

dr. sc. Mario Krešić *

ANALIZA EUROPSKOG INSTITUTA PRIVREMENE ZAŠTITE

Tri teorijska alata korisna za analizu pravnih instituta jesu: modeli institucija, modeli primjene pravila i modeli odnosa između normativnih sustava. Predmet je analize europski institut privremene zaštite, što je potaknuto sljedećim praktičnim problemom. Propust njegove primjene može ugroziti funkcioniranje država i europskog poretka, izazvati napetosti u međudržavnim odnosima te pripisati nepravednu odgovornost državama. U ovom članku ograničit ćemo se na primjenu prvih dvaju teorijskih alata i pokazati njihovu korisnost za utvrđivanje sljedećih obilježja instituta: vrsta, dio strukture koji se odnosi na pozadinska načela te mogućnosti pravnog usmjeravanja njegove primjene. Polazeći od postavke da je uzrok zanemarivanja instituta njegovo nerazumijevanje, pretpostavit ćemo tri prigovora njegovoj primjeni i analizirati prigovor prema kojem je odluka o primjeni instituta isključivo političko pitanje.

Ključne riječi: *privremena zaštita, institucijsko uređenje, diskrecija, primjena pravila, teorija prava.*

1. UVOD

Teorijski problem kojim se bavi ovaj rad korisnost je teorijskih alata za analizu pravnih instituta. Tri alata primjenjiva na analizu jesu: a) modeli institucija, b) modeli primjene pravila i c) modeli odnosa između normativnih sustava. Prvi je alat koristan za razumijevanje vrste i strukture instituta, a drugi za utvrđivanje okvira pravnog usmjeravanja njegove primjene. Treći alat koristan je za razumijevanje odnosa između sustava u kojem je institut stvoren i ostalih sustava koji bi mogli biti relevantni za njegovu primjenu.¹ Predmet je analize europski institut privremene zaštite (dalje u tekstu: PZ institut), a u ovom ćemo članku primijeniti prvi i drugi alat. Prvim ćemo se koristiti za utvrđivanje vrste i jednoga dijela strukture instituta. Drugim alatom pokazat ćemo stvarne mogućnosti za pravno usmjeravanje primjene instituta. Prikaz ostalih dijelova strukture instituta (pravila) korištenjem prvim alatom i prikaz

* Dr. sc. Mario Krešić, docent na Katedri za teoriju prava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu (Assistant Professor, Chair of Theory of Law and State, Faculty of Law, University of Zagreb):
mario.kresic@pravo.hr

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-1846-1318

¹ O odnosima između pravnih sustava vidi Kelsen 2005; Ross 2006; Lauterpacht 2000.

odnosa međunarodnog i europskog prava s obzirom na PZ institut korištenjem trećim alatom zahtijeva zasebnu analizu koja prelazi opseg ovog rada.

Analiza instituta upotrebom teorijskih modela doprinijet će rješavanju praktičnog problema: propusta primjene PZ instituta. Problem je relevantan s obzirom na posljedice i uzroke propusta. 1) Propust za vrijeme migracijskih kretanja 2015. i 2016. godine (dalje u tekstu: izbjeglička kriza) doveo je do problema u funkcioniranju pravnih poredaka, do napetosti u međudržavnim odnosima i povreda ljudskih prava. 2) Presude Suda EU-a nepovoljne su za države koje su imale problema u provođenju redovita sustava međunarodne zaštite EU-a ili nisu bile zadovoljne *ad hoc* kriznim mjerama Vijeća EU-a za rješavanje krize. 3) Institut nikad nije aktiviran iako su neki događaji potpadali pod razred činjenica za koje je institut predviđen. Može se pretpostaviti da uzrok propusta barem djelomično proizlazi iz nerazumijevanja instituta. U prilog toj tezi može se navesti nezainteresiranost država da iskoriste mogućnost zahtijevanja njegove aktivacije, što je suprotno njihovim interesima. Polazeći od postavke da je uzrok zanemarivanja instituta njegovo nerazumijevanje, mogu se pretpostaviti tri prigovora njegovoj primjeni: a) nepoželjnost njegovih posljedica; b) njegova suvišnost s obzirom na mogućnost proširenog tumačenja Konvencije o pravnom položaju izbjeglica (1951) nadopunjene Protokolom o pravnom položaju izbjeglica (1964) (dalje u tekstu: Ženevska konvencija)²; c) isključivo političko obilježje odluke o aktiviranju Direktive. U ovom članku analizirat ćemo treći prigovor.

Nakon uvoda, u drugom poglavlju prikazat će se teorijski alati uz određene rekonstrukcije radi njihove primjene na PZ institut. Treće i četvrto poglavlje pokazat će korisnost alata za njegovu analizu: utvrđivanje pozadinskih načela i određenje okvira pravnog usmjeravanja njegove primjene. U petom poglavlju obrazložiti će se zašto prigovor o isključivo političkom obilježju njegove primjene nije opravdan.

2. TEORIJSKI MODELI

2.1. Struktura i vrste institucija

Institucijska teorija prava razvila je teorijske alate koji su primjenjivi na analizu pozitivnog prava. U ovom članku osvrnut ćemo se na uvide Neila MacCormicka i Dicka W. P. Ruitera koji se odnose na strukturu i vrste institucija.

(1) Prema MacCormicku, sve institucije imaju istu strukturu koju čine trovrsta pravila te pozadinska načela. Institucija obavlja funkciju posrednika između mnoštva

² U kontekstu zagovaranja proširenog tumačenja Konvencije, o pozitivnim i negativnim stranama privremene zaštite vidi *Peers, Rogers* 2006, 461; *Tessenyi* 2006, 503; 461; *Castillo, Hathaway* 1997, 4; *Sopf* 2001, 154–156; *Fitzpatrick* 2000, 280; *Roxström, Gibney* 2003.

činjenica i posljedica uvjetovanih takvim činjenicama. Razumijevanje institucije kao posrednika MacCormick duguje Alfu Rossu iako se njih dvojica razlikuju s obzirom na tezu o postojanju institucija kao zasebnih entiteta.³ Pravila institucija mogu se razvrstati na: a) uspostavna pravila, b) pravila i posljedice i c) pravila i okončanja.⁴ Pozadinska načela važna su za tumačenje i primjenu konkretnih primjeraka dane institucije. MacCormick ističe da bez njihova razumijevanja samo znanje pravila o uspostavi, posljedicama i okončanju primjerka neke institucije ne znači mnogo, odnosno, njegovim riječima, „bez neke široke koncepcije čemu služe ugovori ili trustovi, nemoguće je postići smislenu interpretaciju ugovornog prava ili prava trustova“.⁵

(2) Institucije se mogu grupirati na sljedeća dva načina. (2.1.) S obzirom na svoju funkciju u pravnom poretku, institucije se mogu razvrstati na institucije agencije, institucije uređenja i institucije stvari.⁶ Institucije uređenja (npr. ugovor ili brak) imaju funkciju omogućiti osobama i agencijama uspostavu konkretnih okvira djelovanja (konkretni primjerci ugovora ili braka), institucije agencije (npr. sudovi ili trgovačka društva) imaju funkciju uspostaviti subjekte koji djeluju u pravnom poretku, a institucije stvari (npr. dionice) imaju funkciju uspostaviti objekte u pravnom poretku.

(2.2.) Prema drugom kriteriju može se napraviti razlika između jedinstvenih i svih ostalih institucija⁷ koje ćemo za potrebe ovog članka nazvati „nejedinstvenim institucijama“. Dva su osnovna razlikovna obilježja među njima.

a) Prva razlika postoji s obzirom na obilježje (ne)isključujuće valjanosti pravnog režima koji se institucijom uspostavlja. Nejedinstvenim institucijama uspostavljaju se pravni režimi koji su valjani i kad se istodobno uspostavi više režima istog razreda u tome pravnom poretku. Jedinstvenom institucijom uspostavljaju se pravni režimi koji su valjani samo ako isključuju valjanost bilo kojega drugog režima istog razreda koji bi se istodobno uspostavio u tome pravnom poretku. Nastavno na taj Ruitеров uvid može se dodati sljedeća pretpostavka. Pravni poredak može predvidjeti više jedinstvenih institucija s pravilima koja nastoje obuhvatiti razred istih događaja, ali suprotstavljenih pozadinskih načela i općenito nespojivih posljedica. U takvu slučaju uspostavljeni režim jedne isključuje valjanost režima druge jedinstvene institucije. Iako normativna praznina ne postoji kada su svi relevantni događaji uređeni nekim režimom, moguće je da i dalje postoji vrijednosna praznina.⁸ Teza o postojanju vrijednosne praznine može se opravdati ako se uređenje događaja jednim od isključujućih režima smatra „nepravednim“.

³ Ruitер 1993.

⁴ MacCormick 2007, 36 i 37.

⁵ MacCormick 1998, 336.

⁶ MacCormick 2007, 35.

⁷ Ruitер 1998, 230; 2001, 92.

⁸ Guastini 2018, 373.

b) Druga se razlika odnosi na konkretizaciju institucija. Prema Ruiteru, analizom nejedinstvene institucije može se razlikovati apstraktni pravni pojam uspostavljen pravnim poretom koji određuje razred pravnih institucija od konkretnoga pravnog pojma koji se odnosi na pojedinačne primjerke istog razreda. Na sličan je način jedinstvena institucija konkretizacija „prethodno postojećega apstraktnog pojma“, ali za razliku od nejedinstvene institucije njezin apstraktni pojam nije utemeljen u pravnom poretom, već ostaje izvanpravni pojam.⁹ MacCormick prihvaća razlikovanje jedinstvenih i nejedinstvenih institucija, ali ističe da za jedinstvene institucije vrijede sljedeće dvije odrednice. Kao prvo, apstraktni pojam jedinstvene pravne institucije odnosi se na njezina „pozadinska načela“, odnosno „posljednje svrhe“ kojima ona služi. Kao drugo, ta „pozadinska načela“ jedinstvene institucije nužna su za njezinu smislenu interpretaciju.¹⁰

2.2. Primjena pravila

MacCormick razlikuje tri vrste pravila. a) Pravilo apsolutne primjene pravilo je u skladu s kojim svaka pojava operativne činjenice bez iznimke mora biti popraćena normativnom posljedicom, a normativna posljedica može nastupati samo ako postoji operativna činjenica. b) Pravilo stroge primjene pravilo je koje dopušta iznimke od nastupanja normativnih posljedica i kad nastupe operativne činjenice ako bi time došlo do odstupanja od vrijednosti zaštićenih tim pravilom, pri čemu strogost primjene može biti različita stupnja. c) Pravilo diskrecijske primjene pravilo je koje se primjenjuje samo ako donositelj odluke ne može donijeti odluku razmatranjem svih čimbenika koji se čine važnima s obzirom na vrijednosti i ciljeve određene aktivnosti ili pothvata. Pripadnost pravila nekoj od navedenih vrsta određena je normama druge razine koje propisuju uvjete autorizacije donošenja odluka.¹¹

Navedenoj klasifikaciji pravila mogu se pridodati sljedeće tri postavke. Kao prvo, može se napraviti razlika između pravila primjenjivanih u konstitucionaliziranom i nekonstitucionaliziranom poretom. U prvom tipu poretka, za razliku od drugog, svaka norma označava provedbu ustavnih normi¹² pa bi se prema tome primjena strogih i diskrecijskih pravila trebala kretati u marginama primjene određene ustavnim normama. Budući da su sva pravila usmjeravana ustavnim normama, obje vrste pravila u konstitucionaliziranom poretom možemo nazvati „strogim pravilima u širem smislu“. Kao drugo, MacCormick govori o dopuštenju ovlaštenom tijelu da napravi iznimku u odnosu na strogo pravilo ako bi se njime povrijedile vrijednosti koje se pravilom štite

⁹ Ruiter 1998, 232.

¹⁰ MacCormick 1998, 335.

¹¹ MacCormick 2007, 26 i 27.

¹² Guastini 2018, 186.

i da ne primijeni diskrecijsko pravilo dok god se vrijednosti pravila mogu ostvariti bez njegove primjene. Međutim, moguće je govoriti i o obvezi primjene strogo ili diskrecijskog pravila ako bi se propustom njegove primjene povrijedile vrijednosti koje se njime žele zaštititi te ustavne vrijednosti ako je riječ o konstitucionaliziranom poretku. Naposljetku, u odnosu na norme druge razine kojima se propisuju uvjeti autorizacije primjene pravila, može se dodati da je takvu normu moguće utvrditi na temelju a) institucijskih mogućnosti provjere opravdanosti odluke i b) mogućnosti pravnog rasuđivanja kojim bi se odluka o (ne)primjeni pravila mogla utvrditi opravdanom ili neopravdanom odlukom.

3. VRSTA I STRUKTURA INSTITUTA PRIVREMENE ZAŠTITE

3.1. Vrsta instituta

U skladu s navedenim modelima institucija možemo zaključiti da se PZ institut ubraja u „jedinственe institucije uređenja“. On je institucija uređenja jer njome nadležne agencije institucije uspostavljaju okvir djelovanja u slučaju specifične izvanredne situacije. To je jedinstvena institucija, što prema opisanoj teoriji znači: a) da ne mogu biti uspostavljena dva režima privremene zaštite koja bi bila istodobno valjana; b) da je institut privremene zaštite konkretizacija pozadinskih načela; c) nemogućnost istodobne valjanosti redovitog režima međunarodne zaštite (dalje u tekstu: redoviti MZ režim) i izvanrednog režima privremene zaštite (dalje u tekstu: PZ režim).

PZ institut ima strukturu kao i ostali tipovi institucija: pravila i pozadinska načela. U skladu s modelom strukture pravila, pravila PZ instituta možemo grupirati na pravila uspostave, pravila okončanja i pravila posljedice. U odnosu na strukturu pravila zbog potreba ovog rada navest ćemo samo pravilo uspostave koje se odnosi na nadležnost tijela za uspostavu režima. Pravna vlast za uspostavu pojedinačnog uređenja privremene zaštite razdijeljena je između više javnih tijela. Europska komisija daje prijedlog za aktivaciju instituta. Svaka država članica EU-a ima vlast zahtijevati od Komisije da predloži aktivaciju, a Komisija je dužna svaki takav zahtjev razmotriti iako ga nije dužna prihvatiti. Vijeće Europske unije odlučuje o prijedlogu Komisije kvalificiranom većinom.¹³ U ovom radu analizirat ćemo pozadinska načela kao zaseban dio strukture institucija. Polazeći od teorijske postavke da svaka institucija uređenja ima svoja pozadinska načela, apstraktni pojam europske privremene zaštite odredit ćemo uvidom u a) međunarodnu praksu i b) europsko pravo.

¹³ Direktiva, čl. 5., st. 1.

3.2. Pozadinska načela instituta u međunarodnoj praksi

Povijesni pregled ovog pojma u međunarodnoj praksi koji je opisala Joan Fitzpatrick¹⁴ može se sažeti na sljedeći način. Prve odrednice apstraktnog pojma mogu se pronaći u Afričkoj konvenciji o izbjeglicama iz 1969. godine. Daljnji razvoj pojma uslijedio je 80-ih godina pod utjecajem masovnih priljeva iz jugoistočne Azije i centralne Amerike. Tijekom 90-ih pojam je ponovno aktualan zbog priljeva izbjeglica iz Bosne i Hercegovine te Kosova. Ipak, na razini međunarodnog prava apstraktni pojam privremene zaštite nikad nije razvijen u pravno obvezujuće norme: on nije predviđen ni Ženevskom konvencijom ni ostalim međunarodnim ugovorima, a dokumenti UNHCR-a o PZ institutu nisu pravno obvezujući. Dakle, pojam nije nov u međunarodnoj praksi, ali „njegov sadržaj, granice i pravni temelj ostaju uvelike ne-definirani i neodređeni“.¹⁵

Ako pretpostavimo da se stvarna praksa razvoja apstraktnog pojma privremene zaštite odražava u doktrini međunarodnoga izbjegličkog prava, uvid u takvu doktrinu može nam pomoći da odredimo njegove elemente. Takav je pristup koristan ako pritom izbjegnemo nametanje „strogih naljepnica složenoj stvarnosti“.¹⁶ Unatoč neodređenosti pojma, doktrina se slaže oko sljedećih zajedničkih elemenata.¹⁷ Privremena zaštita izvanredni je oblik pružanja međunarodne zaštite skupini osoba u situaciji kada je nemoguće utvrđivanje njihovih pojedinačnih statusa. Fitzpatrick naziva tu karakteristiku privremene zaštite „group-based protection“.¹⁸ Takvu opisu apstraktnog pojma možemo dodati odrednice implicitno sadržane u njemu: ciljevi su instituta zaštita skupine i održanje funkcionalnosti poretka u izvanrednom stanju. Dodatno se u doktrini pojam često opisuje i kao da sadržava načelo međunarodne solidarnosti¹⁹, ali pojam solidarnosti još ima samo oblik dobrovoljne suradnje.

3.3. Pozadinska načela instituta u europskom pravu

Između razvoja apstraktnog pojma privremene zaštite u međunarodnoj i europskoj praksi postoji bitna razlika. U europskom poretku apstraktni pojam pretvoren je u dosad jedini nadnacionalni pravni PZ institut u svijetu.²⁰ Normativni sadržaj europskog instituta formuliran je u pravno obvezujućoj Direktivi o minimalnim standardima za dodjelu privremene zaštite u slučaju masovnog priljeva raseljenih osoba te o

¹⁴ Fitzpatrick 2000.

¹⁵ UNHCR 2012.

¹⁶ Donatella 1994, 537

¹⁷ Fitzpatrick 2000; Ineli-Ciger 2016b, 425; Thorburn 1995, 464–465; Coles 1980, 191 i 207.

¹⁸ Fitzpatrick 2000, 280.

¹⁹ Thorburn 1995, 467; Fitzpatrick 2000, 289; Coles 1980, 210.

²⁰ Fitzpatrick 2000, 279; UNHCR 2014, t. 10.

mjerama za promicanje uravnoteženih napora država članica pri prihvatu i snošenju posljedica prihvata tih osoba (dalje u tekstu: Direktiva).

Pozadinska načela europskog instituta ispitat ćemo polazeći od hipoteze da njegov apstraktni pojam sadržava iste elemente kao i pojam razvijen u međunarodnoj praksi. U skladu s prethodno opisanom doktrinom pretpostavit ćemo sljedeća pozadinska načela: a) institut je poseban neredovit (izvanredan) oblik pružanja međunarodne zaštite skupini osoba; b) režim se uspostavlja u slučaju izvanredne situacije; ciljevi su instituta c) zaštita skupine i d) sprečavanje nefunkcionalnosti poretka; e) postizanje ciljeva instituta zahtijeva solidarno djelovanje država. U nastavku ćemo analizirati opravdanost navedenih postavka s obzirom na tekst Direktive.

a) Prvo obilježje pojma – izvanrednost oblika pružanja međunarodne zaštite – dosljedno se prenosi u sadržaj europskoga pravnog instituta. Direktiva definira privremenu zaštitu kao izvanredni postupak²¹ za razliku od redovitog postupka pružanja međunarodne zaštite.²²

b) Drugo obilježje – pojavnost izvanrednih situacija kao razlog uspostave PZ režima – odražava se u samom razlogu donošenja Direktive kao odgovora EU-a na buduće izvanredne događaje. U preambuli Direktive navodi se sljedeće: „Slučajevi masovnog priljeva raseljenih osoba koje se ne mogu vratiti u svoju zemlju podrijetla postaju sve brojniji u Europi posljednjih godina. U takvim slučajevima može biti potrebno uspostaviti posebne programe koji će im omogućiti neposrednu privremenu zaštitu.“²³ Iz navedenog opisa izvanredne situacije moguće je razdvojiti dva elementa: a) pojava prisilnog raseljavanja osoba i b) pojava masovnog priljeva takvih osoba u Europu.

Pojava prisilnog raseljavanja osoba može se odrediti na temelju definicije raseljenih osoba koja se navodi u Direktivi. Riječ je o situaciji kada su osobe prisiljene napustiti svoju zemlju i ne mogu se vratiti u sigurne i trajne uvjete zbog situacije koja vlada u njihovoj zemlji.²⁴ Direktiva navodi sljedeće primjere događaja koji mogu prouzročiti prisilno raseljavanje: oružani sukobi i endemično nasilje te ozbiljna opasnost od sustavnoga kršenja ljudskih prava ili izvrnutost takvu kršenju.²⁵ U prvom redu Direktiva se odnosi na situacije oružanog sukoba, što je i sam povod donošenja Direktive: izvanredni događaji iz vremena europskih sukoba 90-ih posebice u Bosni i Hercegovini te Kosovu.²⁶ U preambuli Direktive ponajprije se podsjeća na „osobe raseljene

²¹ Direktiva, čl. 2., tč. a.

²² Pojedinačno utvrđivanje statusa azila predviđa se samo kao mogućnost, a ne i kao obveza država prema pojedincima obuhvaćenima PZ režimom. *Ibid.*, čl. 19., st. 1.

²³ *Ibid.*, preambula, tč. 2.

²⁴ *Ibid.*, čl. 2., tč. c.

²⁵ *Ibid.*, čl. 2., tč. c.

²⁶ Europska komisija 2019a.

za vrijeme sukoba u bivšoj Jugoslaviji²⁷, a zatim posebno na „raseljene osobe s Kosova“ ističući da zaključci Vijeća iz 1999. godine „pozivaju Komisiju i države članice da izvuku pouku iz svog odgovora na kosovsku krizu s ciljem utvrđivanja mjera u skladu s Ugovorom“.²⁸ Norma kojom se definira pojavnost prisilnog raseljavanja nema zatvoreni antecedent, pa bi mogla obuhvatiti širok krug situacija koje izazivaju prisilno raseljavanje. Ipak, područje primjene dodatno je ograničeno zahtjevom da osobe raseljene zbog nekoga događaja moraju biti predviđene nekim međunarodnim ili nacionalnim instrumentom kojim se dodjeljuje međunarodna zaštita.²⁹ Taj zahtjev ipak ne mora imati negativan utjecaj na tumačenje o širokom području primjene. Ponajprije je iz razloga i povoda donošenja Direktive vidljivo da je riječ o pojavnostima koje prelaze okvir situacija predviđenih instrumentima azila (ili supsidijarne zaštite) kao klasičnim oblicima međunarodne zaštite. Nadalje, širok krug osoba može se podvesti pod razne nacionalne ili međunarodne instrumente koji nisu *prima facie* povezani s dodjelom međunarodne zaštite (npr. instrumenti o odgovornosti država da zaštite osobe od masovnih zločina). Naposljetku sama doktrina pokazuje široko područje djelovanja Direktive iako ne postoji suglasnost u vezi sa svim događajima (npr. prirodne katastrofe).³⁰ U tom kontekstu propust navođenja nekih događaja u međunarodnom ili nacionalnom pravu kao razloga za međunarodnu zaštitu može pripomoći rješavanju nekih spornih pitanja (npr. situacija ekonomske krize).

Drugi element nužan za određenje izvanredne situacije – masovni priljev u EU – mora se zaista događati ili se očekuje da će biti „neizbježan“.³¹ U svjetlu izraza „neizbježni događaj“ treba razmatrati i dio Direktive kojim se pod prisilnim raseljavanjem podvodi i situacija evakuacije te posebno evakuacije na poziv međunarodnih organizacija.³²

c) Iz prvog elementa određenja izvanredne situacije proizlazi i prvi cilj PZ instituta: zaštita skupine (a ne pojedinca) pogođenih izvanrednim događajem. Takav cilj može se izvesti iz dodatnog određenja „masovnog priljeva“ kao organiziranog ili spontanog dolaska u EU velika broja raseljenih osoba koje potječu iz određene zemlje ili zemljopisnog područja.³³ Pritom ne može biti riječ o zaštiti skupine iz država EU-a.³⁴

d) Iz drugog elementa određenja izvanredne situacije može se izvesti drugi cilj instituta: sprečavanje nefunkcionalnosti poretka koja bi se dogodila primjenom redovi-

²⁷ Direktiva, preambula, tč. 3.

²⁸ *Ibid.*, preambula, tč. 6.

²⁹ Direktiva, čl. 2., tč. c.

³⁰ *Ineli-Ciger* 2018, 151.

³¹ Direktiva, preambula, tč. 13.

³² *Ibid.*, čl. 2., tč. c.

³³ *Ibid.*, čl. 2., tč. d.

³⁴ *Ibid.*, čl. 2., tč. c.

tog MZ režima. Takva nefunkcionalnost nastaje jer broj dolazaka osoba na međunarodnu granicu zajedno sa stopom dolazaka premašuje redovite kapacitete prihvata i utvrđivanja statusa unutar redovitog MZ režima bilo koje države.³⁵ Taj je cilj priznat Direktivom koja privremenu zaštitu određuje kao način izbjegavanja rizika da redovit sustav međunarodne zaštite „neće moći riješiti masovni priljev bez negativnih posljedica za njegovo uspješno djelovanje“.³⁶ Nemogućnost uspješna djelovanja redovitog MZ režima u situaciji kad Direktiva nije aktivirana može dovesti do nefunkcioniranja pravnog poretka u raznim sferama života stanovništva države te do povrede ljudskih prava raseljenih osoba.

e) Institut potpuno ovisi o poštivanju načela solidarnosti bez kojeg nije moguće ostvariti ciljeve Direktive. Za razliku od međunarodnog, europski apstraktni pojam privremene zaštite uspostavio je pravnu obvezu međunarodne suradnje. Ta tvrdnja počiva na sljedećim argumentima. Kao prvo, iz sadržaja normi ciljeva Direktive vidljivo je da sve njezine odredbe treba tumačiti u duhu načela solidarnosti. Preambula Direktive ističe da su standardi i mjere za dodjelu privremene zaštite, prihvata i snošenja posljedica prihvata „povezani i međusobno ovisni zbog učinkovitosti, dosljednosti i solidarnosti, a posebno s ciljem uklanjanja opasnosti od sekundarnih kretanja. Stoga bi ih trebalo prihvatiti kao jedinstveni pravni instrument.“³⁷ Cilj Direktive proizlazi iz potrebe „uravnoteženih napora država članica pri prihvatu i snošenju posljedica prihvata tih [raseljenih] osoba“³⁸, zbog čega je potrebno uspostaviti mehanizam solidarnosti kako bi se postigao uravnotežen napor država članica pri prihvatu i snošenju posljedica prihvata raseljenih osoba u slučaju masovnog priljeva.³⁹ „Duh solidarnosti Unije“ navodi se kao osnova za prihvata osoba koje ispunjavaju uvjete za priznavanje statusa privremene zaštite.⁴⁰ Kao drugo, države ne mogu samostalno riješiti izvanrednu situaciju. U tom smislu Direktiva ističe da države ne mogu same ostvariti minimalne standarde privremene zaštite, zbog čega je potreban uravnotežen napor pri prihvatu i preuzimanju posljedica prihvata.⁴¹ Upravo je to razlog donošenja Direktive u skladu s načelom supsidijarnosti i proporcionalnosti.⁴² Dakle činjenična nemogućnost države da riješi izvanrednu situaciju razlog je donošenja Direktive, čime je regulacija izvanredne situacije stavljena u nadležnost Unije. Kao treće, pravila i posljedice Direktive o obvezama država mogu se tumačiti u svjetlu načela solidarnosti. Taj argument zahtijeva prikaz strukture pravila, što je izvan opsega rada.

³⁵ Vidi odrednice za utvrđivanje masovnog priljeva, UNHCR 2004.

³⁶ Direktiva, čl. 2a.

³⁷ *Ibid.*, preambula, tč. 9.

³⁸ *Ibid.*, preambula, tč. 8.

³⁹ *Ibid.*, preambula, tč. 20.

⁴⁰ *Ibid.*, čl. 25., st. 1.

⁴¹ *Ibid.*, preambula, tč. 23.

⁴² *Ibid.*, preambula, tč. 23.

4. PRAVNO USMJERAVANJE PRIMJENE INSTITUTA PRIVREMENE ZAŠTITE

Pravilo uspostave PZ režima postalo bi pravilo apsolutne primjene samo kada bi se prihvatila *de lege ferenda* analiza⁴³ prema kojoj bi se Direktiva izmijenila na način da se automatski aktivira uvijek kada se pojavi činjenica masovnog priljeva raseljenih osoba, pri čemu bi se takva činjenica jasno definirala. U idealnu slučajju takva definicija bila bi zatvoreni antecedent norme. Dok se Direktiva ne izmijeni na taj način, pravilo se može promatrati samo kao strogo ili diskrecijsko pravilo. Unatoč tome, obje vrste pravila mogu se tumačiti kao da je odluka o uspostavi PZ režima pravno usmjeravana. Mogućnost takva tumačenja ovisi o normama druge razine (vidi 2.2.) koje se odnose na odgovornost za propust odgovarajuće primjene pravila. Mogućnost utvrđivanja takve odgovornosti i njezin sadržaj u konkretnoj zajednici ovisi o a) institucijskim mogućnostima utvrđivanja odgovornosti i b) mogućnostima pravnog rasuđivanja o odgovornosti na institucijama čije odluke označavaju odlučujuće tumačenje.

4.1. Institucijske mogućnosti za utvrđivanje odgovornosti

Europski nadnacionalni sudovi ovlašteni su utvrđivati odgovornost za propust uspostave PZ režima ili odgovornost koja proizlazi iz propusta njegove uspostave. Navest ćemo tri mogućnosti.

(1) PZ institut izričito se navodi u Ugovoru⁴⁴, pa države članice i institucije EU-a mogu pokrenuti postupak na Sudu EU-a radi utvrđivanja nezakonitog propusta institucija EU-a⁴⁵ ako bi propust uspostave PZ režima bio povreda Ugovora o EU-u (dalje u tekstu: UEU) ili Ugovora o funkcioniranju EU-a (dalje u tekstu: UFEU; oba ugovora u nastavku označavamo kao: Ugovori).

(2) Druga je mogućnost da se pitanje nezakonitosti propusta uspostave PZ režima pojavi u postupku ispitivanja zakonitosti neke druge odluke koja je mogla izostati da se uspostavio PZ režim.⁴⁶

(3) Treća su mogućnost postupci na nadnacionalnim sudovima u kojima se može razmatrati utjecaj propusta uspostave PZ režima na odgovornost država za povredu nadnacionalnih obveza. Postupak na Sudu EU-a zbog povrede Ugovora mogu pokrenuti države članice⁴⁷ i Europska komisija.⁴⁸ Postupak o prethodnim pitanjima tako-

⁴³ Vidi *Ineli-Ciger* 2015, 246.

⁴⁴ *Ibid.*, čl. 78., st. 1.

⁴⁵ UFEU, čl. 265., st. 1.

⁴⁶ *Ibid.*, čl. 263., st. 1.

⁴⁷ *Ibid.*, čl. 259.

⁴⁸ *Ibid.*, čl. 258.

der može dovesti do razmatranja odgovornosti država u kojem pitanje propusta uspostave PZ režima može biti relevantno. Postupak o prethodnim pitanjima može biti pokrenut odlukom nacionalnih sudova ako se takva pitanja tiču tumačenja Ugovora te valjanosti i tumačenja akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije, pri čemu pojedinci i pravne osobe mogu kao stranke u postupku na nacionalnim sudovima predložiti pokretanje postupka o prethodnim pitanjima.⁴⁹ Na Europskom sudu za ljudska prava postupak protiv država zbog povrede Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda mogu pokretati države stranke Konvencije⁵⁰ ili pojedinci, nevladine organizacije ili skupine pojedinaca čija su prava povrijeđena.⁵¹

4.2. Pravno rasuđivanje o nezakonitom propustu

Postoji nekoliko mogućnosti pravnog rasuđivanja o (ne)zakonitom propustu aktiviranja Direktive.

(1) Procjena (ne)zakonitosti propusta najprije ovisi o pridržavanju norme o uspostavi s obzirom na nadležnost i postupak donošenja odluke o uspostavi PZ režima te ocjenu postojanja činjenica konkretne situacije u skladu s antecedentom takve norme.⁵²

(2) Bez obzira na to je li riječ o strogom pravilu u užem smislu ili diskrecijskom pravilu, obveza uspostave PZ režima postoji ako bi se propustom povrijedile vrijednosti koje se žele zaštititi Direktivom. Nadalje, ako je europski poredak konstitucionaliziran, onda je norma o uspostavi režima striktno pravilo u širem smislu pa je propust nezakonit ako se njime povrjeđuju vrijednosti Ugovora. Mogu li se vrijednosti zaštite raseljenih osoba, funkcionalnosti poretka i ljudskih prava te solidarnosti zaštititi drugim odlukama rješidbama bez aktiviranja Direktive? Primjerice, propust uspostave PZ režima bio bi zakonit ako primjena odluke rješidbe donesena na temelju odredbe Ugovora o privremenim mjerama u korist država u kriznoj situaciji zbog iznenadnog priljeva državljana trećih država⁵³ nema negativne posljedice za navedene vrijednosti. Ako se može pokazati suprotno, onda je primjena takvih odluka rješidaba umjesto uspostave PZ režima nezakonit propust.

Detaljnije ćemo se osvrnuti na obvezu zaštite vrijednosti s obzirom na modele diskrecijskog pravila, strogog pravila u užem smislu i strogog pravila u širem smislu.

(2.1.) Pravilo o uspostavi PZ režima može se tumačiti kao strogo pravilo u užem smislu. U tom slučaju organi odgovorni za uspostavu imaju marginu slobodne prosud-

⁴⁹ UFEU, čl. 267.

⁵⁰ EKLJP, čl. 33.

⁵¹ *Ibid.*, čl. 34.

⁵² *Arenas* 2005, 447.

⁵³ UFEU, čl. 78., st. 3.

be kada ocjenjuju mogu li se vrijednosti Direktive bolje zaštititi propustom nego njezinim aktiviranjem. Međutim, kod pravila stroge primjene tako se prosuđuje uvijek u propisanom postupku utvrđivanja pojave operativnih činjenica. Nadležna tijela imaju obvezu razmatrati primjenu strogog pravila kada se pojavi operativna činjenica koja bi se mogla podvesti pod razred činjenica predviđenih antecedentom norme o uspostavi. Moguća iznimka od nastupanja normativnih posljedica kada postoje operativne činjenice trebala bi biti obrazložena. Obrazloženje mora pokazati zbog čega se vrijednosti Direktive mogu bolje zaštititi propustom njezine aktivacije. Navedeni zahtjevi primjene strogog pravila omogućuju strožu kontrolu zakonitosti. Ako bi uvođenje iznimke dovelo do ugrožavanja vrijednosti Direktive, takav je propust nezakonit. Budući da se postupak utvrđivanja pojave operativne činjenice mora provesti uvijek kada se pojavi događaj koji bi mogao biti podveden pod antecedent norme o uspostavi, uvođenje mogućih iznimaka od primjene pravila nikada nije zamjena primjeni pravila, već dio postupka razmatranja o njegovoj (ne)primjeni. Prema tome, moguće odluke rješidbe koje bi se donijele u drugim postupcima i svojim posljedicama mogle utjecati na događaj koji potpada pod Direktivu ne mogu biti zamjena postupku o njezinoj primjeni, nego možebitno dio argumentacije u korist iznimnog odustajanja od primjene Direktive. Kod strogog pravila izbor nije između primjene Direktive i primjene odluka rješidaba, nego između primjene pravila o PZ režimu i pravila o redovitom MZ režimu. S obzirom na to da je riječ o jedinstvenim institucijama uređenjima, samo jedno uređenje može biti valjano u danom trenutku.

(2.2.) Ako se pravilo shvati kao diskrecijsko pravilo, postupak njegove primjene uopće se ne mora pokrenuti sve dok se na drugi način mogu zaštititi vrijednosti Direktive. Obveza primjene Direktive postoji samo ako bi takvi drugi načini doveli do povrede vrijednosti Direktive. Procjena zakonitosti propusta ograničena je na procjenu je li on rezultat arbitrarne odluke kojom se ugrožavaju vrijednosti i ciljevi aktivnosti ili pothvata kojima je pravilo namijenjeno. Ako se prihvati da je pravilo o uspostavi PZ režima diskrecijsko pravilo, dopušten je izbor između njegove primjene i primjene odluka rješidaba u drugim postupcima. Ali ako se odlukama rješidbama iz drugih postupaka povređuju vrijednosti Direktive, propust je njezina aktiviranja nezakonit.

(2.3.) Ako je Unija konstitucionaliziran poredak, stvaranje i primjena pravila uvijek su usmjeravani normama Ugovora. U tom je slučaju i pravilo uspostave PZ režima primjena Ugovora i zato ga možemo nazvati strogim pravilom u širem smislu. Vrijednost vladavine prava propisana je normom Ugovora kao temeljna vrijednost Unije⁵⁴, a jedan od elemenata vladavine prava vrijednost je pravne sigurnosti. Ta vrijednost bolje se štiti normama pravilima nego odlukama rješidbama. Prvima se regulira buduće ponašanje, čime se doprinosi predvidljivosti očekivanog ponašanja, dok druge

⁵⁴ UEU, čl. 2.

djeluju unatražno pa ne doprinose pravnoj sigurnosti na isti način. U skladu s time, vrijednost pravne sigurnosti bolje je zaštićena ako se prema svakoj situaciji izbjegličke krize postupa isto u skladu s postojećim pravilima donesenima prije njihove pojave nego kad se pojava svake nove krize rješava *ad hoc* odlukama rješidbama donesenima nakon nastaloga događaja da bi se unatražno rješavala zatečena situacija. Ako su europskim pravom već propisana pravila za uspostavljanje izvanrednog režima, primjena takvih pravila trebala bi imati prednost pred pravilom o donošenju izvanrednih odluka rješidaba. Drugim riječima, u poretku vladavine prava predvidljivost koju stvara primjena pravila trebala bi načelno imati prednost pred retroaktivnom uporabom prethodno nedefiniranih ovlasti. Na isti način, vrijednosti solidarnosti i ljudskih prava, koje su također temeljne vrijednosti Ugovora⁵⁵, bolje se štite pravilima nego *ad hoc* odlukama rješidbama. Prema nekim pravnim znanstvenicima, europski sustav međunarodne zaštite trebao bi uključivati veći stupanj solidarnosti koja se ne iskazuje samo *ad hoc* mjerama nego sustavnim dijeljenjem odgovornosti.⁵⁶

4.3. Pravno rasuđivanje o nepravедnoj odgovornosti država

Činjenica masovnog priljeva raseljenih osoba za vrijeme valjanosti redovitog MZ režima dovodi do propusta država u zaštiti vrijednosti poretka EU-a zbog sljedećih razloga. S jedne strane, redoviti MZ režim ne predviđa obilježja „masovnog priljeva“ i „raseljenih osoba“ kao relevantna obilježja operativnih činjenica koja bi prouzročila normativne posljedice drukčije od onih predviđenih za operativne činjenice bez takvih obilježja. S druge strane, priroda masovnog priljeva raseljenih osoba realno onemogućuje države da udovolje obvezama koje zahtijevaju pravila i posljedice redovitog MZ režima. Zbog toga dolazi do propusta zaštite vrijednosti redovitog MZ režima kao što su zaštita granice i sprečavanje nekontroliranog prolaska, provedba registracije za utvrđivanje države prvog ulaska te najviša razina zaštite ljudskih prava. Istodobno države ne smiju ispuniti obveze predviđene pravilima i posljedicama PZ režima jer takav režim nije valjan dok se ne aktivira Direktiva. Zbog toga nastaje propust zaštite vrijednosti PZ režima kao što su humanitarni prihvati raseljenih osoba, funkcionalnost poretka na temelju solidarnog prihvata osoba te razina zaštite ljudskih prava primjerena standardima izvanredne situacije. Takvi propusti država mogu dovesti do postupaka utvrđivanja njihove pravne odgovornosti.

Argument za izuzimanje država od takve odgovornosti argument je o postojanju vrijednosne praznine unutar europskog poretka. Naime, PZ režim može se kategorizirati kao jedinstvena institucija uređenja, što je isključujući režim u odnosu na redoviti MZ režim. To znači da navedena dva režima ne mogu biti istodobno valjana (vidi

⁵⁵ UEU, čl. 2.

⁵⁶ Goldner Lang 2013, 14.

2.1.). Iako je sam događaj s obilježjima masovnog priljeva raseljenih osoba „uređen“ normama redovitog MZ sustava na način da su takva obilježja pravno irelevantna za normativne posljedice, takvo uređenje može se protumačiti kao nepravedno uređenje koje je valjano zbog propusta uspostave PZ režima. Vrijednosno nepravedna praznina postoji jer valjani režim stvara nepravedne posljedice koje se mogu izbjeći režimom koji nije valjan. Dodatno se tvrdnja o nepravednosti može temeljiti na argumentu da *prima facie* valjano uređenje nije u skladu s višim normama poretka EU-a kojima štite vrijednosti vladavine prava, mira i jednakosti. Organi stvaranja i primjene prava u konstitucionaliziranom poretku EU-a uvijek moraju primjenjivati te vrijednosti kao temeljne vrijednosti Ugovora. Vrijednosna praznina može se utvrditi u odnosu na navedene vrijednosti na sljedeći način. (1) Jedan je od elemenata vladavine prava načelo da pravo ne može zahtijevati nemoguće.⁵⁷ Zahtjev izvršavanja obveze koju je realno nemoguće izvršiti može se vrednovati kao nepravednu prazninu. (2) Isto tako, nepravedna praznina postoji s obzirom na vrijednost mira ako uređenje suprotno takvoj vrijednosti usmjerava države prema mjerama uspostavljanja granica unutar poretka EU-a i pojačane represije. Takve mjere izostale bi uspostavom režima koji odgovara realnoj situaciji. (3) Vrijednost jednakosti zahtijeva da se u istim situacijama postupi isto, a u različitim situacijama različito. U skladu s tim načelom nepravedna praznina postoji ako uređenje od država zahtijeva poštivanje istih obveza u bitno različitim okolnostima te tretiranje osoba bitno različitih obilježja na isti način kako se tretiraju osobe bez takvih obilježja.

5. PRIMJERI MOGUĆNOSTI PRAVNOG USMJERAVANJA PRIMJENE INSTITUTA

Kao što smo uvodno naveli, jedan od triju prigovora primjeni Direktive proizlazi iz shvaćanja odluke o uspostavi PZ režima kao isključivo političke odluke. Suprotno takvoj tezi prikazat ćemo postojeće četiri prakse iz kojih je vidljiva mogućnost korištenja institucijskim načinima i pravnim rasuđivanjem za utvrđivanje odgovornosti primjene pravila (vidi poglavlje 4.). Takve prakse mogle su voditi prema pravnom rasuđivanju o pravom usmjeravanoj primjeni Direktive ili su same označivale takvo pravno rasuđivanje.

1) Italija i Malta 2011. službeno su predložile aktiviranje Direktive, a Komisija je utvrdila da činjenična situacija još ne odgovara situaciji predviđenoj Direktivom⁵⁸ (vidi 4.1., točka 1.). Takav odgovor Komisije upućuje na zaključak da odluci o propustu uspostave PZ režima mora prethoditi ispitivanje normativne premise o podvođenju događaja pod razred činjenica predviđenih antecedentom pravila o uspostavi režima (vidi 4.2., točka 1.). Na temelju takve odluke Komisije može se zaključiti da se ista

⁵⁷ Fuller 1969, 70.

⁵⁸ Beirens 2016, 126 i 132; Ineli-Ciger 2015, 231.

pravna procjena mogla provesti i za vrijeme izbjegličke krize. Ineli-Ciger u to vrijeme tvrdi: „Ako se trenutačna migracijska kriza u Europi ne može kvalificirati kao situacija masovnog priljeva, teško je zamisliti koja bi se druga situacija mogla kvalificirati kao takva.“⁵⁹ Međutim, za razliku od situacije iz 2011. godine, za vrijeme izbjegličke krize nijedna država nije podnijela zahtjev za uspostavom režima, a Komisija je sama propustila pokrenuti takav postupak.

2) Privatne osobe A. S. (Sirija) te K. i Z. Jafri (Afganistan) pokrenule su 2016. postupke protiv tijela Slovenije⁶⁰, odnosno Austrije⁶¹ o kojima se očitovao i Sud EU-a (vidi 4.1., točka 3.). U postupcima u povodu prethodnih pitanja Sud EU-a 2017. utvrdio je da politika tranzita Republike Hrvatske u uvjetima masovnog priljeva za vrijeme izbjegličke krize krši prava EU-a. Iste godine, nešto više od mjesec dana nakon donošenja navedene odluke, Sud EU-a donosi drugu odluku⁶² u kojoj je potvrdio postojanje izvanredne situacije za Italiju i Grčku u vrijeme izbjegličke krize. Masovni priljev raseljenih osoba u Hrvatsku činjenično je bila izvanredna situacija i razumno je pretpostaviti da bi bez sporne politike tranzita posljedice krize izražene u nefunkcionalnosti poretka i kršenju ljudskih prava izgledale isto kao u Grčkoj. Pod pretpostavkom prihvaćanja takve tvrdnje u postupcima za predmete A. S. i *Jafri*, moglo se pravno rasuđivati o postojanju vrijednosne praznine u poretku EU-a, prema kojoj se Hrvatskoj pripisuje nepravedna odgovornost (vidi 4.3.). Protuargument je moguć pod pretpostavkom da Sud kumulativno prihvaća sljedeće dvije teze. Prva je teza shvaćanje pravila o aktiviranju Direktive kao diskrecijskog pravila. Takvo shvaćanje dopuštalo bi primjenu zamjenskih mjera bez pokretanja postupka aktiviranja Direktive tijekom kojega bi se procjenjivalo može li se propustom aktiviranja Direktive na temelju primjene drugih mjera bolje zaštititi vrijednosti Direktive i Ugovora. Pod pretpostavkom prihvaćanja prve teze može se iznijeti i druga teza, prema kojoj se zamjenskim mjerama mogu bolje zaštititi vrijednosti Direktive i Ugovora.

Takvim mogućim tezama Suda moglo se u postupku odgovoriti na sljedeći način. Kao prvo, ako je i riječ o diskrecijskom pravilu, može se tvrditi da zamjenske mjere ne smanjuju negativne učinke krize na vrijednosti Direktive i Ugovora. Već smo naveli zbog čega postoji vrijednosna praznina ako se izvanredna situacija u državi regulira redovitim MZ režimom (vidi 4.3.). Za vrijeme izbjegličke krize on se primjenjivao u svim državama uključujući i Hrvatsku, dok je samo za Grčku i Italiju uvedena naknadna *ad hoc* krizna mjera premještanja osoba, i to nakon što je već došlo do problema u funkcioniranju njihovih pravnih sustava i kršenja ljudskih prava.⁶³ Nastavno

⁵⁹ *Ineli-Ciger* 2016a, 32.

⁶⁰ *Jafri* 2017.

⁶¹ A. S. 2017.

⁶² *Slovačka i Mađarska protiv Vijeća* 2017.

⁶³ Europska komisija 2015; Odluke Vijeća 2015.

na tezu o vrijednosnoj praznini, sada možemo tvrditi i da krizne mjere ne mogu popuniti takvu prazninu. Naime, program premještanja aktivno se provodio tek nakon što se priljev već zaustavio zbog sporazuma s Turskom⁶⁴, a rezultati programa bili su zanemarivi. U dvije godine (2015. – 2017.) programom je razmješteno 34.710 osoba iz dviju država koje su bile izložene masovnom priljevu.⁶⁵ Taj broj odgovara četverodnevnom priljevu raseljenih osoba u nekim razdobljima izbjegličke krize. Kao drugo, može se tvrditi i da je pravilo uspostave PZ režima strogo pravilo, pa postupak primjene drugih mjera ne može zamijeniti postupak aktiviranja Direktive (dolje pod 3b).

(3) Mađarska i Slovačka Republika uz potporu Poljske pokrenule su sudski postupak osporavanja zakonitosti kriznih mjera (vidi 4.1., točka 2.) te je korišten argument da se umjesto takvih mjera mogla primijeniti Direktiva.⁶⁶ Taj postupak bitan je zbog više razloga.

a) Na temelju presude može se zaključiti da Vijeće ima ovlaštenje primijeniti zamjenske mjere umjesto Direktive, ali Sud EU-a navodi i sljedeće:

„Kad je riječ osobito o Direktivi 2001/55, Vijeće je također tvrdilo, *a da to nitko nije osporavao* [istaknuo autor], da sustav privremene zaštite predviđen tom direktivom nije donio učinkovito rješenje za problem koji se pojavljuje u tom slučaju, to jest potpunu prezasićenost prihvatne infrastrukture u Grčkoj i Italiji i potrebu da se te države članice rasterete što je brže moguće znatnog broja migranata koji su pristigli na njihovo državno područje, s obzirom na to da taj sustav privremene zaštite predviđa da osobe koje ga mogu koristiti imaju pravo na zaštitu u državi članici u kojoj se nalaze.“⁶⁷

Prema tome, odluka o (ne)uspostavi PZ režima može se pravno prosuđivati s obzirom na učinkovitost pravila u zaštiti vrijednosti Direktive (i Ugovora). Pritom, Sud je prihvatio prosudbu Vijeća o neučinkovitosti jer ju nitko nije osporavao, što znači i mogućnost drukčijeg tumačenja. Direktiva se može tumačiti i na način kao da je učinkovito rješenje za slučajeve masovnog priljeva raseljenih osoba. Naime, države su dužne prije donošenja odluke o aktiviranju utvrditi prihvatne kapacitete i u skladu s time sudjelovati u prihvatu kada je Direktiva aktivirana.⁶⁸ U tom slučaju ne bi ni došlo do prezasićenosti prihvatne infrastrukture. Nadalje, može se tvrditi da postoji pravna obveza solidarnog prihvata u svjetlu načela solidarnosti kao pozadinskog načela (vidi 3. i 4.). Naposljetku, pravo na korištenje privremenom zaštitom u državi

⁶⁴ Izjava EU-a i Turske 2016.

⁶⁵ Europska komisija 2019b.

⁶⁶ *Slovačka i Mađarska protiv Vijeća* 2017.

⁶⁷ *Ibid.*, tč. 256.

⁶⁸ Direktiva, čl. 5., st. 3. i čl. 25., st. 1.

u kojoj se osoba trenutačno nalazi treba razmotriti u svjetlu pravila okončanja koje ovlašćuje Vijeće da ukine privremenu zaštitu, što može utjecati na odluku raseljenih osoba o dobrovoljnom prihvaćanju premještanja.⁶⁹ Dakle, može se razumno očekivati da bi osobe dobrovoljno pristale na premještanje, odnosno da se pravovremenom pripremom solidarnog prihvata mogla u većoj mjeri izbjeći potreba za premještanjem.

b) Argument o učinkovitoj zaštiti vrijednosti može se primijeniti za diskrecijska i stroga pravila. Naveli smo argument koji se mogao predložiti Sudu u korist teze da se u konstitucionaliziranom poretku pravilo o uspostavi PZ režima ne može promatrati kao diskrecijsko pravilo (vidi 4.2., točka 2.3.). U prilog mogućnosti korištenja tim argumentom može se navesti sljedeće. Sud je primijenio test proporcionalnosti uspoređujući donesenu odluku Vijeća o kriznim mjerama s propustom aktiviranja Direktive, što znači da se i primjena Direktive može usmjeravati normama Ugovora. Na isti način kao što je to napravio s obzirom na normu o proporcionalnosti⁷⁰, Sud je mogao primijeniti i ostale vrijednosti Ugovora. Tek tada bismo saznali kakva je pozicija Suda prema prirodi pravila o uspostavi PZ režima posebno u svjetlu zahtjeva za zaštitom norme Ugovora o vladavini prava. Izostanak takve procjene može se pripisati propustu država da traže takvu procjenu na isti način kao što su to napravile u odnosu na normu o proporcionalnosti. Primjedba Slovačke da je odluka o kriznim mjerama protupravna ako bi se tumačila kao da pravno obvezuje države na prihvrat tražitelja azila prema „nametnutim“ kvotama⁷¹ upućuje na moguće tumačenje prema kojem bi primjena Direktive trebala imati prednost pred korištenjem kriznim mjerama. Takvo tumačenje moglo se opravdati pozivanjem na vladavinu prava: dok je program premještanja *ad hoc* politička odluka rješidba, postupak za utvrđivanje solidarnog prihvata i moguće naknadno razmještanje raseljenih osoba postupak je predviđen već postojećim zakonodavstvom EU-a.

c) Sud se koristi navodima Vijeća o Direktivi ističući da ih *nitko nije osporavao*, što se može shvatiti i kao poticaj državama da budu aktivnije u njezinu tumačenju. Korištenjem institucijskim mogućnostima i mogućnostima pravnog rasuđivanja države mogu voditi Sud EU-a prema odlučujućim tumačenjima kojima bi se suzila margina prosudbe Vijeća o aktiviranju Direktive.

4. Bitna su posljedica dvaju navedenih sudskih postupaka mišljenja nezavisnih odvjetnika. Njihov nastanak pokazuje da korištenje institucijskim mogućnostima proizvodi pravno relevantna razmišljanja o propustu uspostave PZ režima.

⁶⁹ *Ibid.*, čl. 6.

⁷⁰ UEU, čl. 5.

⁷¹ *Slovačka i Mađarska protiv Vijeća* 2017, tč. 225.

a) Nezavisna odvjetnica Eleanor Sharpston ispravno upozorava da se kriznom situacijom masovnog priljeva ne može upravljati redovitim sredstvima. „Uredba Dublin III nije zamišljena kao instrument za određivanje države članice odgovorne za međunarodnu zaštitu u slučaju masovnog priljeva ljudi. Okolnosti u relevantnom razdoblju nalaze se u zrakopraznom prostoru za koji ne postoji precizna pravna odredba u Ugovorima ili sekundarnom zakonodavstvu.“⁷² Ispravno je mišljenje da se redoviti sustav ne može primjenjivati u slučaju masovnog priljeva raseljenih osoba, što ide u prilog argumentu o vrijednosnoj praznini. Ipak, odvjetnica propušta primijetiti da postoji zakonodavstvo Unije koje regulira navedene krizne situacije. Upravo je aktiviranje Direktive pravi odgovor kojim se redovit režim zamjenjuje u slučaju krize.

b) Nasuprot propustu da se upozori na Direktivu, nezavisni odvjetnik Yvesa Bota ispravno primjećuje da je takva Direktiva relevantna za krizne situacije. On uspoređuje mehanizam solidarnosti predviđen Direktivom i mehanizam prihvaćen kriznim mjerama, ali nakon takve usporedbe donosi pogrešan zaključak prema kojem: „za razliku od onog što se predviđa Direktivom 2001/55, privremenim mehanizmom premještanja koji je uveden pobijanom odlukom provodi se brojčana i obvezna raspodjela podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu među državama članicama“.⁷³ Suprotno navedenom mišljenju, na temelju objašnjenja pozadinskih načela i strukture pravila instituta mogu se oblikovati argumenti u prilog tezi da Direktiva sadržava obvezu solidarnog prihvata (vidi 5.2.).

6. ZAKLJUČAK

U ovom članku pokazali smo mogućnost primjene teorijskih alata na analizu PZ instituta. Alati su se pokazali korisnima za određivanje vrste instituta, njegovih pozadinskih načela te okvira pravnog usmjeravanja odluke o uspostavi PZ režima. U odnosu na prigovor isključive političke prirode navedene odluke pokazali smo da praksa potvrđuje mogućnost pravnih postupaka u kojima se može pravno rasuđivati o odluci (ne)aktiviranja Direktive. Detaljan prikaz pravila okončanja i pravila posljedica instituta te analiza odnosa međunarodnog i europskog prava s obzirom na instituciju privremene zaštite zahtijevaju zasebna istraživanja. Analiza instituta korištenjem teorijskim alatima doprinosi i rješavanju praktična problema propusta njegove primjene. Nerazumijevanje instituta može dovesti do ponovna propusta u slučaju nove krize, a nije isključeno da se ona neće ponoviti. Iako službeni izvještaji trenutačno ne upozoravaju na naznake masovnog priljeva raseljenih osoba u EU-u, isti izvještaji

⁷² Sharpston 2017, tč. 171.

⁷³ Bota 2017, tč. 258.

navode da ruta zapadnoga Balkana i dalje ostaje jedan od smjerova migracijskih kretanja prema Europi, ponajprije iz Turske.⁷⁴

LITERATURA

1. Arenas, N. (2005). *The Concept of 'Mass Influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System*. European Journal of Migration and Law 7 (4), str. 435-450. <https://doi.org/10.1163/157181605776293246>
2. Beirens, H.; Mass, S.; Salvatore, P.; van der Velden, M. (2016). *Study on the Temporary Protection Directive*. European Commission, Brussels. <https://doi.org/10.2837/561426>
3. Castillo, M. A.; Hathaway, J. C. (1997). *Temporary Protection*, u: Hathaway, J. C. (Ed.). *Reconceiving International Refugee Law*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague - Boston - London.
4. Coles, G. J. L. (1980). *Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees*. Australian Year Book of International Law, 8, str. 189-212. <https://doi.org/10.1163/26660229-008-01-900000011>
5. Donatella, L. (1994). *Questioning Temporary Protection together with a selected Bibliography on Temporary Refuge/Temporary Protection*. International Journal of Refugee Law, 6 (4), str. 535-538. <https://doi.org/10.1093/ijrl/6.4.535>
6. Fitzpatrick, J. (2000). *Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime*. The American Journal of International Law, 94 (2), str. 279-306. <https://doi.org/10.2307/2555293>
7. Fuller, L. L. (1969). *Morality of Law*. Rev. ed., Yale University Press, New Haven and London.
8. Goldner Lang, I. (2013). *Is there Solidarity on Asylum and Migration in the EU?* Croatian Yearbook of European Law & Policy, 9, str. 1-14. <https://doi.org/10.3935/cyelp.09.2013.172>
9. Guastini, R. (2018). *Sintaksa prava*. Naklada Breza, Zagreb.
10. Ineli-Ciger, M. (2015). *Has the Temporary Protection Directive become obsolete? An examination of the Directive and its lack of implementation in view of the recent asylum crisis in the Mediterranean*, u: Bauloz, C.; Ineli-Ciger, M.; Singer, S.; Styanova, V. (eds.). *Seeking Asylum in the European Union: Selected Protection Issues Raised by the Second Phase of the Common Asylum System*. Brill/Martinus Nijhoff, Leiden, str. 225-246. https://doi.org/10.1163/9789004290167_008
11. Ineli-Ciger, M. (2016a). *Time to Activate the Temporary Protection Directive Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*. European Journal of Migration and Law, 18 (1), str. 1-33. <https://doi.org/10.1163/15718166-12342088>
12. Ineli-Ciger, M. (2016b). *Protection Gaps and Temporary Protection*, u: Lachenmann, F.; Röder, J. T.; Rüdiger, W. (eds.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 20, str. 408-435. https://doi.org/10.1163/13894633_02001013
13. Ineli-Ciger, M. (2018). *Temporary Protection in Law and Practice*. Brill, Leiden. <https://doi.org/10.1163/9789004327535>

⁷⁴ Frontex 2019.

14. Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*. Translation from the Second German Edition by Max Knight. The Lawbook Exchange, New Jersey.
15. Lauterpacht, H. (2000). *The Function of Law in the International Community*. Reprinted ed. The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey.
16. MacCormick, N. (1998). *Norms, Institutions, and Institutional Facts*. Law and Philosophy, 17 (3), str. 301-345.
17. MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, New York.
18. Peers, S.; Rogers N. (2006). *Temporary Protection*, u: Peers, S.; Rogers N. (eds.). *EU Immigration And Asylum Law: Text And Commentary*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, str. 453-471. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004153745.i-1027>
19. Roxström, E.; Gibney, M. (2003). *The Legal and Ethical Obligations of UNHCR: The Case of Temporary Protection in Western Europe*, u: Steiner, N.; Gibney, M.; Loescher, G. (eds.). *Problems of Protection. The UNHCR, Refugees, and Human Rights*. Routledge, New York, str. 37-61.
20. Ross, A. (2006). *A Textbook of International Law*. Reprinted ed. The Lawbook Exchange, New Jersey.
21. Ruiter, D. W. P. (1993). *Institutional Legal Facts: Legal Powers and their Effects*. Springer, Dordrecht. <https://doi.org/10.1007/978-94-015-8198-1>
22. Ruiter, D. W. P. (1998). *Structuring Legal Institutions*. Law and Philosophy, 17 (3), str. 215-232.
23. Ruiter, D. W. P. (2001). *Legal Institutions*. Springer, Dordrecht. <https://doi.org/10.1007/978-94-015-9765-4>
24. Sopf, D. (2001). *Temporary Protection in Europe after 1990: The Right to Remain of Genuine Convention Refugees*. Washington University Journal of Law and Policy, 6, str. 109-156.
25. Tessenyi, G. (2006). *Massive Refugee Flows and Europe's Temporary Protection*, u: Peers, S., Rogers N. (eds.). *EU Immigration and Asylum Law: Text And Commentary*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, str. 487-504. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004153745.i-1027.96>
26. Thorburn, J. (1995). *Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-sharing in Europe*. International Journal of Refugee Law, 7 (3), str. 459-480. <https://doi.org/10.1093/ijrl/7.3.459>

Izvešća i pravno neobvezujući dokumenti:

1. Europska komisija (2015). Prijedlog Odluke Vijeća o uvođenju privremenih mjera u području međunarodne zaštite u korist Italije, Grčke i Mađarske, COM(2015) 451 završna 2015/0209 (NLE).
2. Europska komisija (2019a). *Temporary Protection*. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/temporary-protection/index_en.htm.
3. Europska komisija (2019b). *Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću i Vijeću. Izvešće o napretku u provedbi Europskog migracijskog programa*, COM(2019) 126 završno.
4. FRONTEX (2019). *Risk Analysis*, Warsaw, February 2019.

5. UNHCR (2004). *Izveštaj 55 sjednice Izvršnog odbora UNHCR-a, A/AC.96/1154: Conclusion on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations*, br. 100 (LV), Opća skupština UN-a 8. 10. 2004.
6. UNHCR (2012). *Zaključci s Okruglog stola o privremenoj zaštiti*, San Remo, 2012. <http://www.unhcr.org/506d8662c.pdf>.
7. UNHCR (2014). *Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements*, 2014.

Pravni izvori:

1. *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (1950) potpisana u Rimu 4. studenog 1950. s protokolima br. 11 i 14. Europski zbornik ugovora Vijeća Europe br. 5.
2. *Konvencija o pravnom položaju izbjeglica* (1951) potpisana u Ženevi 28. srpnja 1951. Zbornik ugovora Ujedinjenih naroda, sv. 189, str. 150, br. 2545 (1954) i *Protokol o pravnom položaju izbjeglica* (1967) od 31. siječnja 1967. Zbornik ugovora Ujedinjenih naroda, sv. 606, str. 267, br. 8791 (1967).
3. Direktiva o privremenoj zaštiti (2001). *Direktiva Vijeća 2001/55/EZ od 20. srpnja 2001. o minimalnim standardima za dodjelu privremene zaštite u slučaju masovnog priljeva raseljenih osoba te o mjerama za promicanje uravnoteženih napora država članica pri prihvatu i snošenju posljedica prihvata tih osoba*, Službeni list Europske unije, L 212/12, posebno izdanje na hrvatskom jeziku: poglavlje 19, svezak 8, str. 49–58.
4. Ugovor o Europskoj uniji (UEU) i Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU). *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Official Journal of the European Union*, C 83/01, sv. 53 (30. 3. 2010.).
5. Odluke Vijeća o privremenim mjerama (2015). *Odluka Vijeća (EU) 2015/1523 od 14. rujna 2015. o uvođenju privremenih mjera u području međunarodne zaštite u korist Italije i Grčke*, Službeni list, L 239/146; *Odluka Vijeća (EU) 2015/1601 od 22. rujna 2015. o uvođenju privremenih mjera u području međunarodne zaštite u korist Italije i Grčke*, Službeni list Europske unije, L 248/80. *Odluka Vijeća 2015/1601 izmijenjena je Odlukom Vijeća (EU) 2016/1754 od 29. rujna 2016.* Službeni list Europske unije, L 268/82.
6. Izjava EU-a i Turske (2016). *Izjava EU-a i Turske* od 18. ožujka 2016. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/> (1. 9. 2019.).

Presude i pravna mišljenja:

1. A. S. (2017). Presuda Suda Europske unije u predmetu C-490/15, *A. S. protiv Republike Slovenije*, 26. 7. 2017.
2. Jafari (2017). Presuda Suda Europske unije u predmetu C-646/16, *Jafari protiv Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, 26. 7. 2017.
3. Slovačka i Mađarska protiv Vijeća (2017). Presuda Suda Europske unije u spojenim predmetima C-647/15 i C-643/15, *Slovačka Republika i Mađarska protiv Vijeća Europske unije*, 6. 9. 2017.
4. Bota, Y. (2017). Mišljenje nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota u spojenim predmetima C 643/15 i C 647/15, *Slovačka Republika i Mađarska protiv Vijeća Europske unije*, 26. 7. 2017.

5. Sharpston, E. (2017). Mišljenja nezavisne odvjetnice Eleanor Sharpston u predmetu C-490/16 A. S. protiv Republike Slovenije, 8. 6. 2017.

Summary

ANALYSIS OF THE EUROPEAN INSTITUTE OF TEMPORARY PROTECTION

The theoretical tools which are useful for the analysis of legal institutes include models of institutions, models of the application of rules, and models of relations between normative systems. The author analyses the European institute of temporary protection focusing on the related practical problems. Namely, its inadequate application can endanger the functioning of states and the European order, cause tensions in relations between states and attribute unfair responsibility to states. In this study, the author applies the first two theoretical tools and demonstrates their usefulness in determining the following characteristics of institutes: their type, a part of structure related to background principles and possibilities of legal regulation of their application. Starting from the premise that the cause of the neglect of the institute is a lack of its understanding, we will assume three objections to its application and analyse the objection according to which the decision on the application of the institute is an exclusively political issue.

Key words: *temporary protection, institutional regulation, discretion, application of rules, theory of law.*