje prekršajnog postupka u kome nije određen identitet okrivljenog stranca.

Mogućnost odbačaja zahteva u slučaju kada je strancu izdata potvrda o izraženoj nameri za traženje azila

Ukoliko se već iz sadržine zahteva utvrđuje da je podnet protiv stranca koji dolazi iz države čija je teritorija u celini ili delimično zahvaćena oružanim sukobima i koji se bez odlaganja prijavio nadležnom organu objasnivši razloge svog nezakonitog ulaska, odnosno boravka, usled čega mu je izdata potvrda o izraženoj nameri za traženje azila, što ukazuje da može uživati međunarodnu zaštitu, zahtev se može odbaciti na osnovu člana 184, stav 2, tačka 6 ZOP⁴⁶ u vezi člana 8 Zakona o azilu ili člana 31 Konvencije o statusu izbeglica, u zavisnosti od njegove sadržine. Tako je u jednom predmetu postupio Prekršajni sud u Subotici navodeći u obrazloženju sledeće:

Po prijemu zahteva, sud je shodno propisanom članu 183. Zakona o prekršajima ispitaio da li postoje uslovi za pokretanje prekršajnog postupka, te je utvrdio da isti ne postoje. Ovo iz razloga, jer je zahtev podnet protiv Yassar Alam iz Sirije, koji poseduje potvrdu o izraženoj

41 Član 23, stavovi 2 i 4 ZOA.

42 Pored toga, postupak azila zasniva se najvećim delom na saslušanju tražilaca azila jer se ne može očekivati od ljudi koji su svoje zemlje napustili u potrebi za međunarodnom zaštitom da sa sobom imaju sve raspoložive dokaze i dokumente koji bi išli u prilog osnovanosti njihovog zahteva za azil.

43 Prekršajni sud u Subotici, presuda Pr. 7-4-623/15 od 25. juna 2015. godine.

44 Član 89, stav 2 ZOP.

45 Član 89, stav 5 ZOP.

46 Kad sud utvrdi da ne postoje uslovi za pokretanje prekršajnog postupka, zahtev za pokretanje postupka, odbacuje rešenjem kada utvrdi da postoje drugi zakonski razlozi zbog kojih se postupak ne može pokrenuti.

nameri da traži azil br. 284/15, izdatu dana 10.04.2015. u 05,00 časova od strane Policijske uprave Niš, Uprava za strance, sa pravom okrivljenog na boravak u Republici Srbiji u trajanju od 72 sata, od trenutka njenog izdavanja. Kako navedeni rok nije istekao, te imajući u vidu odredbu člana 8 Zakona o azilu kojim je propisano da lice koje traži azil neće biti kažnjeno za nezakonit ulazak ili boravak u Republici Srbiji pod uslovom da bez odlaganja podnese zahtev za dobijanje azila i da pruži valjano obrazloženje za svoj nezakonit ulazak ili boravak, ne postoje zakonski osnovi za pokretanje ovog prekršajnog postupka, te je zahtev odbačen shodno propisanom u članu 184. stav 2 tačka 6 Zakona o prekršajima.⁴⁷

Ocena opisa radnje izvršenja prekršaja

Prilikom pokretanja prekršajnog postupka mora se ceniti opis radnje izvršenja sadržan u zahtevu. Pravnom kvalifikacijom koju daje podnosilac sud nije vezan te sam odlučuje, na osnovu činjenične osnovice zahteva, za koji prekršaj ili prekršaje će postupak pokrenuti. Podnosioci zahteva ponekad iz istog događaja formulišu dve radnje izvršenja, pravno ih kvalifikujući kao dva prekršaja, jedan propisan Zakonom o zaštiti državne granice, drugi Zakonom o strancima, iako iz opisa koji je dat proizlazi da se radnje nalaze u odnosu specijaliteta kao vida prividnog idelanog sticaja (sticaj propisa). Tako se, na primer, okrivljenom stavlja na teret da je u vreme i na mestu koji su označeni u zahtevu „na teritoriju RS ušao na nezakonit način, van mesta određenog za prelazak državne granice izbegavanjem granične kontrole, čime je učinio prekršaj iz člana 84, stav 1, tačka 1 Zakona o strancima”, kao i da je istom prilikom i na istom mestu ušao na teritoriju RS izvan određenog graničnog prelaza, čime je učinio prekršaj iz člana 65, stav 1, tačka 1 Zakona o zaštiti državne granice”.⁴⁸ Takođe, uočene su i odluke kojima su okrivljeni oglasili odgovornim i osuđeni za dva prekršaja iako činjenični opisi ukazuju da je u pitanju samo jedan prekršaj.⁴⁹

Datim činjeničnim opisom potencijalni učinilac prekršaja samo je prividno prouzrokovao više posledica (prešao granicu van graničnog prelaza i nezakonito ušao na teritoriju RS) dok je suštinski u pitanju jedna posledica, pa bi postupak trebalo pokrenuti samo za jedan prekršaj i to kako je izvršilac stranac po Zakonu o strancima kao *lex specialis*.

Pravo na pravično suđenje

Kako je Republika Srbija potpisnik Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u obavezi je da svim licima garantuje na svojoj teritoriji da ta prava uživaju. Za vođenje prekršajnog postupka posebno je relevantan član 6 Evropske konvencije koji garantuje pravo na pravično suđenje, kao i praksa Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa primenom tog člana. Sva prava garantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima u potpunosti važe i za prekršajni postupak, koji je u praksi Evropskog suda za ljudska prava u svemu izjednačen sa krivičnim postupkom, što znači da sve garancije pravičnog suđenja moraju biti obezbeđene i u prekršajnom postupku.⁵⁰

47 Prekršajni sud u Subotici, rešenje Pr. 2-4333/15 od 11. aprila 2015. godine.

48 Zahtevi za pokretanje prekršajnog postupka MUP RS, Stanice granične policije Rujan Up. br. 3-920-0090/15 od 18. marta 2015. i 3-920-00100/15 od 20. marta 2015. godine.

49 Presude Prekršajnog suda u Preševu Pr. 461/15 od 18. marta 2015, 282/15 od 15. februara 2015. i 500/15 od 20. marta 2015. godine.

50 Da bi došlo do primene člana 6 EKLJP na određeni postupak dovoljno je da je delo za koje je neko optužen po svojoj prirodi krivično ili da lice podleže sankciji koja po prirodi i težini potpada pod krivičnu oblast, što svakako jesu kazna zatvora i novčana kazna koje se mogu izreći u prekršajnom postupku. Vidi slučaj *Ezeh i Connoras protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavke br. 39665/98 i 40086/98, odluka Velikog veća od 9. oktobra 2003. godine, para. 82.

Pravo na upotrebu jezika

Kao jedno od prava koje garantuje pravično suđenje je i pravo na upotrebu jezika sadržano u članu 94 ZOP. Odredbama ovoga člana propisano je da stranke i drugi učesnici u postupku koji nisu državljani RS imaju pravo da tok postupka prate preko prevodioca i da u tom postupku upotrebljavaju svoj (maternji) jezik, da prevođenje obavlja prevodilac koga odredi sud sa liste sudskih prevodilaca, a ukoliko to nije moguće prevođenje će izvršiti drugo lice uz pristanak stranke. Stranka se može odreći prava na upotrebu jezika ukoliko razume jezik na kome se vodi postupak. Iz sadržine navedenih odredaba zaključuje se da je kao primarna propisana obaveza suda da strancu omogući praćenje postupka uz angažovanje prevodioca za njegov maternji jezik. Eventualno angažovanje prevodioca za neki drugi jezik bilo bi moguće ukoliko se na osnovu njegovih ličnih podataka, stepena obrazovanja ili profesije kojom se bavio, pouzdano zaključuje da može jasno da prati tok postupka i na tom jeziku, a što je sve sud dužan da unese u zapisnik o saslušanju okrivljenog. Takođe se odluke ne bi mogle zasnivati na iskazima svedoka policijskih službenika o tome šta im je stranac, kome engleski nije maternji jezik, rekao u razgovoru koji je sa njim vođen na engleskom, bez prisustva tumača, a što je uočeno u nekim prvostepenim presudama. Službena upotreba engleskog jezika u državnim organima RS nije predviđena odredbom bilo kog zakona.

Član 6, stav 3, tačke a) i e) EKLJP, garantuje okrivljenom da u najkraćem roku, na jeziku koji razume bude obavешten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega, kao i pravo na besplatnu pomoć prevodioca ako ne razume ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu. Odredbe Zakona o prekršajima u svemu su usklađene sa navedenim članom EKLJP. Za potrebe ovog priručnika neophodno je ukazati na standarde koji su ustanovljeni kroz praksu ESLJP, koja je izvor prava. Osnovni standard je da prevođenje mora biti obezbeđeno u meri koja će da osigura okrivljenom da razume prirodu optužbe protiv njega, sadržinu predloženih dokaza i mogućnosti korišćenja pravnih lekova.⁵¹ Ovo znači da kroz postupke prekršajnih sudova mora biti vidljivo poštovanje tog prava. Pravo na žalbu zahteva i prevođene odluke suda, što do sada nije bilo vidljivo u predmetima prekršajnih sudova. U toku 2015. godine uloženo je svega 76 žalbi na prvostepene odluke prekršajnih sudova koji su se vodili zbog nezakonitog prelaska državne granice i nezakonitog boravka stranaca⁵² dok je 15.710 stranaca kažnjeno, što može ukazati na činjenicu da većina stranaca nije uložila pravni lek jer nije razumela sadržaj odluke niti pouku o pravnom leku.

Odredba Zakonika o krivičnom postupku, član 11,⁵³ ukazuje na obim potrebnog prevođenja u toku postupka, što je u skladu sa EKLJP, te se i ona shodno primenjuje na prekršajni postupak, s obzirom da ZOP ne određuje osnovni minimum onoga što se mora prevesti.

Uočeno je, takođe, da je u nekim predmetima poštovanje ovog prava dovedeno u sumnju.⁵⁴ Prekršajni apelacioni sud ukinuo je odluku prvostepenog suda jer je, između ostalog, u

51 Vidi *Kamasinski protiv Austrije*, predstavka br. 9783/82, presuda od 19. decembra 1989. godine. U ovoj odluci ESKLP je konstatovao da se pravo predviđeno u stavu 3 (e) člana 6 EKLJP na besplatnu pomoć prevodioca odnosi ne samo na usmene izjave date na raspravama već i na materijal u vidu isprava i na prethodni postupak. Ovaj stav predviđa da lice optuženo za krivično delo ima pravo na besplatnu pomoć prevodioca radi tumačenja svih isprava ili izjava u postupku protiv njega, kao i svih dokumenata koje to lice ima potrebu da razume ili koji se moraju prevesti kako bi se okrivljenom omogućilo pravično suđenje (para. 74). Vidi više u Karen Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, vodič za praktičare*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, str. 145.

52 Odgovor Prekršajnog apelacionog suda na zahtev za pristup informacijama od javnog značaja VII Su. br. 40/16-1-3 od 26. januara 2016. godine.

53 Stranke, svedoci i druga lica koja učestvuju u postupku imaju pravo da u toku postupka upotrebljavaju svoj jezik i pismo, a ako se postupak ne vodi na njihovom jeziku i ako, nakon pouke o pravu na prevođenje, ne izjave da znaju jezik na kome se postupak vodi i da se odriču prava na prevođenje, obezbediće im se na teret budžetskih sredstava prevođenje onoga što oni ili drugi iznose, kao i prevođenje isprava i drugog pisanog dokaznog materijala (član 11, stav 3 ZKP).

54 Prekršajni sud u Sremskoj Mitrovici, presuda Pr. 876/15 od 26. marta 2015. godine.

zapisniku sa saslušanja okrivljenog konstatovano da okrivljeni razume jezik na kojem se postupak vodi (što kao službeni jezik mora biti srpski).⁵⁵

U drugom predmetu Prekršajni apelacioni sud ukinuo je prvostepenu odluku jer je okrivljeni iz Sirije na engleskom jeziku bez prisustva tumača vodio razgovor sa policijskim službenikom, koji je saslušan kao svedok u tom postupku o onome što mu je okrivljeni tom prilikom izjavio.⁵⁶

Primer dobre prakse je odluka Prekršajnog suda u Pirotu u čijem obrazloženju je navedeno:

U postupku predhodnog ispitivanja zahteva sudija je posumnjao da se radi o licu koje je prebeglo sa ratnog područja Sirije, pa je u prisustvu prevodioca za engleski jezik i sirijskog novinara B. A., koji se može sporazumeti na arapsko-kurdskom jeziku, saslušan H. H.⁵⁷

Preporuka

U odlukama suda jasno navesti prisustvo tumača ili drugog lica koje garantuje vođenje postupka na jeziku koji okrivljeni razume, kao i šta je sve pre saslušanja prevedeno okrivljenom.

Pravo na odbranu

Pravo na odbranu garantovano članom 93 ZOP, stavovi 1 i 2,⁵⁸ je pravo koje zajedno sa tumačenjem odredbe o saslušanju okrivljenog i dokazivanju (član 200 i član 89 ZOP) u svemu obezbeđuje kako pravo na pravično suđenje, tako i posebna prava koja pripadaju izbeglicama.

Prilikom saslušanja okrivljenog stranca za koga se osnovano može pretpostaviti da je u potrebi za međunarodnom zaštitom o razlozima nezakonitog ulaska ili boravka na teritoriji RS nije dovoljno njegovo izjašnjenje samo na okolnosti od značaja za utvrđenje protivpravnosti u njihovom postupanju. Imajući u vidu odredbe Konvencije o statusu izbeglica i Zakona o azilu trebalo bi tražiti izjašnjenje stranca i o razlogu napuštanja zemlje državljanstva ili stalnog boravka, kao i izjašnjenje o tome zbog čega je u RS ušao ili boravi na nezakonit način, da li se prijavio policiji i izrazio nameru za traženje azila i u kom roku, te ukoliko to nije učinio zbog čega nije. Do potrebnih podataka od kojih će i da zavisi mogućnost primene načela nekažnjavanja sud će, pre svega, doći postavljanjem dodatnih pitanja.⁵⁹

Kako je sud prema odredbi člana 90 ZOP dužan da se stara da neznanje ili neukost stranke ne bude na štetu njihovih prava u situaciji kada proceni da ima osnova da se strancu pruži međunarodna zaštita trebalo bi ga poučiti o pravima po Zakonu o azilu i, ukoliko je to potrebno, uputiti ga da se za detaljniju pravnu pomoć obrati kancelariji UNHCR ili nevladinoj organizaciji čiji su ciljevi i delovanje usmereni na pružanje pravne pomoći izbeglicama (član 10, stav 2 i član 12 ZOA).

55 Prekršajni apelacioni sud, rešenje 2 Prž. 5317/15 od 25. marta 2015. godine.

56 Prekršajni apelacioni sud, rešenje 3 Prž. 5318/15 od 25. marta 2015. godine kojim je ukinuta presuda Prekršajnog suda u Beogradu Pr. 175931/14 od 13. januara 2015. godine.

57 Prekršajni sud u Pirotu, rešenje Pr. 192/14 od 22. januara 2014. godine.

58 Pre donošenja odluke, okrivljenom se mora dati mogućnost da se izjasni o činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist, osim u slučajevima predviđenim zakonom. U prekršajnom postupku okrivljeni mora već na prvom saslušanju biti obavešten o prekršaju za koji se tereti i o osnovama optužbe, osim ako se postupak na osnovu ovog zakona sprovodi bez saslušanja okrivljenog (član 93, stavovi 1 i 2 ZOP).

59 Član 200, stav 11 ZOP.

Iz određenog broja analiziranih osuđujućih presuda u odnosu na strance za koje se razumno može pretpostaviti da bi mogli imati potrebu za međunarodnom zaštitom utvrđuje se da su saslušavani samo na okolnosti nezakonitog ulaska ili boravka na teritoriji RS. U okviru dela obrazloženja u kome se parafrazira njihova odbrana navedeno je samo da okrivljeni u potpunosti priznaje navode iz zahteva ili osim priznanja da nije podnosio zahtev za azil na teritoriji RS jer je tom licu namera da preko Srbije ode u neku drugu zemlju. Svi ovi okrivljeni, kako se zaključuje iz razloga presude, nisu ispitivani na okolnosti od značaja za primenu člana 8 Zakona o azilu, odnosno direktne primene člana 31 Konvencije o statusu izbeglica.

Takođe se zaključuje da nisu ispitivani ni na okolnosti na osnovu kojih bi sud mogao da utvrdi da li su u pitanju neuke stranke koje bi trebalo poučiti o pravu da zatraže i dobiju međunarodnu zaštitu u RS.

Propust na koji je ukazano dovodi u pitanje i primenu principa zabrane proterivanja i vraćanja izbeglica (*non refoulement*) kao jednog od osnovnih principa izbegličkog prava, koji je garantovan i Ustavom Republike Srbije (član 39, stav 3), Zakonom o strancima (član 47) i ZOA (član 6), budući da su u pojedinim odlukama izrečene zaštitne mere udaljenja stranca sa teritorije Republike Srbije (član 65 ZOP).⁶⁰ Tokom 2015. godine izrečeno je 915 zaštitnih mera udaljenje stranca sa teritorije RS.⁶¹

Pomenuta odredba člana 90 ZOP koja predviđa pomoć neukoj stranci od velikog je značaja u predmetima gde su okrivljeni izbeglice, jer upravo oni spadaju u kategoriju neukih lica, koja su u nevolji, bez potrebnog znanja o pravnom sistemu države u kojoj se nalaze, mogućoj međunarodnoj zaštiti i pravima pred sudom. Takvu situaciju sudovi nikako ne smeju da koriste za što brže rešavanje predmeta, uz uskraćivanje prava okrivljenog i kršenje zakona. Upravo ovi predmeti jesu izazov za sudije jer se kroz njih prelamaju pitanja vezana i za primenu međunarodnog prava i standarda, tumačenja i primene zakonskih normi i pitanje humanog i dostojanstvenog postupanja sa izbeglicama. Dužnost sudije je da obezbedi poštovanje svih prava okrivljenih, a posebno snosi i dodatnu odgovornost za ispravno ponašanje prema okrivljenima koji spadaju u kategoriju ugroženih lica.

Kao primere pravilnog saslušanja okrivljenih trebalo bi izdvojiti odluke Prekršajnog suda u Pirotu Pr. 192/14 i 194/14 od 22. januara 2014. godine. Sud je u okrivljenima prepoznao potencijalne uživaoce prava na međunarodnu zaštitu i saslušao ih na sve okolnosti od značaja za primenu principa nekažnjavanja. Okrivljeni su pred sudom naveli razloge napuštanja Sirije koji se mogu smatrati opravdanim, a to je želja da se izbegne vojna obaveza i učešće u građanskom ratu koje bi podrazumevalo ubijanje nedužnih ljudi. Takođe su objasnili i razloge napuštanja zemlje iz koje su nezakonito ušli u RS.

Preporuka

- U spisima predmeta učiniti vidljivim da je sud, pozivajući se na odredbu člana 90 ZOP poučio okrivljenog o njegovim pravima, pa i o pravima vezanim za primenu načela nekažnjavanja;
- Prilikom saslušanja okrivljenog trebalo bi tražiti izjašnjenje stranca i o razlogu napuštanja zemlje državljanstva ili stalnog boravka, kao i izjašnjenje o tome zbog čega je u RS ušao ili boravi na nezakonit način, da li se prijavio policiji i izrazio nameru za traženje azila i u kom roku, te ukoliko to nije učinio zbog čega nije.

60 Presude Prekršajnog suda u Beogradu Pr. 1260/15, 1261/15 od 29. jula 2015. godine, 1139/15 od 3. jula 2015. godine, 1596/15 od 22. septembra 2015. godine, 2103/15, 2104/15, 2105/15, 2106/15 i 2107/15 od 14. decembra 2015. godine; Prekršajni sud u Senti Pr. 5938/15 od 06. jula 2015. godine i Prekršajni sud u Preševu presuda Pr. 282/15 od 15. februara 2015. godine.

61 Ovaj podatak dobijen je na osnovu zahteva za pristup informacijama od javnog značaja i obuhvata statistike svih prekršajnih sudova u Srbiji osim prekršajnog suda u Vranju za poslednjih šest meseci 2015. godine.

Postupanje prema maloletnim strancima

Maloletne osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom dodatno štiti načelo brige o licima sa posebnim potrebama, kao i načelo zastupanja maloletnika bez pratnje.⁶² U Srbiji je tokom 2015. godine 172.968 maloletnika izrazilo nameru da traži azil, od čega je njih 10.642 bez pratnje roditelja ili odrasle osobe.⁶³ Neretko se dešava da se deca odvoje od svojih roditelja tokom puta od zemlje u kojoj im prethodi progon ili rat do sigurne zemlje, što ih čini dodatno ranjivim i izlaže riziku od različitih vidova zlostavljanja uključujući i trgovinu ljudima. Srbija, međutim, nije razvila adekvantne i dovoljne mehanizme za zaštitu i zbrinjavanje dece bez pratnje.⁶⁴ Iz tog razloga, posebnu pažnju ovoj deci treba da posvete svi nadležni organi koji sa njima stupaju u kontakt, odnosno službenici policije, centara za socijalni rad, Komesarijata za izbeglice i migracije i sudije prekršajnih sudova.

Prema odredbama člana 65, stav 2 Zakona o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika koje se prema odredbi člana 291, stav 2 ZOP supsidijarno primenjuju i u prekršajnom postupku, saslušanju maloletnog lica kao potencijalnog izvršioca prekršaja mora prisustvovati roditelj, usvojilac, odnosno staralac. Isto bi važilo i za maloletnog stranca bez pratnje, kome se u nadležnom centru za socijalni rad mora odrediti privremeni zastupnik u prekršajnom postupku. U postupku protiv ove kategorije potencijalnih izvršilaca prekršaja posebno će se voditi računa o njihovom uzrastu, s obzirom da se prema licima mlađim od četrnaest godina postupak ne može voditi, kao i o „najboljem interesu deteta” na čemu insistira Konvencija o pravima deteta (član 3). Podsećanja radi, za potrebe Konvencije detetom se smatra svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina života (član 1). Zatvor nije sankcija koja se može izreći maloletnom učiniocu prekršaja (član 73 ZOP), maloletnički zatvor bi trebalo primeniti jedino kao poslednju moguću meru.

Analizom prakse prekršajnih sudova uočeno je da su pojedini postupci vođeni prema maloletnim izvršiocima bez primene procesnih odredaba za ovu kategoriju lica i da su okončani osuđujućim presudama kojima su izrečene novčana kazna, odnosno kazna zatvora (ne maloletničkog zatvora).⁶⁵

U slučaju sumnje da li se radi o maloletnom licu, sud je prema međunarodnim standardima⁶⁶ dužan da pretpostavi da je lice maloletno, sve dok se ne dokaže suprotno.⁶⁷

Dokazivanje

Prilikom utvrđivanja da li okrivljeni stranac dolazi sa područja na kome su njegov život, bezbednost ili sloboda ugroženi nasiljem opštih razmera, spoljnom agresijom, unutrašnjim oružanim sukobima, masovnim kršenjem ljudskih prava sud bi, pored navoda iz odbrane okrivljenog, trebalo da ima u vidu odredbu člana 83, stav 3 ZKP, koja se shodno primenjuje u prekršajnom postupku⁶⁸ a po kojoj se ne dokazuju opštepoznate činjenice. Takve činjenice

62 Članovi 15 i 16 ZOA.

63 Podaci dobijeni od kancelarije UNHCR u Beogradu.

64 U praksi se maloletni stranci bez pratnje smeštaju u ustanove koje su apsolutno neadekvatne za njihov razvoj i zaštitu i čija je primarna funkcija zbrinjavanje dece sa posebnim potrebama i dece koja imaju probleme u ponašanju.

65 Prekršajni sud u Sremskoj Mitrovici, presuda Pr. 1233/15 od 30. maja 2015. u odnosu na maloletnika rođenog 27. avgusta 1997. godine i presuda Prekršajnog suda u Subotici Pr. 2596/15 od 25. februara 2015. u odnosu na maloletnika rođenog 18. oktobra 1997. godine.

66 Vidi Opšti komentar br. 10 (2007) – Prava dece u maloletničkom pravosuđu, Komiteta UN za prava deteta, para. 35 i 39.

67 Tokom 2013. godine pravnici Beogradskog centra za ljudska prava posetili su Okružni zatvor u Vranju gde su zatekli dvojicu stranaca koji su bili očigledno maloletni a koji su osuđeni na kaznu zatvora zbog ilegalnog ulaska u Srbiju.

68 Na prekršajni postupak shodno se primenjuju odredbe Zakonika o krivičnom postupku, ako ovim ili drugim zakonom nije drukčije određeno (član 99 ZOP).

su svakako one vezane za postojanje ratova, razaranja, verskih i etničkih sukoba u pojedinim zemljama, kao i straha od povratka u države porekla. Potrebno je ceniti i okolnosti vezane za utvrđivanje da li se radi o osobama za koje se može razumno pretpostaviti da su u potrebi za međunarodnom zaštitom. O definiciji ovog termina bilo je reči na strani 13 ovog teksta. Ipak, prekršajni sudovi doneli su veliki broj osuđujućih presuda protiv državljana Sirije, Avganistana i Iraka tokom 2015. godine iako je opšte poznato da su to zemlje koje su razorene građanskim ratom iz kojih ljudi beže kako bi zaštitili svoje živote. U jednom predmetu koji se vodio pred Prekršajnim sudom u Leskovcu, okrivljeni iz Iraka je izjavio:

Kritičkom prilikom pošao sam u Nemačku zbog poznate situacije u delu Iraka gde živim jer se na tom delu teritorije vodi građanski rat i jednostavno sam pobegao od rata.⁶⁹

Ipak, postupajući sudija doneo je osuđujuću presudu kojom je okrivljeni kažnjen na deset dana zatvora.

Prekršajni apelacioni sud je u jednoj svojoj odluci naveo da okolnosti koje isključuju prekršajnu odgovornost okrivljenih za prekršaj koji im je stavljen na teret, jeste opštepoznata činjenica da su okrivljeni državljanin Sirije koja je zahvaćena ratnim dejstvima zbog čega su u toj zemlji građanima život i sloboda bili, odnosno mogli biti u opasnosti.⁷⁰

U dokaznom postupku, u slučaju dileme, da li je zemlja iz koje dolazi stranac bezbedna, sud se može obratiti kancelariji Visokog komesarijata Ujedinjenih nacija za izbeglice (UNHCR) radi utvrđivanja potrebnih činjenica. Ovde smo već u sferi dokaznog postupka, gde je potrebno ponovo ukazati na odredbu o dokazivanju, član 89 ZOP, koja u stavu 5 daje mogućnost sudu da izuzetno, po službenoj dužnosti izvodi dokaze ako okrivljeni nije u stanju da to sam učini.⁷¹ Za razliku od odredbe iz člana 15 ZKP o načelima dokazivanja, po kome sud veoma restriktivno izvodi dokaze, citirana odredba ZOP ostavlja sudu mnogo veću mogućnost da sam i bez predloga stranaka izvodi dokaze. Ovo je pre svega zbog toga što u prekršajnom postupku nema obavezne odbrane, te se ostavlja sudu da u određenoj meri štiti prava okrivljenih. Izbeglice ispunjavaju sve kriterijume lica u neznanju, neukih, bez pristupa pravnoj pomoći, te sud ima opravdanje da se sam upusti u izvođenje dokaza. Predmeti u kojima su izbeglice imale branioce su uglavnom oni gde su bili besplatno zastupani od strane advokata koje su angažovale nevladine organizacije.

Kod ocene da li postoje dokazi i činjenice, koji ukazuju na primenu načela nekažnjavanja sud mora, ukoliko je u sumnji, shodnom primenom ZKP da primeni načelo *in dubio pro reo* i donese odluku povoljniju za okrivljenog.⁷²

Prekršajni apelacioni sud je kroz svoje odluke ukazivao na potrebu drugačijeg pristupa pri utvrđivanju odlučnih činjenica od pristupa iskazanog kroz odluke prekršajnih sudova. Tako je rešenjem 2 Prž 19579/14 od 3. oktobra 2014. godine kojim je ukinuta presuda Prekršajnog suda u Beogradu Pr. 1487/14 od 23. septembra 2014. godine konstatovano:

69 Prekršajni sud u Leskovcu, presuda 290/15 od 13. januara 2015. godine.

70 Prekršajni apelacioni sud, presuda 9 Prž. 15808/15 od 12. oktobra 2015. godine kojom se usvaja žalba i preinačuje presuda Prekršajnog suda u Beogradu Pr. 176053/14, veza 176054/14, 176055/14, 176056/14 i 176057/14 od 19. juna 2015. godine.

71 Teret dokazivanja obeležja prekršaja i prekršajne odgovornosti je na podnosiocu zahteva za pokretanje prekršajnog postupka. Sud izvodi dokaze na predlog stranaka. Stranka je dužna da pribavi dokaze čije je izvođenje predložila. Izuzetno, sud može po službenoj dužnosti pribaviti dokaze ako okrivljeni nije u stanju da to sam učini ili je to opravdano iz razloga celishodnosti i efikasnosti vođenja postupka (član 89, stavovi 2, 3, 4 i 5 ZOP).

72 Sumnju u pogledu činjenica od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka, postojanje obeležja krivičnog dela ili primena neke druge odredbe krivičnog zakona, sud će u presudi, ili rešenju koje odgovara presudi, rešiti u korist okrivljenog (član 16, stav 5 ZKP).

Nesporno je da je okrivljeni L. A. M. državljanin Sirije za koju je opštepoznato da je zahvaćena ratnim dejstvima, zbog čega su okrivljenom u toj zemlji život i sloboda bili odnosno mogli biti u opasnosti, pa je i njegov izbeglički status kako je definisan odredbama čl. 2, st. 7 Zakona o azilu realan. Nesporno je takođe da je okrivljeni dana 22. septembra 2014. godine ušao na područje Republike Srbije na nepoznatom delu državne granice koje sud nije morao utvrđivati jer je ono, prema izjavi okrivljenog datoj slobodnom voljom, svejedno van graničnog prelaza, te je protivpravnost učinjene radnje tj. povreda čl. 10 Zakona o strancima nesumnjiva [...] Ali, da bi valjano ocenio ima li mesta primeni kaznenih odredaba Zakona o strancima ili ne, sud je nakon utvrđivanja činjenice ulaska okrivljenog u RS na nedozvoljeni način bio dužan da razjasni šta su zaista bili razlozi njegovog pristupanja u Upravu za strance, da li namera da se podnese zahtev za azil ili neki drugi motiv (supsidijarna zaštita iz čl. 4 Zakona o azilu) tim više što je u zahtevu konstatovano da je L. A. M. naveo kako mu je cilj bio da teritoriju RS ilegalno napusti, a u Upravu za strance samoinicijativno pristupio (dakle svoje bivanje na području RS je ipak prijavio) pa namera i postupak nisu u saglasnosti što je značajno zbog eventualne primene čl. 8 Zakona o azilu.

Na isti propust u prvostepenom postupku ukazano je u rešenju Prekršajnog apelacionog suda, Odeljenja u Nišu 203 Prž. 3550/15 od 26. februara 2015. godine kojim je ukinuta presuda prekršajnog suda u Preševu Pr. 282/15 od 15. februara 2015. godine:

[...] imajući u vidu da okrivljeni dolazi iz države Sirije, za koju je opštepoznato da je zahvaćena ratnim dešavanjima i na osnovu toga je trebalo imati u vidu da su ugrožena osnovna ljudska prava i slobode. Samim tim postupajući sud imao je obavezu da detaljnije proveri poziciju okrivljenog kako sa aspekta nacionalnog zakonodavstva, tako i u pogledu međunarodnog prava. Osnovano se u žalbi ukazuje da je valjalo imati u vidu Zakon o azilu, te Ženevsku konvenciju o statusu izbeglica iz 1951. godine, s obzirom da ovi propisi garantuju posebna prava licima koja potiču iz država u kojima su ugrožena ljudska prava i slobode [...] U tom smislu je i član 4 Zakona o strancima koji daje prednost primeni drugih zakona ili međunarodnih ugovora, o čemu je trebalo voditi računa i u konkretnom slučaju. Kao potvrda osetljivosti materije suđenja je i odredba člana 45 Zakona o strancima na osnovu koje je određena obaveza obaveštavanja svih državnih organa, pa i prekršajnih sudova o nezakonitom boravku stranaca na teritoriji RS, što znači da se na određen uređeni način dalje sprovode postupci u vezi sa boravkom tog lica. I član 11 Zakona o zaštiti državne granice daje rezervu u odnosu na kaznene odredbe iz ovog propisa upućujući na međunarodne ugovore i višu silu, kao što je ovde ratno dejstvo u Siriji, a pod uslovom da se odmah obavesti granična policija.

Sadržina navedenih odluka ne ukazuje samo na neophodnost utvrđenja činjenica u ovom postupku od značaja za primenu odredaba Zakona o azilu već i za eventualnu direktnu primenu odredaba Konvencije o statusu izbeglica.

Preporuka

Prilikom ocene da li je okrivljeni potencijalni izbeglica na koga se primenjuje načelo nekažnjavanja za nezakonit ulazak ili boravak u RS uzeti u obzir opštepoznate činjenice kao što je ratno stanje u određenim zemljama ili masovno kršenje ljudskih prava koje ne treba posebno dokazivati.

Utvrđivanja osnova za primenu načela nekažnjavanja prema članu 8 Zakona o azilu

Kako Zakon o azilu kao uslov za primenu načela nekažnjavanja propisuje da stranac treba bez odlaganja da podnese zahtev za azil, ovaj uslov je potrebno tumačiti kako u sklopu drugih članova Zakona o azilu, tako i u sklopu prakse Kancelarije za azil koja sprovodi prvo-stepeni postupak azila. Naime, prema Zakonu o azilu podnošenju zahteva prethodi izražavanje namere za traženje azila o čemu strancu službenici Ministarstva unutrašnjih poslova izdaju odgovarajuću potvrdu. Podnošenje zahteva je upravna radnja kojom se formalno pokreće postupak azila.

Osnovno pitanje vezano za tumačenje člana 8 odnosi se na značenje reči „da bez odlaganja podnese zahtev za dobijanje azila”, odnosno pitanje da li stranac može i pred sudijom prekršajnog suda da izrazi nameru da traži azil te da to bude osnov za primenu principa nekažnjavanja. Za odgovor na ovo pitanje potrebno je detaljnije tumačenje ZOA, ne samo jezičko, već i ciljno i logičko kao i poznavanje prakse Kancelarije za azil.

U odeljku IV ZOA, od člana 22 do člana 35 regulisan je postupak za dobijanje ili uskraćivanje prava na azil. Član 22 reguliše prvu radnju, nameru da se traži azil, i kaže da stranac može usmenim ili pismenim putem, pred policijom, da izrazi nameru da traži azil.⁷³ Dakle, izražavanje namere za traženje azila, predstavlja početnu radnju, kojom se ostvaruje pristup postupku azila. Iz daljih odredbi vidi se da je sam postupak podnošenja zahteva za azil vezan za duže rokove, duže i od petnaest dana. Analizom predmeta prekršajnih sudova zaključuje se da je u većini slučajeva stranac doveden pred sudiju prekršajnog suda već istog dana po prelasku granice, praktično odmah, te se i postavlja pitanje da li je njemu bio omogućen pristup postupku azila, kao i da li je od strane policije upoznat sa pravom da traži azil.

Dalje se u članu 8 navodi da je lice dužno da bez odlaganja podnese zahtev za azil. Potrebno je i tumačenje šta tačno znači „bez odlaganja.” Ako pažljivo razmotrimo navedene odredbe o postupku azila videćemo da je to proces koji započinje izražavanjem namere za traženje azila, potom se nastavlja sa evidentiranjem stranca, izdavanjem propisane potvrde, upućivanjem u centar za azil, registracijom stranaca, izdavanjem lične karte za lica koja traže azil. Nakon svih tih radnji može se podneti zahtev za azil i to u roku od 15 dana, koji po odobrenju Kancelarije za azil može biti produžen. U praksi, međutim, Kancelarija za azil određuje u svakom predmetu termin kada će se podneti zahtev za azil budući da se zahtev podnosi tako što službenik Kancelarije za azil postavlja tražiocu azila pitanja iz obrasca zahteva i, uz pomoć prevodioca, popunjava taj obrazac. Sve navedene radnje same po sebi ukazuju da do podnošenja zahteva za azil može proteći i duži vremenski period, te u tom smislu i treba tumačiti reči „bez odlaganja”, odnosno tumačiti ih tako da se odnose na razuman vremenski period u kome je strancu od nadležnih organa omogućen pristup postupku azila.

Tokom leta 2015. godine izbeglice su i po nekoliko dana čekale na ulici ispred Policijske uprave za Grad Beograd kako bi izrazile nameru da traže azil i ostvarile pravo na pristup postupku azila u skladu sa članom 22 Zakona o azilu. Slična praksa uočena je i u Registracionom centru u Preševu, što je brojne strance obeshrabrilo da se jave srpskim vlastima radi dobijanja međunarodne zaštite.⁷⁴

73 Prilikom granične kontrole na ulasku u Republiku Srbiju, ili unutar njene teritorije, stranac može usmenim ili pismenim putem da izrazi nameru da traži azil pred ovlašćenim policijskim službenikom Ministarstva unutrašnjih poslova. Stranac koji je izrazio nameru da traži azil će se evidentirati i uputiti u Kancelariju za azil, odnosno u Centar za azil. Stranac je dužan da se javi u roku od 72 sata ovlašćenom službeniku Kancelarije za azil, odnosno Centra za azil. Kad ovlašćeni policijski službenik Ministarstva unutrašnjih poslova, u slučaju iz stava 1 ovog člana, posumnja da postoji neki od razloga za ograničenje kretanja iz člana 51 ovog zakona, sprovede stranca do Kancelarije za azil ili Centra za azil.

74 Ovaj podatak dobijen od brojnih izbeglica koje su razgovarale sa saradnicima Beogradskog centra za ljudska prava.

U Rešenju Prekršajnog suda u Beogradu kojim je odbačen zahtev za pokretanje prekršajnog postupka okrivljeni je u svojoj odbrani upravo naveo da mu nije bio omogućen pristup postupku azila:

[...] otišao sam u Odeljenje za strance u Beogradu sa zahtevom da izrazim nameru da tražim azil pa su policijski službenici odbili moj zahtev pa sam ponovo dana 5. juna 2015. godine u 9,00 časova otišao u Odeljenje za strance sa punomoćnikom u postupku azila Nikolom Kovačevićem pravnikom za ljska prava i ponovo su odbili da mi daju potvrdu o izraženoj nameri za traženje azila u Srbiji, naveli su da nemam pravo da tražim azil u Srbiji jer sam već jednom tražio. Danas sam pred ovlašćenim službenim licima u Upravi za strance u službenoj belešci koje je službeno lice sačinilo ponovo izjavio da tražim azil u Srbiji jer želim da ostanem u ovoj zemlji, više nemam novca kako bih pokušao da se domognem EU a imam 30 godina i rešio sam da se stabilizujem i smirim u Srbiji. Ovu izjavu sam svojeručno potpisao u prisustvu previodica za arapski jezik Khaled Abbasa. Pred ovim sudom izričito tražim azil u Srbiji. Ne želim da učestvujem u ratnim sukobima u Siriji a grad iz koga dolazim Alepo je srušen sa zemljom i nema nijednog stanovnika, a u celoj zemlji se vodi građanski rat.⁷⁵

Sud je u ovom predmetu zaključio:

Kako je okrivljeni u prisustvu branioca advokata Katarine Golubović iz Beograda i Khaled Abbas sudskog previodioca za arapski jezik kod sudije izrazio očiglednu nameru da traži azil na teritoriji Republike Srbije, iz razloga što je pobjegao iz zemlje u kojoj se vodi građanski rat, shodno odredbi člana 184. st. 1 tač. 6 Zakona o prekršajima, a u vezi čl. 8 Zakona o azilu, sudija je doneo rešenje o odbačaju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, jer shodno navedenom propisu, propisano je načelo nekažnjavanja za nezakonit ulazak ili boravak lica koje traži azil u Republici Srbiji, a kada pruži valjano obrazloženje za nezakonit ulazak ili boravak, jer traženje azila je zakonski razlog zbog koga se prekršajni postupak ne može pokrenuti.

U vezi ovog rešenja suda, s obzirom da je prekršajni postupak okončan rešenjem o odbačaju zahteva, a nakon saslušanja okrivljenog pred sudom, može se postaviti pitanje da li je procesno to dobro rešenje. Verovatnije je da bi u ovom slučaju pravilnije bilo donošenje rešenja o obustavi postupka. Međutim, za potrebe ovog priručnika, to i nije od velikog značaja, jer je postupak okončan primenom načela nekažnjavanja.

Sada se vraćamo na ključno pitanje, da li izbeglica može pred sudom da izrazi nameru za dobijanje azila i da li je to dovoljno za primenu načela nekažnjavanja.

Analizom napred navedenih odredbi i činjenice da se većina izbeglica pred sudiju doводи odmah po prelasku granice, dakle da postoji sumnja u pristup delotvornoj međunarodnoj pomoći i pristupu postupku dobijanja azila, mora se zaključiti da izražena namera pred sudijom jeste osnov za primenu načela nekažnjavanja. Kako je napred navedeno, okrivljeni u svojim odbranama i navode da im delotvoran pristup policiji, tačnije Odeljenju za strance nije bio dostupan. U prilog ovome ide činjenica da je u predlogu novog zakona o azilu izmenjen član 8 tako da što će predviđati da stranac neće biti kažnjen za nezakonit ulazak ili boravak u Republici Srbiji ako bez odlaganja izrazi nameru za podnošenjem zahteva za azil.⁷⁶

Praksa prekršajnih sudova u mnogim odlukama ukazuje na ovakvo tumačenje člana 8 ZOA. Prekršajni apelacioni sud, Odeljenje u Nišu je u jednoj odluci naveo:

⁷⁵ Prekršajni sud u Beogradu, rešenje DS-66 Pr. 979/15 od 5. juna 2015. godine.

⁷⁶ Nacrt Zakona o azilu i privremenoj zaštiti dostupan je na: <http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/dbce1cfa-1c98-4af4-851f-e7441fec5b5/Nacrt+zakona+o+azilu+i+privremenoj+zastiti.pdf?MOD=AJPERES&CVID=ldVbt9l>.

[...] osnovano se u žalbi ukazuje da napuštanje smeštaja od strane okrivljenog nema pravni značaj na izdatu potvrdu MUP od 18. oktobra 2014. godine br. 56/14, jer po doslednoj primeni člana 8 Zakona o azilu i člana 37 Ženevske konvencije o statusu izbeglica, koju je RS ratifikovala dovoljno je da je izražena namera da se traži azil [...].⁷⁷

U rešenju Prekršajnog suda u Pirotu Pr. 194/14 od 22. januara 2014. godine, u obrazloženju odluke, kojom se postupak obustavlja, između ostalog, navedeno je i da je okrivljeni, koji dolazi iz ratnog područja Sirije, zatražio pred sudom da mu se preko nadležnih organa RS omogući da podnese zahtev za dobijanje azila, prethodno objasnivši razloge svog bespravnog ulaska u Srbiju, navodeći da dolazi iz zemlje u kojoj se vodi građanski rat, u kome on ne želi da učestvuje i iz koje je pobjegao sa suprugom i dvoje dece. Opisao je i svoje putovanje iz Sirije, preko Turske i Bugarske, te i da je odmah po prelasku granice sa Srbijom zaustavljen od strane policije i doveden u sud. Sudija je ovu izjavu okrivljenog cenila kao očigledno izraženu nameru da traži azil u RS, te se u rešenju o obustavi postupka pozvala na načelo iz člana 8 ZOA:

Kako je u toku postupka, prijavljeni Badi Aalabidu pred sudom izrazio očiglednu nameru da zatraži azil na teritoriji Republike Srbije, iz razloga što je pobjegao iz zemlje u kojoj se vodi građanski rat, u kome on ne želi da učestvuje i ubija nedužne ljude, to je na osnovu čl. 216. st. 2 Zakona o prekršajima, sudija obustavio prekršajni postupak [...] s obzirom da je članom 8 Zakona o azilu propisano načelo nekažnjavanja za nezakonit ulazak ili boravak, po kome lice koje traži azil neće biti kažnjeno za nezakonit ulazak ili boravak u Republici Srbiji [...].⁷⁸

Interesantno je da je u izreci napred citiranog rešenja naloženo ovlašćenom službenom licu MUP RS, PU u Pirotu da preuzme vođenje postupka azila i da postupi u skladu sa odredbama ZOA, koji zabranjuje proterivanje ili vraćanje protiv volje lica koje je izrazilo nameru da traži azil u RS. Ovakav uput i nalog suda mogao bi se smatrati dobrom praksom, jer sud prihvatajući mogućnost da lice pred sudom izrazi navedenu nameru, preko naloga policiji obezbeđuje da se postupak za dobijanje azila i sprovede dalje, pred nadležnim organima.

Takođe, Opštinski organ za prekršaje u Preševu je još 2009. primenio u jednoj odluci načelo nekažnjavanja zbog same činjenice da su okrivljeni pred sudom izrazili nameru da traže azil:

Kako su okrivljeni prilikom saslušanja, između ostalog, naveli i to da su u Republiku Srbiju ušli sa namerom da podnesu zahtev za dobijanje azila a obrazloženje za traženje azila je bilo da zbog trenutne situacije u njihovoj zemlji nisu u mogućnosti da nastave život bez straha za njihove živote i bezbednost navodeći da je za njih bolje da ih ubijemo nego da ih vratimo u Avganistan i kako je bilo vremena da se isti prijave nadležnim organima sa zahtevom za dobijanje statusa izbeglice i traženje azila odlučeno je kao u dispozitivu rešenja i postupak je protiv istih obustavljen a okrivljenima je pružena mogućnost da se prijave nadležnim organima sa zahtevom da traže azil.⁷⁹

Prekršajni apelacioni sud, Odeljenje suda u Novom Sadu u nekoliko predmeta ukinulo je prvostepenu odluku u kojoj je primenjeno načelo nekažnjavanja zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja jer se prvostepeni sud rukovodio samo time da je okrivljeni pred sudom izrazio nameru da traži azil.⁸⁰

77 Prekršajni apelacioni sud, Odeljenje u Nišu, presuda II – 203 Prž. 611/15 od 16. januara 2015. godine kojom se usvaja žalba i preinačuje presuda Prekršajnog suda u Negotinu Pr. br. 2124/14 od 9. decembra 2014. godine.

78 Prekršajni sud u Pirotu, rešenje 1 Pr 194/14 od 22. januara 2014. godine.

79 Opštinski organ za prekršaje u Preševu, Up. 339/09-1 kb, 18 od 11. marta 2009. godine.

80 Prekršajni apelacioni sud, Odeljenje u Novom Sadu, rešenje III 312 Prž. 3914/15 od 18. marta 2015. godine, III 305 Prž. 3912 i III 307 Prž. 3913/15 od 7. aprila 2015. godine.

[...] po oceni Prekršajnog apelacionog suda, odluka prvostepenog suda da obustavi prekršajni postupak je preuranjena, odnosno doneta je protivno članu 248. Zakona o prekršajima s obzirom da se sud rukovodio samo time da je okrivljeni pred sudom izrazio nameru da traži azil. Ovo iz razloga što je već citirani član 31 stav 1 Konvencije UN o statusu izbeglica iz 1951. godine, govori o neprimenjivanju kaznenih sankcija na izbeglice [...] pod rezervom da se odmah prijave vlastima i izlože im razloge njihovog bespravnog ulaska ili prisustva, priznate kao valjane, te je prvostepeni sud bio dužan izvesti dopunske dokaze, s obzirom da su izvedeni dokazi nejasni, a imajući u vidu da je okrivljeni tvrdio da je bio u kampu u Bogovađi i da je na neki način bio u postupku traženja azila [...].

S obzirom na sadržinu člana 8 ZOA i odbranu okrivljenog trebalo je proveriti da li je okrivljeni imao mogućnosti pre davanja odbrane da podnese zahtev za azil i iznese razloge svog bespravnog ulaska u Srbiju budući da je prethodno bio smešten u Centru za azil u Bogovađi.

Ostaje još uslov iz člana 8 ZOA da lice pruži valjane razloge za svoj nezakonit ulazak ili boravak. U pogledu ovog uslova dovoljno je da izbeglica pokaže da je zbog spoljašnje pretnje ili sile morao da pređe granicu na nezakonit način. Od izbeglica koje beže od progona i masovnog kršenja ljudskih prava ne može se očekivati da zadovolje sve formalne uslove za zakonit ulazak u neku zemlju kako bi stigli na bezbedno mesto.⁸¹

Kao valjani razlozi navedeni u obrazloženju odluke cenjeni su oni iz odbrane okrivljenih iz Avganistana da su u RS ušli sa namerom da podnesu zahtev za dobijanje azila uz obrazloženje da je to zbog trenutne situacije u njihovoj zemlji, gde nisu u mogućnosti da nastave život bez straha za njihove živote i bezbednost navodeći da je za njih bolje da ih ubiju nego da ih vrate nazad u Avganistan.⁸²

Odluka Prekršajnog suda u Pirotu Pr. 194/14 od 22. januara 2014. godine je interesantna zbog toga što se iz iskaza okrivljenog utvrđuje da je tražio azil u Bugarskoj, ali mu isti nije odobren u razumnom roku, te je taj postupak prekinuo i pobegao za Srbiju, sa namerom da u njoj traži azil i pokuša da dovede suprugu i dvoje dece, koji se nalaze u Mađarskoj. Ovde se sud nije upuštao u mogućnost da li okrivljeni posle svega što je naveo u svom iskazu ispunjava uslove za dobijanje azila, već je samo cenio njegovu izraženu nameru pred sudom. Smatramo da je ovakva odluka suda pravilna, jer nije sud organ koji odlučuje o ispunjenosti uslova za dobijanje azila, tim pre što je u svojoj odluci sud okrivljenog i uputio na nadležni organ policije.

Sama činjenica da neko dolazi iz ratom zahvaćenog područja, da je u zemlji svog državljanstva imao političkih problema (što je jedan od osnova progona prema Zakonu o azilu i Konvenciji o statusu izbeglica) ili da je npr. Avganistan napustio zbog straha od Talibana, mogu biti opravdani razlozi za nezakonit ulazak ili boravak budući da u takvim okolnostima izbeglice često nisu u mogućnosti da ispoštuju sve imigracione propise.

Međutim, uočene su odluke kojima su stranci oglašeni odgovornim za nezakonit ulazak ili boravak na teritoriji Republike Srbije i kažnjeni, a čija odbrana sadrži indicije da bi mogli imati potrebu za međunarodnom zaštitom jer su osim loših društvenih ili ekonomskih prilika u zemljama prebivališta ukazali i na ratno stanje kao razlog napuštanja zemlje porekla. U ovim odlukama uglavnom nisu dati razlozi o neprimenjivanju načela nekažnjavanja.⁸³ U jednoj osuđujućoj presudi Prekršajnog suda u Negotinu okrivljeni iz Avganistana je izjavio:

81 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, str. 393.

82 Rešenje sudije Opštinskog organa za prekršaje u Preševu Up. 339/09 od 11. marta 2009. godine.

83 Prekršajni sud u Negotinu, presuda 4 Pr. 191/14 od 3. februara 2014. godine; Prekršajni sud u Subotici 2 – 6707/2013 od 17. novembra 2013. godine; Prekršajni sud u Beogradu DS-31 Pr. 1487/14 od 23. septembra 2014. godine i presude Prekršajnog suda u Zaječaru Pr. 13/15 od 11. januara 2015, 15/15 od 12. januara 2015. i 2290/2015 od 6. aprila 2015. godine.

Ja sam u izvesnoj saradnji po međunarodnim nevladinim organizacijama te sam u svojstvu prevodioca saradivao sa nekom organizacijom iz Amerike. U Avganistanu Talibani ne vole tu saradnju sa američkim organizacijama, pa su mi zapretili ubistvom zbog čega sam ja pobegao iz Avganistana, preko Irana, Turske i Bugarske i dana 31.01.2014. godine iz Bugarske ilegalno mimo graničnog prelaza ušao na teritoriju Republike Srbije.⁸⁴

Preporuka

Ukoliko okrivljeni iz opravdanih razloga nije bio u mogućnosti da to učini ranije, izražavanje namere za traženje azila pred sudom predstavljalo bi zakonski osnov za primenu načela nekažnjavanja i donošenja odluke kojom će se postupak prema okrivljenom obustaviti na osnovu člana 248, stav 2 ili će se okončati donošenjem presude kojom se oslobađa odgovornosti, na osnovu člana 250, stav 1, tačka 1 ZOP.

Primena člana 8 ZOA, može sama za sebe da bude osnov za primenu načela nekažnjavanja. Nije greška ako se sud pri tome pozove i na odredbu člana 31 Konvencije o statusu izbeglica, kako se najčešće i obrazlažu odluke prekršajnih sudova.

Direktna primena člana 31 Konvencije o statusu izbeglica

U praksi se kao sporno postavilo i pitanje da li u slučaju kada nisu ispunjeni uslovi iz člana 8 ZOA, sud može direktnom primenom člana 31 Konvencije o statusu izbeglica da primeni načelo nekažnjavanja. Ovde bi se radilo o situaciji kada okrivljeni izjavi da mu je namera da traži azil u nekoj drugoj zemlji te da ne želi to da čini u Srbiji. Razlozi za to mogu biti vezani za želju da se ode u ekonomski moćniju zemlju, gde je mogućnost zaštite izbeglica i integracije bolja ili se pak radi o želji za spajanjem porodice, ili drugim razlozima bliže navedenim na strani 13 ovog priručnika. Radi se o licima za koja se može razumno pretpostaviti da su u potrebi za međunarodnom zaštitom. Ovi razlozi su sa aspekta međunarodnog prava zakoniti.

Ako smo već utvrdili da je ratifikovana konvencija izvor prava i da se može direktno primenjivati, onda je i nesumnjiv zaključak da se načelo nekažnjavanja može primeniti i ako su samo ispunjeni uslovi iz člana 31 Konvencije o statusu izbeglica, odnosno ako lice nije tražilo azil u Srbiji, niti želi da ga traži.

U ovom slučaju je pored uslova da lice dolazi direktno sa teritorije gde mu je život ili sloboda u opasnosti, potrebno i da se odmah prijavilo vlastima i dalo valjane razloge bespravno ulaska ili boravka u zemlji.

Sud će kao i u slučaju primene člana 8 ZOA i ovde, koristeći iste kriterijume, utvrditi da li su razlozi valjani, kao i da li je pre dolaska u sud lice imalo prilike da se prijavi nekom drugom organu vlasti i iskaže te razloge ili je sud taj prvi organ, pa će u tom smislu i tumačiti reči „da se odmah prijavi”.

Kao sporno pitanje može biti ispunjenost uslova da li lice dolazi direktno sa teritorije gde mu pretila opasnost. Ukoliko je izbeglica prošao kroz nekoliko zemalja na putu do Srbije, što je najčešći slučaj, uslov iz Konvencije za primenu načela nekažnjavanja, da izbeglica dolazi direktno iz zemlje gde mu pretila opasnost, može biti doveden u sumnju. U ovom slučaju treba imati u vidu da li je izbeglica u tranzitnim zemljama mogao da dobije međunarodnu

84 Prekršajni sud u Negotinu, presuda 4 Pr. 190/14 od 3. februara 2014. godine.

zaštitu ili mu je u tim zemljama takođe pretio rizik od progona ili zlostavljanja. Prema stavu UNHCR Grčka⁸⁵ i Makedonija⁸⁶ još uvek nisu zemlje u kojima izbeglice mogu da dobiju efikasnu zaštitu i da imaju dostojanstven život te UNHCR preporučuje državama potpisnicama Konvencije o statusu izbeglica da osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom ne vraćaju u ove zemlje. Nečovečni i ponižavajući tretman izbeglica u Grčkoj konstatovao je i Evropski sud za ljudska prava.⁸⁷

Upravo je najčešći slučaj da izbeglice na svom putu prolaze kroz više zemalja i teško je zamisliti da veliki broj izbeglica može doći direktno avionom u Srbiju. Pored toga, veoma kratko zadržavanje izbeglice u drugim zemljama u kojima je boravio u potrazi za međunarodnom zaštitom ne isključuje primenu načela nekažnjavanja.⁸⁸

Iz napred navedenog rešenja suda u Pirotu Pr. 194/14 od 22. januara 2014. godine vidi se da je okrivljeni iz Sirije putovao preko Turske i Bugarske, da mu je porodica u Mađarskoj, što sve sud, pravilno, nije ni posebno obrazlagao u svojoj odluci, niti prepoznao kao problem za primenu načela nekažnjavanja. Kroz ovu odluku se prelama i pitanje prava na spajanje porodice, takođe garantovano ZOA.⁸⁹

Prekršajni apelacioni sud pozvao se u napred već citiranoj odluci na mogućnost direktne primene člana 31 Konvencije o statusu izbeglica rekavši:

Posebno sud nije proverio da li je u konkretnom slučaju, čak i ako okrivljeni nije iskazao nameru da traži azil, bilo uslova za primenu čl. 31 Konvencije o statusu izbeglica koja je državu Srbiju obavezala kao ratifikovani međunarodni akt, tačnije nije razjasnio da li se okrivljeni Upravi za strance prijavio odmah i da li je za svoj bespravni ulazak u RS ili prisustvo na području RS toj Upravi izložio razloge koji bi po Konvenciji bili priznati kao osnov isključenja bilo kakve sankcije.⁹⁰

Prekršajni apelacioni sud je u drugoj odluci ukazao na obaveznu primenu Konvencije o statusu izbeglica ukoliko okrivljeni nije tražio azil u Srbiji već je samo obrazložio razloge svog nezakonitog ulaska u Srbiju koji ga mogu kvalifikovati za izbegličku zaštitu.⁹¹

Odeljenje u Nišu, Prekršajnog apelacionog suda takođe je u jednom postupku, koji se vodio protiv maloletnog stranca, po službenoj dužnosti ukinuo prvostepenu odluku i ukazao na direktnu primenu Konvencije o statusu izbeglica:

Prekršajni apelacioni sud je utvrdio da je u provedenom postupku učinjena povreda materijalnog prava na štetu okrivljenog maloletnika, jer je nesporno utvrdio, na osnovu izvedenih dokaza, da se radi o licu koje beži iz ratom zahvaćenog područja, gde mu je život ugrožen [...], iako maloletni okrivljeni nije neposredno tražio azil u Republici Srbiji, ali je u postupku pred sudom izrazio jasnu nameru da iz Republike Srbije ide u Mađarsku a odatle u Finsku gde bi tražio azil, i molio da ne bude vraćen u Republiku Makedoniju, gde

85 „Grčka kao zemlja azila”, UNHCR, decembar 2014, dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/54cb3af34.html>.

86 „Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija kao zemlja azila”, UNHCR, avgust 2015 dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/55c9c70e4.html>.

87 U čuvenom predmetu *M. S. S. protiv Belgije i Grčke*, predstavka br. 30696/9, odluka Velikog veća od 21. januara 2011. godine, ESLJP je posebno istakao da je Belgija imala obavezu da prvo utvrdi na koji način grčke vlasti primenjuju svoje zakone u oblasti azila, i da nije smela samo da pretpostavi da će podnosilac predstavke u Grčkoj biti tretiran u skladu sa Konvencijom o statusu izbeglica.

88 „UNHCR’s Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers”, UNHCR, februar 1999, para. 4, dostupno na: <http://www.refworld.org/docid/3c2b3f844.html>.

89 Pravo na spajanje porodice lica kome je odobren azil garantovano je članovima 49, 49, 50 ZOA.

90 Prekršajni apelacioni sud, rešenje Prž 19579/14 od 3. oktobra 2014. godine.

91 Prekršajni apelacioni sud, rešenje 2 Prž 5317/15 od 25. marta 2015. godine.

je bio maltretiran i pokraden, bilo je osnova da se prema istom primene odredbe međunarodnih konvencija [...], a koje su obavezne za potpisnike.⁹²

Prilikom ocene da li će se princip nekažnjavanja primeniti i na strance koji na nezakonit način napuštaju teritoriju RS trebalo bi imati u vidu činjenicu da li im je u Srbiji omogućena efikasna zaštita. UNHCR je u 2012. godini objavio izveštaj u kome ukazuje na nedostatke sistema azila Srbije i preporučuje državama potpisnicama Konvencije o statusu izbeglica da izbeglice ne vraćaju u Srbiju.⁹³

Prekršajni sudovi bi trebalo da u odnosu na svakog stranca koji je kao primarnu napustio zemlju koja generiše izbeglice u postupku utvrdi činjenice na osnovu kojih se može zaključiti da li mu je u Srbiji omogućen pristup postupku azila i delotvorna međunarodna zaštita. Ukoliko okrivljeni stranac koji je izrazio nameru da traži azil u RS nezakonito pokuša da napusti ili napusti teritoriju RS (član 65, stav 1, tačka 1 Zakona o zaštiti državne granice) jer zbog nedovoljne razvijenosti sistema azila u razumnom roku tu zaštitu nije mogao da ostvari ne može biti odgovoran za takvo postupanje. Efikasnost sistema zaštite trebalo bi ceniti i u postupku utvrđivanja nezakonitog boravka stranca na teritoriji Republike Srbije za koga postoji indicija da je potencijalni uživalac međunarodne zaštite. Nejavljanje centru za azil po potvrdi o izraženoj nameri za traženje azila u propisanom roku ili napuštanje centra ne moraju uvek biti posledica okolnosti koje se tom licu mogu pripisati u krivicu. Potvrda o izraženoj nameri za traženje azila se strancima izdaje na ćirilichnom pismu te stranci često nisu u mogućnosti da razumeju njen pravi značaj a kamoli obavezu da se u roku od 72 sata od njenog izdavanja jave centru za azil u skladu sa članom 22, stav 2 Zakona o azilu.⁹⁴ U svakom slučaju, sud će proceniti sve raspoložive dokaze i činjenice vezane za odbranu okrivljenog i doneti svoju odluku.

Mogla bi se preispitati ispravnost odluke o obustavi postupka prema okrivljenima koji ne dolaze iz države koja prema izveštajima UNHCR generiše (stvara) *prima facie* izbeglice, a čije odbrane ne ukazuju na ugroženost njihovih elementarnih prava i sloboda u zemlji porekla. Pokušaj izlaska okrivljenih sa teritorije RS i ulaska na teritoriju Mađarske izvan određenog graničnog prelaza sa objašnjenjem da „im je namera bila da na ovaj način, ilegalno prelazeći granice, dospeju u neku od zemalja zapadne Evrope radi zaposlenja i života” ne navodi na razumnu pretpostavku da su u potrebi za međunarodnom zaštitom. Iz razloga odluka pre se zaključuje da je uzrok njihovog kretanja ekonomske prirode, zbog čega je u ovim postupcima interes za zaštitom državne granice i teritorije RS primaran. U ovom slučaju i činjenica postojanja potvrde o izraženoj nameri da traže azil u RS ne bi bila dovoljna za primenu principa nekažnjavanja.⁹⁵

Preporuka

Primeniti član 31 Konvencije o statusu izbeglica ukoliko okrivljeni nije tražio azil u Srbiji već je samo obrazložio razloge svog nezakonitog ulaska ili boravka u Srbiji koji ga mogu kvalifikovati za izbegličku zaštitu.

92 Prekršajni apelacioni sud, Odeljenje u Nišu, II 210 Prž 66/15 od 1. aprila 2015. godine.

93 Vidi „Srbija kao zemlja azila”, UNHCR, avgust 2012, dostupno na: http://www.unhcr.rs/media/Srbija_zemlja_azila.pdf.

94 U razgovoru sa brojnim tražiocima azila saradnici Beogradskog centra za ljudska prava došli su do saznanja da oni ne razumeju sadržinu potvrde o izraženoj nameri za traženje azila.

95 Prekršajni sud u Subotici, presuda Pr. 7516/15 od 24. juna 2015. godine.

Sadržina sudske odluke

Iz svega napred navedenog proizlazi da je u opisanim prekršajnim postupcima potrebno pre svega detaljno saslušati okrivljenog, pa takvu odbranu i opisati i navesti u obrazloženju odluke, koristiti sve procesne norme koje sudiji daju mogućnost da utvrdi činjenice i iste obrazloži u svojoj odluci i da na kraju pruži valjanu pravnu analizu utvrđenog činjeničnog stanja i donese zaključak o postojanju ili nepostojanju elemenata prekršaja.

Međutim, analizirajući određeni broj odluka prekršajnih sudova u kojima su zahtevi za pokretanje prekršajnog postupka podneti protiv stranaca zbog nezakonitog ulaska ili boravka na teritoriji RS, za koje se razumno može pretpostaviti, s obzirom na državu iz koje dolaze, da bi mogli imati potrebu za međunarodnom zaštitom, uočava se različitost u postupanju sudova. Ta različitost se ogleda kako u primeni procesnih odredaba tokom vođenja postupaka tako i u pogledu odluka kojima se postupci okončavaju. Mnoge odluke donete su na osnovu člana 252, stav 4 Zakona o prekršajima i sadrže samo prepis izreke pošto se okrivljeni odrekao prava na žalbu. Radi se o odlukama koje pored toga što nemaju obrazloženje na osnovu člana 308, tačka 1, stav 1 ZOP postaju izvršne i pre pravnosnažnosti.

Na osnovu sadržine presuda bez obrazloženja teško je, gotovo nemoguće, oceniti da li su poštovana prava okrivljenih u postupku i da li su utvrđivane činjenice od značaja za eventualnu primenu principa nekažnjavanja.⁹⁶ Iako se ne radi o odlukama koje su u suprotnosti sa procesnim odredbama ZOP, smatramo da u predmetima protiv stranaca, koji mogu biti u potrebi za međunarodnom zaštitom, ovakve odluke nisu dobre. Ovo stoga što se iz ovakvog postupanja suda ne može zaključiti da li su poštovana sva osnovna načela prekršajnog postupka, kao i načela međunarodnog prava koja su i bila predmet analize ovog priručnika. Ovakve odluke, koje su očigledno donete prema licima koja dolaze iz zemalja koje generišu izbeglice, ostavljaju sumnju da su zasta delotvorno poštovana prava okrivljenih, kako na upotrebu jezika tako i pravo na odbranu a samim tim i načelo nekažnjavanja.

Takođe, osuđujuće presude bez obrazloženja kojima je prema više okrivljenih izrečena zaštitna mera udaljenje stranca iz RS, mogu predstavljati kolektivno proterivanje stranaca a čime se krši član 4 Protokola br. 4 uz EKLJP,⁹⁷ imajući u vidu da se iz sadržine presude ne može zaključiti da je za svakog stranca, na individualnom nivou, ispitano da li treba da napusti RS.

Standard ESLJP je da svaki stranac mora da bude pojedinačno saslušan i da odluke kojima se proteruju stranci ne smeju da sadrže istovetan tekst, bez osvrta na svaki pojedinačni slučaj.⁹⁸

Preporuka

U prekršajnim postupcima protiv lica za koje se osnovano može smatrati da imaju potrebu za međunarodnom zaštitom preporučuje se da presude uvek sadrže obrazloženje, kao i uputstvo o pravnom leku.

96 Prekršajni sud u Kikindi, presude Pr. 1577/15 do 1582/15 od 24. maja 2015; Prekršajni sud u Bečeju, presude od Pr. 1871/15 do 1875/15 od 27. maja 2015. i od 2345/15 do 2348/15 od 25. juna 2015; Prekršajni sud u Subotici, presuda Pr. 2903/15 od 5. marta 2015, Pr. 3247/15 od 14. marta 2015. i 3133/15 od 11. marta 2015. godine.

97 Zabranjeno je kolektivno proterivanje stranaca, član 4 Protokola br. 4 uz EKLJP.

98 Vidi *Sharifi i drugi protiv Italije i Grčke*, predstavka br. 16643/09, presuda od 22. oktobra 2014. godine i *Hirsi Jamaa i drugi protiv Italije*, predstavka 27765/09, presuda Velikog veća od 23. februara 2012. godine.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14-054.73(497.11)

342.7

341.43(497.11)

ДАРГИЧЕВИЋ Дичић, Радмила, 1956–

Primena načela nekažnjavanja izbeglica u prekršajnom postupku / [Radmila Dragičević Dičić, Marija Vuković Stanković, Lena Petrović]. – Beograd : Beogradski centar za ljudska prava, 2016 (Beograd : Dosije studio). – 35 str. ; 29 cm

Podatak o autorkama preuzet iz kolofona. – Tiraž 250. –

Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-7202-165-3

1. Вуковић Станковић, Марија, 1958– [аутор] 2. Петровић, Лена, 1984– [аутор]

а) Избеглице – Правни положај – Србија б) Азил – Србија

с) Избеглице – Међународна заштита

COBISS.SR-ID 223552012



Beogradski centar
za ljudska prava