



Številka: U-I-59/17-29

Datum: 3. 10. 2019

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNICE DR. DUNJE JADEK PENSA K ODLOČBI U-I-59/17 Z DNE 18. 9. 2019

Strinjam se z odločitvijo in s pretežnim delom razlogov večinske odločbe. Enako velja za temeljno sporočilo njenega sklepnega dela, da vsebina drugega odstavka 10.a člena Zakona o tujcih (Uradni list RS, št. 1/18 – uradno prečiščeno besedilo in 9/18 – popr. – v nadaljevanju ZTuj-2) ne utemelji ustavne dopustnosti izpodbijanega dela 10.b člena ZTuj-2. A le do neke mere lahko sledim razlogom tega dela. Proces odločanja mi je izzval vprašanja, ki so me vodila do (deloma) drugačnih odgovorov, kot so razvidni iz tega dela odločbe. Naj obrazložim.

I.

Razlogi odločbe v sklepnem delu posvečajo pozornost razglasitvi izrednega stanja – ureja ga 92. člen Ustave za primer, kadar velika in splošna nevarnost ogroža obstoj države. Izražajo, (1) da drugi odstavek 10.a člena ZTuj-2 ne ureja razglasitve izrednega stanja in da ne meri na situacijo, ko bi bil ogrožen obstoj države (59. in 60. točka obrazložitve); ter (2) da je za ustavnosodno presojo dopustnosti omejitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin pomembno, da "začasno razveljavitev in omejitev pravic v vojnem in izrednem stanju Ustava ureja v 16. členu," in ne v tretjem odstavku 15. člena Ustave, ki ureja "omejevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v običajnem stanju" (60. točka obrazložitve). Za ta ustavni okvir se mi zdi pomembno še naslednje.

II.

Prvič. Člen 16 Ustave ima dva odstavka; prvi in drugi odstavek 16. člena Ustave se (poenostavljeno) ukvarjata z razglasitvijo vojnega ali izrednega stanja kot ustavno (ne)dopustnim razlogom za izjemno omejevanje ali razveljavitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin; in iz besedila drugega odstavka sledi, da Ustava zaradi razglasitve izrednega (ali vojnega) stanja v državi ne dopušča izjemnega začasnega razveljavljanja

ali omejevanja (med drugimi) pravice iz 18. člena Ustave.^{1, 2} Drugič. Iz tega lahko izpeljem, da ta prepoved po Ustavi velja *á fortiori* v položaju, ko je razlog zakonske ureditve, ki posega v pravico iz 18. člena Ustave, varstvo javnega reda in miru, a ogroženost teh dobrin v varnostnem pogledu ne seže na raven izrednega stanja. V odločbi se poudarja prav to: z izpodbijano ureditvijo, ki posega v pravico iz 18. člena Ustave, se varuje javni red in mir v državi, a v 10.a členu ZTuj-2 ni urejena razglasitev izrednega stanja niti se *ne* meri na situacijo, ko bi bil ogrožen obstoj države.

Tretjič. Prepoved, izrecno zapisana v drugem odstavku 16. člena Ustave, se mi zdi v tem kontekstu pomembna. Ustava je nedeljiva celota. Zato ne more biti pomembno zgolj to, da drugi odstavek 16. člena Ustave ni upoštevna podlaga za odločanje v danem primeru, ker se ne ureja razglasitev izrednega stanja. V odločbi bi mu bilo treba kljub temu posvetiti pozornost.³ Ker se mu ne, je, menim, ostalo odprto eno izmed temeljnih ustavnopravnih vprašanj: ali ta ustavna prepoved morda izključuje dopustnost poseganja v pravico iz 18. člena Ustave iz razloga varstva javnega reda in miru. Če bi Ustava to prepovedovala, bi tehtanje "stopnje ogroženosti javnega reda ali varnosti in stopnje posega v pravice oseb, ki so izrazile namero zaprositi za mednarodno zaščito" (56. točka obrazložitve), domnevam, izgubilo ustavno podstat.

Četrtič. Četudi bi na zastavljeno vprašanje odgovorili pritrdilno – in bi obveljalo, da varovanje javnega reda in miru (samo zase) ni ustavno dopustni razlog za poseganje v pravico iz 18. člena Ustave, ta odgovor ne bi zadostoval. Ne odgovarja namreč na vprašanje, ali je v danem primeru upoštevten morda prvi del tretjega odstavka 15. člena Ustave.⁴ Zakaj?

¹ Člen 16 Ustave, naslovljen Začasna razveljavitev in omejitev pravic, se glasi:

"S to ustavo določene človekove pravice in temeljne svoboščine je izjemoma dopustno začasno razveljaviti ali omejiti v vojnem in izrednem stanju. Človekove pravice in temeljne svoboščine se smejo razveljaviti ali omejiti le za čas trajanja vojnega ali izrednega stanja, vendar v obsegu, ki ga tako stanje zahteva, in tako, da sprejeti ukrepi ne povzročajo neenakopravnosti, ki bi temeljila le na rasi, narodni pripadnosti, spolu, jeziku, veri, političnem ali drugem prepričanju, gmotnem stanju, rojstvu, izobrazbi, družbenem položaju ali katerikoli drugi osebni okoliščini.

Določba prejšnjega odstavka ne dopušča nobenega začasnega razveljavljanja ali omejevanja pravic, določenih v 17., 18., 21., 27., 28., 29. in 41. členu."

² L. Šturm v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 206: "Ustava v 2. odst. 16. člena postavlja brezpogojno prepoved začasnega razveljavljanja ali omejevanja pravic, določenih v 17., 18. [...] členu."

³ O pomenu besedila Ustave za njeno razlago glej npr. v M. Tushnet, *The United States: Electicism in Service of Pragmatism*, v: J. Goldsworthy (ur.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford University Press, Oxford 2006, str. 48.

⁴ L. Šturm, nav. delo, str. 206: "[...] Ustava v 2. odst. 16. člena postavlja brezpogojno prepoved začasnega razveljavljanja ali omejevanja pravic, določenih v 17., 18. [...] členu. Glede na to, da

Tretji odstavek 15. člena Ustave je izrecno zapisana splošna omejitvena klavzula,⁵ ki upošteva (med drugim), da mora biti uresničevanje pravic v okoliščinah življenjskega primera omejeno zaradi uresničevanja pravic drugih. To je tema prvega dela tretjega odstavka 15. člena Ustave, ki se glasi: "Človekove pravice in temeljne svoboščine so omejene samo s pravicami drugih [...]." ⁶ V tem kontekstu je, menim, pomemben tudi prvi stavek prvega odstavka 5. člena Ustave, ki državo zavezuje, da na svojem ozemlju varuje človekove pravice in temeljne svoboščine – v razmerju do vseh nosilcev pravic.

Petič. Neizogibnost medsebojnega vpliva med položaji, ki jih zagotavlja pravica (ali pravice), lahko sproža v okoliščinah primera tudi vprašanje trka vrednot enakega ustavnega pomena. Tovrstni položaji v življenju niso izključeni niti, ko gre za pravice, ki se jim pripisuje absolutna narava⁷ in so z njimi varovane vrednote po črki Ustave nedotakljive.⁸ *Á priori* ni izključeno niti iskanje odgovora, kaj vse naj izkleše konkretno vsebino dolžnosti države v pogledu varovanja pravice absolutne narave v okoliščinah primera. Ustava je nedeljiva celota. Prav zato pozitivnih dolžnosti države v razmerju do posameznika, ki naj na primer preprečijo možnost nečloveškega ravnanja, ni mogoče obravnavati ne oziraje se pri tem do spektra pozitivnih dolžnosti države, da hkrati varuje vrednoto enakega ustavnega pomena tudi v razmerju do tretjega. Tovrstne odgovore se išče na dveh ravneh. Na prvi se poskuša dileme razrešiti z opredeljevanjem ustavnopravnega obsega varstva pravice, upošteva pri tem konkretni položaj,^{9, 10} pri čemer se po poti kategoričnih prepovedi opredeljuje jedro pravice, ki z delovanjem države nikoli ne sme biti prizadeto.¹¹ Druga raven se ukvarja z vprašanjem morebitne *dopustnosti* poseganja države v pravice take narave zaradi njene dolžnosti, da hkrati varuje vrednoto

Ustava, razen pod pogoji 3. odst. 15. člena, ne dovoljuje nobene omejitve pravic ali razveljavitve naštetih ustavnih pravic, na ta način vzpostavlja hierarhijo med ustavnimi pravicami. [...]"

⁵ O pomenu omejitvene klavzule, ki jo vsebuje večina modernih katalogov človekovih pravic in ki izhaja (poenostavljeno) iz dejstva, da morajo biti pravice v določenih primerih omejene, glej v M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012, str. 18 in naslednje.

⁶ Tretji odstavek 15. člena Ustave se glasi: "Človekove pravice in svoboščine so omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ta ustava."

⁷ Prim. s tem v zvezi A. Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, str. 29 in nasl.

⁸ Prim. sodbo Prvega senata nemškega Zveznega ustavnega sodišča 1 BvR 357/05 z dne 15. 2. 2006.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Prim. M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012, str. 39 in naslednje.

¹¹ Prim. M. Herdegen v: T. Maunz in G. Dürig, *Grundgesetz- KÖmmentar*, zvezek 1. Verlag C. H. Beck, München 2009, str. 30 in nasl.

enakega ustavnega pomena v razmerju do tretjih.¹² Ustavnopravne odgovore na ta vprašanja je v okviru Ustave treba po mojem mnenju iskati v prvem delu tretjega odstavka 15. člena.

Ta proces sproža mnoga nadaljnja vprašanja etične in pravne narave; med drugim tudi temeljno dilemo o omejitvah, vtkanih v nekaterih človekovih pravicah, zaradi katerih se varovane vrednote npr. nedotakljivost človekovega življenja, kadar med seboj trčita položaja, ki ju oba varuje pravica do nedotakljivosti človekovega življenja in ki, se razume, pripada obema subjektoma, izmikajo soizmerljivosti ali pa se lahko izkažejo v okoliščinah primera za nesoizmerljive. To in marsikatero drugo puščam ob strani. Okoliščine obravnavanega primera mi teh razmislekov, kot je razvidno iz nadaljevanja obrazložitve, namreč niso izzvale.

III.

Zakonodajalec z uvedbo posebnega pravnega režima v 10.b členu ZTuj-2 varuje dve dobrini – javni red in mir ter notranjo varnost. Tu presojeni ukrep iz izpodbijanega dela drugega odstavka 10.b člena Ustave razumem glede na njegov cilj zato kot ukrep, zasnovan zaradi udejanjanja pozitivnih dolžnosti države v zvezi z vzdrževanjem javnega reda in miru ter notranje varnosti. Menim, da ima država na tem področju svojega delovanja številne pozitivne dolžnosti in da imajo na tem področju država in njeni organi široko polje proste presoje ocenjevanja, vrednotenja in organizacije. Drugače kot negativni vidiki pravic, ki kot subjektivne pravice varujejo posameznika pred aktivnimi posegi države, pozitivne dolžnosti države na področju varovanja javnega reda ali miru in zagotavljanja notranje varnosti, ki naj omogočajo uresničevanje pravic vsakomur, niso vnaprej opredeljene.¹³ Kako država zagotavlja te dolžnosti, ki so pogoj za varovanje vseh človekovih pravic in temeljnih svoboščin na ozemlju Republike Slovenije, kar Ustava zagotavlja v prvem stavku prvega odstavka 5. člena, je stvar njene presoje in spada v polje njene odgovornosti. V tem kompleksu naj se razume, da je odgovorna za vse in vsakemu človeškemu bitju.¹⁴ Prav zato pa izbira posameznega ukrepa, ki naj prispeva k varstvu javnega reda in miru in notranje varnosti, ne sme biti v neskladju z Ustavo.

IV.

¹² Prim. C. Bumke, A. Voßkuhle, *German Constitutional Law, Introduction, Cases, and Principles*, Oxford University Press, Oxford 2019, str. 100.

¹³ Prim. sodbo Prvega senata nemškega Zveznega ustavnega sodišča 1 BvR 357/05 z dne 15. 2. 2006.

¹⁴ Misel je izvedena *Iz pogovorov in naukov starca Zosima*, F. M. Dostojevski, Bratje Karamazovi (prevod V. Levstik), drugi zvezek, šesta knjiga, Cankarjeva založba v Ljubljani, Ljubljana 1989, str. 142.

V danem primeru je bilo treba odgovoriti na vprašanje, ali je izbira ukrepa, ki naj prispeva k varovanju javnega reda in miru ter notranje varnosti, v skladu s pravico iz 18. člena Ustave. Pri tej presoji sem izhajala iz ureditve prvega stavka drugega odstavka in tretjega odstavka 10.a člena ZTuj-2. Tam so opredeljeni pogoji za sprejetje odločitve Državnega zbora in s tem pričetek uporabe ukrepa iz 10.b člena ZTuj-2. Brez te odločitve ostane izpodbijani del drugega odstavka 10.b člena ZTuj-2 mrtva črka na papirju.

Bistvo prvega stavka drugega odstavka 10.a člena ZTuj-2 je, da se vnaprej na abstraktni ravni opredeli prihodnji položaj, ki utemelji pooblastilo Državnemu zboru, da s svojo odločitvijo sproži ukrep iz 10.b člena ZTuj-2. Ključno za odločitev Državnega zbora je predvidevanje prihodnje nevarnosti in ocena o njenem (potencialnem) učinku na javni red in mir ali notranjo varnost v državi zaradi prihoda razseljenih oseb, ki izrazijo namero, da bodo vložile prošnjo za mednarodno zaščito. Vendar, ko se predvideva prihodnja nevarnost, je neizogibna negotovost. Prenos še tako natančne in skrbne analize danih podatkov v prihodnost ne more biti zanesljiv. Tudi pooblastilo Državnemu zboru v 10.a členu ZTuj-2, da sprejme odločitev, ki sproži uporabo 10.b člena ZTuj-2, je tako oprta na negotovost. Na drugi strani so posledice ukrepa iz 10.b člena ZTuj-2, ki ga sproži odločitev Državnega zbora iz 10.a člena ZTuj-2, docela dorečene. Zmanjšujejo se pozitivne obveznosti države, ki naj zagotovijo učinkovito uresničevanje pravice iz 18. člena Ustave. Poleg tega je zakonodajalec dopustil, da se uvede poseben pravni režim za tujce celo že v položaju, ko bi, upošteva ocene, obstajala zgolj potencialna možnost nastanka ogroženosti varovanih dobrin.

Iz značilnosti ureditve drugega odstavka 10.a člena ZTuj-2 lahko izpeljem naslednje. Odločitev Državnega zbora je oprta na negotovost glede predvidevanja bodoče nevarnosti, njenih razsežnosti in njenega potencialnega učinka na stanje v državi. Torej je oprta na negotovost tudi glede tega, ali se lahko do te mere oslabi zmožnost države zagotavljati javni red in mir ter notranjo varnost na svojem ozemlju, da država ne bi zmogla več izpolnjevati niti pozitivnih dolžnosti na področju varstva njenih prebivalcev pred nečloveškim ravnanjem. Kljub temu se hkrati zapoveduje upoštevanje načela sorazmernosti, ki je po naravi stvari lahko vpeto le v soočenje poznanih in soizmerljivih ustavnopravno varovanih vrednot. Menim, da zapoved upoštevanja sorazmernosti v vsebini 10.a člena ZTuj-2 zato nima ustavne podstat. Dvomim, da je taka pooblastitev Državnega zbora za sprožitev uporabe izpodbijanega dela 10.b člena ZTuj-2, ki posega v pravico iz 18. člena Ustave, združljiva s to pravico.

V.

Strinjam se, da ima pravica iz 18. člena Ustave izjemno mesto med ustavno varovanimi vrednotami (50. točka obrazložitve). Dodajam, da na to opozarja domača teorija, izhajajoč pri tem iz besedila drugega odstavka 16. člena Ustave.¹⁵ Strinjam se, da se tej pravici

¹⁵ L. Šturm, nav. delo, str. 206.

pripisuje v ustavnosodni presoji absolutna narava in da izpodbijani ukrep zmanjšuje pozitivne dolžnosti države na področju varovanja te pravice. S tem neizogibno negativno vpliva na možnost njenega učinkovitega uresničevanja. In to kljub temu, da v prvem stavku drugega odstavka 10.a člena ZTuj-2 ni vsebine, ki bi, menim, šele lahko izzvala razmislek o vprašanju, ali je zaradi trka vrednot enakega ustavnega pomena v danem primeru morda upošteven prvi del tretjega odstavka 15. člena Ustave. Strinjam se zato s temeljnim sporočilom sklepnega dela obrazložitve odločbe, da drugi odstavek 10.a člena ZTuj-2 ne utemelji dopustnosti posega v pravico iz 18. člena Ustave, urejenega v izpodbijanem delu 10.b člena ZTuj-2.

Odgovor na težavno vprašanje, ali ureditev 10.a člena ZTuj-2 morda *merit* tudi na položaj, ko bi obstajala resnična nevarnost, da bodo prebivalci Republike Slovenije zaradi spremenjenih razmer na področju migracij izpostavljeni nečloveškemu ravnanju (prim. 59. točko obrazložitve), se mi ne zdi potreben. Četudi bi morda merila tudi na tak položaj, dvomim, da bi zgolj zato lahko postala združljiva s pravico iz 18. člena Ustave.

Sklep. Sklicevanje na pozitivne dolžnosti države na področju zagotavljanja javnega reda in miru ne zadošča za utemeljitev ustavne dopustnosti konkretnega ukrepa. Ob presoji, da je izpodbijana ureditev v neskladju s pravico iz 18. člena Ustave, pomen trditve, ki se opirajo na 72. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (prečiščena različica, UL C 202, 7. 6. 2016), izzveni. Poleg tega so zmotne trditve, da izpodbijani del drugega odstavka 10.b člena ZTuj-2 odstopa *le* od sekundarne zakonodaje EU. Četudi drži, da sekundarna zakonodaja naslavlja zahteve na države članice glede zagotavljanja individualne presoje o vprašanju izpodbojnosti domneve varne države, pa tudi glede dolžnosti, da se osebam, ki izrazijo namero, da vložijo prošnjo za azil, omogoči, da ostanejo na ozemlju države do izčrpanja pravice do sodnega varstva glede odločitve o predaji (ki sledi zavrnitvi prošnje za mednarodno zaščito), to ne more biti odločilno. Ključno je, da te zahteve izvirajo iz pozitivnih dolžnosti na področju varovanja pravice iz 18. člena Ustave (glej razdelek B. – III. odločbe). Zgolj zato, ker jih ureja sekundarna zakonodaja EU, nikakor ne pomeni, da so izvzete iz področja varovanja te pravice. Sekundarna zakonodaja (in Zakon o mednarodni zaščiti, Uradni list RS, št. 16/17 – uradno prečiščeno besedilo – ZMZ-1) jih ureja prav zato, da bi se uresničevanje pravice zagotovilo skladno s pozitivnimi dolžnostmi države na področju varstva pravice do prepovedi mučenja.

dr. Dunja Jadek Pensa
Sodnica