

Številka: 5.2 - 13 / 2017 - 1 - HO

Datum: 19.04.2017

Varuh človekovih pravic Republike Slovenije, Dunajska cesta 56, 1109 Ljubljana (v nadaljevanju: Varuh) na podlagi prvega odstavka 22. člena, v zvezi s peto alinejo prvega odstavka 23.a člena Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS)¹,

v l a g a

na Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju: US RS) zahtevo za oceno ustavnosti 10.b člena² (ukrepanje ob spremenjenih razmerah na področju migracij) Zakona o tujcih (ZTuj-2)³, zaradi neskladja z 2., 14., 18., 22., 25. in 34. členom Ustave Republike Slovenije URS)⁴.

Obenem Varuh predlaga US RS, da sklene, da zadevo obravnava kot prednostno, ker gre za reševanje pomembnih (izrazito aktualnih) pravnih vprašanj, pri čemer se zatrjevane kršitve ustave nanašajo na jamstva najvišjega ranga, in to za tiste, ki v ravno v urejanih razmerah veljajo za ranljive.

Državni zbor Republike Slovenije je na seji 26. 1. 2017 sprejel Zakon o spremembi in dopolnitvah Zakona o tujcih (ZTuj-2D)⁵, ki je bil nato po 3. 2. 2017 izdanem ukazu Predsednika Republike Slovenije objavljen v Uradnem listu Republike Slovenije številka 5 z dne 3. 2. 2017 in je začel veljati naslednji dan (4. 2. 2017).

Novela ZTuj-2D je v prvi vrsti prinesla nova 10.a in 10.b člen ZTuj-2, pri čemer prvi opredeljuje možnosti postopanja ministrstva, pristojnega za notranje zadeve (v nadaljevanju: ministrstvo), Sveta za nacionalno varnost, Vlade Republike Slovenije (v nadaljevanju: vlada) in Državnega zbora Republike Slovenije (v nadaljevanju: državni zbor) oziroma njegovih najmanj deset poslancev, v primeru 'spremenjenih razmer na področju migracij'; drugi pa možnosti ukrepanja policije v razmerju do posameznikov ob 'spremenjenih razmerah na področju migracij', potem, ko državni zbor sprejme odločitev, da se ta drugi člen uporabi in določi območje izvajanja tega ukrepa. Gre torej za zakonsko urejanje pooblastil oblastnih

¹ Uradni list RS, št. 15/1994, 64/2001 - ZPKSMS, 51/2007, 109/2012.

² »(1) Če Državni zbor Republike Slovenije sprejme odločitev iz drugega odstavka prejšnjega člena, policija tujcu, ki ne izpolnjuje pogojev za vstop, ne dovoli vstopa, tujca, ki je po uveljavitvi te odločitve nezakonito vstopil v Republiko Slovenijo in se na območju, na katerem se izvaja ta člen, nahaja nezakonito, pa privede do državne meje in ga napoti v državo, iz katere je nezakonito vstopil.

(2) Če tujec, ki poskuša nezakonito vstopiti na mejnem prehodu ali je že nezakonito vstopil na ozemlje Republike Slovenije iz sosednje države članice Evropske unije in se nahaja na območju, na katerem se ta člen izvaja, po uveljavitvi odločitve Državnega zbora Republike Slovenije iz drugega odstavka prejšnjega člena izrazi namero podati prošnjo za mednarodno zaščito, policija izvede identifikacijski postopek in ugotavlja identiteto tujca v skladu z zakonom, ki ureja naloge in pooblastila policije. Ne glede na določbe zakona, ki ureja mednarodno zaščito, policija to namero zavrže kot nedopustno, če v sosednji državi članici Evropske unije, iz katere je tujec vstopil, ni sistemskih pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom in pogoji za sprejem prosilcev, ki bi lahko povzročile nevarnost mučenja, nečloveškega ali poniževalnega ravnanja, in tujca napoti v to državo. Pritožba zoper sklep ne zadrži izvršitve. O pritožbi odloča ministrstvo, pristojno za notranje zadeve.

(3) Prejšnji odstavek se ne uporablja, kadar bi zdravstveno stanje tujca očitno onemogočalo ukrepanje iz prejšnjega odstavka ali kadar je tujec družinski član tujca, pri katerem ukrepanje ni mogoče zaradi zdravstvenega stanja, ali kadar gre po videzu, obnašanju ali drugih okoliščinah za mladoletnika brez spremstva.«

³ Uradni list RS, št. 50/2011, 57/2011 - popr., 26/2014, 90/2014, 19/2015, 47/2015 - ZZSDT, 5/2017.

⁴ Uradni list RS/I, št. 33/1991, Uradni list RS, št. 42/1997 - UZS68, 66/2000 - UZ80, 24/2003 - UZ3a, 47, 68, 69/2004 - UZ14, 69/2004 - UZ43, 69/2004 - UZ50, 68/2006 - UZ121,140,143, 47/2013, 47/2013, 75/2016 - UZ70a.

⁵ Uradni list RS, št. 5-223/2017 z dne 3.2.2017.

organov, ki ima nezanemarljive posledice tudi glede človekovih pravic oziroma temeljnih svoboščin.

Skladno s prvim odstavkom 22. člena ZUstS se postopek za oceno ustavnosti predpisov zakona lahko začne tudi z vložitvijo pisne zahteve predlagatelja. Po peti alineji 23.a člena istega zakona šteje med tiste, ki lahko z zahtevo začnejo postopek za oceno ustavnosti predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil, tudi Varuh - če meni, da predpis ali splošni akt, izdan za izvrševanje javnih pooblastil, nedopustno posega v človekove pravice ali temeljne svoboščine. **Varuh meni, da ZTuj-2 nedopustno posega v človekove pravice oziroma temeljne svoboščine, ob tem pa tega predpisa tudi ni sam sprejel. Kot upravičeni predlagatelj zato Varuh, skladno s 24.b členom ZUstS, vlaga pričujočo zahtevo za oceno ustavnosti ZTuj-2. Upoštevajoč pri tem tudi aktualnost problematike in težo zatrjevanih kršitev, Varuh obenem predlaga US RS prednostno obravnavo zadeve.**

RAZLOGI NESKLADNOSTI Z USTAVO

Načelo nevračanja

V izogib nepotrebnemu spuščanju v zgodovinsko, filozofsko in širše pravno ozadje t.i. načela nevračanja, bodi za potrebe pričujoče zahteve za oceno ustavnosti dovolj kot na bistveno opreti se le na jedrnatе navedbe kar US RS samega⁶: *»Države imajo po ustaljenem mednarodnem pravu pravico nadzora nad vstopom tujcev, dovoljenji za njihovo bivanje in izgoni oziroma izročitvami. Vendar je suverenost države omejena z dolžnostjo, da država ne sme odstraniti, izgnati ali izročiti posameznika državi, v kateri obstaja zanj resna nevarnost, da bo podvržen nečloveškemu ravnanju (non-refoulement oziroma načelo nevračanja). **Varstvo v primeru odstranitve, izгона ali izročitve je zagotovljeno z 18. členom Ustave.** Člen 18 Ustave določa, da ne sme biti nihče podvržen mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu kaznovanju ali ravnanju. Iz ustaljene ustavnosodne presoje izhaja, da 18. člen Ustave **prepoveduje, da bi bila oseba, glede katere obstaja resnična nevarnost, da bo v primeru vrnitve v državo, iz katere je prišla, izpostavljena nečloveškemu ravnanju, izročena tej državi oziroma izgnana vanjo. Podobno⁷ kot v Ustavi varstvo v primeru odstranitve, izгона ali izročitve zagotavljajo tudi 3. člen Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – v nadaljevanju EKČP), prvi odstavek 33. člena Konvencije o statusu beguncev in Protokola o statusu beguncev (Uradni list FLRJ, MP, št. 7/60, Uradni list SFRJ, MP, št. 15/67, Uradni list RS, št. 35/92, MP, št. 9/92 – v nadaljevanju Ženevska konvencija) ter drugi odstavek 19. člena Listine⁸ Evropske unije o temeljnih pravicah (UL C 202, 7. 6. 2016, str. 389 – v nadaljevanju Listina).**« In še: **»Načelo nevračanja zagotavlja prosilcu pravico do vstopa in bivanja v državi, ki jo zaprosi za zaščito, ter pravico dostopa do poštenega in učinkovitega postopka, v katerem pristojni organ presodi, ali bi bilo z odstranitvijo, izgonom ali izročitvijo prosilca to načelo lahko kršeno.**«⁹*

⁶ Odločba številka Up-613/16-16 z dne 28. 9. 2016, točki 6 in 7. Poudarki v citatu so Varuhovi, enako velja tudi za vse druge citate v pričujoči zahtevi.

⁷ V tej zvezi velja še pristaviti iz točke 11 odločbe US RS številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013: *»Ker je vsebina prvega odstavka 33. člena Ženevske konvencije in 3. člena EKČP zajeta v 18. členu Ustave, je Ustavno sodišče očitke predlagatelja o neskladju izpodbijane ureditve s prvim odstavkom 33. člena Ženevske konvencije in 3. členom EKČP presojalo v okviru 18. člena Ustave.*«

⁸ Ta pa *»ima enako veljavnost kot Pogodba o Evropski uniji (prečiščena različica, UL C 326, 26. 10. 2012 – v nadaljevanju PEU) in Pogodba o delovanju Evropske unije (prečiščena različica, UL C 326, 26. 10. 2012 – v nadaljevanju PDEU).*« (iz točke 16 odločbe US RS številka U-I-189/14-13 Up-663/14 z dne 15. 10. 2015)

⁹ Odločba US RS številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 22.

Nadalje je pomembno upoštevati, da je tudi najvišji organ sodne oblasti za varstvo ustavnosti in zakonitosti ter človekovih pravic in temeljnih svoboščin v državi, že večkrat poudaril velik pomen 18. člena URS. Po drugem odstavku 16. člena se ne dopušča nobenega začasnega razveljavljanja ali omejevanja te pravice. »V ustavnosodni presoji je bilo sprejeto tudi stališče, da je **pravica iz 18. člena Ustave absolutne narave, kar pomeni, da je ni mogoče omejiti niti na podlagi tretjega odstavka 15. člena Ustave.**«¹⁰ Podobno velja tudi za organ, ustanovljen za zagotovitev spoštovanja obveznosti, ki so jih sprejele visoke pogodbene stranke s Konvencijo Sveta Evrope o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin¹¹ (v nadaljevanju: EKČP) - Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) in 3. člen EKČP.

Na zakonski ravni pa gre uvodoma predvsem izpostaviti, da ZTuj-2 v poglavju o prostovoljnem vračanju in odstranjevanju tujcev tudi izrecno določa 'prepoved odstranitve tujca' (72. člen), in sicer na naslednji način: »**Načelo nevračanja po tem zakonu in v skladu z načeli mednarodnega običajnega prava pomeni obveznost Republike Slovenije, da ne sme odstraniti tujca v državo, v kateri bi bilo njegovo življenje ali njegova svoboda ogrožena zaradi rase, vere, narodnosti, pripadnosti posebni družbeni skupini ali političnega prepričanja, ali v državo, v kateri bi lahko bil izpostavljen mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju.**« ZMZ-1 načelo nevračanja sicer na večih mestih omenja, nikjer pa ga izrecno ne opredeljuje na enak oziroma podoben način kot ZTuj-2.¹² Ob tem sicer velja še na tem mestu posebej spomniti na navedbe US RS: »**Ni nujno, da vse osebe, ki so upravičene do zaščite zaradi spoštovanja načela nevračanja, tudi izpolnjujejo pogoje za pridobitev mednarodne zaščite.**«¹³

V nasprotju z URS (18. člen) je tako drugi odstavek 10.b člena ZTuj-2 v delu, kjer določa, da policija v primeru »**če v sosednji državi članici Evropske unije, iz katere je tujec vstopil, ni sistemskih pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom in pogoji za sprejem prosilcev, ki bi lahko povzročile nevarnost mučenja, nečloveškega ali poniževalnega ravnanja**«, ne glede na določbe zakona, ki ureja mednarodno zaščito, zavrže kot nedopustno po uveljavitvi odločitve Državnega zbora Republike Slovenije iz drugega odstavka 10.a člena izraženo namero podati prošnjo za mednarodno zaščito

¹⁰ Odločba US RS številka U-I-292/09-9 Up-1427/09-16 z dne 20. 10. 2011, točka 13.

¹¹ Glede Republike Slovenije v tej smeri v prvi vrsti gledati Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11 (Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/94).

¹² Vendar pa – iz opombe 11 odločbe US RS številka U-I-189/14-13 Up-663/14 z dne 15. 10. 2015: »Iz zakonodajnega gradiva (Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o mednarodni zaščiti – ZMZ-B, Poročevalec DZ z dne 5. 8. 2010, EPA 1213-IV, str. 68) izhaja, da vsebina načela nevračanja ostaja ena od temeljnih idej zakona. Elementi načela nevračanja so vključeni v opredelitvi resne škode iz 28. člena ZMZ.« Prav tako so pomembne navedbe US RS v točki 23 odločbe US RS številka U-I-189/14-13 Up-663/14 z dne 15. 10. 2015: »Bistveni namen zakonske ureditve v ZMZ je zagotoviti spoštovanje načela nevračanja oziroma 18. člena Ustave.«

¹³ Točka 23 odločbe številka U-I-189/14-13 Up-663/14 z dne 15. 10. 2015 – prim. tudi z navedenim v točki 22: »Državni zbor in Vlada zatrjuje, da je bila s sprejetjem Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o mednarodni zaščiti (Uradni list RS, št. 99/10 – v nadaljevanju ZMZ-B) sistemsko urejena ločitev med postopkom pridobitve mednarodne zaščite in postopkom odstranitve tujcev, ki so nezakonito na ozemlju Republike Slovenije. V izreku odločb, izdanih na podlagi ZMZ, naj ne bi bila več določena obveznost, da mora posameznik zapustiti Republiko Slovenijo. Posameznikom naj z zavrnitvijo prošnje za priznanje mednarodne zaščite ali z zavrnitvijo prošnje za podaljšanje subsidiarne zaščite ne bi grozila avtomatična vrnitev v izvorno državo, zato naj bi spoštovanje načela nevračanja postalo bistveno šele v postopku odstranitve na podlagi ZTuj-2.« Sicer pa na primer gledati tudi še točko 6 odločbe US RS številka Up-936/16-29 z dne 2. 3. 2017, iz katere je razvidno, da gre tujcem, ki jih zaradi spoštovanja načela nevračanja (72. člen ZTuj-2) ni dopustno odstraniti iz države, posebna oblika dovoljenja za začasno prebivanje.

tujca, ki poskuša nezakonito vstopiti na mejnem prehodu ali je že nezakonito vstopil¹⁴ na ozemlje Republike Slovenije iz sosednje države članice Evropske unije in se nahaja na območju, na katerem se ta člen izvaja, in tujca napoti v to državo. Za zavrnjenje v takšnih okoliščinah izražene namere tujca podati prošnjo za mednarodno zaščito in napotitev v sosednjo državo članico Evropske unije je zakonodajalec izrecno predpisal le pogoj neobstoja sistemskih pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom in pogoji za sprejem prosilca, ki bi lahko povzročile nevarnost mučenja, nečloveškega ali poniževalnega ravnanja – z drugimi besedami, le pogoj neobstoja določenih objektivnih okoliščin, ki so pomembne z vidika varovanja načela nevračanja, ne pa tudi pogoja neobstoja kakršnih koli subjektivnih okoliščin na strani tujca, ki bi lahko bile pomembne z vidika varovanja načela nevračanja. Tudi če bi torej tujec slednje skušal uveljavljati, po navedeni zakonski normi za policijo ne bi bile upoštevne. Takšna zakonska ureditev je v neizbežnem nasprotju z 18. členom URS oziroma (pre)daleč od z njim povezane zdaj, tudi po navedbah samega US RS¹⁵, že ustaljene ustavnosodne presoje (in sodne prakse ESČP¹⁶), iz katere »izhaja, da spoštovanje jamstev iz 18. člena Ustave in 3. člena EKČP pomeni možnost presoje **vseh okoliščin, ki bi lahko vplivale na oceno pristojnega organa**, da zaradi vrnitve prosilca v izvorno državo ne bo ogroženo njegovo življenje ali svoboda oziroma prosilec ne bo izpostavljen mučenju ali nečloveškemu in poniževalnemu ravnanju«¹⁷, oziroma od jasnih navedb, da se mora organ »**opredeliti tako do objektivnih kot do subjektivnih okoliščin, ki so pomembne z vidika varovanja načela nevračanja**«¹⁸, da mora biti v zvezi z načelom nevračanja posamezniku »**zagotovljena individualna presoja njegovih osebnih okoliščin**«¹⁹, da pristojni organi pri tem »morajo upoštevati tudi prosilčevo osebno situacijo v Republiki Sloveniji«²⁰, in podobno dalje.

Ni veliko prostora za še upravičen dvom v to, ali naj v Republiki Sloveniji navedeno v zvezi z načelom nevračanja velja tudi, ko so v zadevo vpletene države, ki so sicer države članice Evropske unije. Na primer, US RS je že (obrazloženo) navajalo, da »morajo pristojni organi in sodišča v primeru, ko prosilec **zatrjuje, da odgovorna država članica EU zanj ni varna država**, presojati vse okoliščine, ki so pomembne z vidika spoštovanja načela nevračanja«²¹, ter da²² »meddržavno zaupanje ne sme biti absolutno«, četudi zaradi načela medsebojnega zaupanja vse države članice Evropske unije štejejo za varne tretje države in je zato praviloma sicer dopustna tudi predaja brez vsebinske presoje njegove prošnje – zaradi česar država ravno tako »ne sme prosilca predati v drugo državo članico EU, če bi pristojni **organ ugotovil, da posamezna država članica EU zanj ni varna država**«, oziroma posameznik

¹⁴ Prim. s 35. členom (vstop v Republiko Slovenijo) ZMZ-1: »Vlagatelj namere, ki izrazi namen, da bi vložil prošnjo za mednarodno zaščito, in je v Republiko Slovenijo vstopil nezakonito ali je nezakonito podaljšal svoje prebivanje, mora to storiti v najkrajšem možnem času. V tem primeru se to ne obravnava kot nezakonit prehod državne meje.« Prim. tudi s 43. členom ZMZ-1 (postopki na meji, letališčih in pristaniščih).

¹⁵ Nazadnje še marca letos, v odločbi številka Up-936/16-29 z dne 2. 3. 2017, točka 8.

¹⁶ Na primer, iz odločbe US RS številka Up-613/16-16 z dne 28. 9. 2016, točka 15: »Ob upoštevanju sodne prakse ESČP predaja drugi državi članici EU ni dopustna, kadar so izkazani tehtni razlogi, ki utemeljujejo sklep o obstoju resnične nevarnosti, da bo ta oseba izpostavljena mučenju oziroma nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju. Iz ustaljene sodne prakse ESČP izhaja, da mora **grdo ravnanje doseči neko minimalno stopnjo intenzivnosti. Presoja te stopnje je odvisna od posameznih okoliščin primera** (trajanje takega ravnanja ter fizični in psihični učinki na posameznika). **Okoliščine, ki jih upošteva ESČP, so tudi spol, starost in zdravstveno stanje posameznika.**«

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Točka 16 odločbe US RS številka Up-936/16-29 z dne 2. 3. 2017.

¹⁹ Točka 11 odločbe US RS številka Up-613/16-16 z dne 28. 9. 2016.

²⁰ Ibid., točka 17. V tej zvezi US RS v točki 16 odločbe številka Up-613/16-16 z dne 28. 9. 2016 tudi sledeče: »**Pri presoji pritožbe z vidika 3. člena EKČP ESČP upošteva vse okoliščine konkretne zadeve, torej tudi pritožnikovo osebno situacijo v državi, ki bo predala prosilca drugi državi. V tem okviru presodi tudi, ali bi bila že sama odstranitev posameznika v drugo državo v nasprotju z zahtevami, ki izhajajo iz 3. člena EKČP.**«

²¹ Ibid., točka 17.

²² Ibid., točka 11.

»mora imeti **možnost, da domnevo o varnosti tretje države izpodbije.**«²³ Še je torej lahko ustavno dopustno, da država predpiše ocenjevanje varnosti neke druge države na splošno oziroma da splošno ocenjuje²⁴ varnost druge države, vendar pa je pri vsem tem z zahtevami načela nevračanja še skladna lahko le zakonska ureditev, po kateri je **še vedno omogočena individualna ocena morebitnih posebnih okoliščin posameznika** in tudi **omogočeno slednjemu, da domnevo o varnosti te druge države izpodbije.**²⁵ Spomniti velja tudi na navedbe US RS, da ugotovitev organov o neobstoju sistemskih pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom in pogoji za sprejem prosilcev, ki bi lahko povzročile nevarnost nečloveškega in poniževalnega ravnanja (tudi če ji posameznik ne nasprotuje), »ne pomeni, da lahko prosilci domnevo o varnosti držav članic EU izpodbijajo zgolj takrat, ko bi tveganje za nastanek nečloveškega in ponižujočega ravnanja izhajalo iz sistemskih pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom in pogoji za sprejem v odgovorni državi članici EU.«²⁶

Ne nazadnje pa je kot pomenljivo moč izpostaviti tudi nedavno sodbo Sodišča Evropske Unije (v nadaljevanju: SEU) v zadevi, kjer je generalni pravobranilec v svojih sklepnih predlogih, predstavljenih 9. 2. 2017 v zadevi C-578/16 PPU (C. K., H. F., A. S. proti Republiki Sloveniji), med drugim zavzel stališče, »da lahko 'sistemske' pomanjkljivosti zajemajo le pomanjkljivosti, ki vplivajo na sam azilni sistem odgovorne države članice, pa naj gre za pravna pravila, ki sestavljajo ta sistem, ali njihovo uporabo v praksi« - pri čemer je nadalje poudaril, »da morajo biti te pomanjkljivosti resne, ker je Sodišče v sodbi z dne 21. decembra 2011, N. S. in drugi (C-411/10 in C-493/10, EU:C:2011:865, točki 84 in 85), izključilo, da bi že 'najmanjše kršitve' ali 'neznatne kršitve' direktiv na področju azila pomenile sistemske pomanjkljivosti. /.../ Ker se morajo pomanjkljivosti nanašati na sam azilni sistem, je treba izključiti predvsem upoštevanje pomanjkljivosti, ki naj bi vplivale na posebni položaj prosilca. Člen 3(2), drugi pododstavek, Uredbe št. 604/2013 torej državam članicam ne nalaga, naj opravijo preizkus v vsakem posameznem primeru, da bi ugotovile, ali za zadevnega prosilca obstaja nevarnost nečloveškega ali poniževalnega ravnanja v odgovorni državi članici.« SEU pa je naposled v svoji sodbi (peti senat) z dne 16. 2. 2017 med drugim razsodilo, da je Člen 4 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah je treba razlagati tako, da »tudi če ni podana utemeljena domneva o obstoju sistemskih pomanjkljivosti v državi članici, odgovorni za obravnavo prošnje za azil, je predajo prosilca za azil v okviru Uredbe št. 604/2013 mogoče opraviti le v okoliščinah, v katerih ta predaja ne more povzročiti dejanske in izkazane nevarnosti, da bi se z zadevno osebo ravnalo nečloveško ali ponižujoče v smislu tega člena«.

²³ Odločba US RS številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 24.

²⁴ Gledati pa na primer tudi točko 17 odločbe US RS številka U-I-292/09-9 Up-1427/09-16 z dne 20. 10. 2011: »Vendar **ugotovitev, da v posamezni državi prihaja do resnih kršitev človekovih pravic, sama po sebi ne zadošča za ugoditev pritožbi.** ESČP namreč vselej presoja, ali je osebna situacija pritožnika takšna, da bi bila njegova izročitev v izvorno državo v nasprotju s 3. členom EKČP. Pri tem ocenjuje tudi splošno verodostojnost izjav prosilca, podanih pred nacionalnimi organi in v postopku pred ESČP.«

²⁵ Stavek je povzet po 24. točki Ibid. Primeroma glede zahtev načela nevračanja v postopku, v katerem se odloča podaljšanju subsidiarne zaščite, gledati odločbo številka US RS U-I-189/14-13 Up-663/14 z dne 15. 10. 2015, predvsem točko 42.

²⁶ Odločba številka Up-613/16-16 z dne 28. 9. 2016. Tam potem tudi še nadalje: »V 32. uvodni izjavi Dublinske uredbe III je izrecno navedeno, da glede obravnavanja oseb, za katere se uporablja ta uredba, države članice zavezujejo njihove obveznosti iz instrumentov mednarodnega prava, vključno z ustrežno sodno prakso ESČP. V drugem pododstavku drugega odstavka 3. člena Dublinske uredbe III je torej urejena le ena okoliščina, zaradi katere predaja prosilca v drugo državo članico EU ne bi bila dopustna. Države članice EU so dolžne spoštovati tudi druge mednarodne obveznosti. Dolžne so spoštovati zahteve načela nevračanja, ki so določene v prvem odstavku 33. člena Ženevske konvencije in 3. členu EKČP. Države morajo upoštevati, da so vsebinska merila, ki so določena v prvem odstavku 33. člena Ženevske konvencije in 3. členu EKČP, bistveno širša kot merilo, določeno v drugem pododstavku drugega odstavka 3. člena Dublinske uredbe III. Če bi predaja prosilca drugi državi članici EU torej pomenila kršitev načela nevračanja, postane izjemoma uporaba t. i. klavzule suverenosti za državo obvezna.«

Glede na razvidne značilnosti postopka s tujcem, ki ga za policijo predpisuje drugi odstavek 10.b člena ZTuj-2, predvsem njegovo izrazito sumarnost, je v vsakem primeru očitno, da se v njegovem okviru dejansko ne bo zadoščalo procesnim zahtevam, ki izhajajo iz načela nevračanja.

Prav tako gre izpostaviti dvosmernost načela nevračanja – lahko velja v neposrednem ali pa posrednem smislu. Tudi v tej smeri lahko kot dovolj povedne služijo navedbe kar US RS samega²⁷: **»Načelo nevračanja prepoveduje tako neposredno vračanje (direct refoulement) kot posredno vračanje (indirect refoulement), pri katerem je prosilec izročen državi, v kateri zanj sicer neposredno ne obstaja resna nevarnost, da bo podvržen nečloveškemu ravnanju, vendar obstaja možnost, da bo iz te države izročen državi, v kateri zanj obstaja resna nevarnost, da bo izpostavljen nečloveškemu ravnanju.«** V zvezi s prepovedjo posrednega vračanja je bržkone odveč izpostavljati sodbe ESČP, kot je bila na primer tista Velikega senata v zadevi M.S.S. proti Belgiji in Grčiji (pritožba št. 30696/09) z dne 21. 1. 2011, vendarle pa predlagatelj želi, predvsem zaradi aktualnosti in upajoč tudi, da dovoljšne povednosti, še posebej opozoriti na nedavno sodbo²⁸ ESČP v zadevi Ilias in Ahmed proti Madžarski (pritožba št. 47287/15) z dne 14. 3. 2017, s katero je četrti senat soglasno odločil, da je (Republiki Sloveniji sosednja država članica Evropske unije) Madžarska kršila (med drugim tudi) 3. člen EKČP, ker je je dva bangladeška državljanca poslala nazaj v Srbijo (na Madžarsko sta prišla preko Grčije, Makedonije in Srbije ter nato takoj zaprosila za azil). Glede Madžarske sicer gledati na primer tudi Third Party Intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36 of the European Convention for Human Rights, Applications No. 44825/15 and No. 44944/15²⁹ (predvsem točki 40 in 44).

Opisane kršitve ustave se zakonodajalec seveda tudi ni mogel razbremeniti z navedbo nekaterih kategorij tujcev, za katere se drugi odstavek 10.b člena naj ne bi uporabljal.

Glede na to, da gre pri pravici iz 18. člena URS za absolutno pravico in je torej ni mogoče omejevati, je opisani poseg zakonodajalca vanjo v drugem odstavku 10.b člena ZTuj-2 torej nedopusten.³⁰

Načelo jasnosti in določnosti predpisov

URS v 2. členu Slovenijo določa za (tudi) pravno državo. V zvezi s slednjo je usodno povezanih več načel – in eno izmed njih je načelo jasnosti in določnosti predpisov, ki po znani interpretaciji US RS **»med drugim zahteva, da so norme opredeljene jasno in določno tako, da jih je mogoče izvajati, da ne omogočajo arbitrarnega ravnanja izvršilne veje oblasti ter da nedvoumno in dovolj določno opredeljujejo pravni položaj subjektov, na katere se nanašajo (odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-131/04 z dne 21. 4. 2005, Uradni list RS, št. 50/05, in OdlUS XIV, 24, in št. U-I-24/07 z dne 4. 10. 2007, Uradni list RS, št. 101/07, in OdlUS XVI, 74).«**³¹ **Predlagatelj je na stališču, da norma iz drugega**

²⁷ Točka 22 odločbe številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013.

²⁸ Dostopna tudi na spletnem naslovu [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-172091%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-172091%22]}).

²⁹ Dostopno tudi na spletnem naslovu

[https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?coeReference=CommDH\(2016\)3](https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?coeReference=CommDH(2016)3)

³⁰ Prim. z navedbami v točki 18 odločbe US RS številka U-I-292/09-9 Up-1427/09-16 z dne 20. 10. 2011: **»Upoštevajoč stališče, da je pravica iz 18. člena Ustave absolutne narave, kar pomeni, da je ni mogoče omejiti niti na podlagi tretjega odstavka 15. člena Ustave, Ustavno sodišče ocenjuje, da navedeni poseg ni dopusten. Zato je Ustavno sodišče razveljavilo tretji odstavek 22. člena ZMZ (1. točka izreka).«**

³¹ Odločba številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 28.

odstavka 10.b člena ne zadosti predvsem zadnjima zahtevama načela jasnosti in določnosti predpisov in je tako v nasprotju z 2. členom URS.

Tudi če se izhodiščno šteje, da bo navedeno normo mogoče izvajati vsaj v delu napotovanja³² tujca v sosednjo državo članico Evropske unije, iz katere je vstopil, se ob upoštevanju širšega konteksta, v katerem naj bi se ukrepalo po 10.b členu ZTuj-2, pokaže, da je navedena norma le navidezno zadostna. Ravno (pre)močni migracijski pritiski iz sosednjih držav in s tem povezana številčnost prihajajočih tujcev naj bi bili tista okoliščina, zaradi katere se naj bi na opisan način ukrepalo – torej, skušalo ta migracijski tok v čim večji meri odbijati oziroma preusmerjati, nazaj. To pa se bo počelo neposredno na podlagi 10.b člena ZTuj-2 in najverjetneje mimo volje teh sosednjih držav, virov številčnega vstopanja tujcev (oziroma mimo sicer sklenjenih sporazumov glede vračanja tujcev, ali v drugih pravnih aktih definiranih pravil vračanja). V takšni situaciji je neogibno realno pričakovati le zelo kratkotrajni učinek napotitve tujca nazaj v državo, iz katere je vstopil. Zakon torej **ne ureja zadosti oziroma nedvoumno zelo verjetnega položaja teh tujcev, če po zavrženju njihove namere podati prošnjo za mednarodno zaščito in napotitvi v sosednjo državo, iz katere so vstopili, slednja ne bo dovolila vstopa na svoje ozemlje.**³³ Opisana situacija postavlja v negotov položaj tudi same policiste, ki bodo ukrep zoper te tujce izvrševali, tj. izvršili pa se z njimi nato lahko zelo hitro spet srečali. S tem pa **se do že nesprejemljive mere povečuje tudi možnost arbitrarnega ravnanja izvršilne veje oblasti.**

Ob vsem skupaj predlagatelj posebej spominja tudi na že izraženo stališče US RS, da **ker izročitev posameznika v neko drugo državo »lahko pomeni ogrožanje pravice iz 18. člena Ustave, je zahteva po jasnih in določnih normah posebnega pomena«**³⁴. Prav tako se je v tej zvezi moč navezati na vidik zagotavljanja enakega varstva pravic: **»Enako varstvo pravic v postopkih oblastnega odločanja je namreč že pojmovno mogoče zagotoviti samo tako, da so pravila postopka, po katerih morajo ravnati organi pri odločanju o pravicah, dolžnostih in pravnih interesih posameznikov, vnaprej natančno določena. Zaradi narave te pravice je torej nujno, da se z zakonom predpiše način njenega uresničevanja (drugi odstavek 15. člena Ustave).«**³⁵ Vse to še bolj utrjuje v prepričanju, da je drugi odstavek 10.b člena ZTuj-2 v neskladju z 2. členom URS.

Posebej pa ta vidik neskladnosti z ustavo pride do izraza tudi pri tretjem odstavku 10.b člena ZTuj-2, predvsem v zvezi z mladoletniki brez spremstva. Za slednje se drugi odstavek navedenega člena naj ne bi uporabljal, vendar pa je identifikacija te ranljive skupine opredeljena le s tem, da **»gre po videzu, obnašanju ali drugih okoliščinah za mladoletnika brez spremstva«**³⁶. Zakon za tovrstne adresate določa vse prej kot zanemarljive posledice, vendar pri tem v zvezi s prepoznavo nekoga kot tovrstnega subjekta, **omogoča tako rekoč povsem arbitrarno ravnanje izvršilne veje oblasti in tudi ne dovolj določno opredeljuje pravni položaj subjektov, na katere se nanaša.**

³² Gledati na primer tretji, ali pa četrti odstavek 69. člena (odstranitev tujca) ZTuj-2.

³³ Prim. z navedbami v odločbi US RS številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 30: **»Upoštevati je treba, da zakon ne ureja položaja prosilca za mednarodno zaščito, če po izdaji sklepa o zavrženju prošnje tretja država ne dovoli vstopa na svoje ozemlje.«**

³⁴ Iz točke 31 odločbe številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013.

³⁵ Odločba US RS številka U-I-146/07-34 z dne 13. 11. 2008, točka 30.

³⁶ Prim. 17. člen (ocena starosti mladoletnika brez spremstva) ZMZ-1.

Enako varstvo pravic

Po 22. členu URS je vsakomur zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic v postopku pred državnimi organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, ki odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih. Gre za ustavno procesno jamstvo, ki ima več vidikov oziroma iz katerega izhaja več pravic.

V kontekstu pričujoče zahteve za oceno ustavnosti velja najprej spomniti, da se je US RS že izreklo, da načelo nevračanja iz 18. člena zagotavlja prosilcu tudi »**pravico dostopa do poštenega in učinkovitega postopka**, v katerem pristojni organ presodi, ali bi bilo z odstranitvijo, izgonom ali izročitvijo prosilca to načelo lahko kršeno.«³⁷ Ko se govori o poštem postopku, se gre prej ko slej navezati tudi na pravico do izjave - ki po dodobra ustaljeni ustavnosodni praksi izhaja iz 22. člena, posamezniku pa naj bi zagotavljala možnost, da se izjavi o dejstvih in okoliščinah, ki so pomembni za odločitev o njegovi pravici. V upravnem postopku je ta pravica praviloma kršena ne samo, če se njen nosilec sploh ni mogel izjaviti o dejstvih in okoliščinah, pomembnih za odločitev, pač pa tudi, če je imel **(preveč) omejeno možnost, da se o njih izjavi.**³⁸

V postopku, kakor je razviden iz 10.b člena ZTuj-2, **predlagatelj vidi tujčeve možnosti opredeljevanja do okoliščin v zvezi z njegovimi pravicami, izhajajočimi iz načela nevračanja, kot tako omejene, da ni več zadoščeno ustavnim standardom iz 22. člena.** Ni videti, da bi policija v teh primerih tujcu omogočala zadostno sodelovanje v postopku pri ugotavljanju z vidika varovanja načela nevračanja upoštevnega dejanskega stanja (in se v tej zvezi še kaj opredeljevala do pomembnih objektivnih in subjektivnih okoliščin)³⁹, oziroma da bi bila morebitna takšna možnost opredeljevanja za tujca kaj več kot le navidezna in bi lahko učinkovito opozarjal na morebitno napačno ali nepopolno ugotovljeno dejansko stanje, oziroma da bi lahko njegove navedbe takrat še kakor koli vplivale na presojo policije.⁴⁰ Skratka, v takšni situaciji organ pri ugotavljanju pravno upoštevnega dejanskega stanja posamezniku pač **ne zagotavlja učinkovitega izvrševanja ustavnih procesnih jamstev iz 22. člena URS.** K temu je sicer treba takoj dodati, da pravica iz 22. člena URS ni absolutna in v primeru konkretnega zakona nedvomno trči z javnim interesom. Vendar pa upoštevanje tudi okoliščin na drugi strani, kot so na primer, da se v zvezi z jamstvi iz 18. člena ustave prosilcu naj ne bi nalagalo pretežno breme dokazovanja ogroženosti⁴¹, da naj bi mu bila zagotovljena podrobna in natančna presoja⁴², da naj bi se (na primer) tudi v pospešenem azilnem postopku spoštovalo načelo, da se v dvomu odloči v njegovo korist⁴³, kar vse kaže na pripisovanje velikega pomena varstvu pred vračanjem ter možnim posledicam v primeru zavrnitve takšnih prošenj za zaščito, predlagatelja pripelje do zaključka, da **zakonodajalčev poseg v pravico teh tujcev iz 22. člena URS, ni mogel biti sorazmeren.**

³⁷ Odločba številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 22.

³⁸ Gledati na primer točko 5 odločbe US RS številka Up-936/16-29 z dne 2. 3. 2017.

³⁹ Gledati na primer točko 16 odločbe številka Up-936/16-29 z dne 2. 3. 2017.

⁴⁰ Ibid., točka 13.

⁴¹ Gledati na primer točko 16 odločbe US RS številka U-I-292/09-9 Up-1427/09-16 z dne 20. 10. 2011.

⁴² Odločba US RS številka U-I-189/14-13 Up-663/14 z dne 15. 10. 2015, točka 26.

⁴³ Odločba US RS številka Up-763/09-19 z dne 17. 9. 2009, točka 6.

Pravno sredstvo, (ne)suspenzivnost

V drugem odstavku 10.b člena je sicer predpisano pravno sredstvo – pritožba zoper sklep, s katerim odloči policija. **Vendar pa po mnenju predlagatelja to pravno sredstvo v najboljšem primeru le navidezno zadošča zahtevam, povezanim s pravico iz 25. člena URS**, po katerem je vsakomur zagotovljena pravica do pritožbe ali drugega pravnega sredstva proti odločbam državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, s katerimi ti odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih. Podobno »Člen 13 EKČP zagotavlja vsakomur, čigar pravice in svoboščine, zajamčene s to Konvencijo, so kršene, pravico do učinkovitih pravnih sredstev pred domačimi oblastmi in to tudi, če je kršitev storila uradna oseba pri opravljanju uradne dolžnosti. Vsebina 13. člena EKČP je zajeta v 25. členu Ustave.«⁴⁴

V prvi vrsti želi predlagatelj ponovno spomniti na izrazito sumarnost postopka policije s tujcem iz 10.b člena ZTuj-2, kot tudi na širši kritičen kontekst, v katerem naj bi se navedeni člen uporabljal. Že glede na to, kako je sam postopek zastavljen, si je **težko predstavljati, da bi predpisano pravno sredstvo v takšnih razmerah lahko imelo še dovoljšno učinkovitost - v prvi vrsti, kolikšne so res možnosti, da ga bo takšen tujec dejansko sploh lahko vložil**. V tej zvezi predlagatelj poudarja, »da ni namen Ustave, da bi človekove pravice priznala zgolj formalno in teoretično, pač pa je ustavna zahteva, da mora biti zagotovljena možnost učinkovitega in dejanskega izvrševanja človekovih pravic.«⁴⁵

Smisel 25. člena URS naj bi bil ravno v tem, »da lahko prosilec z vložitvijo pravnega sredstva učinkovito brani svoje pravice in da zagotavlja načelo instančnosti, katerega bistvena vsebina je v tem, da lahko organ druge stopnje presoja odločitev prvostopenjskega organa z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o pravici ali obveznosti«⁴⁶. Nadalje naj bi iz zahteve po učinkovitosti pravnega sredstva tudi izhajalo, **»da mora vložitev pravnega sredstva zadržati izvršitev izpodbijanega akta, če po izvršitvi izpodbijane odločbe in nato ob morebitni ugoditvi pritožbi ne bi bilo mogoče vzpostaviti prejšnjega stanja, kakršno je bilo pred izvršitvijo te odločbe, ali bi bila vzpostavitev prejšnjega stanja nesorazmerno otežena«⁴⁷**. Vendarle pa gre tudi pri pravici iz 25. člena URS (pravica do pravnega sredstva) za pravico, ki ni absolutna. Posegi vanjo so na načelni ravni dopustni.

ZTuj-2D v 10.b členu že sam določa, da pritožba ne zadrži izvršitve, drugostopenjski organ pa da je ministrstvo, pristojno za notranje zadeve. A v pričujoči zadevi se tudi v tem primeru ni mogoče ogniti navezavi na to, da **»treba upoštevati poseben pomen človekove pravice iz 18. člena Ustave in oceniti, ali nesuspenzivnost«** pritožbe zoper sklep o zavrženju tujčeve namere podati prošnjo za mednarodno zaščito, pomeni prekomeren poseg v pravico iz 25. člena URS.⁴⁸ V tej zvezi predvsem ni moč zanikati, da ima izvršitev sklepa o zavrženju lahko nepopravljive posledice za tujca, če bi po njegovi izročitvi prišlo do nečloveškega⁴⁹ ravnanja z njim - in tudi, če bi se njegovi pritožbi eventualno ugodilo, pač

⁴⁴ Odločba US RS številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 34.

⁴⁵ Točka 12 odločbe US RS številka Up-275/97 z dne 16. 7. 1998.

⁴⁶ Odločba številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 38.

⁴⁷ Odločba številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013, točka 38. Sicer pa v isti določbi nadalje tudi še (točka 40): **»ESČP je pri presoji azilnih zadev z vidika 3. člena EKČP sprejelo stališče, da mora imeti učinkovito pravno sredstvo proti izgonu v državo, kjer je prosilec lahko izpostavljen nečloveškemu ravnanju, samo po sebi suspenzivni učinek.«**

⁴⁸ Iz točke 39 odločbe US RS številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013.

⁴⁹ Prim. pa npr. s § 281 sodbe Velikega senata v zadevi ESČP Khlaifia in ostali proti Italiji (pritožba št. 16483/12) z dne 15. 12. 2016: **»Iz tega sledi, da nesuspenzivnost sklepa o odstranitvi sama po sebi ne pomeni kršitve**

ne bi bilo mogoče več vzpostaviti stanja, kakršno je bilo pred izvršitvijo tega sklepa. Tudi v tem primeru je sprejemljivo šteti, da je tujec glede na značilnosti postopka, najbolj pomemben vir dokazov in da je njegova navzočnost med postopkom – če naj bi ta imel nek še smisel – nujna. Posledično je **njegova pravica do učinkovitega pravnega sredstva brezpredmetna, če je še pred odločitvijo o vložnem pravnem sredstvu že odstranjen v izvorno državo.**⁵⁰ Ob vsem tem pa tudi ni videti dovolj prepričljivega razloga, ki bi odtehtal⁵¹ navedene nepopravljive škodljive posledice. ZTuj-2 je tako v nasprotju tudi s 25. členom URS.

Prepoved kolektivnih izgonov in 34. člen URS

Vse do sedaj opisane kršitve ustavnih oziroma konvencijskih jamstev po oceni predlagatelja kumulativno zadostujejo za zaključek, da gre pri 10.b členu ZTuj-2 pravzaprav za mehanizem, ki prav lahko služi tudi izvajanju kolektivnih izgonov. Te prepoveduje Člen 4 Protokola št. 4 k EKČP. Ne sicer, da bi bilo to glede na neposredno uporabljanje ratificiranih in objavljenih mednarodnih pogodb (8. člen URS) nujno, pa je po predlagateljevem razumevanju na nacionalni ravni moč smiselno enako prepoved izpelj(ev)ati iz 34. člena URS, ki določa, da ima vsakdo pravico do osebnega dostojanstva in varnosti. US RS je namreč **pravico biti subjekt (in ne le objekt) postopka** že povezovala⁵² z navedenim ustavnim členom. **Vse doslej zatrjevane pomanjkljivosti v zvezi z 10.b členom (prvi in drugi odstavek) pa po mnenju predlagatelja delajo te tujce prej za objekt kot pa subjekt postopka** – vsakega od njih, v končni posledici pa so si ravno v (ne)možnosti dejansko učinkovitega aktivnega sodelovanja v postopku, ki bi lahko preprečilo, da ne bodo izgnani, enaki in posledično lahko tvorijo neke množice oziroma skupine. Skupni imenovalec pripadnikov vsake od njih je tako ravno zanikanje njihovega osebnega dostojanstva, tega pa najbolj izrazito varuje 34. člen URS. Slednji je obenem tudi lex generalis v razmerju do 18. člena URS⁵³, katerega relevantnost glede (za)vračanja tujcev s strani države, je razvidna zgoraj.

Za kolektivni izgon naj bi štel kakršen koli ukrep, ki prisiljuje tujce, kot skupino, da zapustijo državo, razen kjer je tak ukrep podvzet na podlagi razumne in objektivne obravnave posameznega primera vsakega izmed tujcev v skupini.⁵⁴ V dosedanjih primerih, v katerih je

Člena 13 EKČP, kjer, kot tudi v pričujočem primeru, pritožniki ne zatrjujejo, da obstaja resna nevarnost kršitve pravic iz Členov 2 oziroma 3 v ciljni državi.»

⁵⁰ Prilagojeno po točki 40 odločbe US RS številka U-I-155/11-13 z dne 18. 12. 2013.

⁵¹ Prim. navedbe US RS v Ibid, točki 43: »*Drugi mogoči razlog za tako ureditev bi lahko bila pospešitev postopka in zmanjšanje stroškov države. Čim hitrejša izvedba postopka po eni strani skrajša obdobje prisilneve negotovosti, po drugi strani pa zmanjša stroške države, povezane z bivanjem prisilcev v njej. Ob upoštevanju nepopravljivih škodljivih posledic, ki bi lahko nastale prosilcu, če bi do nečloveškega ravnanja prišlo, pospešitev in povečanje učinkovitosti postopka ter zmanjšanje stroškov države ne moreta biti ustavno dopustna cilja za omejitev pravice do sodnega varstva in pravice do pravnega sredstva.»*

⁵² Na primer, iz točke 12 odločbe U-I-294/12-20 z dne 10. 6. 2015: »*Pravica biti subjekt tega postopka, ki jo zagotavlja 34. člen Ustave, je temeljna predpostavka ustavnoskladne omejitve prostosti.»*

⁵³ V točki 5 sklepa številka Up-14/03-4 z dne 3. 2. 2003, ne US RS na primer navedlo: »*Ustavna podlaga za presojo odločitve pristojnega organa o (ne)priznanju azila iz razlogov po tretjem odstavku 1. člena ZAzil (v nadaljevanju azil iz humanitarnih razlogov) je 18. člen Ustave. Določba prepoveduje mučenje, nečloveško ali ponižujoče kaznovanje ali ravnanje. Gre za specialno določbo v razmerju do 34. člena Ustave, ki daje vsakomur pravico do osebnega dostojanstva in varnosti, in v razmerju do 35. člena Ustave, ki zagotavlja nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti.»*

⁵⁴ Gledati http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Collective_expulsions_ENG.pdf. Podobno navaja tudi osnutek členov glede izгона tujcev s komentarji, ki ga je sprejela Komisija za mednarodno pravo Združenih narodov na svoji 66. Seji, leta 2014 – gledati predvsem Člen 9 (International Law Commission: Draft articles on the expulsion

ESČP prepoznalo kršitev 4. člena Protokola št. 4 k EKČP, se je upoštevalo okoliščine, kot so identičnost odredb za zapustitev ozemlja, otežen dostop do pravne pomoči, nedokončanost azilnega postopka (sodba v zadevi Čonka proti Belgiji), nemožnost vložitve pritožb pristojnemu organu, nedostopnost temeljite in rigorozne ocene njihovih prošelj še pred odstranitvijo, nezadostitev zahtevi po suspenzivnosti sredstva (sodba v zadevi Hirsi Jamaa in ostali proti Italiji), nedostopnost azilnega postopka, manko pravne pomoči in prevajalcev, avtomatizem in nerazlikovanje pri vračanju (sodba v zadevi Sharifi in ostali proti Italiji in Grčiji), in podobno dalje – torej, vsekakor okoliščine, ki vsaj v nekaj pogledih močno spominjajo na okoliščine, ki jih predlagatelj podrobneje izpostavlja zgoraj. Kot nasprotno tem primerom, pa vendar zgovorno, le da z druge strani, velja posebej izpostaviti zadevo Khlaifia in ostali proti Italiji (pritožba št. 16483/12), v kateri je Veliki senat v svoji sodbi z dne 15. 12. 2016, drugače od predhodne sodbe Drugega senata, odločil, da ni bilo kršitve prepovedi kolektivnih izgonov – pri tem pa je upošteval, da so bili trije tujci dvakrat podvrženi identifikaciji, verjel, da so oblasti res izpolnile informacijski obrazec z osebni podatki in vsakemu od tujcev specifičnimi okoliščinami, ter ugotovil, da so imeli pristno in učinkovito možnost naslovitve argumentov na oblasti, da se jih ne bi smelo vrniti. Videti je, da bo ukrepanje oblasti po 10.b členu ZTuj-2 rezultiralo prej v primerih z okoliščinami, kakršne so izpostavljene pri prvih treh zgoraj opisanih primerih. **Ker je v taki situaciji nedopustno poseženo v pravico do osebnega dostojanstva, ker se tujce obravnava kot istovrstne objekte, ne pa kot odostojanstvene subjekte, je kršena tudi pravica iz 34. člena URS.**

Enakost pred zakonom, prepoved diskriminacije

Glede na 10.b člen ZTuj-2 bo tedaj vložitev prošelj za mednarodno zaščito omogočena le nekaterim kategorijam oseb.

V tem pogledu se takoj zastavi vprašanje **enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena URS**. To načelo »zakonodajalca zavezuje, da enake položaje pravnih subjektov uredi enako, različne pa ustrezno različno. Če zakonodajalec bistveno enake položaje ureja različno ali bistveno različne položaje ureja enako, mora za to obstajati razumen razlog, ki izhaja iz narave stvari.«⁵⁵ **Ni videti razumnega razloga, ki izhaja iz narave stvari, zaradi katerega je zakonodajalec bistveno drugače uredil** na primer položaj tujca, ki bo po uveljavitvi odločitve državnega zbora iz drugega odstavka 10.a člena ZTuj-2 že nezakonito vstopil na ozemlje Republike Slovenije iz sosednje države članice Evropske unije in se nahajal na območju, na katerem se bo 10.b člen izvajal, ter izrazil namero podati prošnjo za mednarodno zaščito, pri čemer pa se bo štel, da v sosednji državi članici Evropske unije, iz katere je tujec vstopil, ni sistemskih pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom in pogoji za sprejem prosilcev, ki bi lahko povzročile nevarnost mučenja, nečloveškega ali poniževalnega ravnanja – in položaj tujca z enako zgodbo, le da bo temu uspelo iz takšnega ali drugačnega razloga priti oziroma biti izven območja, na katerem se bo 10.b člen izvajal. Ni jasno, zakaj se tudi v drugem primeru ne zasleduje cilja, ki se ga v prvem na podlagi 10.b člena.

V zvezi s prvim odstavkom 14. člena URS pa želi predlagatelj izpostaviti predvsem nedopustno razlikovanje med mladoletniki brez spremstva in tistimi, ki ga imajo. V obeh primerih gre za otroke, pri čemer pa se v prvem primeru vsaj normativno zagotavlja

of aliens, with commentaries – dostopno tudi na spletnem naslovu:
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf

⁵⁵ Odločba US RS številka U-I-289/13-25 z dne 10. 3. 2016, točka 17.

'pravico do individualiziranega, učinkovitega in pravičnega azilnega postopka, ki upošteva največjo korist otroka⁵⁶, v drugem pa ne – in to le zato, ker otrok ima spremstvo. To samo po sebi ne more biti ustavno sprejemljiv **razlog za poseg v pravico do nediskriminacijskega obravnavanja, saj ne more iti za ustavno dopusten, tj. stvarno upravičen cilj.** V zvezi s tem je treba posebej poudariti, kar opaža na primer tudi Komisar za človekove Sveta Evrope: *»Včasih se otroke obravnava kot da so lastnina svojih staršev, in se z njimi sploh ne opravi intervjuja. Čisto možno je, da imajo otroci svoje lastne razloge za iskanje azila – ključno je, da svoje izkušnje povedo neodvisno od drugih.«*⁵⁷ **Predlagatelj tako meni, da je v neskladju z URS tudi tretji odstavek 10.b člena ZTuj-2.**

Varuh predlaga US RS, da oceni ustavnost 10.b člena ZTuj-2 z zgoraj navedenih vidikov in ga, če bo tudi samo ocenilo, da ni v skladu z URS, razveljavi.

Ker bi zaradi izvrševanja 10.b člena ZTuj-2 lahko nastale težko popravljive škodljive posledice (predvsem vidik 18. člena URS), Varuh za ta primer na podlagi 39. člena ZUstS obenem US RS tudi predlaga, da do končne odločitve zadrži izvršitev 10.b člena ZTuj-2 v zvezi s 6. členom ZTuj-2D.

Vlasta Nussdorfer
varuhinja človekovih pravic

⁵⁶ Gledati Letter to Dr. Milan Brglez from Mr. Mcloughlin, UNICEF Deputy Regional Director for CEE CIS (dostopno tudi na spletnem naslovu

<https://unicef.blob.core.windows.net/uploaded/documents/Letter%20to%20Dr.%20Milan%20Brglez%20from%20Mr.%20Mcloughlin.%20UNICEF%20Deputy%20Regional%20Director%20for%20CEE%20CIS.pdf>)

⁵⁷ Commissioner for Human Rights: Positions on the Right to Seek and Enjoy Asylum, Strasbourg, 26. 6. 2010, str. 4. Dostopno tudi na spletnem naslovu:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806db8ab>