



**Številka:** U-I-59/17-30

**Datum:** 27. 9. 2019

## **PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNICE DR. ŠPELCE MEŽNAR K ODLOČBI ŠT. U-I-59/17 Z DNE 18. 9. 2019**

Ker se bo nepravnikom celotna obrazložitev naše odločbe morda zdela zapletena in predolga, bom v tem mnenju skušala enostavno pojasniti njene ključne razloge ter opozoriti na nekatere dileme, na katere odločba ne daje (dokončnih) odgovorov.

Mnogi se bodo ob naši odločitvi spraševali, zakaj je zakon, ki skuša preprečiti situacijo, v kateri bi Slovenija postala "žep" za tisoče ujetih tujcev in to zato, ker bi nekatere sosednje države tujce usmerile na naše ozemlje, druge pa svoje meje zaprle, protiustaven. Zakon vendar preprečuje, da bi neobvladljiv prihod tujcev ohromil življenje tukajšnjih prebivalcev, naš javni red in mir.

Res je, zakon nedvomno učinkovito rešuje prav ta problem. Toda učinkovito reševanje kriznih situacij, ki jih lahko povzročijo množične migracije, države ne odveže obveznosti, da spoštuje temeljne človekove pravice. Na spoštovanju človekovih pravic temeljita naša osamosvojitve in naša država. Človekove pravice je po Ustavi dovoljeno ukiniti samo v vojnem in izrednem stanju. Zakonodajalec priznava, da razveljavljena določba ne bi veljala v izrednem stanju, pač pa v posebnih razmerah. Posebne razmere iz 10.a člena ZTuj-2 gotovo niso normalne, a tudi niso izredno stanje.

Pravica, v katero je zakonodajalec z ZTuj-2 posegel (načelo nevračanja), je absolutna. V tako pravico ni dopustno poseči. Slovenija lahko probleme, ki zaradi neučinkovite evropske azilne politike nastanejo na njenem ozemlju, rešuje na mnoge načine; ne sme pa jih reševati tako, da (nič krivim) posameznikom ukine temeljne pravice. To stališče je ustaljeno in nesporno v praksi ESČP, SEU in US že več desetletij. Vse to je bilo dobro znano tudi zakonodajalcu. Že preden so poslanci zakon sprejeli, je namreč Zakonodajno-pravna služba v DZ jasno opozarjala, da je predlagana določba protiustavna in to z istimi argumenti, kot jih navaja Varuh in jim pritrjuje Ustavno sodišče. Razveljavitev zakona vsaj za poznavalce mednarodnega in ustavnega prava zato ne bo presenečenje.

Sporna določba (10.b člen ZTuj-2) je bila sprejeta kot neposreden odziv oblasti na stanje, do katerega je prišlo jeseni 2015. Tedaj je Slovenijo na svoji poti na sever Evrope

prečkalo približno 500.000 ljudi (manj kot 200 jih je zaprosilo za mednarodno zaščito). Zakon, ki je precej očitno odstopil od ustavnih in mednarodnih standardov varstva človekovih pravic, je bil v javnosti zaradi svoje učinkovitosti in enostavnosti dobro sprejet. Vlada in zakonodajalec sta torej naredila odlično potezo: zvišala sta si priljubljenost, vroč kostanj pa predala Ustavnemu sodišču – češ, pa vi povejte, kako bi rešili problem migrantske krize, če je zakon protiustaven.

Odločitve Ustavnega sodišča redko uživajo večinsko podporo javnosti. Tudi ta je najbrž ne bo. Toda Ustavno sodišče ne obstaja zato, da bi bilo priljubljeno. Naša naloga je varovati pravice ljudi, posameznikov, ne glede na njihovo državljanstvo<sup>1</sup> – še posebej tedaj, ko časi in razmere za njihovo varstvo niso rožnati.

...

## 1. O čem je sploh odločalo US?

Naša odločitev se ukvarja s specifično situacijo množičnih nezakonitih prestopov meje. Razveljavljeni zakon jo ureja na naslednji način: oseba, ki želi v Sloveniji zaprositi za mednarodno zaščito, je k nam nezakonito prišla iz sosednje varne države, članice EU. Po pravilih EU bi morala za mednarodno zaščito zaprositi že v prvi varni državi.<sup>2</sup> Slovenska policija jo zato vrne v sosednjo državo (če v njej ni sistemskih pomanjkljivosti) in njeno namero vložiti prošnjo za mednarodno zaščito zavrže. Izjema velja za mladoletne, osebe z zdravstvenimi težavami in njihove družinske člane – njihovih prošenj policija ne sme zavreči, pač pa o njih individualno odločajo pristojni organi. Opisani režim velja, če Državni zbor razglasi posebne razmere, v katerih sta zaradi množičnega prihoda tujcev ogrožena javni red ali varnost v naši državi.

Odločba US zahteva, da mora biti pred izgonom v sosednjo državo individualna obravnava (namesto zavrženja) poleg omenjenih skupin omogočena še osebam, ki bi jih zaradi njihovih osebnih (subjektivnih) okoliščin vrnitev v sosednjo državo prizadela do te mere, da bi šlo za nečloveško ravnanje. Čeprav se oseba v Sloveniji nahaja nezakonito in jo policija vrača v sosednjo varno državo, ima kot prosilec za mednarodno zaščito pravico biti varna pred izgonom (tudi v varno sosednjo državo), ki bi zanjo konkretno lahko privedel do mučenja. Tudi dejstvo, da so v državi posebne razmere, na drugačno odločitev ne more vplivati.

To stališče ni novo; Ustavno sodišče ga je obširno pojasnilo že leta 2013, v zadevi št. U-I-155/11. V praksi ESČP obstaja še bistveno dlje; številne sodbe ESČP so citirane v odločbi.

---

<sup>1</sup> Redke ustavne pravice gredo le državljanom RS (takšni sta npr. volilna pravica in pravica do socialne varnosti).

<sup>2</sup> Prva varna država ni nujno sosednja država.

## 2. Zakaj Ustavno sodišče govori o "mučenju", če pa bi policija vrnila tujca v sosednjo varno državo?

To vprašanje je na mestu. Beseda "mučenje" ima strašljiv prizvok, ki asociira na prakse fizičnega oblastnega nasilja, do katerih nimamo tolerance. Če je sosednja država varna (in načeloma so vse države članice EU varne države), ljudi ne muči.

Koncept "prepovedi mučenja" ima v pravu drugačen, širši pomen. Vanj sodijo raznovrstne oblike državnih ravnanj, ki same po sebi sploh niso nasilje, a bi lahko v končni posledici pripeljale do tega, da bi se z osebo ravnalo grdo (nečloveško). Tako npr. mora država v okviru prepovedi mučenja preveriti, ali bo morda homoseksualnemu kosovskemu državljanu, ki je imel na Kosovu težave zaradi svoje spolne usmerjenosti (npr. fizično nasilje drugih prebivalcev) in je zato v Sloveniji zaprosil za mednarodno zaščito, ob vrnitvi na Kosovo grozila "nevarnost mučenja" oziroma izpostavljenosti nečloveškemu ravnanju.<sup>3</sup> Tu ne gre (le) za policijsko ali siceršnje nasilje kosovskih državnih organov; gre lahko tudi za nasilje, ki ga izvaja družba ali drugi posamezniki, država pa zoper takšno nasilje ne reagira ustrezno. Čeprav je Kosovo varna država,<sup>4</sup> pa lahko za konkretnega človeka še vedno predstavlja nevarnost mučenja.

Opisana situacija je primer uporabe načela nevračanja (*non-refoulement*). Načelo nevračanja je varovano v okviru 18. člena Ustave, ki prepoveduje mučenje. To sporočilo ni novo – ukoreninjeno je v slovenski ustavnosodni presoji (18. člen Ustave),<sup>5</sup> praksi ESČP (3. člen EKČP)<sup>6</sup> in SEU (19. člen Listine)<sup>7</sup>.

## 3. Kateri mednarodni akti urejajo načelo nevračanja?

Tudi v mednarodnem in ustavnem pravu je načelo nevračanja varovano v okviru splošnejše prepovedi mučenja. Prepoved mučenja zapovedujejo 3. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP), 33. člen Ženevske konvencije, 3. člen Konvencije proti mučenju ter 4. člen in drugi odstavek 19. člena Listine EU o temeljnih pravicah.

---

<sup>3</sup> Prim. sodbo Upravnega sodišča št. I U 411/15.

<sup>4</sup> Glej 1. člen Odloka o določitvi seznama varnih izvornih držav, Uradni list RS, št. 38/19.

<sup>5</sup> Prim. odločbo US št. U-I-155/11.

<sup>6</sup> Prim. sodbo v zadevi *M.S.S. proti Belgiji in Grčiji, Tarakhel proti Švici* z dne 4. 11. 2014, *N. proti Združenemu kraljestvu* z dne 27. 5. 2008, *Ahmed proti Avstriji* z dne 17. 12. 1996, *D. proti Združenemu kraljestvu, Oršuš in drugi proti Hrvaški* z dne 16. 3. 2010, *I.G. in drugi proti Slovaški* z dne 13. 11. 2011.

<sup>7</sup> Prim. sodbe SEU v združenih zadevah *N.S. proti Secretary of State for the Home Department ter E.M. in drugi proti Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, v zadevah *C.K., H.F., A.S. proti Republiki Sloveniji*, zadevi *Abubacarr Jawo proti Zvezni republiki Nemčiji*, združenih zadevah *Bashar Ibrahim in drugi proti Zvezni republiki Nemčiji ter Zvezna republika Nemčija proti Tausu Magamadovu*

Do uporabe načela nevračanja tuji državi ne pride le pri nezakonitih prestopih mej, temveč tudi v drugih primerih, npr. pri izročitvah tujih državljanov zaradi izvedbe kazenskih postopkov ali izvršitve kazni, na podlagi mednarodnih tiralic ipd.

#### **4. Ali koncept varne države pomeni, da je vrnitev ljudi tja vselej varna?**

Ne. Koncept varne tretje države je nastal zato, da je vrnitev v varne države olajšana. Država vnaprej oceni varnost nekaterih držav.<sup>8</sup> Če ugotovi, da so varne, velja domneva, da je vrnitev vanje varna in zato načelo nevračanja ne more biti kršeno. Vračanje ljudi na Hrvaško (ali Kosovo) je načeloma varno, ker Hrvaška (Kosovo) veljata za varno državo.

Toda: gre le za domnevo, ki je izpodbojna. Načelo nevračanja pa zahteva, da ima posameznik možnost dokazovati, da sicer varna država zanj konkretno, zaradi subjektivnih razlogov na njegovi strani (npr. družinskih povezav, nacionalnosti, pripadnosti določeni ranljivi skupini ali manjšini, ki je lahko v sosednji državi podvržena preganjanju), ni varna. Tako bi lahko npr. nekdo zatrjeval, da bo kot transvestit na Hrvaškem v nevarnosti.<sup>9</sup> Ni nujno, da se bo to izkazalo za resnično; a Ustava mu jamči vsaj to, da ga naši organi ne smejo vrniti na Hrvaško, dokler njegovih trditev ne ovržejo.

#### **5. Ali je torej Ustavno sodišče zakon razveljavilo le zaradi razloga, ki pride v poštev izjemoma?**

Ne. To ni bil edini razlog za razveljavitev. Zakonodajalec namreč tudi ni predvidel rešitve za primer, ko sosednja država vrnjenih tujcev ne bi sprejela. Vrnitev prosilcev za mednarodno zaščito v varno sosednjo državo (brez presoje njihove prošnje) je namreč dopustna le, če jim je obravnavo njihove prošnje pripravljena zagotoviti sosednja država. Če jih ne želi sprejeti, je očitno, da tega noče. V takem primeru prosilci ne bi bili deležni obravnave svoje prošnje nikjer in bi ostali ujeti na meji med dvema državama.

#### **6. Ali bi te osebe potem za vselej ostale v Sloveniji?**

Ne. V Sloveniji ostanejo, dokler pristojni organ ne presodi, ali je vrnitev v sosednjo državo varna. Če presodi, da vrnitev v sosednjo državo ni varna, izvede postopek odločanja o prošnji za mednarodno zaščito. Če do mednarodne zaščite oseba ni upravičena, mora našo državo zapustiti.<sup>10</sup>

Razveljavitev 10.b člena ZTuj-2 pomeni, da veljajo redni postopki obravnave tujcev. Iz teh izhajajo obveznosti sosednjih držav članic EU, da skladno s pravili Dublinske uredbe III

---

<sup>8</sup> Glej op. 4.

<sup>9</sup> Glej npr. film Ustava Republike Hrvaške režiserja Rajka Grlića iz leta 2016.

<sup>10</sup> Leta 2018 je bila mednarodna zaščita v RS priznana 102 osebama (največ iz Sirije in Eritreje), v celotnem obdobju 1995–2018 pa 818 osebam. Za primerjavo: v Sloveniji je konec leta 2018 na podlagi veljavnega dovoljenja za bivanje živelo 176 000 tujcev, največ državljanov Bosne in Hercegovine, Kosova in Srbije

Podatki so povzeti po <http://emm.si/migracije-in-slovenija/tujci-v-sloveniji/>.

sprejmejo osebe, ki so nezakonito prišle v Slovenijo. Enaka obveznost lahko izhaja tudi iz bilateralnega sporazuma, npr. Mednarodnega sporazuma med Slovenijo in Hrvaško.<sup>11</sup>

## 7. Kakšen vpliv ima odločitev US na podelitve azila?

Nobenega. Naša odločitev ni povezana s podeljevanjem azila. Razveljavljeni 10.b člen ZTuj-2 ne ureja postopka in pogojev za priznanje mednarodne zaščite. Temu so namenjene druge določbe, na katere odločitev US ne vpliva.

## 8. Zakaj Ustavno sodišče posega v načelo nevračanja ni tehtalo s škodo, ki bi zaradi množičnih migracij nastala tukajšnjim prebivalcem?

Zato, ker presoja sorazmernosti, ko gre za prepoved mučenja, ni dopustna.<sup>12</sup>

Načelo nevračanja je temeljna človekova pravica, ki ne pozna nobenih izjem in ne dopušča nobenih posegov (absolutna pravica). Mučenje človeka v nobenem primeru in pod nobenih pogojev ni dopustno in opravičljivo. Mučenje ni dopustno niti tedaj, ko bi bila na drugi strani tehtnice druga človeška življenja.<sup>13</sup>

Test sorazmernosti se v zvezi s prepovedjo mučenja ne uporablja. Vsak poseg v to pravico avtomatično pomeni njeno kršitev. V tem je prepoved mučenja zelo posebna in specifična pravica. Pri drugih temeljnih človekovih pravicah (življenje, svoboda, dostojanstvo, izražanje, zasebnost ...) so posegi dovoljeni, če so le "sorazmerni", pri prepovedi mučenja pa do tehtanja drugih pravic sploh ne pride.<sup>14</sup>

Razprava o sorazmernosti posega v prepoved mučenja in načelo nevračanja je smiselna le, če zanikamo absolutnost te pravice. Samo pod to predpostavko je namreč razpravljanje o "škodi na drugi strani tehtnice" možno. Takšna smer bi pomenila koreniti

---

<sup>11</sup> Sporazum med Vlado RS in Vlado RH o izročitvi in sprejemu oseb, katerih vstop ali prebivanje je nezakonito, Uradni list RS, Mednarodne pogodbe, št. 8/06.

<sup>12</sup> Glej sodbo ESČP *Irska proti Združenemu Kraljestvu* z dne 18. 1. 1978, točka 162 ("*It follows that the prohibition under Article 3 of the Convention is an absolute one and that there can never be under the Convention, or under international law, a justification for acts in breach of that provision.*") Prim. Battjes, Hemme, In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed, *Leiden Journal of International Law*, let. 22, št. 3, 2009, str. 583–621. Glej tudi 62. točko odločbe v tej zadevi ter opombe 72, 73, 74 in 75.

<sup>13</sup> Glej sodbo ESČP v zadevi *Gäfgen proti Nemčiji* z dne 1. 6. 2010, točka 107.

<sup>14</sup> Glej sodbo ESČP *Irska proti Združenemu Kraljestvu* z dne 18. 1. 1978, točka 163 ("*The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and, under Article 15 para. 2, there can be no derogation therefrom even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.*"). Prim. tudi E. Lehto, APPLICABILITY OF ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AT THE BORDERS OF EUROPE, *Helsinki Law Review*, št. 1, 2018, str. 69. Kljub absolutnosti prepovedi mučenja ESČP le redko ugotovi kršitev 3. člena EKČP. Razlog je zlasti v zahtevnih merilih, ki jih mora ravnanje države izpolniti, da gre za "mučenje" ali "nečloveško ravnanje". Več o tem glej Lehto, str. 54–77.

odstop od sodne prakse ESČP, SEU in slovenskega US in nižanje ustavnopravnih standardov.

**9. Ali lahko zakonodajalec odstopi od načela nevračanja v posebnih okoliščinah iz 10.a člena ZTuj-2, ko individualne obravnave (upoštevanja vseh osebnih okoliščin) ne more zagotoviti, ker je mejo enostavno prestopilo preveč tujcev?**

Ne, tega ne sme, ker načelo nevračanja velja absolutno, brez izjem. Načelo nevračanja je varovano v okviru prepovedi mučenja, ki velja za absolutno pravico. Prepoved mučenja je temeljna vrednota demokratičnih družb. EKČP ne dopušča, da bi države kadarkoli posegle v to pravico.<sup>15</sup>

To seveda zelo oteži učinkovito postopanje držav v primeru množičnih prihodov tujcev. Vendar pa so slovenski in mednarodni standardi zaenkrat jasni in ne poznajo izjem za posebne razmere. Niti v primeru begunske krize v letu 2015<sup>16</sup> niti v primeru množičnih prebegov iz Afrike v Evropo (zlasti v Italijo) v času arabske pomladi<sup>17</sup> niti v primeru boja proti terorizmu<sup>18</sup> ESČP in SEU nista odstopili od zahtev, ki veljajo v normalnih razmerah. Te zahteve so visoke in terjajo od vsake države, da osebo, ki se sklicuje na osebne okoliščine, obravnava individualno, preden jo izroči drugi državi. V enakem obsegu in z enako vsebino veljajo tudi v posebnih razmerah.<sup>19</sup>

**10. Ali lahko zakonodajalec odstopi od absolutnosti vsaj v izrednem stanju?**

Naša odločba na to vprašanje ne daje izrecnega odgovora. A menim, da takšne možnosti tudi ni izključila.

**11. Ali niso posebne razmere (spremenjene razmere zaradi množičnih migracij iz 10.a člena ZTuj-2) isto kot izredno stanje?**

---

<sup>15</sup> Prim. drugi odstavek 15. člena EKČP.

<sup>16</sup> Glej sodbe SEU v zadevah *C.K., H.F., A.S. proti Republiki Sloveniji*, C-578-16, z dne 16. 2. 2017, *Abubacarr Jawo proti Zvezni republiki Nemčiji* z dne 19. 3. 2019, *Bashar Ibrahim in drugi proti Zvezni republiki Nemčiji ter Zvezna republika Nemčija proti Tausu Magamadovu* z dne 19. 3. 2019.

<sup>17</sup> Glej sodbo ESČP v zadevi *Khlaifia in drugi proti Italiji* z dne 15. 12. 2016.

<sup>18</sup> Glej sodbo ESČP v zadevi *Ramirez Sanchez proti Franciji* z dne 4. 7. 2006, 115. točka obrazložitve. ("Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism or crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment.")

<sup>19</sup> Glej sodbo ESČP *Irska proti Združenemu Kraljestvu* z dne 18. 1. 1978, točka 163 ("The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and, under Article 15 para. 2, there can be no derogation therefrom even in the event of a public emergency threatening the life of the nation").

Ne. Izredno stanje je ustavna kategorija (92. člen Ustave), spremenjene razmere so zakonska (10.a člen ZTuj-2). Izredno stanje sme Državni zbor razglasiti le, če je ogrožen obstoj naše države. Množične migracije, o katerih govori 10.a člen ZTuj-2, obstoja države ne ogrožajo, čeprav lahko precej otežijo njeno delovanje. Izredno stanje in posebne razmere sta zato (po volji zakonodajalca) dve različni kategoriji, tako po vsebini kot po svoji pravni kvalifikaciji.

Seveda pa posebne razmere iz 10.a člena ZTuj-2 tudi niso normalno stanje, običajne razmere v državi. Posebne razmere so nekje vmes, na prehodu iz običajnega v izredno stanje. Zakonodajalec ima pravico in pristojnost, da uredi posebne razmere zaradi množičnih prihodov tujcev. Vendar pri tem ne more računati, da jih bo Ustavno sodišče presojalo enako, kot če bi bilo razglašeno izredno stanje. Razglasitev izrednega stanja je urejena v Ustavi in ima pomembne posledice za človekove pravice (16. člen Ustave), zato mora biti popolnoma jasno, kdaj in zakaj se je Državni zbor (ali predsednik države) odločil za tak ukrep.

Zakonodajalec se ni odločil, da bi poseg v načelo nevrčanja (vrčanje tujcev v sosednje države brez presoje osebnih okoliščin) omejil na predhodno razglašeno izredno stanje, čeprav bi to lahko storil. Ustavno sodišče bi potem stalo pred drugačno, težjo nalogo.

## **12. Ali ni zahteva po absolutnem varstvu v razmerah množičnih migracij za države prestroga, saj je realno ni mogoče spoštovati?**

Da, s tem se lahko strinjam. Tudi sama si težko predstavljam, kako bi država sto tisočem tujcev zagotovila individualno obravnavo na podlagi vseh zatrjevanih osebnih okoliščin. Če zahteve, ki izhajajo iz mednarodnih obveznosti in Ustave, v praksi niso več izvedljive, je morda čas za razmislek o njihovi spremembi. Vendar Ustavno sodišče za to ni prvi naslov.

Izvršilna in zakonodajna oblast v Sloveniji imata na voljo ustrezne ukrepe, da lahko v primeru izrednega stanja zavarujeta obstoj naše države in njenih prebivalcev. Dokler izrednega stanja ni, zakonodajalec od načela nevrčanja ne sme odstopiti. To je temeljno sporočilo naše odločbe in zato je Ustavno sodišče izpodbijano določbo razveljavilo.

dr. Špelca Mežnar  
Sodnica