

Številka: 5.2 - 42 / 2010 - 5 - VAL  
Datum: 20. 07. 2011

**USTAVNO SODIŠČE REPUBLIKE SLOVENIJE**  
**Beethovnova 10**  
**1000 Ljubljana**

Varuh človekovih pravic RS (Varuh) na podlagi 23.a člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/2007, v nadaljevanju ZUstS-UPB1) vlaga:

## **ZAHTEVO ZA OCENO USTAVNOSTI**

**60., 61., 62. IN 63. Člena Zakona o mednarodni zaščiti (Uradni list RS, št. 11/2011 – uradno prečiščeno besedilo; ZMZ-UPB2), ki se glasijo:**

### **60. člen (nacionalni koncept varne tretje države)**

*Varna tretja država je država, v kateri se je prosilec nahajal pred prihodom v Republiko Slovenijo, in je zato pristojna za vsebinsko obravnavanje prošnje.*

### **61. člen (kriteriji za določitev varne tretje države)**

*(1) Da se država razglasi za varno tretjo državo, mora izpolnjevati pogoje, da:*

- življenje in svoboda nista ogroženi zaradi rase, vere, državljanstva, pripadnosti določeni družbeni skupini ali političnega prepričanja;*
- v skladu z Ženevsko konvencijo spoštuje načelo nevračanja;*
- spoštuje prepoved odstranitve, ki bi kršila prepoved mučenja ter krutega, nečloveškega in ponižujočega ravnanja, kakor je določena v mednarodnem pravu;*
- obstaja možnost zaprositi za status begunca ter, če je ugotovljeno, da je oseba res begunec, pridobiti zaščito v skladu z Ženevsko konvencijo.*

*(2) Varno tretjo državo na podlagi kriterijev iz prejšnjega odstavka določi Vlada Republike Slovenije.*

(3) O določitvi države kot varne tretje države na podlagi tega zakona Vlada Republike Slovenije obvesti Evropsko komisijo.

### **62. člen (koncept evropske varne tretje države)**

(1) Evropska varna tretja država je država, v kateri se je prosilec nahajal pred prihodom v Republiko Slovenijo in je zato pristojna za vsebinsko obravnavo prošnje.

(2) Pogoji za pričetek postopka po tem konceptu je, da je prosilec poskušal nezakonito vstopiti ali je nezakonito vstopil na ozemlje Republike Slovenije iz evropske varne tretje države.

(3) Pristojni organ izvaja koncept evropske varne tretje države v skladu s skupnim seznamom tretjih držav, ki ga sprejme Svet Evropske unije na podlagi 36. člena Direktive 2005/85/ES.

### **63. člen (postopek)**

(1) V postopkih po 60. in 62. členu tega zakona pristojni organ prošnjo prosilca, ki prihaja iz varne tretje države, s sklepom zavrže.

(2) Prosilec lahko ves čas trajanja postopkov iz prejšnjega odstavka predloži dokaze, da zadevna država zanj osebno ni varna tretja država.

## **O b r a z l o ž i t e v:**

Temeljna pravica prosilca za azil je njegova odločitev, kje bo poskušal iskati zaščito. Zato mora biti ta namen prosilca pri presoji upravičenosti prošnje v največji možni meri spoštovan. UNHCR Executive Committee Conclusion No. 15 »Refugees Without and Asylum Country« (1979), Art. (h)(iii) Pri tem zahteva za azil ne more biti zavrnjena samo zaradi tega, ker bi jo bilo mogoče zahtevati v drugi državi. Ibid. Art. (h)(iv) Določbe o varni tretji državi omejujejo zahtevo mednarodnega prava, da je prosilec primarno tisti, ki odloča o tem, kje želi in skuša dobiti zaščito. Hathaway, 322

Predvsem je z vidika zagotavljanja zaščite posameznika v azilnem postopku problematična avtomatizacija postopkov, do katerih v praksi prihaja pri izvajanju določb o tretji varni državi. Hathaway, 325 Ne glede na slednje namreč še vedno ne odpade dolžnost države, da

spoštuje načelo *non-refoulement*. Učinkovitost načela pa je zagotovljena šele, ko zaustavi tudi vračanje v tretje države, kjer sicer nista direktno ogrožena življenje in varnost posameznika, ampak uresničuje tudi prepoved posrednega vračanja, tj. primerov, kjer bi vračanje pomenilo nevarnost, da bo prosilec vrnjen v državo izvora. Hathaway, 323 Pri izvajanju takih mehanizmov namreč »obstaja potencialna nevarnost verige vračanja, kjer so v neskladju z mednarodnim pravom begunci pahnjeni nazaj v državo, iz katere so bežali. Koncept tretje varne države je daleč od vzajemnega dogovora o tem, kdo je pristojen za odločanje o statusu begunca, in služi le temu, da se upraviči onemogočanje dostopa do azilnega postopka. Teloken: The Domino Effect (1993) Ni dopustno, da se država izogne dolžnosti spoštovanja načela nevračanja na golih formalističnih razlogih, npr. da je država, v katero je posameznik vračan, podpisnica Ženevske Konvencije. Država je namreč dolžna preprečiti vračanje v državo izvora, do katerega bi prišlo na kakršenkoli način, četudi posredno in mora zato izvesti strogo in temeljito preiskavo o tem, ali taka možnost obstaja. Hathaway, 326

1. Določba 60. člena ZMZ (analogno velja tudi za določbo 62 .člena ZMZ) je po mnenju Varuha v neskladju z Ustavo RS v dveh točkah:

- Izraz »nahajal« je za tako izjemno občutljivo zakonsko materijo mnogo preveč nedoločen, da bi ga lahko šteli za skladnega z načeli pravne države, zlasti z zahtevo po jasni in nedvoumni zakonodaji. Kot kaže že dosedanja praksa, se je že uporabljal tudi za primere, ko je prosilec za mednarodno zaščito (v nadaljevanju: MZ) samo potoval skozi tako državo ali v njej krajši ali daljši čas ilegalno prebival – nič od tega pa ni ustvarilo med njim in to državo take dejanske ali pravne vezi, da bi iz nje lahko sklepali, da je ta država »zato pristojna za vsebinsko obravnavanje njegove prošnje« (ki je ni vložil v njej, ampak pri nas). Zakonodajalec bi to neustavnost lahko odpravil npr. tako, da bi se ta del 60. člena ZMZ glasil: »v kateri je prosilec že zakonito prebival« (pri čemer bi moralo biti vsaj iz obrazložitve zakona jasno, da s tem ni mišljen niti tranzit niti zgolj krajše bivanje na podlagi turističnega ali podobnega vizuma, ampak samo daljše bivanje na podlagi ustreznega dovoljenja za bivanje, kajti samo v takih primerih se je sploh lahko pokazalo, da je ta država zanj res varna država) – ali na kakšen drug ustrezen način.

- Določba »in je zato pristojna za vsebinsko obravnavanje prošnje« pa je po mnenju Varuha v neskladju z mednarodnim pravom. Samo države članice EU (oziroma podpisnice t.i. Dublinske konvencije) so z omenjeno konvencijo (ki znotraj EU sedaj velja kot t.i. »Dublinska uredba«) sprejele posebna pravila, ki pa seveda zavezujejo samo njih, po katerih določijo, katera izmed njih je pristojna za obravnavo prošnje za MZ, vložene v katerikoli od njih. Navedena določba 60. člena ZMZ gre daleč prek tega okvira in skuša za državo, ki naj bi bila pristojna za obravnavanje prošnje, vložene v Sloveniji, kar enostransko določiti neko tretjo državo. Jasno je sicer, da je taka določba našega zakona nasproti taki tretji državi sicer neučinkovita in brez pravne veljave (če državi nista sklenili o tem medsebojnega sporazuma), toda notranjepravno ima kljub temu lahko za takega prosilca za MZ hude in težko popravljive posledice – ne le v primeru, če do dejanske deportacije kljub temu pride, kar se tudi lahko zgodi, ampak tudi v primerih, ko do dejanske deportacije zaradi nesoglasja te tretje države sicer ne pride, takemu prosilcu pa je bila prošnja notranjepravno kljub temu »zakonito« zavržena in po vsebini torej sploh ni bila obravnavana (kar pa pomeni kršitev obveznosti Slovenije kot podpisnice Ženevske konvencije o beguncih). Navedeno stanje je v nasprotju s cilji »Dublinske uredbe«, da se zagotovi meritorna presoja prošenj za azil.
2. Zato je koncept tretje varne države, ki izhaja iz Procesne direktive in ga povzema Zakon o mednarodni zaščiti, ustavnopravno sporen, saj je odvisen od enostranske odločitve države članice, ki zgolj določi pristojnost druge države in pri tem ne zagotovi zahtevanih garancij. ECRE Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December, p. 23 Primarna dolžnost nudenja zaščite pa mora še vedno ležati na državi, kjer je bila prošnja vložena. Zgolj sklicevanje na postopke o tretji varni državi tudi ne pomeni, da odpade odgovornost spoštovanja prepovedi mučenja, nečloveškega in ponižujočega ravnanja iz 3. člena Evropske Konvencije o človekovih pravicah, T.I. v. United Kingdom, p. 15 iz česar sledi, da je vračanje v tretjo državo v neskladju z EKČP, če pri tem niso zagotovljene določene garancije, predvsem glede tega, da je izvedena stroga in temeljita presoja, ali lahko vračanje v tretjo varno državo vodi do verige vračanja do izvorne države prosilca.

Minimalni standardi glede tretje varne države bi tako morali, če bi želeli spoštovati mednarodnopravne zahteve, določati, da je tretja varna država podpisnica Ženevske konvencije in drugih mednarodnih dokumentov; da v njej obstoji učinkovit azilni postopek, ki lahko vodi do priznanja statusa begunca; da obstaja izrecno soglasje tretje države o ponovnem sprejetju prosilca za azil; da obstaja tesna vez med tretjo državo in prosilcem, pri čemer zgolj prehod čez državo ne zadošča, ter možnost učinkovitega pravnega sredstva v primeru odločitve, da bo prosilec vračan v tretjo državo. ECRE Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December, p. 25

Procesna direktiva zožuje garancije Ženevske Konvencije, saj za vračanje v tretjo varno državo zahteva zgolj izpolnjevanje minimalnih zahtev, zaščita beguncev pa obsega bistveno več kot zgolj to. ECRE, 23-25

Poleg tega direktiva zahteva tudi, da države članice same določijo metodologijo, po kateri je možno ugotoviti, kdaj je določena država varna, pri tem pa jim pušča povsem proste roke, podobno velja tudi glede zahteve, da država omogoči pravna sredstva proti taki odločitvi. Ibid. Jasno je torej, da je implementacija direktive v 2. odstavku 61. člena Zakona o mednarodni zaščiti popolnoma neustrezna, saj zahtevo direktive le navidez izpolni s skopo določbo, da je na podlagi vsebinskih kriterijev za odločitev, katera država je varna, pristojna Vlada, ne da bi odločanje nadalje razčlenjevala.

3. Procesna direktiva nikjer ne določa, da morajo imeti pravna sredstva zoper odločitve o vračanju v tretjo varno državo, suspenzivni učinek. Temu nizkemu standardu (nesuspenzivnemu učinku) sledi Zakon o mednarodni zaščiti, ki v 1. odstavku 63. člena določa, da se prošnja prosilca, ki prihaja iz varne tretje države, zavrže s sklepom. To ima za posledico nesuspenzivnost pritožbe, saj Zakon o upravnem postopku v 1. odstavku 258. člena določa, da je pritožba zoper sklep dovoljena le, če je to izrecno določeno, v 5. odstavku istega člena pa, da ima taka pritožba suspenzivni učinek le, če je to izrecno določeno z zakonom ali v samem sklepu. Zdi se, da je edina možnost prosilca za mednarodno zaščito tista, ki mu jo daje 2. odstavek 63. člena Zakona o mednarodni zaščiti, ki določa, da lahko prosilec ves čas trajanja postopka predloži dokaze, zakaj država zanj osebno ni varna tretja država. Ker suspenzivnost sklepa nikjer ni določena, tako ni omogočeno prosilcu, da bi se izognil vračanju v tretjo varno državo. Dolžnost temeljitega

preverjanja v pritožbenem postopku, ali je tretja varna država dejansko varna tudi za posameznika v določenem postopku, je v primerih nesuspendivnosti pritožbe prosilca praktično izničena. Postopanje brez dodatnega preverjanja pa dopušča možnost, da pride zaradi izvrševanja sklepa do nepopravljivih posledic za posameznika. Summary of UNHCR's Provisional Observations on the Procedural Directive, Council Document 14203/04, p. 1.

Enako se je do problema enkrat že opredelilo celo Vrhovno sodišče Republike Slovenije: kljub temu, da ZMZ v 1. odstavku 63. člena ne določa, da pritožba zoper sklep zadrži izročitev prosilca tretji varni državi, je Vrhovno sodišče v tem primeru razsodilo (Sodba Vrhovnega sodišča I Up 63/2011 z dne 17.02.2011), da zadržanje izvršitve izhaja že iz narave stvari. Za prosilca je namreč učinek zavrženja prošnje enak kot učinek zavrnitve prosilčeve tožbe za mednarodno zaščito, za katero pa je po izrecni določbi četrtega odstavka 74. člena določeno, da ima suspendivni učinek. Suspendivnost pritožbe na tak sklep mora biti zato v zakonu izrecno določena.

Predvsem pa je suspendivnost nujna zato, da se lahko učinkovito zaščiti pravica prosilca, ki lahko po 2. odstavku 63. člena ZMZ predloži dokaze, da zadevna država zanj osebno ni varna tretja država. Nesuspendivnost bi v praksi pomenila, da ima prosilec čas navesti vse dokaze, ki izpodbijajo domnevo tretje varne države, le do časa, ko je izdan sklep o zavrženju prošnje, kar lahko pomeni nepopravljive posledice za njegovo varnosti in življenje. S tem, ko celostna presoja vseh okoliščin ni izvedena zgolj zaradi nesuspendivnega učinka pritožbe na sklep, lahko pride do kršitve pravice do učinkovitega sodnega varstva in pravnega sredstva iz 22. in 25. člena Ustave RS. Eden izmed vidikov učinkovitosti pravice do sodnega varstva je namreč tudi zagotovitev ustreznih procesnih sredstev, ki preprečujejo, da bi v času postopka pred sodiščem prišlo do ravnanj, ki bi povzročila, da sodno varstvo ne bi več moglo doseči svojega namena. Sodno varstvo pa svojega namena med drugim očitno ne more več doseči tudi v primeru, če osebi, ki to sodno varstvo zahteva, že v teku sodnega postopka nastane nenadomestljiva škoda. Sodno varstvo po nastanku nenadomestljive škode vsaj v tem delu ne more biti več učinkovito in ne smiselno. Up 275/97 z dne 16. 7. 1998 Četudi nesuspendivnost ne pomeni avtomatične kršitve pravice do sodnega varstva, je ta podana v primerih, ko po izvršitvi izpodbijane odločbe in nato morebitni ugoditvi pritožbi za pritožnika več ne bi bilo mogoče vzpostaviti stanja, kakršno je bilo pred izvršitvijo te odločbe, ali bi bila vzpostavitev prejšnjega stanja nesorazmerno otežena. Iz zahteve po učinkovitosti pravice do

pravnega sredstva izhaja, da mora vložitev pravnega sredstva zadržati izvršitev izpodbijane odločbe. U-I-339/98

Jasno je, da vračanje v državo, ki za posameznega prosilca ni varna tretja država, lahko pripelje do ireverzibilnih posledic, zato je potrebno načelo suspenzivnosti še dosledneje spoštovati. O tem je tudi že odločalo Ustavno sodišče (sicer v zvezi s takrat že veljavnim Zakonom o azilu) in ocenilo tudi možnost nastanka težko popravljivih škodljivih posledic prosilcem za azil zaradi izvrševanja določb drugega stavka drugega odstavka 37. člena in drugega stavka drugega odstavka 41. člena ZAzil. Ti določbi, drugače kot 40. člen ZAzil, po katerem je odstranitev tujca dopustna šele na podlagi pravnomočne odločbe o zavrnitvi prošnje za azil, določata, da vložena tožba ne zadrži izvršitve sklepa o zavrženju prošnje za azil, če prosilec prihaja iz varne tretje države, in tudi ne izvršitve sklepa o zavrženju ponovne prošnje za azil. Res je, da gre za posebna položaja, vendar bi tudi v tem primeru, če bi bil lahko po vročitvi (še pred pravnomočnostjo) navedenih sklepov prisilno odstranjen z ozemlja Republike Slovenije, prosilcu za azil s tem nastale nepopravljive posledice. U-I-59/06

\*\*\*

Varuh na podlagi razlogov, navedenih v obrazložitvi, zato

**p r e d l a g a:**

**da Ustavno sodišče RS oceni ustavnost 60., 61., 62. in 63. člena ZMZ, ugotovi njihovo neskladnost z Ustavo RS ter jih razveljavi.**

Dr. Zdenka Čebašek – Travnik, dr. med.

varuhinja človekovih pravic