



Številka: U-I-59/17-31

Datum: 3. 10. 2019

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. RAJKA KNEZA K ODLOČBI ŠT. U-I-59/17 Z DNE 18. 9. 2019

I. Uvod

1. Glasoval sem za razveljavitev v izreku navedenih delov 10.b člena Zakona o tujcih.¹ V pritrtilnem ločenem mnenju izpostavljam predvsem dimenzijo prava Evropske unije (v nadaljevanju EU), do katere pravil o migracijah sem sicer kritičen, in mednarodnih pravil, negativnih in pozitivnih obveznosti, ki jih država tudi v primeru razlogov nacionalne varnosti in javnega reda ne more derogirati. Te dimenzije so me vodile pri razumevanju ustavnih določb, ki kot zgornja premisa uokvirjajo presojo izpodbijanih določb. Dodatno, glede na javno mnenje si lahko predstavljam, da bo odločitev pri delu javnosti naletela na neodobranje. Tudi to me nagovarja k dodatnim pojasnilom skozi prizmo omenjenih mednarodnih obveznosti. Kompleksen problem razseljenih² oseb in migracije tudi presegajo rešitve zgolj ene države članice EU.

2. Države sicer tudi znotraj mednarodnih povezav in integracijskih procesov zadržijo pristojnost pri reguliranju vprašanj, ki zadevajo njihovo suverenost, predvsem vprašanj nacionalne varnosti in javnega reda.³ A pri zasledovanju teh ciljev okvirji mednarodno

¹ Zakon o tujcih (Uradni list RS, št. 1/18 – uradno prečiščeno besedilo in 9/18 – popr. – v nadaljevanju ZTuj-2). Sprememba zakona, v katerega je zakonodajalec vključil izpodbijani 10.b člen, datira z dne 26. 1. 2017 (Zakon o spremembi in dopolnitvah Zakona o tujcih, Uradni list RS, št. 5/17 – v nadaljevanju ZTuj-2D).

² Uporabljam tudi pojem *razseljene osebe*, kot ga uporablja tudi pravo EU in mednarodno pravo in ga loči od pojma migrantov. Begunci dejansko niso migranti, saj sploh ne želijo migrirati, ampak so v preseljevanje prisiljeni zaradi okoliščin posameznega ranljivega območja, kjer živijo. Glej definicijo v Direktivi 2001/55/ES, člen 2, točka c). Prav razseljene osebe so v osrčju množičnih prihodov in eksodusov, ne toliko druge oblike migracij.

³ Evropa je edini kontinent, kjer je diskrecija pri vprašanju enake obravnave tujcev omejena z mednarodnimi jamstvi, ki jih nadzorujejo mednarodna sodišča, katerih odločitve so obvezne. Glej C. Grabenwarter, Opening of the Judicial Year ECHR – Seminar – 27 January 2017), dostopno: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Grabenwarter_JY_ENG.pdf (21.7.2019).

sprejetih obvez in obvez EU omejujejo zakonodajalca. Omejuje ga tudi Ustava. Tudi v primeru urejanja vprašanja nacionalne varnosti zakonodajalec torej ni popolnoma prost. Zakonske spremembe, vključno z izpodbijanim 10.b členom ZTuj-2, je po hitrem postopku predlagala Vlada, z utemeljitvijo, da se lahko Republika Slovenija v primeru spremenjenih migracijskih razmer sooči s situacijo, ki predstavlja tveganja javnemu redu in notranji varnosti. Ustavno sodišče je ugotovilo, da je s spremembo zakona, to je z drugim, tretjim in četrtem stavkom drugega odstavka in s tretjim odstavkom 10.b člena ZTuj-2, kršen 18. člen Ustave.⁴ Na dlani je zato vprašanje, ali ni primerno urejati vprašanja množičnih prihodov⁵ razseljenih oseb na kakšen drug način. Ker je vprašanje množičnega prihoda, kar je *ratio* izpodbijanega 10.b člena v zvezi z 10.a členom ZTuj-2,⁶ del ureditve mednarodnih pravil in pravil prava EU, je treba za vprašanje učinkovitosti teh pravil premisliti tudi poti izven okvirov zakonodajnih pristojnosti posamezne države članice. Ali pa je pravni okvir skupne evropske azilne politike⁷ že sedaj ustrezen tudi za primere množičnih prihodov razseljenih oseb na meje (predvsem na zunanje meje držav članic EU), celo ko takšne situacije "trčijo" v cilje zagotavljanja javne varnosti? Pri odgovoru na te dileme izhajam ne le iz trenutno veljavnih pravil skupne evropske azilne politike in sodne prakse obeh najvišjih evropskih sodišč, ampak tudi iz načrtov in

⁴ Podrobne razloge iz obrazložitve ustavne odločbe v tem mnenju ne povzemam. Ureditev, kot jo je uzakonil 10.b člen ZTuj-2, vključno s konceptom, da je sosednja država članica EU vedno varna tretja država, ne da bi lahko posamezniki to domnevo izpodbijali, ne omogoča učinkovitega izvrševanja pravice iz 18. člena Ustave, kar pomeni, da je tudi v neskladju s 3. členom EKČP in 4. členom Listine EU o temeljnih pravicah (v nadaljevanju Listina). Glej tudi 61. točko odločbe Ustavnega sodišča. Namreč, po ustaljeni sodni praksi ESČP 3. člen EKČP prepoveduje izročitev ali izgon prosilca za azil ali kakršnokoli zavrnitev, če je posameznik soočen z realnim tveganjem, da bo subjekt nečloveškega ravnanja v državi, kamor je izgnan. Ti primeri se za presojo 3. člena EKČP znatno razlikujejo od drugih primerov z zgolj nacionalnimi okoliščinami. V primerih izгона se ocena pravilne uporabe 3. člena EKČP prične že s potencialni tveganji v trenutku izгона. Gre torej za *ex nunc* oceno. A tudi za tovrstne primere velja, da ESČP ne dopušča tehtanja z javnim redom ali drugimi interese države. Čeprav prepoved izгона pomeni odraz negativne obveznosti, vsebuje tudi procesne vidike varstva pravic prosilca za azil, ki tvorijo pozitivno obligacijo. Glej P. van Dijk in drugi (ur.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. izdaja, Intersentia, Cambridge 2018, str. 416–421. Izhodišče za takšen pristop je najti tudi v sodbi v zadevi *Soering proti Združenemu kraljestvu* z dne 7. 7. 1989. V tej zadevi je šlo za nemškega državljana, ki bi naj bil izročen oblasti v ZDA zaradi umora. Tožnik je pred ESČP trdil, da je grožnja s smrtno kaznijo v nasprotju s 3. členom EKČP. ESČP mu je pritrdilo. Podobno je pri vprašanju vračanja beguncev in drugih oseb, ki bi zaradi izгона bili v nevarnosti nečloveškega ravnanja ali mučenja. Glej več o tem tudi M. B. Dembour, *Who Believes in Human Rights?*, *Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, str. 85–87.

⁵ Glej definicijo v Direktivi 2001/55/ES, člen 2, točka b.

⁶ Mnenje, ki ga je Vlada posredovala v postopek 21. 6. 2017, v naslovu IV pojasnjuje okoliščine migracijskih pritiskov, s katerimi se je srečevala leta 2015 in na začetku leta 2016, in pri tem navaja, da na ravni EU ni primernih rešitev in mehanizmov.

⁷ Common European Asylum System – CEAS.

predlogov prihodnega urejanja tega področja.⁸ V predlaganih osnutkih spremembe pravil skupne evropske azilne politike se namreč odražajo pomanjkljivosti sedanjega sistema, v katerem je tudi zakonodajalec videl razlog za sprejetje izpodbijane določbe ZTuj-2.

3. Gre za dimenzijo prava EU in mednarodnih pravil, iz katere izhaja tudi odločba; sam tej dimenziji pravil pripisujem nekoliko več pomena, ker ne gre le za vidike, kaj mednarodno pravo in pravo EU urejata in koliko prostora pri tem dovoljujeta nacionalnim ureditvam, ampak tudi za vprašanje, kako urejata oziroma ali so ureditve učinkovite, ali imajo države na voljo tudi kakšne druge možnosti in postopke, ne le ukrepe na nacionalni zakonodajni ravni in ali je mednarodni in evropski okvir pravic in postopkov v primeru množičnih prihodov razseljenih oseb in beguncev dorečen, v kolikor ne z mednarodnimi pravili in pravili pravnih aktov EU, pa s sodno prakso najvišjih evropskih sodišč, tj. Sodišča EU in ESČP. Pod naslovom II v nadaljevanju se opredeljujem do učinkovitosti pravil EU na področju migracij, pod naslovom III se dotikam, da bi lahko lažje razumeli kritični vidik sedanje ureditve, reakcije na njene pomanjkljivosti in trenutno znanih načrtov prihodnje ureditve skupne evropske azilne politike. Pod naslovom IV, ki je osrednji del tega mnenja, se osredotočam na razloge za protiustavnost izpodbijane določbe ter apliciram mednarodna pravila, pravila EU in sodno prakso evropskih sodišč, pod naslovom V pa *obiter dictum* podajam osebni pogled na reševanje kompleksnega vprašanja razseljevanja, na katerega vplivajo različni vzroki, ki pa se ne odpravljajo.

II. Množični prihod razseljenih oseb in učinkovitost pravil EU

4. Vzroki za množične prihode razseljenih oseb na meje držav članic EU so različni. O njih Ustavno sodišče ne presoja, pomembni pa so za razumevanje problematike. Sprememba ZTuj-2 je bila sprožena v posledici množičnih prihodov razseljenih oseb na meje in ozemlje Republike Slovenije po t. i. balkanski poti, in sicer v okoliščinah, ko je predvsem ena država članica EU javno naznanila, da je pripravljena sprejemati razseljene osebe iz kriznih območij, pri tem pa so množični prehodi ustvarjali težave vsem državam članicam in nečlanicam EU na poti do končnih destinacij razseljenih oseb.⁹ Na

⁸ Slednje, seveda, skladno s pravilom *tempus regit actus* ne uporabljam za presojo ustavnosti zakona, temveč zgolj kot argument na odgovor, ali so trenutno veljavna pravila skupne azilne politike primerna za množične prihode razseljenih oseb.

⁹ Z drugimi besedami, na svojevrsten način je prišlo do učinka potencialno podobnemu množičnemu učinku diskrecijske klavzule iz 17. člena Uredbe (EU) št. 604/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, ki jo v eni od držav članic vložijo državljani tretje države ali oseba brez državljanstva (UL L 180, 29. 6. 2013, str. 31–59) (v nadaljevanju Dublinska uredba III). Po tem členu lahko vsaka država članica izjavi, da je odgovorna za presojo statusa posameznikov, državljanov tretjih držav in oseb brez državljanstva. Določba je aplikativna za posamezne postopke. V primeru begunske krize leta 2015 in leta 2016 zato ni šlo za njeno uporabo, ampak za splošno povabilo in s pravnega zornega kota ni mogoče govoriti o uporabi te določbe.

migracijskih poteh namreč vsako odprtje in zaprtje meje ene države pomeni težavo drugi državi. V mednarodni skupnosti, v kateri bi morali težiti k usklajenim ravnanjem, k medsebojni pomoči, h kurtoaziji, so enostranska dejanja ene države, katerih posledice se pojavijo v drugih, vzrok za prav tako enostranska ravnanja teh drugih držav. Množični prihodi razseljenih oseb povzročajo težave predvsem tistim državam članicam EU, katerih meje so zunanje meje EU (v primeru takšnih prihodov po morju in kopnem).¹⁰ Skupna evropska azilna politika namreč primarno določa njihovo odgovornost¹¹ skrbeti za takšno obravnavo posameznikov ob vstopu v EU, da temeljne človekove pravice ne bodo kršene. To je pravno vprašanje. Pravila skupne evropske azilne politike določajo tudi, da se razseljene osebe po načelu solidarnosti nato sprejemajo v vseh državah članicah. Slednje pa ni več zgolj pravno vprašanje, ampak tudi dejansko, in v tem vprašanju se odražajo tudi vrednote posamezne družbe oziroma države članice EU.¹² Še pred veljavo Dublinske uredbe III, ki temelji na solidarnosti in medsebojnem zaupanju (*mutual trust*) držav članic,¹³ je to določila Direktiva 2001/55/ES.¹⁴ A ta direktiva nikoli ni bila uporabljena (sic!), kljub temu, da so države članice EU dejansko bile soočene z množičnimi prihodi razseljenih oseb.

5. Direktiva ureja sistem, ki se aktivira ob množičnem prihodu razseljenih oseb. Aktivirajo ga institucije EU, države članice pa o aktivaciji odločajo prek glasovanja v Svetu EU (Svetu ministrov).¹⁵ Direktiva, zelo pomembno, temelji na solidarnosti med državami

¹⁰ Podobno, glede posledic, tudi za vprašanje prehajanja mej in omogočanja dostopa do ciljnih držav članic ugotavlja N. Oven, Problematika Zakona o tujcih, Pravna praksa, št. 45/46 (2017), str. 9–11.

¹¹ Glej 7. člen Dublinske uredbe III.

¹² Menim, da te v vseh državah članicah niso enake. S tem so povezane tudi zgodovinske okoliščine. Na primer, tudi po kriteriju multikulturalnosti družb, tako zgodovinsko kot tudi danes, se države članice EU med seboj razlikujejo. To vpliva tudi na pripravljenost sprejemanja razseljenih oseb. O razlikah glede azilne pravil in pristopov glej A. Leerkes, How (un)restrictive are we? 'Adjusted' and 'expected' asylum recognition rates in Europe, Research and Documentation Centre (WODC) Cahier 2015-10, dostopno: https://www.wodc.nl/binaries/cahier-2015-10-full-text-nw_tcm28-74139.pdf (25.6.2019).

¹³ Glej 22. uvodno izjavo.

¹⁴ Direktiva temelji na 78. členu Pogodbe o delovanju EU, ki daje Evropskemu parlamentu in Svetu EU pristojnost, da sprejmeta pravila skupnega sistema začasne zaščite razseljenih oseb v primeru množičnega prihoda. Tako točka c) drugega odstavka omenjenega člena. Direktiva torej izhaja z vidika varstva razseljenih oseb in ne z vidika položaja držav članic EU, ki so soočene z množičnimi prihodi.

¹⁵ Glej prvi odstavek 5. člena Direktive Sveta 2001/55/ES z dne 20. julija 2001 o najnižjih standardih za dodelitev začasne zaščite v primeru množičnega prihoda razseljenih oseb in o ukrepih za uravnoteženje prizadevanj in posledic za države članice pri sprejemanju takšnih oseb (UL L 212, 7. 8. 2001, str. 12–23).

članicami in na uravnoteženju prizadevanj držav članic EU pri sprejemanju beguncev.¹⁶ Z drugimi besedami, menim, da EU ureja vprašanje množičnega prihoda razseljenih oseb, to je prav isto vprašanje, kot ga naslavlja tudi 10.b člen v zvezi z 10.a členom ZTuj-2. Vendar iz drugega zornega kota, kajti ne izhaja iz premise varovanja javnega reda in nacionalne varnosti, ampak iz premise varstva beguncev; določa minimalne standarde, ki jih je treba izpolnjevati tudi v primeru množičnih prihodov razseljenih oseb; tako prepoveduje vračanje oseb (načelo *non-refoulement*), individualno obravnavo in spoštovanje človekovih pravic, ne predvideva možnosti, da se razseljene osebe lahko zadržijo zunaj meja države, ampak zahteva, da se jim dovoli vstop v državo in izvede postopek. Temelji torej na pristopu, da humanitarni razlogi prevladajo nad drugimi, da morajo tudi druge države članice EU sprejemati migrante¹⁷ itd.¹⁸ Direktiva, pomembno za razumevanje tematike, zahteva individualno obravnavo, kljub temu, da gre za pritiske množičnih prihodov. Predvideva obravnavo na ozemlju države članice.¹⁹ Torej, če pride do trka množičnosti in človekovih pravic, mednarodna pravila ne omogočajo izjem v takšnem smislu, da se v naprej omogoči odstop od temeljnih postulatov varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

6. Ključno pri omenjeni direktivi je tudi, da se celotni mehanizem, tudi mehanizem solidarnosti, prične realizirati z odločitvijo Sveta EU (torej, ne gre za odločitev posamezne države članice EU ali več njih, kjer se množičen prihod dejansko dogaja), ki mu ustrezen predlog predoči Evropska komisija. Torej, vprašanje, kdaj gre za množični prihod razseljenih oseb v določeno državo članico, ni suvereno vprašanje, na katero bi odgovorila sama država članica, temveč je to v pristojnosti institucij EU. Nadalje, tudi končna odločitev je pri Svetu EU, torej pri instituciji, v kateri predstavniki držav članic usklajujejo interese držav članic in jih soočajo z interesi EU. To je sicer skladno s pravilom t. i. *balance of interests*, ki je temeljno pravilo delitev pristojnosti med institucijami EU (Evropska komisija zastopa interese EU, Svet EU zastopa interese držav članic, Evropski parlament pa interese evropskih volivcev, pri čemer ima Evropska komisija monopol predlagati ukrepe v zakonodajne postopke). Menim, da to izhodišče pomaga razumeti neuporabo direktive.

¹⁶ Glej 7. in 8. uvodno izjavo Direktive ter VI. poglavje, ki določa ukrepe na temelju načela solidarnosti.

¹⁷ Skladno s 25. členom morajo druge države članice sprejemati razseljene osebe; Svet EU pa pri tem nujno in hitro pomaga. Prav tako pri finančni pomoči. Skladno s 26. členom morajo države članice pri tem sodelovati, omogočati prevoze itd.

¹⁸ Glej 3., 5., 6. in 7. člen Direktive 2001/55/ES.

¹⁹ Glej 8. in 11. člen Direktive 2001/55/ES. Iz 22. člena izhaja, da humanitarni razlogi prevladajo nad prisilno odstranitvijo v posamičnih primerih.

7. Odločitev o sprožitvi mehanizma zaradi množičnega prihoda razseljenih oseb je torej odvisna od tistih, ki bodo razseljene osebe morali sprejemati; o tem odločajo države članice EU – vse. A večinsko torej tiste, ki nimajo zunanjih meja EU na migracijskih poteh, kjer je največ soočanja z množičnimi prihodi. Z drugimi besedami, če se ne sledi pozivu države članice, da pričakuje ali že ima težave z množičnimi prihodi razseljenih oseb, to pomeni manj obveznosti za druge države članice. Tudi sama EU posredno to priznava (ker obstajajo tenzije med državami članicami).²⁰ Tudi direktive, ki urejajo standarde za sprejem prosilcev za mednarodno zaščito ter standarde in postopke v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, vprašanja množičnega prihoda razseljenih oseb ne rešujejo učinkovito.^{21,22} Direktiva 2013/33/EU zahteva individualno obravnavo, posebno obravnavo ranljivih skupin (manjšine, otroci, invalidi, ostareli, nosečnice, starši samohranilci z mladoletnimi otroki, duševno bolni, zlorabljeni, žrtve trgovine z ljudmi), pravno varstvo in vsaj eno instanco sodnega varstva, brezplačno pravno pomoč. Izjemo omogoča Direktiva 2008/115/ES v 18. členu, ko za primere velikega števila razseljenih oseb predvidi krajše roke za individualno obravnavo, ne pa več od tega.²³

8. Do ureditve sem kritičen iz več razlogov, a med temi ni razloga, ker ureditev ne bi dovoljevala več in bolj daljnosežne izjeme, podobno kot to omogoča izpodbijana določba ZTuj-2. Kritičen do ureditve sem, ker se je izkazalo, da ni učinkovita, ni trajnostna in povzroča različne obremenitve držav članic, ki jih načelna obveznost solidarnosti med državami članicami ne uravnovesi. To pa so razlogi, ki so tesno povezani z razlogi izpodbijane ureditve. Strinjam se namreč s trditvijo, da je migracijska kriza (ki je vrh dosegla v času pred sprejetjem zakona) pokazala številne slabosti, omejitve, pomanjkljivosti pri implementaciji v državah članicah EU in predvsem, da pravila niso

²⁰ Evropski parlament navaja: "The 2001 Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons is still in force but has never been applied so far, not even during the peak of the migration crisis, most probably due to the vagueness of its terms and tensions between the Member States in the Council over burden-sharing." (Migration and Asylum: A challenge for Europe, str. 6). Tudi od EU ločena pobuda Francije, da bi se razseljene osebe solidarnostno porazdelile (nov solidarnostni mehanizem z dne 22. 7. 2019), ni naletela na odobranje več kot le 14 članic EU. dostopno: <https://euobserver.com/political/145514> (23. 7. 2019)

²¹ Direktiva 2008/115/ES z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, UL L 348, 24. 12. 2008, str. 98, Direktiva 2013/33/EU z dne 26. junija 2013 o standardih za sprejem prosilcev za mednarodno zaščito UL L 180, 29. 6. 2013, str. 96, Direktiva 2013/32/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o skupnih postopkih za priznanje ali odvzem mednarodne zaščite, UL L 180, 29. 6. 2013, str. 60.

²² Vprašanje učinkovitosti pravil skupne azilne politike v EU nadgrajujem z *obiter dictum* pogledi v naslovu V tega ločenega mnenja.

²³ Glej zaključno misel v točki 5 tega mnenja zgoraj.

učinkovita v primeru množičnih prihodov beguncev. Enako pomembno je spoznanje, da je na državah članicah EU z zunanjimi mejami nesorazmerno breme in da ni učinkovitega upravljaljskega mehanizma, ki bi to breme zmanjšalo in ustrezno porazdelilo med vse države članice EU. Posledično (je) prihaja(lo) do nenadzorovanih prihodov in nezakonitih migracijskih tokov.²⁴ Te okoliščine so notorno znane.

9. Republika Slovenija se je zavzemala za sprožitev mehanizma na ravni EU v primeru množičnega prihoda razseljenih oseb, vendar se Evropska komisija, ki ima vlogo predlagatelja uporabe tega mehanizma po direktivi, za tako možnost, brez obrazložitve, ni odločila. Z drugimi besedami, direktiva, ki ravno ureja vprašanje množičnih prihodov, ostaja neuporabljena in tako tudi neučinkovita. Rešitev je torej zgolj na papirju oziroma teoretična, v realnosti pa temu ni tako. V takšnih okoliščinah je mogoče razumeti željo držav članic EU, da bi situacije množičnih prihodov urejale same. Vendar pa ob tem trčijo, kot navajam zgoraj, na omejitve. A razumevanje takšne težnje ne pomeni tudi *a priori* njene upravičenosti.

III. Reakcije na ne dovolj učinkovito azilno politiko EU

10. EU torej ureja ne le migracijske in azilne politike, postopke in vsebinskih pravil, ampak tudi osrednji sporni element, ki ga ureja napadena sprememba ZTuj-2 – to je množični prihod razseljenih oseb. Ureja pa ga, kot opisano, neučinkovito in lahko se strinjam s tistimi argumenti Vlade in zakonodajalca, ki se nanašajo na to kritiko. Soočeni smo torej z evropskim problemom, določena je evropska rešitev, vendar je neučinkovita. Vprašanje učinkovitosti pravil ravnanja države, ko je ta soočena s pritiski številnih beguncev, je, brez nadaljnega, tudi vprašanje nacionalne varnosti. Kaj storiti v takšni situaciji, ko ni sporno, da organi EU, ki so pristojni urejati skupno evropsko azilno politiko, ne reagirajo in ko sistem ni učinkovit? Za nespoštovanje prava EU ustanovitvene pogodbe predvidevajo (sodne) postopke oziroma pravno varstvo, vendar pa v tem primeru ne gre za nespoštovanje prava EU (ali s strani držav članic ali s strani institucij EU). Sistem kot takšen enostavno ni učinkovit. Nikoli ni prišlo do sprožitve sistema. Evropski parlament, kot navedeno zgoraj, sam razlog vidi v tenzijah med državami članicami. Tudi sistem solidarnosti med državami članicami ne deluje ustrezno.²⁵ Država članica torej zoper

²⁴ Razlogi za spremembo skupne evropske azilne politike so zato nujni. Glej več o tem T. Tridimas, *Competence, Human Rights, and Asylum: What Price Mutual Recognition?* v: S. Garben in I. Govaere (ur.), *The Division of Competences between the EU and the Member States, Reflections on the Past, the Present and the Future*, Hart Publishing, Portland 2017, str. 158. Ne le teoretiki, tudi EU sama analizira, da sistem veljavnih pravil skupne evropske azilne politike, na čelu z Dublinsko uredbo III, ni primeren za množične prihode razseljenih oseb. Glej S. Maas in drugi, *Evaluation of the Dublin III Regulation*, DG Migration and Home Affairs, Final Report, Brussels 2015, str. 4.

²⁵ Dokaz za to je svojevrsten pomenljiv poskus držav članic EU, na pobudo Francije (julij 2019), izven okvirjev pravil EU, da migracije rešujejo s solidarnostnim mehanizmom. In še bolj pomenljiv

"nekoga" ne more sprožiti postopka. Na eni strani je torej omejena z direktivo, ki ni učinkovita, na drugi strani s primarnimi predpisi, tudi Listino, hkrati pa nima na voljo postopka, s katerim bi zahtevala učinkovitejše delovanje sistema v primeru množičnih prihodov razseljenih oseb. Navedeno napelje na misel, da bi država članica torej morala poiskati pot za spremembo pravil, ki niso učinkovita. To pomeni sprožitev zakonodajnih postopkov znotraj institucij EU, ki bi vodili do rezultata spremembe pravil. A menim, da v času, ko je zakonodajalec sprejel ZTuj-2D, ne bi kazalo sprožati takšnega postopka (kolikor bi se omejil le na skupno evropsko azilno politiko).²⁶

11. Prvič zato, ker je že v tistem času potekala iniciativa o spremembi pravil skupne evropske azilne politike. Ta postopek sicer še ni zaključen. Predvideva drugačno obravnavo in postopke v primeru množičnih prihodov. Še vedno bo obveznost države članice EU, kamor begunec najprej prispe (torej prve države članice EU, na ozemlje katere vstopi, kar bo običajno država z zunanjo schengensko mejo, kadar bo begunec prišel po kopnem ali po morju). Odgovorna država članica bo morala v procesu registracije odkriti tiste, ki predstavljajo varnostno tveganje ali katerih vloge za mednarodno zaščito so na prvi pogled neutemeljene, nato pa bo morala pristopiti k transferju v državo članico EU, s katero obstoji pomembna pristna veza. Ta bo določena, kolikor bodo ta pravila sprejeta, glede na morebitne družinske vezi, predhodno bivanje, izobraževanje itd. Kolikor takšne vezi ne bodo obstajale, potem bo prišlo do precej avtomatične razporeditve beguncev, in sicer v eno od štirih držav članic EU, ki so do tistega trenutka sprejele najmanj beguncev, in se bo tako ugotavljal njihov pošten delež pri udeležbi sprejemanja beguncev. Ta delež se bo izračunal glede na bruto nacionalni dohodek, število prebivalstva, kar bo omogočalo, da bodo večje in bogatejše države članice EU sprejemala tudi večji delež beguncev. Tudi begunci bodo lahko izbirali med štirimi najmanj obremenjenimi državami članicami EU. Gre za tako imenovano vertikalno solidarnost.²⁷

je seznam (le) 14 držav članic, ki so se odzvale. Dostopno: <https://euobserver.com/political/145514> (1. 9. 2019). Pomanjkanje solidarnosti sicer mnogi povezujejo tudi z zgodovinskim kontekstom, da nekatere države članice niso bile odprte za mednarodno sodelovanje v preteklosti in s tem tudi vzdrževale stanje, ki ga ni mogoče opredeliti kot multikulturno različnost. Slednje vpliva na pripravljenost sprejemanja razseljenih oseb in migrantov s posledicami v družbeni strukturi. S tem se strinjam.

²⁶ Drugače pa menim, če bi bila predmet urejanja vprašanja o zmanjšanju razlogov za migracije. Glej o tem več v sklepnem delu tega ločenega mnenja.

²⁷ Postavlja se tudi vprašanje, kakšno bo nadaljevanje postopka, glede na to, da je že (v letu 2019) prenehal mandat poslancev Evropskega parlamenta, še preden so o teh spremembah odločali. Nova sestava Evropskega parlamenta načelno ni vezana na predloge prejšnje sestave. Glej več o tem S. Nicolosi, *Unfinished Business: The European Parliament in the Negotiations for Reform of the Common European Asylum System*, 23 June 2019, dostopno: <http://eulawanalysis.blogspot.com/> (24. 6. 2019).

12. Nadalje, (drugič), tudi najvišji evropski sodišči sta že odločali v zadevah obravnave razseljenih oseb oziroma beguncev v primeru množičnih prihodov in pri tem pojasnili, kakšne so negativne in pozitivne obveznosti²⁸ držav članic EU kot tudi Sveta Evrope oziroma pogodbenic EKČP. Predvsem slednji vidik je pomemben, kajti za razliko od prvega (t. j. spremembe skupne evropske azilne politike, ki še niso sprejete) prek individualnih presoj postavlja pravila, ki jih morajo spoštovati države. To ne pomeni, da zakonodajalec ne bi smel odreagirati z zakonodajnim ukrepom, ampak je bistveno vprašanje, ali zakonodajni ukrep sledi omenjenim zahtevam.

IV. ZTuj-2D in vprašanje skladnosti s pravili EU in EKČP

13. Zakonodajalec se je odločil za spremembo ZTuj-2, s katerim je uzakonil poseben sistem spremenjenih razmer in tudi specifičen tretma obravnave posameznikov v primerih množičnih prihodov. Varuh človekovih pravic je sicer izpodbijal samo slednje, torej pravila obravnave posameznikov (10.b člen), vendar so ta tesno povezana z razmerami, ki 10.b člen sprožijo. Te pa določa 10.a člen. Zato je treba, in s tem se prav tako strinjam z obrazložitvijo v odločbi, obe določbi razumeti in uporabiti v tesni povezavi. Kaj pomenita 10.a in 10.b člen ZTuj-2 v kontekstu evropskih in mednarodnih obvez?

14. Omenjeni določbi uvajata spremenjene razmere na področju migracij in ukrepanje ob teh razmerah. Gre za trk množičnosti in varstva človekovih pravic ter cilja zagotavljanja nacionalne varnosti. Drugi odstavek 4. člena Pogodbe o EU določa, da zlasti nacionalna varnost ostaja v izključni pristojnosti vsake države članice. To ne pomeni, da pri urejanju vprašanj dimenzije nacionalne varnosti ni treba spoštovati prava EU ali tudi mednarodnih obvez, na katere napotuje med drugim tudi samo pravo EU. To pravilo torej ne zagotavlja *carte blanche*.²⁹ Tako je zakonodajalec trčil ob načela in pravila, ki kažejo smer individualne obravnave posameznikov, urejanja vračanja v varno državo in preprečevanja ujetosti v obmejnih območjih (*push back*) tudi v primerih množičnih prihodov, s tem pa tudi ob načelo vzajemnega zaupanja med državami članicami (to je kršeno dejansko avtomatično po tem, ko se odstopi od sistema skupne evropske azilne politike). Kot po mojem mnenju pravilno izpostavlja odločba, ne le, da tudi v primeru izrednih razmer ni mogoče odstopiti od posameznih določb Ustave (tudi začasna *de iure* razveljavitev in omejitev pravic zaradi izrednega stanja ni mogoča za nekatere temeljne človekove pravice, kot so nedotakljivost človekovega življenja, prepoved mučenja, varstvo

²⁸ V mnenju se ne spuščam v diskusijo glede negativnih in pozitivnih obveznosti, ki izhajajo iz 3. člena EKČP. Več o prehodu od negativnih tudi k pozitivnim obveznost glej M.-B. Dembour, nav. delo, str. 81–87, in P. van Dijk in drugi, nav. delo, str. 385.

²⁹ Glej 6. člen Pogodbe o EU, ki zahteva, da se temeljne pravice, kakor jih zagotavlja EKČP in kakor izhajajo iz ustavnega izročila, skupnega državam članicam, spoštujejo kot splošna načela prava EU.

dostojanstva, domneva nedolžnosti itd.), ampak to velja tudi za mednarodne obveze in obveze iz Listine. To velja tudi za prepoved nehumanega ravnanja (glej 3. člen EKČP³⁰ in 4. člen Listine,³¹ to je tudi prepoved, ki izhaja iz 18. člena Ustave).

15. Zakonodajalec je torej uvedel t. i. "spremenjene razmere na področju migracij"; to so razmere, ki jih uvrščam med normalno situacijo v državi in izrednimi razmerami, kot jih dopušča 92. člen Ustave. Ustava takšnega stanja, torej spremenjenih razmer na področju migracije, ne ureja.³² Ta poseben pravni režim naj bi se uvedel, preden bi nastopile razmere, ko bi bilo mogoče razglasiti izredno stanje.³³ Režim iz 10.a člena ZTuj-2 je urejen precej abstraktno in nedorečeno (sklicuje se na oteženo delovanje osrednjih institucij države, zagotavljanje vitalnih funkcij države, ogroženost javnega reda ali notranje varnosti) in prav tako so ti abstraktni kriteriji določeni zgolj kot potencialna možnost. Že ta stopnja, torej potencialnost, pa dovoljuje ukrepanje oblasti. Pri tem se mora sicer upoštevati načelo sorazmernosti, kar pomeni, da mora biti ukrepanje uravnoteženo s posledicami. Upoštevajo se tudi razmere v sosednjih državah. Tako določa tretji odstavek 10.a člena ZTuj-2. Zakonodajalec je z načelom sorazmernosti torej uvedel tudi tehtanje med ukrepi in posledicami. Predvidel je tehtanje, ki pa je načeloma mogoče zgolj pri pravicah, ki niso absolutne narave. Odločba v obrazložitvi pojasnjuje, da tehtanje sorazmernosti ni skladno z absolutno naravo človekove pravice iz 18. člena Ustave (torej prepoved nečloveškega ravnanja, enako kot to zahteva 3. člen EKČP in 4. člen Listine).³⁴

³⁰ Za 3. člen EKČP je ESČP zapisalo, da odseva eno osnovnih vrednot demokratičnih družb, tj. civilizacijsko vrednoto, ki je povezana z dostojanstvom posameznika in tako osnovni temelj konvencije. Glej P. van Dijk in drugi, nav. delo, str. 383.

³¹ Glej zadeve *N.S. in drugi*, C-411/10 z dne 21. 12. 2011; *Jawo*, C-163/17, z dne 19. 3. 2019; *C. K. in drugi*, C-578/16 PPU z dne 16. 2. 2017. 4. člen Listine se razlaga v luči 3. člena EKČP. Vrnitev v državo članico, kjer bi iskalec mednarodne zaščite bil deležen znatne revščine, je kršitev 3. člena EKČP. Tako ESČP v zadevi *M.S.S. proti Belgiji in Grčiji*, z dne 21. 1. 2011.

³² Glej 60. točko odločbe. Ustava omejevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v običajnem stanju (ki ni izredno stanje) ureja v tretjem odstavku 15. člena. Začasno razveljavitev in omejitev pravic v vojnem in izrednem stanju Ustava ureja v 16. členu. Omejitev človekovih pravic je torej po Ustavi možno presoјati le v običajnem stanju (tretji odstavek 15. člena Ustave) in v vojnem ali izrednem stanju (16. člen Ustave). Tretje možnosti ni (*tertium non datur*). Menim, da je izredno stanje na področju migracij še vedno stanje, ki ni izredno, torej gre za uporabo tretjega odstavka 15. člena.

³³ Pri tem je pomanjkljivost slovenskega pravnega sistema tudi v tem, da razmere, v katerih je mogoče razglasiti izredno stanje, niso definirane. Menim, da bi zakonodajalec moral sprejeti takšen normativni okvir.

³⁴ Ali absolutna narava teh pravic omogoča tehtanje oziroma vprašanje konflikta znotraj same pravice (kadar trčijo situacije, ko grozi nehumana obravnava dveh posameznikov ali skupin istočasno in se postavi vprašanje, ali takšno obravnavo pri enem posamezniku ali eni skupini preprečiti na račun druge, torej tehtati), v teoriji ni nediskutabilna. Glej S. Smet, *Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer*, *Human Rights Law Review*, let. 13, št. 3 (2013), str. 469–498. Tudi N. Simonsen, *Is torture ever justified?: The European Court of Human Rights*

Tudi Ustava, kot omenjeno zgoraj, v drugem odstavku 16. člena tega ne dopušča, čeravno bi šlo za izredno stanje. Toliko bolj to ni mogoče pri stanju, ki ga je zakonodajalec definiriral kot "spremenjene razmere na področju migracij" in ne dosega izrednega stanja. Z drugimi besedami, odstopanje od 18. člena ne dovoljuje niti mednarodno pravo niti pravo EU, niti izredno stanje in posledično tega ne morejo doseči "spremenjene razmere na področju migracij".³⁵

16. Strinjam se z absolutno naravo 18. člena Ustave, kar posledično ohromi tehtanje po načelu sorazmernosti.³⁶ Vendar lahko si tudi predstavljam, da v posameznih primerih dejanskih okoliščin negativnih in pozitivnih obveznosti države ni mogoče v popolnosti takoj zagotoviti in da zato lahko pride, začasno, do dejanske situacije, v kateri se postavi vprašanje, ali so *de facto* doseženi kriteriji nehumane obravnave.³⁷ Menim, da dejanska nezmožnost zagotavljanja varstva lahko vpliva tudi na absolutnost. Ta vpliv je, kot pojasnjujem v nadaljevanju tudi z referencami na odločitve ESČP, mogoč, ni pa omogočeno vnaprejšnje omejevanje oziroma derogacije od zahtev 18. člena Ustave³⁸ (in

decision in Gäfgen v Germany, 2019, dostopno: [https://www.ejiltalk.org/%E2%80%98is-torture-ever-justified%E2%80%99-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/..](https://www.ejiltalk.org/%E2%80%98is-torture-ever-justified%E2%80%99-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/) Prav tako C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, str. 179–230.

³⁵ Glej tudi 17. člen EKČP, ki prepoveduje določbe konvencije razlagati tako, kot da vsebuje za katerokoli državo, skupino ali posameznika, pravico do kakršnekoli dejavnosti ali dejanja, ki je usmerjeno h kršenju katerihkoli pravic ali svoboščin, ki so tu določene, ali k njihovem omejevanju v večjem obsegu, kot je določeno v konvenciji.

³⁶ Sodna praksa ESČP ne dopušča tehtanja sorazmernosti pri absolutni pravici. Vendarle pa je ESČP v sodbi v zadevi *Caloc proti Franciji* z dne 20. 7. 2000 odločilo, da francoska policija ni kršila 3. člena EKČP, ko je tožnika vrgla na tla, ker je to bilo sorazmerno, da je preprečila njegov pobeg. Da je prepoved mučenja oziroma nečloveškega ravnanja absolutna in je ni dopustno omejiti ter da ne dopušča uporabe doktrine nesorazmernosti, zastopa tudi M. Šipec v komentarju k 18. členu Ustave (v: M. Avbelj (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Nova Univerza, Evropska pravna fakulteta, Ljubljana 2019, str. 148. Enako tudi M.-B. Dembour, nav. delo, str. 35.

³⁷ Sodba ESČP v zadevi *Khlaifia in drugi proti Italiji* z dne 15. 12. 2016. Torej, absolutnost je vendarle zrahljana z dejanskimi okoliščinami. Glej op. 44 v nadaljevanju. Glej tudi sodbo v zadevi *Aboya Boa Jean proti Malti* z dne 2. 4. 2019, kjer je ESČP presojalo odvzem prostosti migrantov (5. člen EKČP) in ponovilo, da je treba pri kršitvah konvencije upoštevati vse dejanske okoliščine, nato pa je presojalo, ali je zaradi okoliščin (časovno) odstopanje (po nacionalnem pravu) bilo razumno ter v takšnem primeru ni kršitve konvencije. Res ni šlo za vprašanje 3. člena EKČP, a takšne okoliščine so podobne okoliščinam, ki se zgodijo, ko se "zapro meje". Pride do ujetja na meddržavnem prostoru, kar pomeni omejevanje prostosti oz. *detention*. Po Direktivi 2008/115/ES (t. i. EU Return directive). Julija 2019 je Evropska komisija sprožila tožbo proti Madžarski, ker ugotavlja, da pogoji pridržanja na madžarskih tranzitnih območjih, zlasti zadrževanje hrane, ne upoštevajo materialnih pogojev iz Direktive o vračanju in Listine (dostopno: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4260_en.htm, 1. 9. 2019, glej tudi zadeve navedene v op. 40 v nadaljevanju).

³⁸ Tudi v povezavi z drugim odstavkom 16. člena Ustave (torej, da se kljub razglašenemu izrednemu stanju ne more omejevati pravic iz 18. člena).

tudi 4. člena Listine ter 3. člena EKČP).³⁹ Takšna ureditev povzroča, *inter alia* (tako tudi odločba), vračanje posameznika v sosednjo državo oziroma potiskanje ob ograji, brez obravnave z učinkovitimi pravnimi sredstvi. To je vprašanje učinkovitosti garancij, ravno te pa so tudi v osrčju vprašanja potiskanja ob meji, ki je lahko posledica takšne ureditve (*push back* pristop ali *summary return*).⁴⁰ Ureditev, ki onemogoča učinkovite postopke in ustrezna procesna jamstva, je korak do povzročanja zanikanja pravic.⁴¹ V omenjenem tristranem trku množičnosti in varstva človekovih pravic ter cilja zagotavljanja nacionalno varnost, človekove pravice niso potisnjene na stran. Zakonodajalec si ne sme (dejansko sam sebi) v naprej določiti okoliščine, v katerih bi lahko razseljene osebe obravnaval v nasprotju z absolutno naravo te pravice, torej nečloveško ali ponižujoče (18. člen Ustave).

17. Na omenjeno razlikovanje med pravnim urejanjem (*de iure*) in dejanskimi okoliščinami (*de facto*) kaže tudi odločitev ESČP v zadevi *Khlaifia*,⁴² v točkah 184 in 185. Gre za pomembno razliko med pravnim urejanjem (svet prava) in dejanskimi okoliščinami (svet dejanskih okoliščin).⁴³ Menim, da na to ustrezno opozarja 50. točka odločbe. V 185. točki

³⁹ Diskutabilno je, ali ne omogoča tudi tehtanja, ki ga opisujem v op. 34 – tehtanje znotraj same pravice iz 18. člena (ali se skladno z načelom sorazmernosti lahko nekoga obravnava manj humano kot drugega). Menim, *prvič*, da se prepoved omejevanja pravic iz 18. člena, ki izhaja iz drugega odstavka 16. člena (tudi v primeru izrednih ukrepov) toliko bolj razteza na stanja, ki niso izredna, in *drugič*, če se prepoveduje omejevanje 18. člena in če do omejevanja pripelje tudi tehtanje (uporaba načela sorazmernosti), potem je slednje prav tako nedovoljeno omejevanje. Kot zapisano zgoraj, to vprašanje je diskutabilno in razumem lahko tudi zastopanje drugačnega stališča. Tudi različni avtorji opozarjajo na vidike uporabe in razlage načela sorazmernosti, ki bi ustrezali nujnim razlogom v družbi (glej Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Grégoire Webber (ur.), *Proportionality and the Rule of Law, Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge 2014).

⁴⁰ Glej zadevo *Hirsi Jamaa* in drugi z dne 23. 2. 2012, točka 99 in 100, zadevo *Čonka proti Belgiji* z dne 5. 2. 2002, točka 61–63, zadeva *Khlaifia* in drugi z dne 15. 12. 2016, točka 156. Množičen izgon (4. člen 4. Protokola k EKČP) je tudi t. i. *push back* pristop ali *summary return*. V to kategorijo spada t. i. *potiskanje ob meji* oziroma *zadrževanje na obmejnem prostoru in potiskanje v drugo državo*. Zadeva *Hirsi Jamaa* in drugi, točka 180. Srž problematike obravnavane zadeve je ravno ta; ne ukvarjamo se toliko z vprašanjem, ali nekdo prejme mednarodno zaščito ali ne, ali lahko ostane v državi ali ne, ampak s korakom pred tem – ali se takšna vloga posameznika sploh procesira.

⁴¹ ESČP je v zadevi *Hirsi Jamaa* (glej zgoraj op. 40, točka 175) zavzelo stališče, da preprečevanje pravnih sredstev (izpodbijanja) odločitev o zavrnitvi vstopa ali izгона povzroči učinkovitost pravnih sredstev zgolj teoretično in iluzorno. Tudi pravilo zakona, ki onemogoča presojo, ali je država, kamor se vrne osebo, varna (v primeru njegovih osebnih okoliščin), ne spada v sklop pravil, za katere bi lahko trdili, da omogočajo učinkovito pravno varstvo. Pravzaprav se to onemogoča že na samem začetku postopka, kajti to niso razlogi, zaradi katerih bi pristojni organi morali sploh začeti s pravnimi postopki. Glej tudi obrazložitev v odločbi, točke 33–40, in opredelitev, ki sledi v točkah 44, 47 in 49 odločbe.

⁴² Sodba ESČP v zadevi *Khlaifia in drugi proti Italiji* z dne 15. 12. 2016.

⁴³ S tem ne trdim kar na načelni ravni, da se ta "dva svetova" lahko razlikujeta, temveč da dejanske okoliščine lahko preprečujejo ali otežujejo spoštovanje pravil. "Prvo bi namreč pomenilo

omenjene sodbe ESČP pojasni, da ne sme soditi umetno in ne upoštevati okoliščin, v katerih se je znašla Italija, in teh okoliščin tudi ne more zanikati.⁴⁴ ESČP je te okoliščine opredelil kot izjemno težke. Zadeva se je sicer nanašala na odvzem prostosti migrantov v nastanitvenem centru na Lampeduzi, kasneje pa na ladjah v pristanišču Palerma, ter na skupinsko vračanje migrantov v Tunizijo s sklicevanjem na dvostranski sporazum med Italijo in Tunizijo. Pogoji, ki so jim bili pritožniki izpostavljeni v nastanitvenem centru in na ladjah, naj bi dosegli stopnjo⁴⁵ nečloveškega in ponižujočega ravnanja (3. člen EKČP), hkrati pa so bili skupinsko izgnani (4. člen Protokola št. 4 k EKČP). ESČP je pritrdilo, da pogoji, v katerih so bili pritožniki zadržani v nastanitvenem centru, niso bili primerni za večdnevno zadržanje. Vendar pritožniki niso trdili, da so italijanski organi z njimi slabo ravnali ali da niso imeli zadosti hrane ali vode. Zato je ESČP sklenilo, da ravnanje, ki so mu bili pritožniki izpostavljeni, ni preseglo stopnje resnosti, ki je potrebno, da bi šlo za kršitev 3. člena EKČP. Kršitve te določbe ESČP tudi ni ugotovilo v zvezi z omejitvijo gibanja na ladji, saj pritožniki navedb o nevzdržnih razmerah na ladji niso uspeli dokazati.

18. Iz zadeve *Khlaifia* torej izhaja, in temu sledi tudi teorija, da se negativne in pozitivne obveznosti države zaradi povečanega prihoda beguncev ne zmanjšajo, ima pa sodišče omejeno razumevanje za okoliščine posameznega primera.⁴⁶ To so primeri, ko se ne

kršitev vladavine prava, predvsem zahteve po skladnosti med zapisani pravom (pravno v knjigah ali angleško "*law in books*") in dejansko uveljavljenim pravo (pravo v praksi ali angleško "*law in action*"). Nekaj neskladnosti je sprejemljivo in celo pričakovano; če pa je razkorak med obema prevelik in se pravo v praksi pretirano razlikuje od tistega "v knjigah", pa lahko pride do položaja, v katerem bo kakršenkoli pristen pravni red zamenjal nekakšen razcepljen (dvojen) sistem vladanja." Matija Žgur, Komu (pravo) zvoni? O pravnem in družbeno-političnem izključevanju nedokumentiranih imigrantov, *Pravnik*, let. 136, št. 3–4 (2019), str. 185–186 in druge, ter tam citirane vire.

⁴⁴ Šlo je za vprašanje številnih oziroma množičnih prihodov, ki jih Italija ni zmoгла postopkovno pravočasno ustrezno urejati. Glej 26. točko sodbe. Posebnost je tudi ta, da nihče ni zahteval azila in je zato šlo le za vprašanje postopka ob nezakonitem vstopu v državo. To sicer ne spremeni vprašanja uporabe 3. člena EKČP. Glej 27. točko sodbe.

⁴⁵ ESČP zahteva določeno minimalno stopnjo resnosti kršitve. Ta je predmet presoje od primera do primera. V zadevi *Irska proti Združeno kraljestvo* z dne 18. 1. 1978 je ESČP definiralo, da je ta ocena odvisna od okoliščin primera, narave kršitev, relativnosti okoliščin, časovnega trajanja, fizičnih in duševnih učinkov, pa tudi okoliščin, kot so spol, starost, zdravstveno stanje posameznika, žrtve itd. Te okoliščine ne tvorijo zaključenega seznama. V zadevi *Gäfgen proti Nemčiji* z dne 1. 6. 2010 je zasliševanje, v katerem se je osumljencu grozilo z mučenjem, trajalo 10 minut, ker je bilo za ESČP pomembna okoliščina, da je ravnanje opredelilo kot nehumano in ne kot mučenje.

⁴⁶ ESČP presoja tudi *de facto* kršitev. V sodbi v zadevi *Ilias in Ahmed proti Madžarski* je odločilo, da pomeni 23 dni, preživetih v tranzitnem območju med dvema državama, na 110 m², z nezmožnostjo vstopa v državo in brez ustreznih informacij o pravicah ter postopkih uveljavljanja pravic, kršitev četrtega odstavka 5. člena in 13. člena v zvezi s 3. členom EKČP. ESČP je odločilo, da nacionalna pravila niso bila dovolj jasna in predvidljiva in da je kršitev nastala *de facto*. Omenjeno sodbo je treba razumeti tudi v luči zadeve, kot je *M.S.S. proti Belgiji in Grčiji*, kjer je ESČP odločilo, da je begunce potrebno varovati tudi pred veliko ali znatno materialno revščino in

zanemarijo dejanske okoliščine neke situacije v državi (pojasnjeno zgoraj) in tudi primeri, ko bi se morala odzvati mednarodna skupnost.⁴⁷ Očitek iluzornosti slednje trditve je, seveda, lahko povsem na mestu (še posebej po izkušnjah trenutne učinkovitosti soudeležbe vseh držav članic pri realokacijah beguncev). Tudi zato bi bilo treba to vprašanje urediti v novih pravilih skupne evropske azilne politike in ne prepuščati naključnim in spontanim odločitvam posameznih držav (še posebej, ker si ne znam predstavljati, da težave pri sprejemanju množice razseljenih oseb na meji ene države, ne bi povzročile dejanskih težav (domino učinek) v sosednji državi).⁴⁸ Tukaj gre tudi za več kot le za odsotnost solidarnosti, ki jo (neuspešno) vpeljujejo EU direktive; ne gre namreč za solidarnost, ki sledi postopku registracije in sprejema razseljenih oseb, tudi ne solidarnost, ki bi nastopila že nekaj logističnih korakov prej, ampak za povzročanje množičnega pritiska, torej prav takšne situacije, ki bi jo država sama želela preprečiti. Ravno obratno od solidarnosti.⁴⁹ Tudi zato bi, ne le enostranske nacionalne ureditve, ampak tudi kakršenkoli drugačni *ex ante* dogovori na mednarodni ravni, ki bi odstopali od sedaj dogovorjenih pravic, ki jih razseljenim osebam in beguncem morajo zagotavljati države, zmanjševali že doseženo stanje ravni človekovih pravic.⁵⁰

19. Ureditev iz 10.a in 10.b člena ZTuj-2 torej vidim kot manjši okvir delovanja v precej širšem okvirju mednarodnih obvez.⁵¹ Omejujejo ga zahteve po individualni obravnavi posameznikov, pravilo nevračanja, pravno varstvo posameznikov (torej postopki, v katerih lahko posamezniki dovolj učinkovito varujejo svoje pravice ne le pred organi izvršilne veje oblasti, ampak tudi pred neodvisnimi sodišči), prepoved nečloveškega ravnanja itd.⁵²

da tudi odsotnost takšnega varovanja pomeni kršitev 3. člena EKČP. Podobno je odločilo tudi SEU v zadevi *Jawo*, C-163/17, z dne 19. 3. 2019 in izpostavilo, da je načelo vzajemnega zaupanja med državami članicami bistvo skupne evropske azilne politike (Common European Asylum System).

⁴⁷ Pri tem tudi velikost posamezne države, soočene z eksodusom, ni zanemarljiv element. Množični prihodi in s tem povezane logistične in druge težave v veliko državo na eni ali v majhno državo na drugi strani, skladno z definicijo enakosti (enako v enakih okoliščinah in različno v različnih okoliščinah), tudi nimajo enake teže.

⁴⁸ Kar pa tretji odstavek 10.a člena ZTuj-2 zahteva, da je treba upoštevati. To razlagam tudi tako, da ukrepi Slovenije tudi ne bi smeli prizadeti sosednjih držav. Če pa imam prav, da bi jih, potem se tehtanje sorazmernosti močno razvodeni.

⁴⁹ Tudi če ne bi šlo za razseljene osebe, bi dolžnost pomoči med državami članicami izhajala iz načela mednarodne kurtoazije. Toliko bolj v primeru eksodusov.

⁵⁰ Tudi ESČP je v zadevi *Khalifa* poudarilo, da je absolutna narava pravice do človeškega ravnanja s posameznikom ustaljena sodna praksa (glej 184. točka sodbe). Tudi kadar bi do nečloveškega ravnanja prišlo nenamerno, to ni opravičeno.

⁵¹ Nacionalni okvir torej ni le omejen, ampak tudi ne more obstajati sam brez učinka na druge države.

⁵² Navedeno ne izhaja zgolj iz že zgoraj navedenih pravil EU, ampak tudi iz 33. člena Konvencije o statusu beguncev. Menim, da je ravno individualna obravnavna srž težave, ko se država sooči z

Kljub temu, da zakonodajalec poskuša opravičiti pravni okvir 10.a in 10.b člena ZTuj-2 iz razlogov nacionalne varnosti in javnega reda, ta v vsakem primeru trči ob obveznost zagotavljanja pozitivne in negativne temeljne človekove pravice.⁵³ Povečan prihod razseljenih oseb sam po sebi odrekanja teh pravic, v naprej, ne z najvišjo nacionalno in ne z mednarodno zakonodajo, ne opravičuje, omogočeno pa je, pomembno, razumevanje dejanskih okoliščin. Tega zato ne more spremeniti niti v naprej (natančno) neopredeljena situacija. Z nacionalnimi pravili, toliko bolj če niso določna, kot v konkretnem primeru (oziroma so nedefinirana, abstraktna in omogočajo uporabo že ob pogoju potencialne izpolnjenosti), ni mogoče dovoliti situacije, ki bi sprožila aktivnosti oblasti, ki ne bi bile skladne z zgoraj omenjenimi izhodiščnimi premisami nadrejenih nacionalnih in mednarodnih aktov (18. člen Ustave, 3. člen EKČP in 4. člen Listine).⁵⁴ Če bi takšna situacija bila dovoljena v naprej in tudi omogočala tehtanje, bi, po mojem mnenju, to pomenilo tudi, da test sorazmernosti trči ob človeško dostojanstvo.⁵⁵

množico beguncev na mejah. Ker individualna obravnava zahteva čas in, pomembno, postopke ter pravna sredstva, se pojavijo logističnih težave in povsem dejansko vprašanja zmožnosti vodenja takšnih postopkov na terenu oziroma *in situ*. Pri tem pa bi bilo smiselno izhajati ne le iz zatečenih okoliščin, ampak tudi, ali bi množičen prihod razseljenih oseb lahko predvideli, kar bi omogočilo ustrezno organizacijo postopkov.

⁵³ Države članice so s pristopom k EU močno omejile svojo suverenost. Pravila EU, predvsem ustanovitvenih pogodb, učinkujejo tudi na področjih, ki so tesno povezana z nacionalno varnostjo (pri tem pa zasledujejo prosto gibanje oseb, delovanje notranjega trga, uresničevanja socialnih pravic v vseh državah EU itd.). Vsi ti elementi omejujejo svobodo držav članic, tudi tisto, ki je bila tradicionalno uvrščena znotraj okvirjev nacionalne varnosti. V tem pogledu je določba, da je nacionalna varnost v izključni pristojnosti držav članic (4. člen Pogodbe o EU), do neke mere "kozmetična" določba. Glej več F. Di Benedetto, *Defining the Notion of "National security" under Article 4(2) TEU. What is Really Left of Member States' Sovereignty?*, *Czech Yearbook of International Law*, let. 10 (2019), str. 87.

⁵⁴ Glej tudi sodbo nemškega Zveznega ustavnega sodišča 1 BvR 357/05 z dne 15. 2. 2006, ki je razveljavilo določbo Zakona o varnosti zračnega prostora (*Luftverkehrsgesetz*), ki je omogočala sestrelitev letala, kolikor bi ta bil namenjen uporabi zoper življenje posameznikov (torej za teroristična dejanja). Razveljavitev je sodišče omejilo na primere, kadar so v letalu tudi posamezniki, ki ne sodelujejo v kaznivem dejanju, torej potniki. Iz obrazložitve sodišča izhaja tudi, da zakonodajalec ne more v naprej natančno urediti primere okoliščin, ki se bodo dogajale neposredno v samem letalu. Pomanjkanje neposrednega kontakta in videnja situacije pomeni tudi špekulacijo, ki lahko pripelje do napačne odločitve. Glej 125.–135. točko sodbe nemškega Zveznega ustavnega sodišča. V tem primeru sicer ne gre za vprašanje nehumanega ravnanja, ampak za pravico do življenja, vendar pa, menim, da je pomembno sporočilo te sodbe vseeno to, da je vnaprejšnje omogočanje določenih ukrepov, ki poseže v temeljne človekove pravice, v okoliščinah, ki niso v naprej natančno predvidljive in so lahko špekulativne, nezdržljivo z Ustavo.

⁵⁵ O dimenzijah testa sorazmernosti, ki lahko povzroči razvodenitev temeljnih pravic, glej Kumm, Walen, *Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing*, v: Huscroft, Miller, Webber (ur.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, str. 67–68.

V. Pogled v vzroke migracij in povezanost z urejanjem posledic

20. Sam *de lege lata* ureditev v Evropi (Sveta Evrope in EU, torej tako mednarodnih pravil, pravil EU) in pravil Ustave ter tudi sodne prakse vidim kot dosežek takšne stopnje v razvoju prava in v korist posameznika, še posebej tako ranljivega, kot je razseljena oseba oziroma begunec, ki ne zavira razvoja in nadgradnje skupne evropske azilne politike v prihodnosti. Ta bi bila smiselna tudi izven okvirjev samih migracij; te bi bilo treba presoјati kot posledico, ne kot samostojen pojav. Namreč, vplivati bi kazalo, precej bolj aktivno, na tok migracij. Trenutno ta poteka v enostranski smeri oziroma v EU. V EU prihajajo begunci s področij tako kriznih žarišč kot socialno in gospodarsko ranljivih držav, predvsem z juga in vzhoda.⁵⁶ Navedeno razmišljanje seveda presega pojasnjevanje, zakaj sem glasoval za odločbo (in je v tem pogledu *obiter dictum*), vendar je tesno povezano z osrednjim delom ločenega mnenja pod naslovom IV zgoraj.

21. V tem pogledu namreč ne gre samo za vprašanje prava, ampak tudi za vprašanje etike oziroma etičnosti delovanja držav (ne le držav EU) kot tudi vrednot družbe. Pravila, kako ravnati z razseljenimi osebami in begunci, so pravna, kako pa se porazdeli pomoč, ki jo je potrebno nuditi, in kako se pomaga državam članicam na zunanjih mejah EU,⁵⁷ pa je tudi vprašanje vrednot (solidarnosti). Dodatno, sprejem razseljenih oseb pa je le en del v politiki odnosa do revnejših držav in kriznih območij. Izhajajoč iz dostojanstva posameznika, medsebojne pomoči in solidarnosti, bi razvite države morale storiti več, da jih revnejše dohitijo. Te vrednote v EU niso vedno realnost. Omenim samo en primer, določen s pravili EU, t. i. EU *blue card* (modra karta). Pravila omogočajo posebno lažje prehajanje visokokvalificiranih posameznikov, intelektualcev, iz tretjih držav. EU jim nudi lažji začetek in jih želi integrirati v evropsko družbo. Vabi jih torej, da pridejo iz držav, kjer bi ravno ti posamezniki bili najbolj potrebni pri razvoju njihove družbe. Namesto da bi pomagali, često jemljemo tisto, na kar bi se lahko revnejše in ranljive države uprle. Ravno tem skupinam posameznikom bi morali pomagali ostati v svojem okolju, kjer bi lahko največ doprinesli k razvoju države in družbe, iz katere izhajajo. Oblasti EU bi lahko pomagale (lažje kot posamezna država članica) preusmeriti gospodarstvo v ranljive države ter globalizacijo in globalizacijske trende preusmeriti tudi tako, da se ljudem, ki ne vidijo drugega izhoda, kot da zapustijo svoje domove in družine, omogoči delo in

⁵⁶ Visoki komisariat Združenih narodov leta 2019 ugotavlja, da je število razseljenih oseb teh območij doseglo najvišjo točko po letu 1950; 71 milijonov svetovnega prebivalstva je razseljenega, od tega je 25 milijonov beguncev. Dostopno: <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> (26. 6. 2019).

⁵⁷ Pravilo, da se obremeni države članice EU na zunanjih mejah EU, ne da bi se poskrbelo za učinkovito porazdeljevanje in logistična vprašanja po vstopu, je, po mojem mnenju, eno najbolj spornih v skupni migracijski politiki EU. Ta temelji na vzajemnem zaupanju (*mutual trust*), pri tem pa je obremenitev in "osamitev teh držav" (v smislu, da druge države članice ne prevzemajo razseljenih oseb) sama po sebi negacija zaupanja.

organizirano življenje.⁵⁸ Ta trend prehajanja v Evropo bi lahko omejili, hkrati pa bi lahko gospodarsko sodelovanje širili.⁵⁹ Odsotnost takšne politike, ki bi ranljivim državam pomagala doseči vsaj takšno stopnjo ekonomske prosperitete, ki bi zadrževala migracije in ki bi tudi preprečevala med- in znotrajdržavne konflikte (ne gre namreč le za vprašanja migracij, ki so povezana z gospodarskim položajem in revščino), se bo, menim, vedno odražala v bolj ali manj množičnem eksodusu. Ali z drugimi besedami, če bi že v preteklosti vodili takšno etično politiko do ranljivih držav, bi, tako ocenjujem sam, zmanjšali množične prihode razseljenih oseb v Evropo.

22. Pravzaprav je primer takšnega razvoja Evropa doživela sama, ko sta tuja pomoč in ekonomska ideja trgovanja med takratnimi prvotnimi članicami Evropske gospodarske skupnosti (v začetku petdesetih let prejšnjega stoletja v obdobju hladne vojne) pomagali omejevati množična izseljevanja in povzročili rast in zagon notranjega trga (slednji Evropo še danes združuje in integrira). Ključna ideja je torej bila povečati ekonomske možnosti in s prosperiteto zagotoviti mir, sobivanje in razvoj. Podobno je tudi danes to lahko model, a se nanj pozablja. Za njegovo doseg pa so poleg politične odločitve potrebna vlaganja držav članic, njihovih gospodarstev, javnih in zasebnih virov financiranja (torej t. i. *economic incentives*).⁶⁰

23. Obrniti trenda migracij se, menim, ne bo doseglo z regulacijo meja in odrekanjem osnovnih (absolutnih) človekovih pravic, ker gre le za reakcije na posledice in ne za pristop k odpravljanju vzrokov na izvoru. Gledano tudi s te perspektive, ne le z vidika *de lege lata* in *de lege ferenda* pravil skupne evropske azilne politike, je toliko manj opravičljivo (tudi v primeru množičnih prihodov) odstopanje od 18. člena Ustave.

24. Zgoraj sem zapisal, da ne bi imelo učinka predlagati institucijam EU zakonodajne iniciative za spremembo pravil skupne evropske azilne politike, in pri tem navedel dva razloga; prvi, ker EU to že počne (oziroma je s postopkom že pričela v času sprejemanja ZTuj-2D), in drugi, ker sta najvišji sodišči v Evropi že odločili, da se standarde varstva človekovih pravic in negativnih/pozitivnih obveznosti države zagotavljajo tudi v primeru množičnih prihodov. A smiselno bi bilo razmišljati širše, torej o vzpostavljanju takšnih

⁵⁸ Ena izmed pglavitnih značilnosti nerazvitih gospodarstev je ravno pomanjkanje organiziranosti – posamezniki največkrat delujejo samostojno, nepovezano, neorganizirano. Poglavitna značilnost gospodarskega podjema pa je ravno v organiziranosti in povezovanju. To zmanjšuje tenzije, vodi v napredek približevanju večkrat dokaznemu reku *ubi bene ibi patria*.

⁵⁹ Glej več o tem P. Collier, *The Future of Capitalism – Facing the New Anxieties*, Allen Lane, 2018, str. 20, 118–122, 197–198, 209.

⁶⁰ Glej več o tem prav tam, str. 112–122. Podobno piše tudi Noam Chomsky, ki poudarja, da je ekonomska pot dejansko enostranska, torej, da se ranljive države predvsem izkoriščajo. Glej N. Chomsky, *Who Rules the World*, A Metropolitan Book, New York 2017, str. 54. Opozarja tudi, da države, ki generirajo razloge za migracije, teh dejansko ne želijo sprejemati. Ustrezno, menim, opozarja tudi, da "slika" današnjih begunskih poti odraža zgodovinske posege zahodnih držav (ne tako oddaljene) v danes ranljive države (prav tam, str. 256–258).

okoliščin, ki bi potrebo po migracijah zmanjšale (torej o viru). To ni delovanje, kjer bi bili učinki takoj vidni. Določeno časovno okno je potrebno. Smiselno bi bilo torej razmišljati o strategiji (torej, EU in države članice ne biti smeje biti le »gasilec«, ampak tudi »arhitekt«), ki bi bila skladna s humanostjo in človekovim dostojanstvom in bi usmerjala pogoje za življenje tam, kjer je vir krhkosti posamezne družbe. To bi bilo etično in dolgoročno vzdržno, z manj eksodusov.

dr. Rajko Knez
Sodnik