



# Uvod v pravo migracij in mednarodne zaščite

s predgovorom  
**Jamesa C. Hathaway**



*pic*

Samo Bardutzky, Mohor Fajdiga, Martina Greif, Uršula Lipovec Čebtron,  
Urša Regvar, Ana Samobor, Saša Zagorc, Boštjan Zalar, Jelka Zorn



Samo Bardutzky, Mohor Fajdiga,  
Martina Greif, Uršula Lipovec Čebren,  
Urša Regvar, Ana Samobor, Saša Zagorc,  
Boštjan Zalar, Jelka Zorn

# UVOD V PRAVO MIGRACIJ IN MEDNARODNE ZAŠČITE

Ljubljana, 2023

## UVOD V PRAVO MIGRACIJ IN MEDNARODNE ZAŠČITE

*Avtor predgovora* James C. Hathaway

*Avtorji poglavij* Samo Bardutzky, Mohor Fajdiga, Martina Greif,  
Uršula Lipovec Čebtron, Urša Regvar, Ana Samobor,  
Saša Zagorc, Boštjan Zalar, Jelka Zorn

*Urednik* Samo Bardutzky

*Pomoč pri urejanju in pripravi besedila* Anže Mediževac, Katarina Kogej, Nina Kurdija

*Oblikovanje naslovnice* Aleš Salokar

*Slika na naslovnici* Ai Weiwei, 'Odyssey Tile';  
Reproducirana z dovoljenjem studia Ai Weiweiija /  
Image courtesy of Ai Weiwei Studio.  
Fotograf Ricardo Gonçalves.

*Lektoriranje besedila* Andraž Rožman

*Prelom* Jolly d.o.o.

*Tisk* Infokart d.o.o.

*Naklada* 200 izvodov

Založba Pravne fakultete, 2023

Avtorske pravice ima Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta

*Recenzenta* Prof. dr. Vasilka Sancin  
Prof. dr. Grega Strban

\* \* \*

Naslednji poglavji v knjigi sta nastali v okviru raziskovalnega projekta J5-4588 »Analiza izrednih ukrepov: Zaščita človekovih pravic in preprečevanje družbene škode v dobi nenehnih kriz«, ki ga izvajata Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, financira pa Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije:

- Samo Bardutzky, 'Begunci, osebe brez državljanstva in notranje razseljene osebe'
- Saša Zagorc, 'Načelo nevračanja in vračanje tujcev'

\* \* \*

Knjiga je izšla s finančno podporo Visokega komisariata ZN za begunce – predstavništvo za Srednjo Evropo.

*"This publication has been produced with the assistance of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). The contents of this publication are the sole responsibility of PIC – Pravni center za varstvo človekovih pravic in okolja and can in no way be taken to reflect the views of UNHCR."*

CIP - Kataložni zapis o publikaciji  
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

341.215.4-054.7(082)

UVOD v pravo migracij in mednarodne zaščite / Samo Bardutzky ... [et al.] ; [avtor predgovora James C. Hathaway ; urednik Samo Bardutzky]. - Ljubljana : Pravna fakulteta, Založba Pravne fakultete, 2023

ISBN 978-961-7162-08-0  
COBISS.SI-ID 145427971

# Predgovor

Nastanka prve celovite analize slovenskega azilnega in migracijskega prava se lahko upravičeno veselimo. Raziskovalcem in pravnikom, ki so napisali knjigo, gredo čestitke, da so na ustvarjalen način združili različne pravne vire tega področja – pravo, ki je nastalo v okviru Združenih narodov, pravo človekovih pravic Sveta Evrope, pravo Evropske unije in seveda slovensko pravo.

Le malo je držav tega sveta, v katerih lahko pravniki pravne standarde za varovanje beguncev in tujcev črpajo iz tako bogatega nabora virov, kot je to mogoče v Sloveniji. Več kot sedemdeset let po uveljavitvi Konvencije o statusu beguncev je vsaka četrta država na svetu še vedno izven globalnega režima za varstvo beguncev. Tudi štiri od desetih najpomembnejših držav gostiteljic beguncev še vedno niso podpisnice Konvencije: Bangladeš, Libanon, Pakistan in Turčija. Še manj držav se je zavezalo k sodelovanju v regionalnem sistemu varstva človekovih pravic in še manjše število držav mora upoštevati nadnacionalna pravila v zvezi z migracijami in azilom. Pri svojem delu lahko slovenski pravniki posežejo po pravu iz resnično bogatega nabora virov, poleg tega pa lahko pravice beguncev in tujcev branijo ne le pred nacionalnimi, temveč tudi pred regionalnimi in mednarodnimi sodišči, kar je navdihujoče in opogumljajoče.

Ta pravni položaj Slovenije – in to je enako pomembno – pa pomeni tudi, da ima Slovenija posebno etično odgovornost prispevati k sistemu mednarodne zaščite ne le na svojem ozemlju, temveč tudi v okviru globalne razprave o tem, kako najbolje zagotavljati pravice tujcev in migrantov. Ves razviti svet skupaj nudi azil le dvajsetim odstotkom beguncev na svetu. Jasno je, da bogatejše države sveta – tudi če sprejmejo velikodušno zakonodajo in sledijo gostoljubnim politikam – preprosto ne morejo zaščititi vseh, ki morajo pobegniti čez mejo. Če nam, z vsemi gospodarskimi in pravnimi sredstvi, ki jih imamo na voljo, ne bo uspelo spoštovati zavezujočih pravnih pravil, bomo s tem spodbudili šibkejše in manj zmožne države, da nam pri nespoštovanju prava sledijo. To bi bilo za večino beguncev in migrantov katastrofalno.

Tako sem nadvse vesel, da se avtorji te knjige analize lotijo pri vprašanju, kako najbolje uresničevati globalno azilno pravo, in se nato pomikajo proti specialnejšim regionalnim in nacionalnim pravnim rešitvam. S tem, ko našo dejavnost zagovarjanja pravic beguncev zasidramo najprej in predvsem v pravnih virih z globalnim dosegom, se izrečemo za solidarnost s strokovnjaki po celem svetu in jim ponudimo kolegialno pomoč. Na ta način ne pomagamo le beguncem in migrantom, ki so med nami, temveč tudi ostalim po svetu, daleč od naših oči. Čudovita knjiga, ki je pred nami, izhaja iz odločitve, da mora biti naš prispevek utemeljen na teh načelih.

James C. Hathaway  
*Degan Professor Emeritus, Pravna fakulteta Univerze v Michiganu*



# Nagovor UNHCR

Prisilne selitve so nedvomno eden glavnih sodobnih globalnih izzivov. Še posebej v zadnjem desetletju, ko se je število prisilno razseljenih oseb po vsem svetu podvojilo, tako da trenutno presega sto milijonov. Veliko starih konfliktov še vedno ni rešenih, odpirajo se novi, število oseb, ki morajo zaradi spopadov, hude diskriminacije, kršitev človekovih pravic in drugih oblik preganjanja pobegniti, pa narašča. Obenem je osebam v stiski na voljo vedno manj poti in rešitev.

Večina oseb, za katere je edina izbira beg iz svoje domovine, se po zaščito zateče v katero od sosednjih držav. Manj kot petina beguncev se premakne naprej, večinoma zato, ker so obeti za družbeno in gospodarsko integracijo šibki, pa tudi ker so države in skupnosti, v katere se zatečejo, preobremenjene. Potovanja naprej so običajno del mešanih gibanj, ta pa so kompleksna in predstavljajo izziv za vse, ki so vanje vpleteni. Z mešanimi gibanji mislimo na ljudi, ki potujejo skupaj, pogosto neregularno, po isti poti in z istimi prevoznimi sredstvi, a iz različnih razlogov. Vsi ljudje, ki se premikajo med državami, se srečujejo s podobnimi tveganji in so upravičeni do polnega spoštovanja svojih človekovih pravic in osebnega dostojanstva. Pomembno je tudi, da razumemo razliko med begunci in migranti, saj imajo begunci v mednarodnem pravu poseben status in se ne morejo vrniti domov zaradi konfliktov in preganjanja.

Nudenje zaščite osebam, ki zaprosijo za azil, je vrednota, ki nam je vsem skupna, eno najstarejših izročil človeštva in del mednarodnega prava. Hvaležen sem avtorjem te knjige, raziskovalcem in praktikom, ki pripravili pomemben in interdisciplinaren prispevek k študiju mednarodnega, regionalnega in nacionalnega prava na področju azila in migracij.

Upam, da bo ta knjiga koristen pripomoček za študente prava, pravnike, ki delujejo v praksi, in druge akterje, vključene v zaščito beguncev, ki jim ne bo pomagal le pri spoznavanju temeljnih načel zaščite in humanitarnih vrednot, kot je nudenje zatočišča ljudem, ki bežijo pred nasiljem in preganjanjem, temveč bo z interdisciplinarnim pristopom stal ob strani našim združenim naporom, da beguncem omogočimo, da si zgradijo boljšo prihodnost.

Budimpešta, januar 2023  
Roland Schilling, Predstavnik  
Predstavništvo Visokega komisariata  
Združenih narodov za begunce za Srednjo Evropo

# Beseda urednika

Spoštovana bralka, spoštovani bralec,

V veliko veselje mi je, da je pred tabo prva slovenska zaokrožena monografija o pravu migracij in mednarodne zaščite. Okoliščine so hotele, da je na koncu nastala v relativno kratkem času, a to ne pomeni, da ta knjiga nima že kar globokih korenin, ki so pognale na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in ki jih želim kratko orisati v naslednjih vrsticah.

Pred več kot dvajsetimi leti je mlada raziskovalka na naši fakulteti, **Urška Prepeluh Magajne**, s pomočjo mladega raziskovalca **Andreja Auerspergerja Matića** ustanovila prvo slovensko pravno kliniko - **Pravno svetovalnico za begunce in tujce**. Pravna klinika je bila takrat edinstvena priložnost, da je vsako leto nekaj študentov prava s posebnim seminarjem o pravu migracij in - še pomembneje - praktičnim delom pri zunanjih mentorskih organizacijah dobilo neprecenljivo znanje in izkušnje na tem področju. Nekaj let po ustanovitvi klinike sem tudi sam dobil priložnost sodelovati in se poskusiti v pisanju sodb na področju azilnega prava. To sem počel pod mentorstvom **Boštjana Zalarja**, takrat strokovnega sodelavca, sedaj pa višjega sodnika na Upravnem sodišču RS, sicer pa avtorja poglavja o postopku za pridobitev mednarodne zaščite. Sodnik Zalar vse naše fakultetne napore, pridobivati, ustvarjati in širiti znanje na tem področju kot podpira že več kot dve desetletji.

Pravno kliniko smo po pionirskem Urškinem delu koordinirali še trije avtorji poglavij v tej knjigi. **Saša Zagorc**, avtor poglavij o vračanju tujcev in evropskem imigracijskem pravu, je vodenje klinike prevzel še kot mladi raziskovalec. V vmesnem obdobju sem bil koordinator klinike jaz, trenutno pa jo vodi asistentka na katedri za ustavno pravo **Ana Samobor**, avtorica poglavij o subsidiarni in začasni zaščiti ter pravici tujcev do družinskega življenja. Pravzaprav je večina soavtorjev naše knjige osnovno znanje o migracijah pridobila tako, da so se v višjih letnikih študija prava priključili kliniki. Poleg mene in Ane tudi **Martina Greif**, avtorica poglavij o izključitvi in prenehanju mednarodne zaščite ter slovenskem imigracijskem pravu, **Urša Regvar**, avtorica poglavja o dodeljevanju pristojnosti za obravnavo beguncev v Evropski uniji, ter **Mohor Fajdiga**, avtor poglavja o mobilnosti znotraj Evropske Unije. V začetnem obdobju je stal Pravni kliniki za begunce in tujce ob strani **Visoki komisariat Združenih narodov za begunce**, ki smo mu avtorji hvaležni ne le za podporo kliniki, temveč tudi za pomoč pri nastanku knjige. Kliniko od prvih let spodbuja tudi **PIC (Pravni center za varstvo človekovih pravic in okolja)**, katerega sodelavci so nam pomagali tudi pri pripravi te knjige.

Nadgradnja dela pravne klinike pri razvijanju tega pravnega področja na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani je bila uspešna prijava na razpis **Evropske izvršne agencije za izobraževanje in kulturo**, s katerim sem leta 2017 dobil modul Jeana Monneta z naslovom *Pravo migracij in azila v Evropi/Migration and Refugee Law in Europe* (MiGrALE). To je Saši in meni omogočilo, da sva kot nosilca v predmetnik Pravne fakultete

in v slovenski pravni študij na splošno prvič uvedla izbirni predmet z naslovom Pravo migracij in azila. Saši, Boštjanu in meni sta se kot člana učiteljske ekipe modula Jeana Monneta priključila še odvetnica in takrat svetovalka za begunce **Mojca Nadles** in profesor prava socialne varnosti na naši fakulteti **Grega Strban**.

V ekipi modula Jeana Monneta je sodeloval tudi profesor azilnega prava z Univerze v Michiganu ter nesporna svetovna avtoriteta na tem področju **James C. Hathaway**, ki je Univerzo v Ljubljani obiskal l. 2018 in nam pomagal zagnati predavanja na tem področju, našo knjigo pa je v svet pospremil z navdihujočim predgovorom.

Knjiga, ki je pred tabo, predstavlja mejnik v razvoju tega področja ne le na naši fakulteti - upam, da v Sloveniji na splošno. Nismo je napisali le raziskovalci in predavatelji, temveč tudi strokovnjaki iz prakse. Želimo si, da bi jo tudi brali ne le študentje, temveč da bi tudi praktikom kdaj koristila kot osnovni prikaz problematike na tem področju in kažipot do relevantne sodne prakse ali strokovne literature. Od knjige pa pričakujemo, da bo majhen korak k povezovanju pravnikov, ki se ukvarjamo z migracijami s številnimi strokovnjaki v Sloveniji, ki k temu kompleksnemu družbenemu pojavu pristopajo iz drugih ved. Tako je v knjigi poglavje, ki naj bralki - pravnici odpre še druge poglede na migracije, napisali pa sta ga **Uršula Lipovec Čebtron**, izredna profesorica na Filozofski fakulteti UL in **Jelka Zorn**, izredna profesorica na Fakulteti za socialno delo UL. Moja želja je, da bi ta začetni poskus zbliževanja disciplin in pristopov znanilec večjega povezovanja, skupnega raziskovanja in poglobljenih, širokih debat slovenskih raziskovalcev raznih disciplin na področju migracij v prihodnosti.

Svetovno priznani umetnik **Ai Weiwei** že leta trka na vest človeštva s svojimi genialnimi deli, ki jih navdihujejo usode beguncev in migrantov. Njegovo ljubeznivo privoljenje, da naslovnico naše knjige opremimo z njegovo umetnino, je bilo izjemna motivacija pri pripravi dela, ki je pred nami. Želel bi si, da bi tudi tebe, draga bralka ali bralec, 'Odiseja' Aija Weiweija spodbudila, da kritično preizprašaš stališča, ki smo jih zavzeli na straneh, ki sledijo.

Samo Bardutzky  
V Ljubljani, decembra 2022

---

# KAZALO

1	I.	Samo Bardutzky: Pravo migracij, njegov predmet, struktura, pravni viri in izrazje
27	II.	Uršula Lipovec Čebren & Jelka Zorn: Kaj otežuje spoštovanje pravic migrantk_ov in begunk_cev?
40	III.	Samo Bardutzky: Begunci, osebe brez državljanstva, notranje razseljene osebe
61	IV.	Samo Bardutzky: Definicija begunca po Ženevski konvenciji (I.): utemeljeno pričakovanje, da bo oseba preganjana
82	V.	Samo Bardutzky: Definicija begunca po Ženevski konvenciji (II.): vzročna zveza med tem, da bo oseba preganjana, in osebnimi okolščinami te osebe
95	VI.	Ana Samobor: Komplementarni statusi - subsidiarna zaščita
112	VII.	Ana Samobor: Začasna zaščita razseljenih oseb
123	VIII.	Martina Greif: Prenehanje in izključitev iz mednarodne zaščite
133	IX.	Boštjan Zalar: Procesni vidiki odločanja in razsojanja v zadevah mednarodne zaščite
186	X.	Urša Regvar: Delitev odgovornosti za mednarodno zaščito med državami članicami EU
202	XI.	Saša Zagorc: Načelo nevračanja in vračanje tujcev
220	XII.	Martina Greif: Osnovni pojmi Zakona o tujcih
238	XIII.	Saša Zagorc: Uvodno o pravilih prava EU o priseljevanju iz tretjih držav
245	XIV.	Ana Samobor: Pravica do družinskega življenja in pravica do združitve družine
269	XV.	Samo Bardutzky: Pravica do zasebnega življenja in pravni položaj dlje časa bivajočih tujcev
290	XVI.	Mohor Fajdiga: Pravila EU o mobilnosti državljanov držav članic in njihovih družinskih članov
313		Povzetki



# I.

## Pravo migracij, njegov predmet, struktura, pravni viri in izrazje

*Samo Bardutzky*

1. Zakaj študirati pravo migracij?	9
2. Predmet prava migracij	11
3. Se da migracije klasificirati?	12
4. Večplastna slika pravnih virov prava migracij	13
4.1. Mednarodno pravo	14
4.2. Pravo Evropske unije	14
4.3. Nacionalno pravo	17
4.4. Pravila o mejah in vračanju tujcev	19
4.5. Druga pravna področja	19
4.6. Kako se znajti po mozaiku pravnih virov?	21
5. Izrazi, s katerimi poimenujemo migrante	22

Uvodni napotek bralcu: ker se v tem poglavju prvič srečamo z veliko pravnimi viri, ki bodo podrobneje obravnavani v nadaljevanju knjige, so v besedilu tega poglavja omenjeni s krajšimi imeni, zlasti to velja za pravne vire prava Evropske unije (EU) in mednarodnega prava. Na koncu poglavja je dodana pregledna tabela, v kateri so ti viri zbrani, urejeni, navedeno je njihovo polno ime, podatki o objavi in kratica, ki jo potem uporabljamo v nadaljevanju knjige.

### 1. Zakaj študirati pravo migracij?

V približno zadnjih desetih letih so migracije postale zelo odmevna tema v javnem diskurzu. Svet je postal izrazito globalen, vsak dan se iz ene države v drugo premakne veliko število ljudi, verjetno večje kot kadarkoli poprej v človeški zgodovini. Premikajo se iz

najrazličnejših razlogov, nekateri potujejo drugam študirat ali iskat zaposlitev, veliko ljudi pa beži iz svojih držav, ker jim doma grozi kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin, pogosto tudi zato, ker v njihovih državah divjajo vojne in drugi oboroženi konflikti.

V Evropski uniji živimo v paradoksalni situaciji. Po eni strani so državljanom EU na voljo še nedavno nepredstavljive možnosti, da se preselijo v drugo državo članico in tam uživajo pravice, zelo podobne tistim, ki jih imajo državljani države gostiteljice. Po drugi strani vsak dan opazujemo, kako kruti in neizprosni so poskusi Unije in njenih članic, da bi tujcem iz tretjih držav preprečile vstop in bivanje pri nas.

V Evropo je bistveno lažje priti ljudem iz drugih razvitih in bogatih držav ter tistim, ki pridejo k nam kot znanstveniki, poslovneži ali strokovnjaki za določeno področje. Ostalim, zlasti državljanom držav, v katerih so kršitve človekovih pravic množične, v katerih k nezmožnosti dostojnega preživetja ne prispevajo več le šibko gospodarstvo, neenakost in korupcija, temveč vsak dan bolj tudi ekstremne naravne nesreče, so vrata prejkone zaprta. Za vstop v evropske države potrebujejo vizume, ki jih ne morejo dobiti. Tako se številni ljudje iz obupa odločijo za smrtno nevarne alternative. Pretresajo nas zgodbe o beguncih, ki umrejo sredi Sredozemskega morja, ker se njihova plovila, neustrezna za plovbo, potopijo in o celih družinah, ki zmrzujejo sredi gozdov na meji med Belorusijo in Poljsko.<sup>1</sup> Tudi v Kolpi, mejni reki med Slovenijo in Hrvaško, se utaplajo otroci,<sup>2</sup> ki poskušajo s svojimi družinami priti v Slovenijo tako, da se izognejo mejnemu nadzoru, saj se zavedajo, da bi jih državni organi vrnila na Hrvaško.<sup>3</sup>

Države zasledujejo svoje migracijske 'politike', s katerimi poskušajo v veliki meri predvsem preprečiti prihod tistim ljudem, ki so razumljeni kot nezaželeni. Pogosto pri tem uporabljajo argumente, da bodo prišleki postali breme za naše socialne sisteme, ali pa celo, da so nevarni (argumente, ki jih je najpogosteje moč racionalno dekonstruirati in pomiriti javnosti). Oboroženi s temi argumenti se politiki in odločevalci zatekajo k vedno bolj razčlovečenemu pristopu, zato o tem, ali nekdo potrebuje zaščito v Evropi, ne odločajo več državni organi po predvidenem postopku in z upoštevanjem človekovih pravic in temeljnih svoboščin, temveč bodeča žica na zunanji meji Evropske unije, preko katere človek ne more, ali pa državni organi tretjih držav, ki v dogovoru z EU preprečujejo potovanje naprej, pogosto na izjemno brutalen način ('eksternalizacija' migracijskih politik<sup>4</sup>). Medtem ko slovenskim državljanom ni treba pokazati niti

---

<sup>1</sup> Valcárcel, A.: Out of Sight – Refugees and Migrants at the Belarus-Poland Border (1. 6. 2022), <[jrs.net/en/news/out-of-sight-refugees-and-migrants-at-the-belarus-poland-border/](https://jrs.net/en/news/out-of-sight-refugees-and-migrants-at-the-belarus-poland-border/)>.

<sup>2</sup> Lovec, S.: Ta smrt je na tvojih plečih, Evropa. Na tvojih plečih, Slovenija (11. 12. 2021), <[n1info.si/novice/slovenija/ta-smrt-je-na-tvojih-plecih-evropa-na-tvojih-plecih-slovenija/](https://n1info.si/novice/slovenija/ta-smrt-je-na-tvojih-plecih-evropa-na-tvojih-plecih-slovenija/)>.

<sup>3</sup> Vračanje tujcev, ki v Slovenijo vstopijo iz Hrvaške, je dokumentirano v poročilu 'Verižna vračanja in državno nasilje na Balkanski poti - Slovenija (2019–2021)' organizacije *Infokolpa* in dostopno na <[push-forward.org/sites/default/files/2021-10/Poročilo%20o%20razmerah%20-%202019-2021.pdf](https://push-forward.org/sites/default/files/2021-10/Poročilo%20o%20razmerah%20-%202019-2021.pdf)> in v publikaciji 'Črna knjiga pushbackov' (*Black Book of Pushbacks*) organizacije Border Violence Monitoring Network (<[www.borderviolence.eu](http://www.borderviolence.eu)>), ki je dostopna na <[left.eu/issues/publications/black-book-of-pushbacks-volumes-i-ii/](http://left.eu/issues/publications/black-book-of-pushbacks-volumes-i-ii/)>. Ugotovitve Varuha človekovih pravic RS so bile predstavljene v posebnem poročilu (Nacionalno poročilo o stanju človekovih pravic migrantov na mejah – Slovenija, julij 2021, dostopno na <[www.varuh-rs.si/fileadmin/user\\_upload/CENTER\\_-\\_ENHRI/Slovenian-National-Report\\_SLO.pdf](http://www.varuh-rs.si/fileadmin/user_upload/CENTER_-_ENHRI/Slovenian-National-Report_SLO.pdf)>).

<sup>4</sup> Crisp, J.: What is Externalization and Why is it a Threat to Refugees? (14. 10. 2020), <[www.chathamhouse.org](http://www.chathamhouse.org)>.

osebne izkaznice, da lahko nemoteno odpotujemo v Pariz, Berlin ali Varšavo, nedaleč stran raste 'Trdnjava Evropa', kjer potnika prav tako nihče več nič ne vpraša, ampak mu preprosto fizično onemogočijo vstop.

Pravnik ne more kar odmahniti z roko, ko se ljudje zaradi ravnanj in odločitev države utaplajo ali zmrzujejo do smrti. Kot branilec ustavne demokracije mora vedno znova vztrajati, da se uresničujejo vse tiste človekove pravice in temeljne svoboščine, ki so po ustavi in mednarodnem pravu zagotovljene vsakomur pod jurisdikcijo države, ne le državljanom. Spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin pomeni tudi, da se varujeta ne le pravica do življenja in prepoved mučenja, temveč tudi, da se o usodi prizadetega posameznika odloča v predpisanih postopkih, v katerih je zagotovljena pravna pomoč in varstvo s strani neodvisnega sodstva. Človekovo dostojanstvo, ki je po presoji slovenskega Ustavnega sodišča v središču našega ustavnega reda, izhaja iz predpostavke, da ima »vsak človek enako in absolutno notranjo vrednost, ki mu pripada prav zato, ker je človek.«<sup>5</sup> Tudi če na to pozabijo politiki, pa mora to ostati v zavesti pravnika, ko razmišlja o pravu migracij in ko na tem področju deluje, zlasti pa, ko kot uradnik ali sodnik izvršuje državno oblast. Ne le, ko gre za begunce, ki si prizadevajo priti v Evropo, temveč tudi, ko gre denimo za tujce, ki že živijo pri nas in ki imajo pravico do pravno predvidljive situacije, v kateri lahko uživajo družinsko in zasebno življenje.

## 2. Predmet prava migracij

Kaj je sploh predmet prava migracij? Z besedo migracije označujemo najrazličnejše premikanje ljudi, kot je denimo vsakodnevna vožnja na delo iz okolice mesta v središče in nazaj (dnevni migranti). Pravo migracij pa praviloma obravnava premikanje ljudi čez državne meje, torej z ozemlja ene države na ozemlje druge. Pogosto – iz perspektive države, v kateri smo – govorimo o 'imigraciji' (prihodi na državno ozemlje, na primer priseljevanje) in 'emigraciji' (odhodi z državnega ozemlja, tudi odseljevanje). Predmet prava migracij je praviloma imigracija, čeprav ima tudi emigracija, na primer, ko državljani zapustijo svojo državo in se naselijo drugje, lastne pravne vidike in posledice. Vendar pa države in njihove pravne sisteme zanima predvsem priseljevanje tujcev na njihovo ozemlje.

Sodobne države si namreč pridržujejo pravico odločanja o tem, ali lahko tujci vstopijo na njihovo ozemlje (in tam tudi ostanejo), in to razumejo kot izraz državne suverenosti. V mednarodnem pravu se kot prvine države štejejo ozemlje, prebivalstvo in učinkovit nadzor nad državnim ozemljem. Država si zato prizadeva, da bi definirala, kdo so tisti ljudje, ki imajo z njo posebno močno pravno vez, to so njeni državljani.<sup>6</sup> Vsa

org/2020/10/what-externalization-and-why-it-threat-refugees>.

<sup>5</sup> Odločba US RS, št. U-I-109/10-11 z dne 26. septembra 2011, tč. 7 in 8.

<sup>6</sup> Natančna obravnava prava državljanstva, torej pravnih pravil, ki urejajo, koga štejemo za državljana (v tem primeru državljana ali državljanko Republike Slovenije), je izven dometa te knjige. Kratko bomo ta vprašanja obravnavali v okviru XVI. poglavja o državljanstvu Evropske unije. V slovenski pravni literaturi je na voljo monografija Tratnik, M.: Pravo državljanstva. 1. natis, Lexpera, GV Založba, Ljubljana 2018. Za kritično obravnavo koncepta državljanstva gl. Kochenov, D.: Citizenship. MIT Press, Boston 2019.

ostala človeška bitja pa, kot je to storil tudi slovenski Zakon o tujcih, označi z besedo 'tujec', kar ima za vsakega od njih tudi zelo otipljive pravne posledice.

V pravnih državah morajo biti odločitve o tem, ali lahko tujci vstopijo na ozemlje države in tam tudi ostanejo, urejene s splošnimi in abstraktnimi pravili. Še vedno lahko sicer opazujemo veliko diskrecijskega odločanja države, zlasti o tem, ali lahko nekdo prvič vstopi, a to mora biti zamejeno z jasnimi in vnaprej postavljenimi pravnimi pravili. Tudi pri določanju vsebine pravil je država z marsičem (samo)omejena, zlasti z mednarodnopravnimi zavezami, kot sta mednarodno azilno pravo in mednarodno pravo človekovih pravic. Ustavne demokracije svoje zakonodajalce pri določanju pravil za tujce omejujejo tudi z zavarovanjem človekovih pravic in temeljnih svoboščin v svojih ustavah.

V pravu Evropske unije so posebej močne omejitve svobode države, da odloča, kdo lahko vstopi na njeno ozemlje in tam ostane. Za članico EU, kot je Slovenija, je zlasti možnost državljanov drugih članic, da vstopijo na njeno ozemlje in tam prebivajo, pretežno določena v nadnacionalnem pravu; pravo EU pa v marsičem določa tudi možnosti državljanov tretjih držav, da vstopijo in prebivajo v državi članici.

### 3. Se da migracije klasificirati?

Za pravno urejanje migracij je izrazitega pomena namen (ali pa motiv oziroma vzrok) prihoda tujca v državo. Mednarodno pravo drugače obravnava prošnjo za bivanje tujca, ki si želi v drugi državi na primer iskati zaposlitev ali študirati (oziroma prepušča svobodno odločitev državi), od prošnje tujca, ki v drugi državi išče zatočišče pred kršitvami človekovih pravic. Pri razločevanju med motivi oziroma vzroki v družboslovni literaturi pogosto naletimo na dihotomijo prisilne (ang. *forced*) – prostovoljne (ang. *voluntary*) migracije. Iskanje azila oziroma mednarodne zaščite ti avtorji uvrščajo med prisilne, iskanje boljših možnosti za študij ali zaposlitev pa med prostovoljne migracije – nekako po logiki, da se človek za zaposlitev v drugi državi odloči prostovoljno, če mu grozi smrt ali mučenje, pa tako rekoč nima druge možnosti, kot da pobegne.<sup>7</sup>

Povsem utemeljena je kritika tovrstnih dihotomij, da realnost življenja migrantov bistveno preveč poenostavljajo. Odločitev za selitev preko državnih meja je pogosto posledica več prepletajočih se dejavnikov.<sup>8</sup> Predstavljajmo si na primer, da študentka, ki je kritična do avtoritarne oblasti v svoji državi, dobi štipendijo za študij nekje v Zahodni Evropi. Selitev ji ne bo omogočila le, da pridobi izobrazbo, temveč tudi, da svobodno izraža svoje politično mnenje, česar v domovini ne more ali pa je za to že bila kaznovana. Če bi sledili dihotomiji prisilno-prostovoljno, bi jo verjetno hitro uvrstili v

---

<sup>7</sup> Kljub popreproščenosti te dihotomije hitro opazimo, da ne zajame prav dobro pojavov, kjer oseba nima nobene možnosti odločanja več, ali se bo premaknila iz ene države v drugo – zgodovinsko npr. v okviru zaslužnjevanja Afričanov, ki so jih pošiljali na območja obeh Amerik, dandanes pa v okviru trgovine z ljudmi.

<sup>8</sup> Samers, M.: *Migration*, Routledge, New York 2010, str. 11, 13.

primer prostovoljnih migracij skupaj z vsemi ostalimi študenti, ki imajo enostavnejše razloge za selitev v državo, v kateri je univerza.

V družboslovnih debatah lahko tako ugotovimo, da migracij ne bi smeli strogo deliti na dve kategoriji, ampak jih prej postaviti na nekakšen spekter med prostovoljnimi in prisilnimi.<sup>9</sup> Težava je v tem, da pravno urejanje najpogosteje oblikuje kategorije in statute, nato pa posamezne življenjske primere razporedi v tako oblikovane predalčke, tudi če je življenje bolj zapleteno. Študentka iz zgornjega primera bo verjetno zaprosila za študentski vizum oziroma dovoljenje za bivanje v državi, v kateri je univerza, na podlagi vpisa v študijski program. Kasneje, po dokončanju študija, ko bi želela ostati v tuji državi, ker bi ob vrnitvi v domovino lahko pričakovala negativne posledice kritičnega odnosa do vlade, pa bi se v državi gostiteljici lahko postavilo vprašanje, zakaj je odlašala s prošnjo za status begunca.

Diskutirali bi lahko o še enem, na nek način še očitnejšem primeru pomanjkljivosti teh dihotomij. Razen izjemoma (kar bomo spoznali kasneje, pri obravnavi pojma 'biti preganjan' v okviru definicije begunca) pravila v pravu EU in slovenskem pravu ne omogočajo pridobitve zaščite osebi, ki se preseli iz države v razvojno in razvito državo, zato ker v svoji domovini ne more dobiti zaposlitve ali drugega vira dohodka, s katerim bi lahko dostojno živela. V odločitvi starša, ki se odloči za selitev v drugo državo, ker je v svoji domovini izčrpal možnosti, da bi svojim otrokom kupil hrano, verjetno ni kaj dosti več svobodne volje kot v odločitvi osebe, ki se odloči zbežati pred nasiljem državljanske vojne.<sup>10</sup> A vendar: če se pojavi na mejnem prehodu in razloži svojo situacijo, jo bodo v skladu z veljavnim pravom državni organi obravnavali povsem drugače od osebe, ki navede, da beži, ker na njeno vas padajo bombe. Želja oziroma namen v Sloveniji poiskati zaposlitev ni upravičen razlog za pridobitev dovoljenja za vstop in bivanje za državljan tretje države; kvečjemu lahko državljan tretje države takšno dovoljenje pridobi, če si je v Sloveniji že uredil zaposlitev še pred prihodom.

Pravo tako pogosto ignorira 'spekter' življenjskih situacij v življenju migranta. Ne glede na to pa je tudi za knjigo, kot je ta, skoraj nujno, da se obravnava prava migracij loti tako, da ločeno preučuje pravila, ki urejajo 'prisilne' na eni in 'prostovoljne' migracije na drugi strani. To je smiselno tudi zato, ker je – kot smo omenili – vloga različnih pravnih pravil oziroma virov različna pri različnih kategorijah migracij.

#### 4. Večplastna slika pravnih virov prava migracij

Študij prava migracij je fascinanten, a tudi zahteven, ker mora imeti pravnik pred očmi dokaj večplastno sliko različnih pravnih virov. Na naslednjih straneh bomo poskušali podati sumaren (in nujno nepopoln) pregled virov: mednarodnega prava,

<sup>9</sup> *Ibid.*, str. 11.

<sup>10</sup> Štejejo kot *forced migration*, gl. *ibid.*, str. 13.



prava Evropske unije in nacionalnega prava. Poleg tega se pravo migracij dotika številnih klasičnih področij prava, zlasti ustavnega in upravnega prava.

#### 4.1. Mednarodno pravo

Za državo, kot je Slovenija, ki je sprejela obveze iz mednarodnega prava človekovih pravic, je pomembna prvina prava migracij mednarodno pravo. Tu na eni strani zlasti mislimo na tako imenovane jedrne pogodbe, *core treaties*, med njimi pa še posebej Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, Konvencijo o pravicah otroka in Konvencijo proti mučenju. Na drugi strani pa je ključni mednarodnopravni vir v kontekstu prisilnih migracij seveda Konvencija o statusu begunca.<sup>11</sup> Ta je bila sprejeta v Ženevi, zato jo včasih imenujemo tudi Ženevska konvencija (ŽK), vendar moramo biti pozorni, da je ne zamenjamo z mednarodnimi pogodbami s področja mednarodnega humanitarnega prava.

Obenem je za Slovenijo kot državo članico Sveta Evrope relevantno tudi regionalno (evropsko) pravo človekovih pravic – Evropska konvencija o človekovih pravicah<sup>12</sup>; v kontekstu nudenja zaščite osebi, ki v svoji državi ni varna, zlasti 2. in 3. člen (pravica do življenja, prepoved mučenja). Kot bomo spoznali v nadaljevanju,<sup>13</sup> je postal pomemben pravni argument za tujce tudi pravica do družinskega in zasebnega življenja iz 8. člena. V Protokolu št. 4 k EKČP pa je prepovedan kolektivni izgon tujcev (4. člen).<sup>14</sup> Regionalni instrument v boju proti mučenju je Evropska konvencija proti mučenju.<sup>15</sup>

#### 4.2. Pravo Evropske unije

Za slovenskega pravnika, ki se loti študija migracij, je upoštevno pravo EU, tako na ravni primarnega prava (Pogodba o Evropski uniji,<sup>16</sup> Pogodba o delovanju Evropske unije<sup>17</sup> in Listina temeljnih pravic<sup>18</sup>) kot tudi sekundarnega prava.

##### 4.2.1. Pravo EU in migracije iz tretjih držav v države članice

###### 4.2.1.1. Primarno pravo

Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU) v 78. členu vzpostavlja t. i. 'Skupni evropski azilni sistem' (ang. *Common European Asylum System*). Skupni evropski azil-

---

<sup>11</sup> Ženevska konvencija o statusu beguncev, Sprejeta v skladu z resolucijo št. 429 (V) Generalne skupščine, 14. december 1950.

<sup>12</sup> Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic, Rim, 14. november 1950.

<sup>13</sup> Poglavji XIV. (pravica do družinskega življenja) in XV. (pravica do zasebnega življenja) te knjige.

<sup>14</sup> Protokol št. 4 k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic, Rim, 14. november 1950

<sup>15</sup> Evropska konvencija o preprečevanju mučenja in nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja, Strasbourg, 26. november 1987.

<sup>16</sup> Pogodba o Evropski uniji, Ur. l. EU, št. C 326.

<sup>17</sup> Pogodba o delovanju Evropske unije, Ur. l. EU, št. C 326.

<sup>18</sup> Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, Ur. l. EU, št. C 326.

ni sistem je poskus Evropske unije, da do določene mere poenoti pravila, ki veljajo v kontekstu prisilnih migracij. 78. člen daje evropskemu zakonodajalcu pravno podlago za direktive in uredbe, ki ga natančneje definirajo.<sup>19</sup> 80. člen PDEU terja, da so rešitve v okviru skupnega evropskega azilnega sistema utemeljene na načelu solidarnosti, kar je posebej pomembno (in dokaj obilno spregledano) pri dodeljevanju odgovornosti za obravnavo prošnje.<sup>20</sup>

Na ravni primarnega prava je pravna podlaga za zakonodajalca EU, da do določene mere poenoti pristop držav članic k obravnavanju 'prostovoljnih' migracij, v 79. členu PDEU. Poleg tega je pravna podlaga za politiko Unije glede nadzora na mejah, skupno vizumsko politiko itn., v 77. členu PDEU.

#### 4.2.1.2. Sekundarno pravo

##### 4.2.1.2.1. Sekundarni pravni viri Skupnega evropskega azilnega sistema

Sekundarno pravo, ki ga preučujemo, je na eni strani zbir direktiv in uredb, ki so del skupnega evropskega azilnega sistema. S sekundarnim pravom v okviru Skupnega evropskega azilnega sistema je zakonodajalec EU želel preprečiti, da se osebe, ki se začejejo v Evropsko unijo iz tretjih držav, ne bi znašle v zelo različnih situacijah glede na državo članico, v kateri iščejo zaščito. Tako so sekundarni viri poskusili harmonizirati:

- razumevanje posameznih pojmov iz Ženevske konvencije o statusu begunca, da ne bi državni organi enih članic določenega pojma razlagali zelo ozko, drugi pa širše, tako da bi bila verjetnost, da oseba v istih okoliščinah v eni državi dobi zaščito, v drugi pa ne. Obenem je EU uvedla subsidiarno zaščito kot 'komplementarni status', ki dopolnjuje zaščito iz Ženevske konvencije o statusu begunca (Kvalifikacijska direktiva<sup>21</sup>);
- postopke, po katerih osebe, ki iščejo zaščito v EU, državni organi držav članic odločajo o njihovih prošnjah. S tako harmonizacijo se izognemo situaciji, v kateri – namesto da podajamo nekoliko pretiran primer – bi bila v kakšni državi članici možnost sodnega varstva povsem (ali pa *de facto*) izključena, saj bi verjetno vsak pravnik potencialnemu beguncu svetoval, da prošnjo raje poskusi vložiti v državi, kjer je na voljo sodni nadzor neodvisnega in nepristranskega sodišča (Procesna direktiva<sup>22</sup>);
- pravice oseb, ki so zaprosile za zaščito v državi članici v obdobju, ko poteka postopek pred upravnimi organi, ki o prošnji odločajo (Recepcijska direktiva<sup>23</sup>).

<sup>19</sup> Podrobneje o pravnih podlagah: Hailbronner, K., Thym, D.: Legal Framework for EU Asylum Policy, v: Hailbronner, K.; Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law – Article-by-Article Commentary. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1030-1041.

<sup>20</sup> Gl. naslednji odsek (Dublinska uredba) in X. poglavje te knjige.

<sup>21</sup> Direktiva 2011/95/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. decembra 2011 o standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da so upravičeni do mednarodne zaščite, glede enotnega statusa beguncev ali oseb, upravičenih do subsidiarne zaščite in glede vsebine te zaščite (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 337.

<sup>22</sup> Direktiva 2013/32/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o skupnih postopkih za priznanje ali odvzem mednarodne zaščite (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 180.

<sup>23</sup> Direktiva 2013/33/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o standardih za sprejem prosilcev za mednarodno zaščito (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 180.

Obenem je EU poskusila vzpostaviti tudi sistem, s katerim se določi, katera država članica je odgovorna za obravnavo prošnje za zaščito. Sprva so države članice EU v irskem glavnem mestu sprejele mednarodno pogodbo, ki naj bi to uredila, šele pozneje pa je ta sistem postal del sekundarnega prava, zato se tega sistema, pa tudi uredbe, drži ime 'dublinska' (Dublinska uredba<sup>24</sup>). O 'poskusu' pa govorimo, ker je sistem - kratko rečeno - nevzdržen, nečloveški in z različnih vidikov krivičen.<sup>25</sup> Dublinsko uredbo spremlja uredba, ki vzpostavlja EURODAC (evropska daktiloskopija), podporni sistem identifikacije oseb, ki iščejo zaščito, preko prstnih odtisov.<sup>26</sup>

#### 4.2.2. Sekundarnopravna ureditev 'prostovoljnih' migracij v EU

Viri sekundarnega prava, ki urejajo 'prostovoljne' migracije iz tretjih držav, bodo predstavljeni v nadaljevanju knjige, ko bomo obravnavali pravne vire, sprejete na podlagi 75. člena PDEU.<sup>27</sup> Največ pozornosti je namenjeno pravici do združitve družine (ang. *family reunification*)<sup>28</sup> in statusu 'rezidenta za daljši čas' (ang. *long-term resident*),<sup>29</sup> sumarno pa bomo pregledali tudi druge poskuse EU o tem, kako harmonizirati pravna pravila držav članic v tem kontekstu.<sup>30</sup>

#### 4.2.3. Pravila prava EU o mobilnosti med državami EU

Za pravnike v Sloveniji, državi članici EU, je pomembno vprašanje možnosti prehajanja meja med državami članicami in bivanja v drugih državah članicah. Pravzaprav je to vprašanje zanimivo tako rekoč za vsakega slovenskega državljan. Za razliko od preostanka te knjige, kjer pravo opazujemo s perspektive države, v katero nekdo želi vstopiti, država pa mu za to postavlja določene pogoje, pod katerimi mu bo to dovolila (ali pa ne), se lahko pri študiju pravil o mobilnosti znotraj EU zlahka vživimo tudi v vlogo migranta. Prav to so namreč pravila, ki bodo veljala denimo za študentko ljubljanske Pravne fakultete, ko se bo odpravila na izmenjavo Erasmus na kakšno nemško univerzo, na pripravništvo pri Evropski komisiji, sprejela zaposlitev v Estoniji, se odločila za

---

<sup>24</sup> Uredba (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 (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 180.

<sup>25</sup> Dublinski sistem obravnavamo v X. poglavju te knjige.

<sup>26</sup> Uredba (EU) št. 603/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o vzpostavitvi sistema Eurodac za primerjavo prstnih odtisov zaradi učinkovite uporabe Uredbe (EU) št. 604/2013 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, in o zahtevah za primerjavo s podatki iz sistema Eurodac, ki jih vložijo organi kazenskega pregona držav članic in Europol za namene kazenskega pregona, ter o spremembi Uredbe (EU) št. 1077/2011 o ustanovitvi Evropske agencije za operativno upravljanje obsežnih informacijskih sistemov s področja svobode, varnosti in pravice (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 180.

<sup>27</sup> Več v poglavju XIII te knjige.

<sup>28</sup> Gl. poglavje XIV.

<sup>29</sup> Gl. poglavje XV.

<sup>30</sup> Gl. poglavje XIII.

skupno življenje s partnerjem ali partnerko na Portugalskem ali si samo oddahnila od izpitov na hrvaški obali.

V pravu EU obstajata in veljata dva vzporedna režima mobilnosti po EU za državljane članic EU in njihove družinske člane, tudi če so državljani tretjih držav. Starejši in restriktivnejši je del projekta ekonomske integracije, ki je zajemala tudi t. i. »prost pretok delovne sile« kot eno od štirih temeljnih svoboščin (ang. *the four fundamental freedoms*).<sup>31</sup> PDEU v 45. členu določa, da se v Uniji »zagotovi prosto gibanje delavcev«, hkrati pa prepoveduje diskriminacijo med delavci na podlagi državljanstva »v zvezi z zaposlitvijo, plačilom in drugimi delovnimi in zaposlitvenimi pogoji« ter določa pravico delavcev, da se – med drugim – gibajo in bivajo v drugi državi članici.<sup>32</sup>

Novejši in mnogo širši režim mobilnosti pa temelji na konceptu državljanstva Unije, uvedenega z Maastrichtsko pogodbo.<sup>33</sup> Danes je državljanstvo Unije urejeno v 20. členu PDEU, zelo pomemben pa je vir sekundarnega prava – Direktiva o pravicah državljanov (DPD)<sup>34</sup>, ki je v našem pravu implementirana v VIII. poglavju Zakona o tujcih (ZTuj-2).<sup>35</sup>

### 4.3. Nacionalno pravo

#### 4.3.1. Ustavno pravo

V prvi vrsti je nacionalni del te večplastne slike pravnih virov ustavno pravo, saj so pri obravnavi tujcev s strani državnih organov zelo pomembne nekatere človekove pravice in temeljne svoboščine.

Pri pregledu našega najvišjega pravnega akta bi sicer hitro pomislili na 48. člen Ustave Republike Slovenije (URS)<sup>36</sup> z naslovom »priebežališče«, saj gre celo za edino človekovo pravico oziroma temeljno svoboščino iz II. poglavja naše Ustave, katere upravičenci so že pojmovno zgolj tujci. Vendar podrobnejše branje pokaže, da je zastavljena zelo ozko, saj zatočišče zagotavlja zgolj osebam, »ki so pregnane zaradi zavzemanja za človekove pravice in temeljne svoboščine«. Ustavodajalec je tako s formulacijo 48. člena začrtal zelo ozek krog upravičencev;<sup>37</sup> večina ljudi, ki se po zaščito zateče v tujo državo, so preprosto žrtve kršitev človekovih pravic, žrtve kršiteljev, ki jih preganjajo zaradi njihove vere, etnične pripadnosti, ne da bi morali sami z aktivnim ravnanjem sprožiti takšno ravnanje pregnjalcev.

<sup>31</sup> Craig, P.; de Búrca, G.: *EU Law – Text, Cases, and Materials*. 7. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2020, str. 781.

<sup>32</sup> Na ravni sekundarnega prava določbe PDEU o prostem gibanju delavcev razčlenjuje Uredba (EU) št. 492/2011 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. aprila 2011 o prostem gibanju delavcev v Uniji, Ur. l. EU, št. L 141.

<sup>33</sup> Pravila mobilnosti državljanov EU obravnavamo v XVI. poglavju knjige.

<sup>34</sup> Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC, Ur. l. EU, št. L 158.

<sup>35</sup> Zakon o tujcih (ZTuj-2), Ur. l. RS, št. 91/21.

<sup>36</sup> Ustava Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 33/91-l.

<sup>37</sup> Fikfak, V.: 48. člen, KURS 2019, rob št. 10 in 11.

Bistveno pomembnejši za ustavnosodno presojo, zlasti v kontekstu »prisilnih« migracij, sta določbi 17. in 18. člena URS (pravica do življenja, prepoved mučenja); gre za nacionalna ustavna korelata jamstvom iz 2. in 3. člena EKČP. Še posebno določba 18. člena, ki jo Ustavno sodišče razume kot absolutno pravico,<sup>38</sup> je pogosto merilo presoje za Ustavno sodišče v zadevah, povezanih z mednarodno zaščito.<sup>39</sup>

Predvsem moramo imeti pred očmi, da smo se na človekove pravice in temeljne svoboščine v slovenski ustavi, z izjemo nekaterih (večinoma) političnih pravic, upravičeni sklicevati vsi. Pogosto bodo za tujca relevantne tudi procesne pravice, ki mu bodo pomagale v postopkih pred državnimi organi (denimo pravica do sodnega varstva iz 23. člena URS in 6. člena EKČP), ali pa denimo pravica do osebne svobode (19. člen URS, 5. člen EKČP), sploh ko pride v postopkih v kontekstu prava migracij do administrativnega odvzema prostosti tujcu.<sup>40</sup>

S tem v zvezi ne pozabimo, da je slovenski ustavodajalec že med temeljna načela naše ustave umestil zelo pomembno načelno odločitev, da imajo tujci »v Sloveniji v skladu z mednarodnimi pogodbami vse pravice, zagotovljene s to ustavo in z zakoni, razen tistih, ki jih imajo po ustavi ali po zakonu samo državljani Slovenije«. Vendar pa se zdi, da 13. člen Ustave v javni in strokovni diskusiji ter ustavnosodni presoji ne uživa prav veliko pozornosti.

#### 4.3.2. Upravno pravo

Na izvedbeni ravni ima pravo migracij pomemben element upravnega prava, saj odločajo o pravici tujcev, da vstopijo, se naselijo in ostanejo v naši državi, upravni organi po upravnem postopku. Na ravni državne zakonodaje sta za študij prava migracij izrazito relevantna Zakon o tujcih (ZTuj-2) in Zakon o mednarodni zaščiti (ZMZ-1),<sup>41</sup> pa tudi drugi predpisi, denimo Zakon o začasni zaščiti razseljenih oseb (ZZZRO).<sup>42</sup> Tako so tudi postopki po ZTuj-2, ZMZ-1 in ZZZRO posebni upravni postopki, pri izvedbi katerih se za vprašanja, ki jih posebej ne urejajo, uporablja Zakon o splošnem upravnem postopku.

Ti nacionalni predpisi po eni strani v veliki meri služijo implementaciji upoštevne prava EU, ki smo ga očitno zgoraj in predstavljajo zakonsko podlago, da lahko Slovenija spoštuje človekove pravice iz mednarodnega prava. ZTuj-2 tako služi implementaciji direktiv, s katerimi zakonodajalec EU ureja 'prostovoljne migracije', ZMZ-1 pa imple-

---

<sup>38</sup> Odločba US RS, št. Up-105/21-15 z dne 15. aprila 2021, tč. 11.

<sup>39</sup> Npr. Odločba US RS, št. U-I-59/17 z dne 18. septembra 2019.

<sup>40</sup> Do odvzema prostosti, ki ga sicer zakonodajalec evfemistično poimenuje 'omejitev gibanja' lahko pride v postopku za pridobitev mednarodne zaščite (gl. 84. čl. ZMZ-1). Določba 40. člena ukrep t. i. 'omejitev gibanja' povezuje tudi z 28. členom Uredbe 604/2013/EU (Dublinske uredbe), ki v slovenskem prevodu uporablja izraz 'pridrzanje'. Poleg tega vsebuje pravno podlago za odvzem prostosti » Z namenom priprave ali izvedbe postopka odstranitve, predaje ali izročitve« tujca (prav tako evfemistično poimenovan 'omejitev gibanja') tudi ZTuj-2 (členi 76 in naprej). Pregled te problematike je v poročilu European Law Institute z naslovom *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law* (2017), dostopnem na: <[www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Statement\\_on\\_Detention\\_and\\_the\\_Rule\\_of\\_Law.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_Detention_and_the_Rule_of_Law.pdf)>.

<sup>41</sup> Zakon o mednarodni zaščiti (ZMZ-1), Ur. l. RS, št. 16/17.

<sup>42</sup> Zakon o začasni zaščiti razseljenih oseb (ZZZRO), Ur. l. RS, št. 16/17.



mentaciji direktiv – pravnih podlag Skupnega evropskega azilnega sistema. Dublinske uredbe ni treba posebej implementirati v slovenski pravni red. ZZZRO je implementacijski akt DZZMPRO.<sup>43</sup>

#### 4.4. Pravila o mejah in vračanju tujcev

Pravo EU in slovenska zakonodaja urejata tudi dva sklopa vprašanj, ki sta, tudi če pogojno pristanemo na dvodelbo 'prisilne' – 'prostovoljne' migracije, lahko relevantna za udeležence migracij ne glede na vzrok ali motiv za selitev v drugo državo. Prej smo omenili mednarodnopravno definicijo države in ozemlje kot eno njenih prvin, sedaj pa lahko dodamo še koncept meje kot črte, ki ločuje ozemlje dveh držav.<sup>44</sup> Pravo migracij se tako dotika tudi pravnih pravil, ki urejajo nadzor meje, režim prehajanja meje itn. Za Slovenijo je tu ključnega pomena, da je del t.i. Schengenskega sistema, skupnega evropskega projekta odprave nadzora na 'notranjih' mejah (meje med državami, ki so del sistema) in strožjih, enotno urejenih mehanizmov za nadzor 'zunanjih meja (meja držav, ki so del schengenskega sistema, z državami, ki niso članice).<sup>45</sup> V slovenskem pravnem redu ta vprašanja naslavlja Zakon o nadzoru državne meje.<sup>46</sup>

Ne glede na to, ali je oseba v državo vstopila, ker se v svoji državi ni počutila varno in je v državi gostiteljici želela pridobiti zaščito, ali pa je v državi bivala zaradi zaposlitve, študija itn., se lahko zgodi, da ostane brez dovoljenja za bivanje v državi, zaradi česar se mora praviloma vrniti v državo svojega državljanstva. Tudi postopki vračanja so urejeni v pravu EU (Direktiva o vračanju).<sup>47</sup> Posebej pomembno pa je, da mednarodno pravo preprečuje, da bi v izvorno državo vrnili osebo, ki bi ji tam grozilo mučenje ali nedopusten poseg v pravico do življenja, kar imenujemo načelo nevračanja (fr. *non-refoulement*).<sup>48</sup>

#### 4.5. Druga pravna področja

Vsakdo, ki se že za malo daljše obdobje preseli v drugo državo, pa tudi če je to le študent na izmenjavi in ne družina, ki si namerava v tujini ustvariti nov dom, bo hitro

<sup>43</sup> Direktiva Sveta 2001/55/ES z dne 20. julija 2001 o najnižjih standardih za dodelitevčasne zaščite v primeru množičnega prihoda razseljenih oseb in o ukrepih za uravnoteženje prizadevanj in posledic za države članice pri sprejemanju takšnih oseb, Ur. l. EU, št. L 212.

<sup>44</sup> "Borders are central to sovereignty": Mills, K.: Permeable Borders: Human Migration and Sovereignty, v: Global Society, 10 (1996) 2, str. 77. Nobeno naključje ni, da je Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti RS enega od svojih petih členov namenila določitvi državnih mej novo vzpostavljene države. Gl. tudi Mnenje US RS, št. Rm-1/09 z dne 18. marec 2010.

<sup>45</sup> Uredba (EU) 2016/399 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o Zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah), Ur. l. EU, št. L 77. Gl. tudi XII. poglavje knjige.

<sup>46</sup> Zakon o nadzoru državne meje (ZNDM-2), Ur. l. RS, št. 35/10.

<sup>47</sup> Direktiva 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, Ur. l. EU, št. L 348.

<sup>48</sup> Tako načelo nevračanja kot tudi pravila o vračanju (direktiva o vračanju) so obravnavana v XIII. poglavju knjige.

ugotovil, da je pridobitev ustreznega dovoljenja za vstop in bivanje le eden prvih stikov s pravom nove države. Za tiste, ki bodo v drugi državi v drugem delovnem razmerju (podobno je s samozaposlenimi), bodo hkrati s pridobivanjem ustreznega statusa tujca postala relevantna tudi pravila o zaposlovanju in samozaposlovanju tujcev.<sup>49</sup> Tujec, ki ostane v novi državi dlje časa, si mora urediti tudi razna javna socialna zavarovanja (zdravstveno zavarovanje, pokojninsko in invalidsko zavarovanje, zavarovanje za primer brezposelnosti). Pri migracijah znotraj Evropske unije bo relevanten pravni vir Uredba EU o koordinaciji sistemov socialne varnosti.<sup>50</sup> Za državljane tretjih držav bodo pogosto upoštevne le določbe nacionalne področne zakonodaje ali različni dvostranski (bilateralni) dogovori med državami o socialni varnosti.<sup>51</sup> Za družine z otroki, ki se še šolajo, bodo relevantne določbe o pogojih za vpis v izobraževalne institucije.

Poleg stika z državnimi organi in javnimi zavodi, ki izpolnjujejo poslanstvo socialne države in ljudem zagotavljajo socialno varnost, izobraževanje, pravice delavcev in podobno, se bodo migranti znašli tudi v stiku z najemodajalci stanovanj, bankami in drugimi ponudniki storitev, ki so nujne za normalno življenje v sodobni družbi. Tudi tu se bodo lahko tujci srečali s pravili, ki jih sicer postavi zasebnopravni subjekt, a so morada različna od tistih, ki veljajo za državljane. V tem primeru bo lahko za pravno situacijo relevantna protidiskriminacijska zakonodaja.<sup>52</sup>

Poskusi, da bi osebe, ki se v drugo državo preselijo kot delavci migranti, pravno zavarovali v mednarodnem pravu, so bili prejkone neuspešni. Jasno je seveda, da se lahko tudi oni, kot vse osebe pod jurisdikcijo države podpisnice katerekoli mednarodne pogodbe (npr. EKČP ali MPDPP<sup>53</sup>), sklicujejo na pravice iz teh pogodb. Poleg tega je bila leta 1990 na ravni Združenih narodov sprejeta Mednarodna konvencija ZN o varstvu pravic vseh delavcev migrantov in članov njihovih družin<sup>54</sup>, ki jim zagotavlja specifične pravice. A proces ratifikacije po državah članicah OZN je pokazal na nepripravljenost zlasti držav, v katere se ljudje najpogosteje selijo zaradi dela, da bi sprejele mednarodne obveze, s katerimi bi jih dodatno zaščitile.<sup>55</sup> Nekoliko drugačna je slika pri ratifikaciji dveh konvencij, ki sta nastali v okviru Mednarodne organizacije za delo

---

<sup>49</sup> V Sloveniji to področje ureja Zakon o zaposlovanju, samozaposlovanju in delu tujcev (ZZSDT), Ur. l. RS, št. 91/21. Ta v slovenski pravni red prenaša Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2011/98/EU z dne 13. decembra 2011 o enotnem postopku obravnavanja vloge za enotno dovoljenje za državljane tretjih držav za prebivanje in delo na ozemlju države članice ter o skupnem nizu pravic za delavce iz tretjih držav, ki zakonito prebivajo v državi članici, Ur. l. EU, št. L 343, str. 1. Nekoliko več o tem v poglavju XIII.

<sup>50</sup> Uredba (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti, Ur. l. EU, št. L 166.

<sup>51</sup> Gl. Kresal, B.: 50. člen, KURS-A, rob. št. 11; gl. Bubnov-Škoberne, A.; Strban, G.: Pravo socialne varnosti. GV Založba, Ljubljana 2010.

<sup>52</sup> V Sloveniji Zakon o varstvu pred diskriminacijo, ki zavezuje vse pravne in fizične osebe, v 2. členu prepoveduje diskriminacijo glede na osebno okoliščino tudi pri dostopu "do dobrin in storitev, ki so na voljo javnosti, vključno s stanovanji, in preskrbo z njimi". Zakon o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD), Ur. l. RS, št. 33/16.

<sup>53</sup> Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, New York, 16. december 1966.

<sup>54</sup> Mednarodna konvencija ZN o varstvu pravic vseh delavcev migrantov in članov njihovih družin, New York, 18. december 1990.

<sup>55</sup> Podpisnic konvencije je bilo 1. 2022 le 57, pri čemer ni h konvenciji pristopila nobena od držav EU, ZDA, Kanada, Avstralija, gl. United Nations: Human Rights: Office of the High Commissioner, <indicators.ohchr.org/>. Gl. Chetail, V.: International Migration Law. 1. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2019, str. 238-239.

(ang. *International Labour Organisation*), ki jih je prav tako ratificiralo manj držav, a vsaj nekatere od razvitih držav 'globalnega severa'.<sup>56</sup>

#### 4.6. Kako se znajti po mozaiku pravnih virov?

Preplet pravnih virov poskušamo plastično (četudi poenostavljeno in ne povsem popolno) predstaviti v tej tabeli:

<b>Migracije</b>	<b>Med državami članicami EU</b>	<b>Iz tretjih držav v državo članico EU</b>
'prostovoljne'	<ul style="list-style-type: none"> <li>• pravo EU (DPD)</li> <li>• nacionalno pravo: ZTuj-2, VIII. poglavje</li> <li>• EKČP + MPDPP</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• pravo EU (direktiva o združitvi družine, direktiva o rezidentih za daljši čas...)</li> <li>• nacionalno pravo: ZTuj-2</li> <li>• EKČP: zlasti 8. člen, 13. člen</li> </ul>
'prisilne'	<ul style="list-style-type: none"> <li>• velja ŽK, vendar: Protokol št. 24 k PEU in PDEU</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• pravo EU (direktive, ki tvorijo skupni evropski azilni sistem: KD, PD, RD, DU-III... ter DZZMPRO)</li> <li>• mednarodno pravo: ŽK, MPDPP, CAT...</li> <li>• EKČP (zlasti 2. in 3. čl.)</li> </ul>

Do sedaj smo nepopolnosti prikazane dihotomije navkljub govorili o pravnih pravilih, ki urejajo na eni strani 'prisilne', na drugi strani pa 'prostovoljne' migracije, a se moramo še nekoliko posvetiti ustrezni pravni terminologiji.

##### 4.6.1. Mednarodna zaščita

Uveljavljen izraz za skupek statusov, ki jih dobi oseba, ki se v državo zateče pred preganjanjem oziroma hudimi kršitvami človekovih pravic v svoji državi (torej v kontekstu 'prisilnih' migracij'), je mednarodna zaščita (ang. *international protection*). O pravilih, ki urejajo:

- zaščito osebe, do katere je upravičen tujec po ŽK;
- komplementarne statute zaščite, ki širijo polje zaščite po ŽK in ki jih uvedejo države (in Evropska unija);
- v širšem smislu tudi oblike zaščite, kot je »začasna zaščita« po Zakonu o začasni zaščiti razseljenih oseb, ki implementira DZZMPRO,

govorimo tako kot o pravu mednarodne zaščite. Od kod to poimenovanje? Nekje v jedru mednarodnega prava je pravilo, da ima država odgovornost do svojih državljanov, da jih zaščiti. To velja tako na ozemlju te države oziroma, ko so pod njeno jurisdikcijo (kjer ima sicer pozitivne obveznosti do vseh oseb, ne le državljanov), pa tudi na ozemlju drugih držav (kar običajno imenujemo »diplomatska zaščita«). Koncept

<sup>56</sup> Chetail, V.: *International Migration Law*. 1. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2019, str. 212-213.

*mednarodne* zaščite naslavlja torej situacije, ko država svojega državljana ne štiti, mu ne zagotavlja človekovih pravic in torej – skladno z mednarodnim pravom – nastane obveznost drugih držav, da ga zaščitijo.

#### 4.6.2. 'Imigracijsko' pravo?

V slovenskem pravnem izrazju obstaja večja vrzel pri opisovanju prava, ki ureja pravice tujcev ter njihove možnosti za vstop in bivanje v državi v kontekstu 'prostovoljnih' migracij. Po vzoru nekaterih tujih sistemov (gl. npr. nemški *Zuwanderungsgesetz*) bi lahko morda govorili o 'imigracijskem pravu', vendar težko trdimo, da je ta besedna zveza uveljavljena med slovenskimi pravniki.

## 5. Izrazi, s katerimi poimenujemo migrante

### Migrant

V tem besedilu smo že večkrat uporabili izraz »migrant«, vendar je pozoren bralec opazil, da ima drugačen pomen od tistega, ki se je v slovenskem (splošnem) jeziku uveljavil približno v zadnjem desetletju. Slovenski mediji so začeli besedo »migrant« uporabljati za tujce, ki k nam prihajajo iz držav, kot so Sirija, Irak in Afganistan, še posebej za tiste, ki so v državo vstopili tako, da so se izognili kontroli potnih listin.<sup>57</sup> Obenem ne bomo zasledili novinarskega članka, ki bi govoril o migrantih iz Nemčije in Avstrije, ki so več ur stali v poletni koloni na primorski avtocesti. Pa vendar so oboji migranti v pomenu, kot ga uporabljamo v našem besedilu: udeleženci migracij, torej premikanja oseb – v obeh primerih meddržavnih migracij. Očitno je, da je beseda »migrant« v naši vsakodnevni uporabi jezika postala sinonim za človeka, ki v Slovenijo pride iz določenih držav ali delov sveta, in to na določen način (tudi o iraškem poslovnežu, ki je na oddihu v enem od blejskih hotelov, novinarji ne bodo govorili kot o »migrantu«). Takšno poimenovanje in kategoriziranje ljudi je nevarno, saj lahko hitro vodi v negativne stereotipe in predsodke. Za pravnika je to še posebej nesmiselno, saj »migrant« ni pravni termin; če upoštevamo izrazje drugih družboslovnih ved, denimo geografije, pa sploh popolnoma napačno (oziroma preozko) uporabljan.

Še bolj kočljivo je, da se zdi, da smo začeli v Sloveniji v zgoraj opisanem pomenu uporabljati besedo »migrant« kot dozdevno nekoliko milejšo obliko prav tako pogoste oznake »nezakoniti« oziroma »ilegalni« migrant. Takšna oznaka je povsem nedopustna. Osnovne humanistične vrednote pravnega poklica bi nam morale jasno preprečevati, da kogarkoli označimo kot »nezakonito« osebo. Če pomislimo, bi se nam zdelo povsem pretirano, da bi voznika, ki vozilo upravlja po izteku veljavnosti vozniškega dovoljenja, imenovali »ilegalni voznik« ali delavca, ki dela brez sklenjene pogodbe o zaposlitvi, »ilegalni delavec«. Hitro nam postane jasno, da si takšne oznake, ki v končni posledici

---

<sup>57</sup> Npr. naslov članka v Delu: "Prijeli večjo skupino migrantov" (20. 7. 2019), <[www.delo.si/novice/crna-kronika/prijeli-vecjo-skupino-migrantov/#!>](http://www.delo.si/novice/crna-kronika/prijeli-vecjo-skupino-migrantov/#!>).

razčlovečujejo osebo, dovolimo uporabiti le za tujce – torej za tiste, ki že v osnovi ne pripadajo naši skupnosti.

### »Prebežnik«

V slovenskem splošnem, sploh pa novinarskem jeziku, se je začela uporabljati tudi beseda »prebežnik«, še posebej v kontekstu prihoda velikega števila oseb v letih 2015 in 2016.<sup>58</sup> Ta izraz je popolnoma napačen za človeka, ki svojo državo zapusti, ker je tam ogrožen oziroma preganjan, čeprav morda na prvi pogled nakazuje vsaj nekoliko sočutno noto, češ da je to oseba na begu. A vendar: »prebežnik« je sopomenka za besedo dezertter, to pa je nekdo, ki zapusti ali celo izda svojo vojsko, kar je tradicionalno videno kot skrajno nečastno dejanje. Zakaj bi torej osebe, ki svojo državo zapustijo bodisi zato, ker je zanje nevarna, ali pa tudi, če le iščejo dostojno življenje zase in za svojo družino, poimenovali z besedo s tradicionalno negativno konotacijo?

### Tujec

Četudi ne nujno pozitivno obarvana beseda (spomnimo se denimo romana Alberta Camusa), je v večini primerov ustrezen pravni termin »tujec«. Ta beseda zajema v kontekstu slovenskega pravnega sistema (po definiciji iz 2. člena ZTuj-2, pa tudi že po logiki besedila 13. člena URS) vse osebe, ki niso državljani Republike Slovenije. Pozor: tudi državljani drugih držav članic Evropske unije, četudi zanje velja poseben režim po VIII. poglavju ZTuj-2, so pravno gledano tujci, na kar je treba paziti, če na primer oblikujemo pravne norme. Skladno s tem so med tujci državljani drugih držav članic Evropske unije (ali, nekoliko poenostavljeno, državljani Unije, če uporabimo jezik PDEU) in državljani tretjih držav. Med tujci najdemo tudi takšne, ki nimajo pravne podlage za bivanje v Sloveniji, kar je morda dolg, gotovo pa točnejši in objektivnejši izraz od »nezakonitega migranta«.

### **Begunec, oseba z mednarodno zaščito, oseba s subsidiarno zaščito, prosilec za mednarodno zaščito**

V besedilu knjige se bo pogosto pojavila beseda »begunec« (ang. *refugee*). To je pravni termin, ki ga definira mednarodna pogodba – Ženevska konvencija o statusu begunca (1. A člen). Ker Konvencija definira »begunca« tako, da za begunca proglašaja vsako osebo, ki izpolnjuje določene pogoje, gre zaključiti, da je nekdo begunec v trenutku, ko izpolnjuje te pogoje in ne šele, ko to s pravnim aktom ugotovi država, ki jo begunec prosi za zaščito.<sup>59</sup> To je vsebina veljavnega mednarodnega prava, ki pa jo je zakonodajalcem težko uskladiti z upravno-postopkovno logiko odločanja državnih organov o vlogah, ki jih prejmejo. Zato pravo EU in slovensko pravo osebo, ki je v postopku za pridobitev mednarodne zaščite, imenujeta »prosilca za mednarodno

---

<sup>58</sup> Naslov članka na Siol.net: "Slovenija po enem letu, odkar so k nam prišli prvi prebežniki" (19. 9. 2016), <siol.net/novice/slovenija/slovenija-po-enem-letu-odkar-so-k-nam-prisli-prvi-prebezniki-426034>.

<sup>59</sup> Prim. UNHCR: Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection – Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. Ponovna izdaja, UNHCR, Ženeva 2019, tč. 28.



zaščito« in ji tudi priznavata drugačne (mnogo ožje) pravice, kot jih ima oseba z mednarodno zaščito.

Pojem »osebe z mednarodno zaščito« je pravzaprav nadpomenka za dva ožja pojma, od katerih je eden begunec, drugi pa »oseba s subsidiarno zaščito«. Subsidiarna zaščita je komplementarni status (namenjen dopolnitvi zaščite, ki jo nudi Ženevska konvencija), ki ga je ustvarilo pravo EU.<sup>60</sup>

Izraz za status, ki ga dobi begunec, je tudi »azil«, vendar ga je slovenski zakonodajalec opustil s sprejetjem prvega Zakona o mednarodni zaščiti (ZMZ) leta 2007. Pred tem je to področje urejal Zakon o azilu, ki je poznal izraz »prosilec za azil« kot tudi poseben (nacionalni) komplementarni status – azil iz humanitarnih razlogov.<sup>61</sup>

## DODATEK: TABELA PRAVNIH VIROV

<b>A. Mednarodno pravo</b>		
Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic (s Protokoloma 1 in 4)	EKČP	Rim, 14. november 1950
Konvencija OZN proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju	CAT	New York, 10. december 1984
Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah	MPDPP	New York, 16. december 1966
Mednarodni pakt o ekonomskih, socialnih in kulturnih pravicah	MPESKP	New York, 16. december 1966
Ženevska konvencija o statusu beguncev	ŽK	Sprejeta v skladu z resolucijo št. 429 (V) Generalne skupščine, 14. december 1950
<b>B. Pravo Evropske unije</b>		
Direktiva 2011/95/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. decembra 2011 o standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da so upravičeni do mednarodne zaščite glede enotnega statusa beguncev ali oseb, upravičenih do subsidiarne zaščite, in glede vsebine te zaščite (prenovitev)	Kvalifikacijska direktiva	Uradni list EU, št. L 337, 20. december 2011

<sup>60</sup> Več v VI. poglavju knjige.

<sup>61</sup> Zakon o azilu (ZAzil), Ur. l. RS, št. 61/99.

Direktiva 2013/32/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o skupnih postopkih za priznanje ali odvzem mednarodne zaščite (prenovitev)	Procesna direktiva	Uradni list EU, št. L 180, 29. junij 2013
Direktiva 2013/33/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o standardih za sprejem prosilcev za mednarodno zaščito (prenovitev)	Recepcijska direktiva	Uradni list EU, št. L 180, 29. junij 2013
Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC	DPD	Uradni list EU, št. L 158, 30. april 2004
Direktiva 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	DZZMPRO	Uradni list EU, št. L 212, 7. avgust 2001
Pogodba o delovanju Evropske unije	PDEU	Uradni list EU, št. C 326, 26. december 2012
Pogodba o Evropski uniji	PEU	Uradni list EU, št. C 326, 26. december 2012
Uredba (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 vloži državljani tretje države ali oseba brez državljanstva (prenovitev)	Dublinska uredba III	Uradni list EU, št. L 180, 29. junij 2013
Uredba Sveta (ES) št. 343/2003 z dne 18. februarja 2003 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za azil, ki jo v eni od držav članic vloži državljani tretje države	Dublinska uredba II	Uradni list EU, št. L 50, 25. februar 2003
<b>C. Slovensko pravo</b>		
Ustava Republike Slovenije	URS	Uradni list RS, št. 33/91-I z dne 28. 12. 1991
Zakon o mednarodni zaščiti	ZMZ-1	Uradni list RS, št. 16/17 z dne 7. 4. 2017

Zakon o splošnem upravnem postopku	ZUP	Uradni list RS, št. 24/06 z dne 7. 3. 2006
Zakon o tujcih	ZTuj-2	Uradni list RS, št. 91/21 z dne 7. 6. 2021
Zakon o upravnem sporu	ZUS-1	Uradni list RS, št. 105/06 z dne 12. 10. 2006
Zakon o začasni zaščiti razseljenih oseb	ZZZRO	Uradni list RS, št. 16/17 z dne 7. 4. 2017

## II.

# Kaj otežuje spoštovanje pravic migrantk\_ov in begunk\_cev?

*Uršula Lipovec Čebtron in Jelka Zorn*

<b>1. Uvod</b>	28
1.1. Rasizem	29
<b>2. Pogoste zmete o migrantkah_ih in begunkah_cih</b>	30
2.1. »Migracije so izjema, ne pravilo«	30
2.2. »Migrantke_i oziroma begunke_ci imajo mnoge skupne značilnosti«	31
2.3. »Migrantke_i potujejo brez dokumentov, ker so nespoštljive_i do naše države«	32
2.4. »Migranti_ke in begunci_ke nas ogrožajo«	33
2.5. »Migrantke_i in begunke_ci so si same_i krive_i, da niso vključene_i v novo okolje«	34
2.6. »Mnoge_i begunke_ci so v resnici ekonomske_i migranti_ke«	35
2.7. »Zaprte_i so le migrantke_i, ki so naredile_i kaznivo dejanje«	36
2.8. »Migranke_ti in begunke_ci so nemočne, pasivne žrtve«	37
<b>3. Zaključek</b>	38

## 1. Uvod

*Za begunce brez statusa obstajajo zakoni, konvencije in deklaracije, a čeprav obstajajo, so nedostopni.*

Shahram Khosravi<sup>1</sup>

Področje migracij je že vrsto let v središču evropskih politik in javnih debat. Tudi v Sloveniji so migracije ključna tema marsikaterih volilnih kampanj na lokalnem in državnem nivoju, tiskanih in spletnih medijev itd. Čeprav je migracijam namenjeno relativno veliko pozornosti, redko najdemo področje, na katerem bi bilo podanih toliko izkrivljenih in zavajajočih podatkov ter prisotna tolikšna množica zmot, neresnic, predsodkov in teorij zarote. Tema migracij je pogosto izkoriščana za različne vrste manipulacij tudi zato, ker je glas begunk\_cev in migrantk\_ov večinoma prezrt ali utišan, obenem pa imajo le redke\_i prebivalke\_ci stik z njimi. Večina prebivalstva namreč čuti do migrantk\_ov in begunk\_cev socialno distanco, nekateri usmiljenje, spet drugi strah ali sovraštvo. Stiki med domačini in tistimi, ki se priseljujejo v Slovenijo, seveda obstajajo, a so redki, zato predsodki in neresnice tako vztrajajo.

Avtorici tega prispevka se s področjem migracij ukvarjava dobri dve desetletji. Kot raziskovalki sva opravljali terensko delo na različnih delih balkanske migracijske poti (v Srbiji, Bosni in Hercegovini, na Hrvaškem in Sloveniji) ter v ustanovah, kjer so nameščene\_i migrantke\_i in begunke\_ci (zbirni centri, azilni domovi, centri za tujce). Obenem sva od začetka tisočletja vodili vaje in predavanja o migracijah za študent\_ke diplomskega ter podiplomskega študija etnologije in kulturne antropologije, socialnega dela, zdravstvene nege, pa tudi za zaposlene v zdravstvu in šolstvu. Med terenskim in pedagoškim delom sva opazili, da količina predsodkov in neresnic o migracijah iz leta v leto narašča, prav tako pa sva ugotavljali, da v postfaktični družbi, kot je naša, vse bolj izginja prostor za znanstveno analizo številnih zmot, ki so v obtoku.

Zato sva se odločili, da bova to poglavje namenili razčlenjevanju nekaterih najpogostejših zmot, ki sva jih opazili na terenu in v predavalnicah. V nadaljevanju se bova ukvarjali z osmimi zmotami: (1) migracije so izjema, ne pravilo; (2) migrantke\_i in begunke\_ci imajo mnoge skupne značilnosti; (3) migrantke\_i in begunke\_ci potujejo brez dokumentov, ker so nespoštljive\_i do naše države; (4) migrantke\_ti in begunke\_ci nas ogrožajo; (5) migrantke\_ti in begunke\_ci so si same\_i krive\_i, da niso vključene\_i v novo okolje; (6) mnoge begunke\_ci so v resnici ekonomske\_i migrantke\_i; (7) zaprte\_i so le migrantke\_i, ki so storile\_i kaznivo dejanje; (8) migrantke\_i in begunke\_ci so nemočne, pasivne žrtve.

Čeprav je vsaka od naštetih zmot kompleksna, sva se odločili, da jih razčleniva na čim bolj enostaven in jedrnat način. Pomembno je poudariti, da s tem ne bova izčrpali

---

<sup>1</sup> Khosravi, S.: »Illegal Traveller«: An Auto-Ethnography of Borders, Palgrave, Macmillan, 2010, str. 36.



pojasnitev, zakaj so posamezne predstave ali stališča netočna ali neresnična. Poleg tega bi ob omenjenih zmotah lahko našli še veliko drugih, ki jih nisva vključili. Za vadbo kritične refleksije sva pri nekaterih poglavjih predvideli kratke vaje, ki so povezane z obravnavano temo in poskušajo bralko\_ca nagovoriti na bolj neposreden način kot ostali deli besedila.

Preden se posvetiva različnim zmotam, se velja na kratko ustaviti pri pojmu, ki je pravzaprav glavni zgodovinski krivec, da tovrstne neresnične in škodljive predstave sploh obstajajo in so tako trdovratno prisotne v naši družbi. Ta pojem je rasizem, ki je zažrt v mnoge pore družbenega sistema ter ga je zato pogosto težko zaznati in še težje kritično reflektirati.

### 1.1. Rasizem

Beseda rasizem izhaja iz besede »rasa«. Kljub temu da rasa v biološkem smislu ne obstaja, pa obstaja kot družbeno dejstvo, v katerega so vpete neenakosti. Človeštvo ima namreč zgolj eno vrsto, *Homo Sapiens Sapiens*, »rase« pa so posledica zgodovinskih procesov in ne bioloških dejstev. Izvor rasizma sega v 17. stoletje, ko so na delo na ameriške plantaže Evropejci prepeljali na milijone sužnjev in suženj iz Afrike. Rasizem – ločevanje temnopoltih sužnjev in svobodnih belih ljudi – je v takratni ameriški družbi služil kot politično orožje za izkoriščanje in preprečevanje, da bi se ljudje različnih izvorov (staroselci, revni Evropejci, Afričani) skupaj uprli.<sup>2</sup> Suženjstvo so postopoma uzakonili, in sicer kot *rasizirano institucijo*, kar je pomenilo, da se je smelo zaslužniti zgolj temnopolte ljudi, belk in belcev pa ne, četudi so mnogi delali in živeli v pogojih podobnih suženjstvu. Na ta način so vzpostavili »raso«, ki so jo kasneje, v 18. in 19. stoletju, znanstveniki opredelili kot biološko »dejstvo« z merjenjem in primerjanjem teles različnih »rasnih« skupin (antropometrija), ki so jim pripisovali različne intelektualne sposobnosti in značajske poteze.<sup>3</sup> Tako so vzpostavili odnos med videzom oziroma zgradbo telesa ter psihičnimi, intelektualnimi in kulturnimi razlikami človeških skupin. Pri tem je pomembno poudariti, da gre pri rasizmu vedno za odnose moči, kar pomeni, da so *razlike hierarhizirane* – določenim skupinam se pripiše večja ali manjša človeška vrednost. Rečeno drugače, telesne (ali kake druge) razlike se pojasnjuje preko vrednostnih sodb. Rasizem tako *naturalizira* družbene odnose dominacije in podrejanja, to pomeni, da družbene neenakosti vidi kot naravne, torej neizbežne.<sup>4</sup>

V zadnjih desetletjih se je rasistična argumentacija spremenila. Čeprav so genetiki v petdesetih letih prejšnjega stoletja potrdili, da rase ne obstajajo in so protirasistična gibanja priborila velike spremembe družbenih odnosov,<sup>5</sup> rasizem ni izginil. Namesto bioloških razlik so v ospredje stopile kulturne razlike. Zato so sodobni avtorji, kot de-

<sup>2</sup> Zinn, H.: Ljudska zgodovina Združenih držav Amerike, prevod Mojce Dobnikar, Založba Sophia, Ljubljana 2021.

<sup>3</sup> Gould, S. J.: Za-mera človeka, Prevod Boruta Cajnka, Založba Krtina, Ljubljana 2000.

<sup>4</sup> Dominell, L.: Anti-Racist Social Work: A Challenge for White Practitioners and Educators, Springer, 1997.

<sup>5</sup> Zinn, H., nav. delo.

nimo Étienne Balibar,<sup>6</sup> rasizem poimenovali »rasizem brez ras« oziroma *neorasizem* ali *kulturni rasizem*, pri katerem »[p]riseseljenci niso več nesprejemljivi zato, ker pripadajo drugim rasam, temveč zato, ker pripadajo drugim (in povsem drugačnim) kulturam.«<sup>7</sup> Glede na to, da je označevalec drugosti postala kultura, lahko različne skupine postanejo objekt rasizma tudi takrat, ko se po videzu ali državljanstvu ne razlikujejo od večinskega prebivalstva.

Ena od rasističnih argumentacij svari pred »mešanjem« različnih kultur. Opisovati večkulturnost kot nevarnost je značilnost *protipriseseljskega diskurza*, ki je danes navzoč v vseh državah Evropske unije in je opazen pri večini zmot, ki jih bova predstavili v nadaljevanju.

## 2. Pogoste zmote o migrantkah\_ih in begunkah\_cih

### 2.1. »Migracije so izjema, ne pravilo«

Pogosto je zaslediti predstavo, da migracije predstavljajo *izredni dogodek*, ki ruši ustaljeni red. S tem je povezano prepričanje, da ta izredni dogodek zahteva *izredne ukrepe* (na primer postavitve ograje z rezalno žico na meji, pošiljanje vojakov na obmejna območja itd.), ki bodo ustavili migracije.

Dejstvo pa je, da migracije niso izjema, temveč vsakdanji pojav, ki je obstajal skozi vso zgodovino našega planeta. Migrirajo živali, dobrine, ljudje. Migrirali so naši predniki in prednice, ki so se priselili v kraje, kjer je danes Slovenija. Migrirajo številni mladi Slovenci in Slovenke, ki v evropskih prestolnicah iščejo boljše življenje. Migracij nihče ne more ustaviti, lahko pa se migrantkam\_om in begunkam\_cem pot tako oteži, da ogroža njihova življenja.

Razmislite: Ali so se vaše babice, dedki, prababice ali pradedki kam odselili ali priselili? Kaj pa drugi sorodniki in sorodnice? Kam in kakšni so bili njihovi razlogi za selitev? V katerem obdobju se je to dogajalo in kako je potekalo njihovo vključevanje v novo okolje? So naleteli na kakšne ovire in kako so jih premagovali? Ste vi sami migrant\_ka ali nameravate to postati (denimo v okviru Erasmus izmenjave)?

Primerjajte izkušnje svoje razširjene družine (in svoje izkušnje) z migracijami v Slovenijo, ki jih poznamo danes.

---

<sup>6</sup> Balibar, É: *Is There a Neo-Racism?*, v: Balibar, É. in Wallerstein, I.: *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*. Verso, London 1991.

<sup>7</sup> Baskar, B.: *Rasizem, neorasizem, protirasizem: esej o tranzitivnosti navidezno protislovnih pojmov*.

## 2.2. »Migrantke\_i oziroma begunke\_ci imajo mnoge skupne značilnosti«

O »migrantih« in »beguncih« pogosto govorimo kot o enoviti, homogeni skupini, pri čemer navadno uporabljamo moški spol in si jih predstavljamo kot skupino fantov temnejšega videza, ki z vrečo v roki hodijo ob cesti. Take predstave se pojavijo, ko si migrante predstavljamo v razmerju do skupine »mi«, ki ji (neozaveščeno) pripadamo. Ta proces imenujemo *drugotenje*, pri čemer vidimo »druge« kot nepremostljivo drugačne od »nas«. Poleg tega jih dojemamo kot podobne po videzu in jim pripisujemo podobne potrebe in izkušnje.

Vendar se osebe, ki jih imenujemo migrantke\_i ali begunke\_ci, lahko znajdejo skupaj v novi državi le po naključju, na primer, ko začasno živijo pod isto streho azilnega doma. Zato jih antropologinja Lisa Malkki<sup>8</sup> imenuje *naključne skupnosti spomina*, saj se v določeni situaciji povežejo ljudje, ki se v svojem običajnem življenju ne bi nikoli srečali. Pri tem je potrebno poudariti, da te osebe izhajajo iz povsem različnih okolij, so različnih verskih pripadnosti, politične opredelitve, starosti, spolov, spolne usmerjenosti, družinskega statusa ter imajo različne želje, potrebe in vizije.

Pomislite na razlike med begunkami\_ci, ki prihajajo v Slovenijo, denimo z Bližnjega vzhoda, in čim bolj razčlenite spodaj podane kategorije in dodajte še nove:

- nacionalna pripadnost: Imajo državljanstvo Iraka, Irana, Sirije, Turčije?
- etnična pripadnost: Če prihajajo iz Sirije, so Arabci, Kurdi, Asirci, Armenci ali kaj drugega?
- veroizpoved: So kristjanke\_i, judi\_nje, ateistke\_i, muslimanke\_i? Če so muslimanke\_i, so šiitke\_i, sunitke\_i ali kaj drugega?
- spol: So moški, ženske, trans ali nebinarne osebe?
- spolna usmerjenost: So heteroseksualci, lezbijke, geji, biseksualne\_i, queer, asekualne\_i ali kaj drugega?
- družbeni sloj: Spadajo v višji, srednji ali nižji družbeni sloj?
- stopnja izobrazbe: So neizobraženi, imajo osnovnošolsko, srednješolsko ali visokošolsko, izobrazbo?
- poklic: So umetnice\_ki, znanstvenice\_ki, delavke\_ci v vzgoji in izobraževanju, pravnice\_ki, frizerke\_ji, kuharice\_ji, drugo?
- politična angažiranost: niso politično aktivne\_i, so bile\_i vojakinje\_i, so bile\_i vključene\_i v protivojno gibanje, so bile\_i zaradi nasprotovanja režimu zaprte\_i, so borke\_ci za pravice žensk, lgbtq+ skupnosti, feministične revolucije v Rožavi?
- stil življenja: Prihajajo iz urbanega ali ruralnega okolja, so kmetovalke\_ci, so živele\_i v nuklearni ali razširjeni družini?

<sup>8</sup> Malkki, L.: News and culture: Transitory phenomena and the fieldwork tradition, v: A. Gupta in J. Ferguson: Anthropological locations: Boundaries and grounds of a field studies. Berkeley. University of California Press, 1997, str. 86–101.

### 2.3. »Migrantke\_i potujejo brez dokumentov, ker so nespoštljive\_i do naše države«

Med uvodnimi predavanji o migracijah študentke\_i pogosto izrazijo prepričanje, da bi si migranti\_ke lahko priskrbele\_i veljavne dokumente za pot do ciljnih držav, a tega ne storijo, ker ne spoštujejo uveljavljenega reda teh držav. Ob tem se pogosto čudijo, zakaj se izpostavljajo številnim nevarnostim, namesto da bi si priskrbele\_i dokumente, s katerimi bi lahko neovirano prehajale\_i mejne prehode. Vendar pa so pogoji za izdajo vizumov za pot v evropske države taki, da jih večina ljudi ne more izpolniti. Države imajo tudi diskrecijsko pravico in vizumom državljanom določenih držav ne izdajajo navkljub izpolnjenim pogojem, zato lahko rečemo, da vizumi predstavljajo nadzor mobilnosti na daljavo (ang. *mobility remote control*).

Te probleme jasno prikazujejo zgodbe ljudi, ki so na poti v Evropo. Med njimi je bil tudi Shahram Khosravi,<sup>9</sup> profesor antropologije na Univerzi v Stockholmu, obenem pa oseba z begunsko izkušnjo, katerega citat sva navedli na začetku poglavja. V svoji knjigi »*Illegal Traveller: An Auto-Ethnography of Borders* [»Nelegalni« potnik: Avto-etnografija mej] je opisal svojo pot iz Irana na Švedsko, ki jo je prepotoval brez zahtevanih dokumentov. Njegova pot se je pričela leta 1986, ko je zbežal iz Irana, da bi se izognil vpoklicu v vojsko in vojskovanju. Potnega lista kot disident ni imel, zato je moral potovati s ponarejenimi dokumenti, s pomočjo tihotapcev, dele poti prepešačiti, se voziti v nečloveških razmerah, živeti na ulici, podkupovati carinike itd. Na poti je bil dve leti, porabil je na tisoče dolarjev, in ko je končno le prispel na Švedsko, so ga ob prihodu najprej zaprli v administrativni zapor za tujce. Po pol leta čakanja so mu švedske oblasti priznale status begunca. Shahram Khosravi je v svojem delu jasno pokazal, da je bila njegova pot neprimerljivo dražja, ekstremno nevarna in časovno veliko bolj zamudna od potovanja, kot jih poznamo imetnice\_i potnih listov držav članic Evropske unije. Travmatizirale ga niso le nevarnosti na poti, temveč sam način potovanja: »Najhuje je bilo, da sem ponotranjil sram ter sem leta lagal o tem, kako sem potoval na Švedsko«.<sup>10</sup>

Migrantke\_i in begunke\_ci, ki potujejo na ilegaliziran način, imajo v državi prihoda le malo možnosti, da postanejo subjekti pravic. Hannah Arendt<sup>11</sup> in druge\_i<sup>12</sup> so pokazale\_i, da ko ljudje niso obravnavani kot državljani ali osebe s primerljivim pravnim statusom, izgubijo tudi človekove pravice. Želiva poudariti, da krivde za ilegalizirano pot ne moremo pripisati migrantkam\_om, temveč strukturnim oviram (tj. rasizmu, globalnim neenakostim).

---

<sup>9</sup> Khosravi, S., nav. delo.

<sup>10</sup> Khosravi, S., nav. delo, str. 67.

<sup>11</sup> Arendt, H.: Izvori totalitarizma, Prevod Zdenke Erbežnik, Patricije Pajon, Polone Glavan, Študentska založba, Ljubljana 2003.

<sup>12</sup> Benhabib, S.: Pravice drugih: Tujci, rezidenti in državljani, prevod Mojce Dobnikar, Založba Krtina, Ljubljana 2010; Agamben, G.: Homo sacer: Suverena oblast in golo življenje, prevod Sama Kutoša, Študentska založba, Ljubljana 2014; Balibar, É.: Mi, državljani Evrope? Meje, država, ljudstvo, Prevod Katarine Rotar, Založba Sophia, Ljubljana 2007.

Na spleti strani *Global Passport Power Rank 2022*<sup>13</sup> si oglejte »lestvico« potnih listov: za vsako državo je naštet, v koliko držav in kam lahko potujejo nje\_i državljanke\_i brez vizumov. Najmanj možnosti za potovanja brez vizumov imajo državljanke\_i Afganistana, Sirije, Iraka, Pakistana, Somalije, Jemna, Palestine, Bangladeša, Severne Koreje, Libije, Eritreje, Irana, Sudana, Etiopije, Konga, Južnega Sudana, Nigerije, Nepala, Libanona, Kosova, Šri Lanke.

Primerjajte to »lestvico« potnih listov s statistiko državljanstva prosilk\_cev za mednarodno zaščito, ki ga najdete na spletni strani Ministrstva za notranje zadeve RS: Kaj opazite?

#### 2.4. »Migranti\_ke in begunci\_ke nas ogrožajo«

Čeprav je zelo razširjena predstava, da nas migranti\_ke in begunci\_ke na različne načine ogrožajo, nam izkušnje s terena pokažejo obratno sliko: policija držav Evropske unije in sistem nadzora migraciji ogrožajo varnost, zdravje in življenje migrantk\_ov zlasti na poti, pogosto pa tudi v državah prihoda. Paradoks je v tem, da ta sistem nadzora ne prinaša več varnosti, ampak obratno, bolj tvegane prehode meje, več smrtih žrtev,<sup>14</sup> več ločenih družin, več policijskega nasilja ter manj statusov begunke\_ca in drugih pravnih statusov, ki omogočajo življenje v določeni državi.

Tovrstno zagotavljanje »varnosti« domačemu prebivalstvu na hrbtih migrantk\_ov imenujemo *varnostizacija*: to je diskurz in sistem ukrepov, ki določeno kategorijo ljudi izključi iz družbe, tako da jo opredeli kot *nevarnost*. V tem diskurzu so migrantke\_i in begunke\_ci portretirani kot grožnja za kulturne vrednote, socialne transferje, javno varnost, zdravje ali trg dela.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> <[www.passportindex.org/byRank.php](http://www.passportindex.org/byRank.php)>

<sup>14</sup> Statistika umrlih na evropskih mejah, ki so najnevarnejše meje na svetu, je naslednja: od 2014 do konca leta 2019 je na teh mejah, vključno s Sredozemskim morjem kot največjim mejnim pokopališčem na svetu, umrlo 20.000 ljudi. Zgolj v letu 2019 je tu življenje izgubilo najmanj 2033 ljudi (1885 v Sredozemskem morju in 148 na evropskih tleh), povprečno je umrlo 6 oseb na dan. Zorn, J.: Nasilne meje, varnostnizacija in kriminalizacija solidarnosti, v: *Socialno delo*, 60 (2021) 2, str. 167-180.

<sup>15</sup> Huysmans, J.: The European Union and the Securitization of Migration, v: *Journal of Common Market Studies*, 38 (2000) 5, str. 751-777.

V spodnjem besedilu so citati iz dveh slovenskih medijev in en napis na jumbo plakatu. Razmislite, k čemu take izjave prispevajo:

- »... denar davkoplačevalcev konča v smeteh: Migranti stran mečejo še zapakirano pripravljeno hrano, kakršne si marsikdo ne more privoščiti!«<sup>16</sup>
- Na jumbo plakatu Slovenske ljudske stranke je narisana zemljevid Slovenije z napisom: »Slovenija ni samo Ahmad«. Na plakatu sta dve imeni – Jože, ob katerem piše 500 evrov, in Ahmad, ob katerem piše 1930 evrov (predvolilni plakat SLS, 2018)<sup>17</sup>.
- »Islamizacija Evrope se lahko zgodi čez noč. Izpolnjuje se moja slutnja!«<sup>18</sup>

Vsi trije citati vzpostavijo ostro delitev med »nami« (ki naj bi bili spodobni, skromni, delavni) in »drugimi« (ki naj bi bili tuji, nevhvaležni, privilegirani). Prvi citat predstavlja migrantke\_te kot grožnjo socialni državi oziroma javnim financam (»našemu denarju«) ter kulturnim vrednotam (škandalozno metanje hrane v smeti). Spodbuja moralno paniko: ker so »drugi« tako zavržni, bo denarja ter drugih virov in dobrin za »nas« zmanjkalo. Podobno jumbo plakat namiguje, da Ahmad Shamieh oziroma posamezna\_i prosilka\_ec za azil vsak mesec dobi 1930 evrov. V resnici dobijo od države zelo nizko žepnino,<sup>19</sup> možnost (oziroma obveznost) bivanja v azilnem domu, osnovne higienske pripomočke in oblačila ter tri obroke na dan.<sup>20</sup> V populističnih medijskih izjavah, kot so zgornje, so migrantkam\_om pripisani iluzorni, neresnični privilegiji in moč spreminjanja kulturnih vzorcev in družbenih odnosov. Temu rečemo *hierarhični obrat*, ko se večinskemu prebivalstvu pripiše ogroženost in pozicijo žrtve, skupinam, ki so dejansko potisnjene na margino in so žrtve strukturnega nasilja, pa se pripisuje moč zatiranja in izkoriščanja.

## 2.5. »Migrantke\_i in begunke\_ci so si same\_i krive\_i, da niso vključene\_i v novo okolje«

Pogosto je opaziti, da je odgovornost za družbeno izključenost in izoliranost napravljena migrantkam\_om in begunkam\_cem samim. Tako je denimo ena od zdravstvenih delavk, ki je sodelovala v terenski raziskavi v Ljubljani, povedala: »[...]nekajkrat sem se srečala z albanskimi ženskami, ki niso znale niti besedice slovensko, zato sem se z

<sup>16</sup> <<https://nova24tv.si/slovenija/crna-kronika/video-tako-denar-davkoplacevalcev-konca-v-smeteh-migranti-stran-mecejo-se-zapakirano-pripravljeno-hrano-kakrsno-si-marsikdo-ne-more-privosciti/>>

<sup>17</sup> <[www.mladina.si/185650/slovenija-ni-samo-joze/](http://www.mladina.si/185650/slovenija-ni-samo-joze/)>

<sup>18</sup> <[www.pomurec.com/vsebina/35694/Soboski\\_skof\\_Stumpf\\_\\_%C2%BBIslamizacija\\_Evrope\\_se\\_lahko\\_zgodi\\_cez\\_noc\\_\\_Izpolnjuje\\_se\\_moja\\_slutnja!%C2%AB\\_>](http://www.pomurec.com/vsebina/35694/Soboski_skof_Stumpf__%C2%BBIslamizacija_Evrope_se_lahko_zgodi_cez_noc__Izpolnjuje_se_moja_slutnja!%C2%AB_>)

<sup>19</sup> Ta žepnina že vrsto let znaša 18 evrov na mesec.

<sup>20</sup> Na tem mestu se ne moremo spuščati v razpravo o tem, kakšna je ta hrana, kakšne obleke lahko dobijo ter nasploh, kakšni so odnosi v azilnem domu. Naj le omenimo, da stanovalke\_ci pogosto poročajo o tem, da se počutijo razčlovečeni, saj imajo občutek, da so reducirani na biološke potrebe, infantilizirani, preslišani in nadzorovani.

njimi zelo težko sporazumevala [...] Ne zdi se mi prav, da ne znajo slovensko, nimajo interesa za integracijo in samo izkoriščajo sistem. Vedo za vse svoje pravice, niso pa jim znane tudi dolžnosti.«<sup>21</sup>

V zgornjem citatu je zdravstvena delavka neznanje slovenskega jezika povezala z nemotiviranostjo za vključevanje v novo okolje in izkoriščanjem družbenih virov. Tak odnos je skladen z neoliberalno logiko individualizirane izbire, ki vidi migrantke v celoti odgovorne, ne le za jezikovne ovire, temveč tudi za neuspešno vključevanje v vse sektorje družbe.<sup>22</sup> Zdravstvena delavka se ne vpraša, s katerimi ovirami se soočajo migrantke v novi družbi, kako živijo ali kakšne možnosti imajo, da se naučijo slovenščine. Temu lahko rečemo *slepota za strukturne ovire* ali hierarhični obrat poziciji moči, ki sva ga že omenili.

## 2.6. »Mnoge\_i begunke\_ci so v resnici ekonomske\_i migranti\_ke«

Prisilke\_ci za mednarodno zaščito so neredko obtožene\_i, da so v resnici ekonomske\_i migrantke\_i. V tem kontekstu pojem ekonomske\_ga migrantke\_a izhaja iz predpostavke, da je mogoče ločiti ekonomske ali prostovoljne od prisilnih migracij<sup>23</sup>.

Pogosto slišimo, da ekonomske\_i migrantke\_i »zlorablajo institut mednarodne zaščite«. Pri tem se pojem »zlorabe« nanaša na širok spekter dejanj, ki variirajo od odsotnosti dokazov o preganjanju do kulturnih nesporazumov in moralnih sodb o vedenju ljudi. Na primer osebe, ki izražajo posttravmatski stresni sindrom, svoje zgodbe pogosto ne predstavijo koherentno, zato jim odločevalke\_ci ne verjamejo in jim izdajo negativno odločbo. »Zlorabe« so obtoženi tudi tisti, ki vložijo prošnjo za mednarodno zaščito v državi, ki si jo sami izberejo (zaradi združevanja z družinskimi člani\_cami, boljših možnosti vključevanja v družbo in drugih razlogov), ne pa v državi, v kateri bi po evropskem begunskem pravu morali (tj. v prvi varni državi).

Avtorici tega poglavja vidiva družbene odnose drugače od dominantne naracije. Migrant\_ke vidiva kot tiste, ki v obstoječem sistemu iščejo možnosti zase in se potegujejo za pravice, ki jim pripadajo, medtem ko nosilce moči (oblast, policijo) vidiva kot tiste, ki lahko zlorablajo svojo družbeno in politično moč za preprečevanje dostopa do virov in pravic. Tak primer je policijsko ločevanje kategorij migrantk\_ov in begunk\_cev z namenom prisilnega vračanja (ang. *push-back*) na slovensko-hrvaški in hrvaško-bosanski meji. To prisilno vračanje je možno zato, ker naj bi policija zagotavljala oboje: na eni strani varovala človekove pravice (omogočala začetek postopka za mednarodno zaščito) in na drugi varovala meje (torej onemogočala prihod migrantk\_ov). Konflikt med pravico do azila in varovanjem meje vlade razrešijo z neživljenjsko delitvijo na dve domnevno ločeni kategoriji: begunke\_ce (ki imajo pravice) in ekonomske migrant\_ke

<sup>21</sup> Zdravstvena delavka v Lipovec Čebren 2021, str. 11: Lipovec Čebren, U.: Language as a trigger for racism: language barriers at healthcare institutions in Slovenia, v: Social sciences, 10 (2021) 4, str. 1-17.

<sup>22</sup> Castañeda, H., Holmes, S. M., Madrigal, D. S., Trinidad Young, M., Beyeler, N., Quesada, J.: Immigration as a Social Determinant of Health, v: Annual Review of Public Health 36 (2015), str. 375-392.

<sup>23</sup> Natančnej problem tega ločevanja opisuje Samo Bardutzky v I. poglavju te knjige.



(ki pravic nimajo). Delitev na ekonomske migrant\_ke in begunke\_ce opravičuje tudi *eksternalizacijo* (pozunanjenje) evropskih meja. Eksternalizacija pomeni, da se evropski nadzor vse bolj širi onstran meja Evropske unije: po balkanski poti do Turčije in v severnoafriške države s ciljem, da se onemogoči prihod migrantk\_ov, ki po omenjeni logiki niso prosilke\_ci za azil. Obenem taka eksternalizacija omogoča državam članicam Evropske unije, da se distancirajo od nasilnih praks nadzora in kršitev človekovih pravic.

## 2.7. »Zaprte\_i so le migrantke\_i, ki so naredile\_i kaznivo dejanje«

V nasprotju s predstavo Evropske unije kot prostora svobode in človekovih pravic so mnoge\_i prosilke\_ci mednarodne zaščite oziroma migrantke\_i globoko razočarane\_i in travmatizirane\_i, ko se znajdejo za rešetkami Centra za tujce v Velikem otoku pri Postojni. O zapiranju v Center za tujce odloča policija, cilj zapiranja naj bi bila deportacija nedržavljan\_k\_ov. Gre za *administrativni* in ne kazenskopravni ukrep, za katerega so značilni nižji standardi varovanja človekovih pravic. Nadzor sodišč pri administrativnem zaporu – detenciji – je minimalen in šele naknaden.

V večini držav Evropske unije detencija oziroma pridrževanje lahko traja do 18 mesecev, medtem ko v Združenem kraljestvu, ZDA in Avstraliji časovne omejitve ni. Formalni razlog za zapiranje oziroma »omejitev gibanja tujca« je »utemeljen sum glede njegove izkazane istovetnosti [...], če obstaja nevarnost, da bo tujec zapustil ozemlje Republike Slovenije«, in sicer za čas, ki je potreben za izvršitev deportacije.<sup>24</sup> Osebe, ki so pridržane, niso naredile nobenega kaznivega dejanja, niso »'krive' za nič drugega kot za svoj 'neavtoriziran' (ilegaliziran) status, kaznovane so le zaradi tega, kar so, ne pa zaradi nekega dejanja«. <sup>25</sup>

Absurdnost zapiranja po zakonu o tujcih oziroma brez sodnih varovalk je bila še zlasti očitna v primeru izbrisanih prebivalcev Slovenije. Čeprav so s svojimi družinami ali sami stanovali v Sloveniji, so mnoge privedli v Prehodni dom in kasneje v Center za tujce z namenom deportacije oziroma pregona zaradi ilegaliziranega statusa. Nekaterim se je uspelo rešiti iz Centra s pomočjo »garantov« ali na druge načine. Njihova ilegalizacija je bila kasneje večkrat prepoznana kot neustavna.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Drugi odstavek 76. člena Zakona o dopolnitvah in spremembah zakona o tujcih RS (ZTuj-2F), Ur. l. RS, št. 57/21, poudarek avtoric.

<sup>25</sup> De Genova, N.: *The Economy of Detainability. Theorizing Migrant Detention*, v: . V: Flynn, Michael; Flynn, Matthew: *Challenging Immigration Detention. Academics, Activists, Policymakers*. London 2016, str. 161.

<sup>26</sup> Kogovšek, N. in druge: *Brazgotine izbrisa: Prispevek h kritičnemu razumevanju izbrisa iz registra stalnega prebivalstva Republike Slovenije*, Mirovni inštitut, Ljubljana 2010.

V migrantskem časopisu *Tukaj smo* ljudje objavljajo tudi svoje izkušnje iz Centra za tujce, med njimi je svojo opisal Amine iz Alžirije. Ob branju spodnjega zapisa razmislite, katere pravice so bile Aminu kršene.

Bil sem v bolnici zaradi poškodbe, ko sem prišel iz bolnišnice, so me vklenili. To so zagotovo zabeležile kamere [v Centru za tujce]. Nato so me štirje policisti odpeljali tja, kjer ni kamer, kjer so me topli. Trije so me držali, en pa mi je zviljal koleno, ki sem ga imel poškodovanega že od prej. Potem sem tega policista odrinil, ker nisem več prenesel bolečine. Potem so me zaprli v samico. Ničesar nisem naredil. Samo odrinil sem policaja, ki mi je povzročal bolečino. Rekel sem jim, da me ne morejo vkleniti v lisice brez razloga. Sploh ne morem verjeti, v kakšnem položaju sem se znašel. Prišel sem v Slovenijo, demokratično državo, in zaprosil za azil, ker sem ogrožen v svoji državi, pa so me samo zaprli, poniževali in mučili. Dobil nisem nobene pomoči. [...] Ujeti smo v nočni mori, pa nihče ne ve, da sploh obstajamo in kaj se nam dogaja.<sup>27</sup>

Zaprti v Centru za tujce poročajo o arbitrarnosti zapiranja, pomanjkanju pravnega varstva in zdravniške oskrbe ter o nasilju in mučenju. Protestirajo s pomočjo gladovnih stavk in samopoškodovanja, saj do sredstev za pritožbo nimajo dostopa oziroma so njihove pritožbe prezrte in kaznovane. Detencija je, enako kot ilegalizacija – ki je njen pogoj – povezana z *občutki ponižanja in razčlovečenja*. Pogosto so v Centru zaprti tudi prosilci za mednarodno zaščito.

V zakonu o tujcih in policijskih naracijah se namesto zapora, kampa, taborišča ali detencije uporabljajo *olepševalni termini*, kot so »omejitev gibanja tujca«, »nastanitev« ali »bivanje« v Centru.<sup>28</sup> Poleg olepševalnih poimenovanj prostorov in praks zapiranja policija teži k temu, da uporablja terminologijo človekovih pravic. Na kritike varuhov človekovih pravic in aktivističnih protirasističnih skupin policija odgovarja z uvajanjem minimalnih izboljšav znotraj vedno bolj utrjenega in normaliziranega sistema zapiranja in mučenja.<sup>29</sup>

## 2.8. »Migranke\_ti in begunke\_ci so nemočne, pasivne žrtve«

...mlada ženska, Kurdinja, na začetku dvajsetih, ki ji je bila vloga za azil zavrnjena, se je dobila s svojo odvetnico, da bi se pripravila za sestanek na oddelku za migracije.

<sup>27</sup> Amine, *Tukaj smo*: Pričevanje iz centra za tujce, 22. decembra 2021, <[www.facebook.com/profile/100032848314182/search/?q=amine](https://www.facebook.com/profile/100032848314182/search/?q=amine)>

<sup>28</sup> 76. člen in 76.a člen Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o tujcih RS.

<sup>29</sup> Obvestilnik Ambasade Rog: Gladovna stavka v Centru za tujce, 25. oktobra 2022, <<https://ambasada-rog.si/>>; Zorn, J.: Od izjeme do norme: Centri za tujce, pridrževanje in deportacije, v: *Časopis za kritiko znanosti* 34 (2006) 226, str. 54-74.

Spremljal sem jo v kavarno, kjer je bila dogovorjena z odvetnico. Ko je odvetnica prišla, je najprej komentirala izgled in oblačila mladenke. Svetovala ji je, naj si odstrani ličila in namesto mini krila raje obleče kavbojke, ker 'ne izgleda kot begunka'.<sup>30</sup>

S tem odlomkom je Shahram Khosravi ilustriral, kakšen izgled se pričakuje od begunk\_cev. Samozavestna begunka, privlačnega izgleda, ki ima denimo za sabo znanstveno kariero in bogato socialno mrežo, se zdi kontradikcija. Od begunk\_cev, če naj bi jim verjeli, da so res begunke\_ci, se pričakuje, da bodo ponižne\_i, hvaležne\_i, pasivne\_i, brez mnenja, brez iniciative, skratka povsem potopljene v vlogo žrtve in v biblično podobo »večnega trpljenja«. Temu pojavu rečemo *viktimizacija*. Skladno s tem tudi v medijih begunke\_ci redko govorijo same\_i o sebi, pogosto namesto njih ali o njih govorijo policistke\_i, novinarke\_ji, aktivistke\_i, raziskovalke\_ci in političarke\_ki.

Nastopanje v vlogi žrtve se pričakuje zlasti v intervjujih, ki so del postopka za mednarodno zaščito. Khosravi je mnoge spremljal na intervjuje kot tolmač in je opazil, kako dobro begunke\_ci poznajo ta pričakovanja in se jim prilagodijo, zato da ne bi ostale\_i brez zaščite. V knjigi je opisal svojo izkušnjo med intervjujem, ko so inšpektorici ob njegovi zgodbi stopile solze v oči, pri čemer je njeno sočutje pojasnil takole: »Očitno sem govoril natanko to, kar se pričakuje od begunca. V mojem pripovedovanju ni bilo veselja, samoiniciativnosti, samoreprezentacije ali individualnosti. Kot sem bil 'poučen', sem se v intervjuju predstavil kot žrtev, brez kulture, prostora, zgodovine.«<sup>31</sup>

Raziskovalka Carolina Moulin<sup>32</sup> o viktimizaciji razmišlja kot o problemu nezdržljivosti svobode in zaščite. Če naj bi begunke\_ci dobile\_i zaščito, se morajo odreči svobodi, zlasti pa ne smejo javno kritizirati postopka za pridobitev mednarodne zaščite, azilnega doma, zapiranja migrantk\_ov in nasploh države gostiteljice. Opozori, da ta napetost med pravico do svobode in pravico do zaščite izvira iz zahteve po hvaležnosti begunk\_cev, ki je del diskurza o migracijah. Moulin tako pokaže, kako je status mednarodne zaščite na ta način bolj podoben darilu kot pravici. Hvaležnost pa vzpostavlja hierarhije med tistim, ki podari status (država) in tistim, ki »darilo« prejme (begunke\_ci).<sup>33</sup>

### 3. Zaključek

Kaj torej otežuje spoštovanje pravic na področju migracij? Na različne sva poskušali pokazati vidike odnosa, ki ga ima večinsko prebivalstvo do begunk\_cev in migrantk\_ov. Ta odnos je pogosto povsem nenamerno in nezavedno prežet z zmotami, netočnimi predstavami, stereotipi in predsodki, ki imajo pogosto rasistične konotacije. Zato sva

---

<sup>30</sup> Khosravi, S., nav. delo, str. 72.

<sup>31</sup> Khosravi, S., nav. delo, str. 72.

<sup>32</sup> Moulin, C.: *Ungrateful subjects? Refugee protests and the logic of gratitude*, v: Nyers, P.; Rygiel, K.: *Citizenship, Migrant Activism and the Politics of Movement*. Routledge, London in New York 2012, str. 54–72.

<sup>33</sup> *Ibid.*

zmote uvodoma umestili v družbeni kontekst rasizma, ki ga razumeva kot kombinacijo odnosov moči, prezira in zlorabe razlik med ljudmi. Rasizem je kompleksen družbenozgodovinski pojav, vpet v institucije, kulturne kode in medosebne odnose. Preko razmisleka o rasizmu in razčlenitvi zmot sva hoteli pokazati, da je potrebno kritično reflektirati odnos, ki ga ima večinsko prebivalstvo do migrantk\_ov in begunk\_cev, saj je to pogoj za ustvarjanje vključujočega in odprtega okolja za vse prebivalke\_ce.

Ena od bistvenih strukturnih ovir za osebe, ki se preselijo ali pribežijo v Slovenijo, je, da so pogoji za pridobitev pravnega statusa v tej državi zelo restriktivni ter dolgotrajni. V taki klimi, v kateri posameznice\_ki živijo v strahu pred zavrnitvijo ali izgubo pravnega statusa ter so nenehno izpostavljene\_i grožnjam ilegalizacije, zapiranja in deportacije, se zmote in predsodki širijo in poglobljajo. In obratno: bolj kot je družba (in s tem zakonodaja) odprta do migrantk\_ov, hitreje in bolj učinkovito jim zagotavlja status ter možnost vključevanja v novo družbo, manj je izkrivljenih predstav in predsodkov.

Kot je bilo že zapisano uvodoma, bi poleg osmih analiziranih zmot lahko našli še mnoge druge, ki pulzirajo v javnosti in sprožajo močne *čustvene* odzive. Med pogostimi zmotami, ki se jih v tem poglavju nisva lotili, je na primer predstava, da največ begunk\_cev in migrantk\_ov prihaja v Evropo (in ne v druge dele sveta). To predstavo je mogoče ovreči že z bežnim pogledom na statistične podatke o migracijah v svetovnem merilu.<sup>34</sup> Zelo trdovratna zмотa je tudi prepričanje, da s povečevanjem števila migrantov\_k in beguncev\_k rastejo primeri kriminalnih dejanj (tatvin, posilstev, umorov), kar je mogoče postaviti pod vprašaj s pregledom policijske statistike v obdobjih prihoda večjega števila migrantov\_k in beguncev\_k na določeno območje. Podobnih predstav, ki črpajo iz varnostnizacijske logike in protipriseljenskega sentimenta, je v slovenski medijski in politični krajini še veliko.

Za konec želiva poudariti še naslednje: čeprav migrantke\_ti in begunke\_ci doživljajo mnoge krivice in strukturne neenakosti, se pogosto soočajo z ilegalizacijo, drugotenjem, z diskurzivnim in fizičnim nasiljem kot tudi s posledicami varnostnizacije in protiimigrantske retorike, niso in nikoli ne bodo *le* žrtve. Ravno zato je ključno, da se izognemo viktimizacijski logiki, s tem pa tudi pokroviteljskemu in lažno emancipatornemu odnosu do migrantk\_ov in begunk\_cev.

<sup>34</sup> Podatki kažejo, da migracije najpogosteje potekajo znotraj iste države, iste regije ali celine, saj se v primeru naravnih katastrof, političnih konfliktov in vojn največ prebivalk\_cev zateče v najbližja varna področja. Po podatkih Karitas Afrika se je več kot polovica afriških migrantk\_ov tako preselila znotraj Afrike, običajno v sosednje države, le četrtina je poskusila priti v Evropo, ostali pa so odšli v Azijo ali Amerike. Glede na statistike Visokega komisariata za begunce ZN se 36 % begunk\_cev nahaja v petih državah, in sicer v Turčiji (3,7 milijonov), Kolumbiji (2,5 milijonov), Nemčiji (2,2 milijona), Pakistanu (1,5 milijonov), Ugandi (1,5 milijonov). Sintesi rapporto immigrazione, Caritas, 2015: <<https://caritasambrosiana.it/Public/userfiles/files/Sintesi%20XXV%20rapporto%20immigrazione.pdf>>; in UNHCR, 2022: <<https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>>.

### III.

## Begunci, osebe brez državljanstva, notranje razseljene osebe

*Samo Bardutzky*

1. Konvencija o statusu beguncev	40
2. Kako razlagati Konvencijo	43
3. Razčlenitev definicije begunca v mednarodnem pravu	44
3.1 Zahteva ŽK, da se begunec nahaja izven države izvora	47
4. Notranje razseljene osebe	47
5. Država reference	49
6. Osebe brez državljanstva	49
6.1. Mednarodnopravno varstvo oseb brez državljanstva	51
6.2. Osebe brez državljanstva kot begunci	53
7. Dvojno državljanstvo in potencialno državljanstvo	53
8. Begunci <i>sur place</i>	54
9. Dostop do države zaščite in izbira države zaščite	56

#### 1. Konvencija o statusu beguncev

Temeljni dokument mednarodnega prava mednarodne zaščite (mednarodnega azilnega prava) je Konvencija o statusu beguncev iz leta 1951 (ŽK). Kot so zapisali komentatorji ŽK, je to *magna carta* tega pravnega področja.<sup>1</sup> Nekdanja pomembna funkcionarka UNHCR Erika Feller ugotavlja, da postavlja ŽK osnovna načela obravnavanja beguncev, kot so:

---

<sup>1</sup> Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 464.

- enako obravnavanje vseh beguncev,
- prepoved vračanja beguncev,
- stroge omejitve izгона beguncev.<sup>2</sup>

Obenem pa Konvencija terja sodelovanje med državami in držav z UNHCR ter od nas zahteva, da se zavemo družbene in humanitarne narave problema beguncev, zaradi česar ne sme priti do napetosti in konfliktov med državami, ki sprejemajo begunce.<sup>3</sup> Uvodoma je bila ŽK strogo teritorialno in časovno omejena, kar še vedno vidimo v besedilu člena 1.A.2, ki se začne z besedami »zaradi dogodkov, ki so se zgodili pred 1. januarjem 1951«, pri čemer je bila dana državam podpisnicam možnost, da to dikcijo razlagajo tako, da se beseda »dogodki« nanaša na dogodke, ki so se zgodili pred 1. januarjem 1951 »v Evropi« ali dogodke, ki so se zgodili pred 1. januarjem 1951 »v Evropi ali drugod«.<sup>4</sup>

Šele Protokol, sprejet leta 1967, je z veljavnostjo za tiste države, ki so ga sprejele, odpravil omejitve glede časovne in teritorialne veljavnosti.<sup>5</sup> S tem je Konvencija postala temelj globalnega sistema zaščite beguncev.<sup>6</sup> Tako Konvencijo kot Protokol je namreč sprejelo 142 držav (v letu 2022 je bilo v Združene narode včlanjenih 193 držav).<sup>7</sup>

Konvencija je strukturirana tako, da v 1. členu definira, kdo je begunec. Ugotovimo lahko, da vsebuje tako pozitivno kot tudi negativno dimenzijo definicije begunca. Določa namreč tako, kakšnim pogojem mora zadostiti oseba, da je v skladu z mednarodnim pravom priznana kot begunec (1.A. člen – pozitivna definicija), kot tudi, kdaj status begunca preneha (1.C) in kdo je, kljub temu da izpolnjuje pogoje iz pozitivne definicije iz statusa begunca, izključen (negativna definicija). Preostali členi Konvencije (z izjemo zaključnih določb) vsebujejo pravice, ki jih uživajo begunci v državi, v kateri so poiskali mednarodno zaščito.

Pravice beguncev so manj raziskano vprašanje oziroma uživajo v primerjavi z delom ŽK, ki vsebuje definicijo (1. člen), manj pozornosti raziskovalcev. Pogosto je to zato, ker begunci v državi, ki prizna njihov status begunca, dobijo pravni status, ki je sicer uveljavljen v njenem pravnem sistemu.<sup>8</sup> Za izčrpen in temeljit pregled upravičenj, ki jih imajo begunci, je poskrbel James C. Hathaway v knjigi *Rights of Refugees in In-*

<sup>2</sup> Feller, E.: *The Evolution of the International Refugee Protection Regime*, v: *Journal of Law & Policy* 5 (2001), str. 132.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Člen 1.B.1. ŽK.

<sup>5</sup> V drugem odstavku 1. člena Protokol določa, da »[z]a namene tega Protokola izraz 'begunec', razen pri uporabi 3. točke tega člena, pomeni vsako osebo, kot je opredeljena v 1. členu Konvencije, če se v drugi točki 1. člena oddelka A izpustijo besede: 'zaradi dogodkov, ki so se zgodili pred 1. januarjem 1951...' in besede: '... kot posledica takšnih dogodkov'. V tretjem odstavku 1. člena pa je določeno, da bodo države Protokol uporabljale »brez kakršnihkoli zemljepisnih omejitev«, torej za cel svet.

<sup>6</sup> Ob tem se moramo zavedati, da še vedno tretjina beguncev na svetu živi v državah, ki niso podpisnice Konvencije oziroma Protokola. Gl. Hathaway, J.: *The Rights of Refugees under International Law*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2021, str. 128.

<sup>7</sup> Le peščica držav je podpisala bodisi zgolj Konvencijo ali pa zgolj Protokol. <[www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf](http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf)>.

<sup>8</sup> V Sloveniji velja po določbi prvega odstavka 92. člena ZMZ-1 odločba o priznanju statusa begunca kot dovoljenje za stalno bivanje.

ternational Law.<sup>9</sup> Njegova analiza pravic beguncev po ŽK temelji na ugotovitvi, da so posamezne pravice vezane na stopnjo povezanosti begunca z državo zaščite. Tako je Hathaway pravice razdelil v pet kategorij.<sup>10</sup>

Najnižja stopnja povezanosti z državo zaščite nastopi, ko je begunec pod jurisdikcijo (oblastjo) države podpisnice Konvencije. Pravice, ki jih ima begunec v razmerju do države, pod katere jurisdikcijo se nahaja, so pravice do enakega obravnavanja (3. člen ŽK), spoštovanja njihove premoženjske in nepremične lastnine (13. člen ŽK), pravica do dostopa do sodišč oziroma sodnega varstva (prvi odstavek 16. člena ŽK), pravice beguncev, kadar pride do omejevanja dostopa do osnovnih dobrin (ang. *rationing*, 20. člen), pravica do izobraževanja (22. člen ŽK), pravice v zvezi z obdavčevanjem (29. člen ŽK), zelo pomembna pravica, da begunec ni vrnjen na območje, kjer mu grozi preganjanje (prepoved vračanja oziroma s strokovnim izrazom francoskega izvora *non-refoulement*) in pogojno posebna pravica v zvezi s pridobivanjem državljanstva (naturalizacija 34. člen ŽK).<sup>11</sup>

Že nekoliko večja stopnja povezanosti begunca z državo zaščite je njegova fizična prisotnost na ozemlju države zaščite, kamor štejemo tudi fizično prisotnost na teritorialnih morjih države zaščite. Beguncem, ki so fizično prisotni na ozemlju države zaščite, pripadajo pravice do svobode vesti oziroma veroizpovedi (4. člen ŽK), pravica, da pridobijo dokumente, s katerimi izkazujejo istovetnost (27. člen ŽK), pravica, da niso kaznovani za kršitev pravil države zaščite ob prehodu meje in prihodu na njeno ozemlje (prvi odstavek 31. člena ŽK) in svoboda gibanja v določenih situacijah (drugi odstavek 31. člena ŽK).<sup>12</sup>

Naslednja, še višja stopnja povezanosti je zakonita ali običajna prisotnost (po Hathawayu *lawful or habitual presence*) na ozemlju države zaščite. Zakonita prisotnost begunca ščiti pred izgonom (ang. *expulsion*, 32. člen ŽK) in mu omogoča uživanje nekoliko širše svobode gibanja po državi zaščite (26. člen ŽK) ter da se samozaposli (18. člen ŽK).<sup>13</sup> Pojem zakonite prisotnosti begunca je dokaj širok, zelo pomembno pa je, da zajema situacijo, ko je begunec v postopku za mednarodno zaščito. Štejemo lahko torej, da je od trenutka, ko izrazi namero, da bo zaprosil za mednarodno zaščito, pa do dokončne oziroma pravnomočne odločitve o priznanju statusa begunca »zakonito prisoten« v državi zaščite.<sup>14</sup>

Za situacijo, ki nastopi, ko je begunec že prejel odločitev organa države zaščite, s katero mu je ta priznala status begunca, v jeziku ŽK uporabljamo izraz, da begunec

---

<sup>9</sup> Hathaway, J.: *The Rights of Refugees under International Law*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2021, str. 128.

<sup>10</sup> *Ibid.*, str. 176-177.

<sup>11</sup> *Ibid.*, str. 181, op. št. 40.

<sup>12</sup> *Ibid.*, str. 193, op. št. 103: Za odgovor na vprašanje, kdaj je oseba fizično prisotna na ozemlju države zaščite, na primer, če se nahaja na obmejnem območju ali na ograji, ki označuje mejo, je za podpisnice EKČP pomembna tudi praksa ESČP, gl. npr. zadevi *Amuur*, št. 19776/92 z dne 25. junij 1996 in *ND in NT proti Španiji*, št. 8675 in 8697/15 z dne 13. februarja 2020.

<sup>13</sup> Hathaway, J.: *The Rights of Refugees under International Law*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2021, str. 197, op. št. 122.

<sup>14</sup> Prim. *ibid.*, str. 198.



v državi zaščite zakonito biva (ang. *lawful stay*). To je torej že skoraj najvišja stopnja povezanosti, ko beguncu pripadajo tudi pravice do zaposlitve in izvajanja poklica (17. in 19. člen ŽK), do dostopa do javnih stanovanj, socialne varnosti ter zaščite, ki jo nudi zakonodaja delovnega prava in socialne varnosti (21., 23. in 24. člen ŽK). Begunec je upravičen tudi do svobode združevanja (15. člen ŽK) in pridobitve listin, s katerimi lahko potuje (28. člen ŽK).<sup>15</sup>

Najvišja stopnja povezanosti med beguncem in državo zaščite nastopi po treh letih bivanja v državi.<sup>16</sup>

## 2. Kako razlagati Konvencijo

ŽK vsebuje številne pomensko odprte pojme, zlasti v definiciji begunca v 1. členu. Od razlage teh pojmov je v vsakem konkretnem primeru odvisno, ali bo nekdo užival zaščito države, v katero se je zatekel, zato je vprašanje, kako metodološko pristopiti k interpretaciji Konvencije, zelo pomembno, usodno za sočloveka.

Pomemben dejavnik je, da ŽK ni predvidela sodnega ali kvazisodnega organa, ki bi denimo sprejemal individualne pritožbe beguncev, ki jim države podpisnice niso priznale statusa begunca, in s tem nadziral pravilno uporabo ŽK v državah podpisnicah in tudi razvijal enotno prakso razlage Konvencije. Po tem se ŽK pomembno razlikuje od pogodb iz mednarodnega prava človekovih pravic (denimo t. i. *core treaties*), ki predvidevajo takšne ali drugačne nadzorne organe.<sup>17</sup>

ŽK predvideva tudi ustanovitev posebne agencije Združenih narodov, Visokega komisariata ZN za begunce (ang. *United Nations High Commissioner for Refugees* s kratico UNHCR) in nalaga podpisnicam obveznost sodelovanja z njim (35. člen ŽK). UNHCR igra pomembno podporno vlogo in prispeva k razvoju razlage ŽK, vendar ne more avtoritativno določiti, kaj je pravilna razlaga ŽK.<sup>18</sup> UNHCR izdaja smernice (ang. *guidelines*),<sup>19</sup> njegov izvršni odbor se do odprtih vprašanj razlage pogosto opredeli v svoji

<sup>15</sup> *Ibid.*, str. 212, op. št. 193. Hathaway v tem sklopu pogojno omenja tudi pravici iz drugega odstavka 7. člena in drugega odstavka 17. člena.

<sup>16</sup> *Ibid.*, str. 216-217.

<sup>17</sup> McAdam, J.: Interpretation of the 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 77. 38. člen ŽK sicer predvideva, da lahko države podpisnice ŽK spor o razlagi ali uporabi ŽK predložijo mednarodnemu sodišču (ang. *International Court of Justice*), vendar se to v praksi ne dogaja tudi zato, ker imajo dostop do sodišča le države podpisnice, ne pa tudi posamezniki. Gl. Hathaway, J., Foster, M.: The Law of Refugee Status. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 3, op. št. 12 in Oellers-Frahm, K.: Article 38 1951 Convention/ Article IV 1967 Protocol, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 1549.

<sup>18</sup> Hathaway, J.: The Rights of Refugees under International Law. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2021, str. 3 in McAdam, J.: Interpretation of the 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 79.

<sup>19</sup> Te so dostopne preko informacijskega portala UNHCR: <[www.refworld.org](http://www.refworld.org)>.

sklepih (ang. *conclusions*),<sup>20</sup> poleg tega UNHCR izdaja priročnik o postopkih in kriterijih za priznanje statusa begunca.<sup>21</sup> Ti dokumenti lahko koristijo odločevalcem in sodnikom, vendar jih formalno ne zavezujejo.

Tako so glavni akterji razlage Konvencije sodišča držav podpisnic, ki v postopkih sodnega varstva preverjajo pravilnost odločitev upravnih organov o priznanju statusa begunca in drugih vprašanih, pri katerih se uporablja Konvencija. Zlasti so zgodovinsko pomembne odločitve sodišč iz držav podpisnic, ki pripadajo anglosaškemu pravnemu krogu. Tudi zaradi jezika se je med sodniki v teh državah razvil mednarodni dialog (Hathaway in Foster govorita o *transnational judicial dialogue*).<sup>22</sup> Sodniki morajo pri razlagi Konvencije slediti uveljavljenim metodam razlage v mednarodnem pravu, ki jih zajema 31. člen Dunajske konvencije o pravu pogodb.<sup>23</sup>

V celinski Evropi je bilo zgodovinsko dialoga med sodniki manj in pristopi držav k razlagi Konvencije in priznavanju statusa begunca so se zelo razlikovali.<sup>24</sup> Bolj usklajen pristop je (vsaj za države članice EU) poskusil doseči zakonodajalec EU s sprejemom Kvalifikacijske direktive (najprej leta 2004, nato pa s spremembami leta 2011). KD določa obvezno razlago pojmov iz Konvencije, ki ji morajo slediti zakonodajalci v državah članicah, ki morajo KD implementirati v domače pravo, in sodniki ter upravni organi držav članic. Seveda pa razlaga pojmov ŽK v KD ne sledi le pravnim metodam razlage: KD je plod (tudi) političnega kompromisa.

### 3. Razčlenitev definicije begunca v mednarodnem pravu

V mednarodnem pravu je to, kdo je begunec, določeno v citirani definiciji iz člena 1.A.2 ŽK. Begunec je oseba,

ki se zaradi dogodkov, ki so se zgodili pred 1. januarjem 1951, in zaradi utemeljenega strahu pred preganjanjem, osnovanem na rasi, veri, narodni pripadnosti, pripadnosti določeni družbeni skupini ali določenem političnem prepričanju, nahaja izven države, katere državljan je, in ne more ali zaradi takšnega strahu noče uživati varstva te države, ali oseba, ki nima državljanstva, in se nahaja izven države, kjer je imela običajno prebivališče, pa se zaradi takšnih dogodkov ne more ali noče zaradi omenjenega strahu vrniti v to državo.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> <[www.unhcr.org/53b26db69.pdf](http://www.unhcr.org/53b26db69.pdf)>.

<sup>21</sup> Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, <[www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html)>.

<sup>22</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 4-5.

<sup>23</sup> *Ibid.*, str. 5. Razlagi Konvencije je posvečeno celo poglavje komentarja ŽK: McAdam, J.: Interpretation of the 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 75-115.

<sup>24</sup> Storey, H.: What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition, v: *International Journal of Refugee Law*, 26 (2014) 2, str. 272-285, str. 282.

<sup>25</sup> Prevod, ki ga je pripravil UNHCR, je dostopen na: <[www.unhcr.org/si/wp-content/uploads/sites/25/2017/06/1951\\_Convention\\_status\\_refugees-svn.pdf](http://www.unhcr.org/si/wp-content/uploads/sites/25/2017/06/1951_Convention_status_refugees-svn.pdf)>.

Pozitivna definicija begunca, kot jo vsebuje 1. A člen ŽK, je precej težko razumljiva za bralca. Ko jo razčlenimo, vidimo, da mora oseba, ki želi dobiti zaščito kot begunec, izpolniti nekaj kumulativnih pogojev: izpolnjene morajo biti vse zahteve, postavljene v pozitivni definiciji. Po naši oceni je definicija begunca na najbolj smiseln in logičen način razčlenjena v delu Jamesa Hathaway in Michelle Foster *The Law of Refugee Status*.<sup>26</sup> Govorimo lahko o analitičnem okvirju, v katerem Hathaway in Foster obravnavata posamezne zahteve, ki jih pred osebo, ki potrebuje zaščito v obliki statusa begunca, postavlja 1. A člen ŽK.<sup>27</sup> Zahteve iz 1. A člena sta Hathaway in Foster razčlenila v naslednje elemente – zahteve, ki morajo biti izpolnjene:

1. begunec se mora **nahajati izven države izvora**, kar bomo obravnavali v podpoglavju »Nahajanje izven države izvora« (v angleškem izvirniku Hathaway in Foster ta element imenujeta *alienage*). To vprašanje, skupaj z vprašanjema, kako pravo obravnava situacije, ko udeleženec prisilnih migracij ne zapusti svoje države, ter kakšen je položaj oseb brez državljanstva, bomo obravnavali v nadaljevanju tega poglavja.

V naslednjem, IV. poglavju bomo pojasnili, kako razumeti besede »utemeljeno pričakovanje, da bo oseba preganjana« iz definicije begunca po ŽK. Skladno z analitičnim okvirjem, ki sta ga razvila Hathaway in Foster, obravnavamo v naslednjem poglavju tri elemente definicije begunca, saj je vprašanje, kaj pomeni »biti preganjan«, analitsko smiselno razdeliti v dva nadaljnja elementa.

2. begunec mora **utemeljeno pričakovati** (da bo preganjan). To bomo obravnavali v podpoglavju »Utemeljeno pričakovanje« (v angleškem izvirniku *well-founded fear*).
3. **resne negativne posledice** (v angleškem izvirniku *serious harm*)
4. **odsotnost zaščite države izvora** (*failure of state protection*)

V poglavju V. se bomo posebej posvetili petemu elementu po analitskem okvirju Hathaway in Foster:

5. preganjanje, ki ga begunec pričakuje, mora biti namreč **vzročno-posledično povezano z osebnimi okoliščinami begunca** (*nexus to civil or political status*).

Teh pet elementov pozitivne definicije bomo obravnavali v tem in naslednjih dveh poglavjih. Hathaway in Foster v svojem delu kot šesti element definicije begunca po ŽK obravnavata tudi razloge, iz katerih oseba ni upravičena do statusa begunca bodisi ker zaščite ne potrebuje več (ang. *persons no longer needing protection*) bodisi si zaščite ne zasluži (ang. *persons not deserving protection*). Ta pravila so določena v preostalih odstavkih 1. člena ŽK, in ti dve vprašanji bosta obravnavani posebej v VI. poglavju knjige.

<sup>26</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016.

<sup>27</sup> Pravzaprav je James Hathaway izvirno ta analitični okvir razvil sam v prvi izdaji knjige *The Law of Refugee Status* iz leta 1991 (Hathaway J.: *The Law of Refugee Status*. 4. izdaja, Butterworths, 1991), vendar pa je v petindvajsetih letih prišlo do pomembnih korakov v razvoju mednarodne sodne prakse. Med drugim so različna sodišča Hathawayeva stališča iz 1991 pogosto sprejela in na njih gradila svoje odločitve. Tako Hathaway in Foster opozarjata, da se je s tem spremenilo tudi razumevanje šestih elementov definicije begunca (gl. Hathaway, J., Foster M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 13).

V analitičnem okvirju, ki sta ga postavila Hathaway in Foster, bomo obravnavali določena vprašanja, ki jih pri posameznih elementih odpirata tudi ta dva avtorja.<sup>28</sup> Vendar bo naš fokus nekoliko drugačen. Monografija, namenjena bralcem v državi članici Evropske unije, mora namreč v prvi vrsti obravnavati veljavno pravo Evropske unije, zlasti seveda v pošteved pride KD. Vseeno nam bodo zaključki in stališča Hathawaya in Foster, ki temeljijo po eni strani na rigorozni analizi sodne prakse sodišč, ki razlagajo ŽK, zlasti vrhovnih sodišč iz anglosaškega pravnega kroga, po drugi strani pa na dosledni doktrinarni razlagi ŽK kot vira mednarodnega prava, prežeti z zavedanjem, da ŽK obstaja v kontekstu mednarodnega prava človekovih pravic, velikokrat v oporo, ko se bo treba kritično opredeliti do rešitev evropskega zakonodajalca. Koncepte in vprašanja pravilne razlage definicije begunca po ŽK poskušamo pojasniti tudi s primeri iz sodne prakse Upravnega sodišča RS in Vrhovnega sodišča.

Vedno moramo namreč imeti pred očmi, da se je Evropska unija kljub temu, da sama ni podpisnica ŽK, v primarnem pravu zavezala, da bo njena »skupna politika o azilu, subsidiarni zaščiti in začasni zaščiti... v skladu z Ženevsko konvencijo z dne 28. julija 1951 in Protokolom z dne 31. januarja 1967 o statusu beguncev ter drugimi ustreznimi pogodbami.«<sup>29</sup> Poleg tega so vse države članice EU podpisnice ŽK in Protokola, tako da zanje veljajo vse mednarodnopravne obveznosti, ki izhajajo iz teh mednarodnih pogodb.

Dodati moramo, da je definicija begunca v ŽK napisana tako, da se šteje, da je oseba, ki izpolnjuje pogoje iz pozitivne definicije, hkrati pa niso podani razlogi, da bi ga iz definicije begunca izključili, begunec v trenutku, ko izpolnjuje te pogoje, in ne šele, ko je to ugotovljeno z odločbo (pravnomočno, dokončno) državnega organa države zaščite.<sup>30</sup> Kot je to jasno opredelil UNHCR:

28. Oseba je begunec v smislu Konvencije iz leta 1951 takoj, ko izpolni kriterije, ki jih vsebuje definicija. Do tega nujno pride še pred točko v času, ko je njegov status begunca formalno priznan. Priznanje njegovega statusa begunca tako iz osebe ne naredi begunca, temveč ga razglasi za begunca (ang. *declares him to be one*). Oseba ne postane begunec zaradi priznanja statusa begunca, temveč je priznan kot begunec, ker je begunec.<sup>31</sup>

Ali z besedami preambule h Kvalifikacijski direktivi, »[p]riznanje statusa begunca je ugotovitveni akt«.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Npr. Hathaway in Foster prepričljivo utemeljita, zakaj je potrebno vprašanje 'notranje alternative zaščite' obravnavati v okviru vprašanja odsotnosti državne zaščite. *Ibid.*, poglavje 4.3.1.

<sup>29</sup> 1. odstavek 78. člena PDEU. Gl. tudi 18. člen Listine EU o temeljnih pravicah ter 2. in 3. uvodno izjavo preambule h KD. Sodišče EU zavezanost EU k spoštovanju ŽK potrdi v zadevi *Salahadin Abdulla in drugi* (C-175/08, veliki senat) z dne 2. marca 2010

<sup>30</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 25.

<sup>31</sup> *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, <[www.unhcr.org/publications/legal/5ddfc4c47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfc4c47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html)> (prevod S. B.), str. 17.

<sup>32</sup> Uvodna izjava 21. Podoben jezik (»*declaratory nature*«) uporabljata Zimmermann in Mahler: Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 299.

### 3.1 Zahteva ŽK, da se begunec nahaja izven države izvora

Zahteva v definiciji begunca po ŽK, da se mora ta nahajati izven države izvora, je tesno povezana z notranjo logiko ideje mednarodne zaščite kot 'surogatne zaščite'.<sup>33</sup> Mednarodna zaščita, tj. zaščita, ki jo nudijo druge države, torej ne države državljanstva, pride v mednarodnem azilnem pravu v poštev, ko oseba ni več pod jurisdikcijo svoje države. Primarno je namreč zaščita državljana obveznost in odgovornost države državljanstva.

S tem v zvezi pa se odpre nekaj vprašanj, ki jih bomo obravnavali v nadaljevanju poglavja:

- kakšen je položaj oseb, ki so morale zapustiti svoj dom zaradi pričakovanja, da jih bodo doletele negativne posledice, vendar niso zapustili svoje države? (notranje razseljene osebe, podpoglavje 4.)
- ko govorimo o državi državljanstva begunca, ki je zapustil svojo državo in zaščito išče v tuji državi, se lahko zastavi vprašanje, katera točno je ta država. Govorimo o »državi reference«,<sup>34</sup> saj si bomo v konkretnem primeru, v katerem moramo odločiti, ali je oseba begunec ali ne, naslednja vprašanja (npr. ali ji je bila na voljo zaščita lastne države?) zastavili v zvezi z državo reference (podpoglavje 5.)
- ŽK v definiciji begunca omenja ne le osebe z državljanstvom, temveč tudi osebe, ki niso državljani nobene države. Kako to razumeti v kontekstu logike mednarodne zaščite kot surogatne zaščite? (osebe brez državljanstva, podpoglavje 6.)
- že ŽK predvideva situacijo, ko begunec nima državljanstva le ene, temveč dveh (ali več držav). Kako torej ravnati v primeru dvojnega državljanstva ali v situaciji, da ima begunec možnost pridobiti še eno državljanstvo? (podpoglavje 7.)
- ali predstavlja zahteva po nahajanju izven države izvora težavo za osebo, ki sicer utemeljeno pričakuje, da bo preganjana, vendar se v trenutku, ko to pričakuje, že nahaja izven svoje države oziroma v državi, na katero se obrne po zaščito? (begunci *sur place*, podpoglavje 8.)
- kako je z dostopom do države, v kateri želi begunec poiskati zaščito? Ali si lahko begunec izbere, v kateri državi bo poiskal zaščito? (podpoglavje 9.)

## 4. Notranje razseljene osebe

Zahteva iz definicije begunca po ŽK, da se mora oseba, da bi bila begunec, nahajati izven države državljanstva oziroma običajnega prebivališča, pomeni, da obstaja cela skupina udeležencev migracij, ki bi jih po kategorizaciji, ki smo jo vzpostavili v uvodnem poglavju, uvrstili v 'prisilne' migracije, a po razumevanju v mednarodnem pravu niso be-

<sup>33</sup> Gl. uvodno poglavje. Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 441.

<sup>34</sup> Hathaway, J., Foster M.: The Law of Refugee Status. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 49.

gunci. Gre torej za osebe, ki so prisiljene migrirati, saj bežijo pred nasiljem in kršitvami človekovih pravic, a pri tem ne prečkajo državne meje. Ostanejo torej v svoji državi, naselijo se denimo v drugi regiji, kjer jim nasilje ne grozi.<sup>35</sup> V vsakdanjem jeziku bi tudi zanje uporabili izraz 'begunci', vendar se ne sklada z definicijo begunca po mednarodnem pravu. Za te osebe se je tako uveljavil izraz »notranje razseljene osebe« (ang. *internally displaced persons, IDP*). UNHCR je leta 2022 navajal podatek, da je konec leta 2021 po svetu živelo 53,2 milijona notranje razseljenih oseb.<sup>36</sup> V Etiopiji je razseljenih oseb več kot 5 milijonov, v Siriji in Mjanmaru pa skoraj pol milijona.<sup>37</sup> Pogosto postane situacija notranje razselitve tako rekoč trajna, ko se notranje razseljene osebe ne morejo vrniti na svoje domove zaradi dlje časa trajajočega konflikta, okupacije dela njihove države ipd.<sup>38</sup>

Skladno z logiko subsidiarnosti mednarodne zaščite pridemo do ugotovitve, da je zaščita notranje razseljenih oseb predvsem odgovornost države, v kateri so (oziroma države njihovega državljanstva ali običajnega prebivališča) in da mednarodna zaščita ne pride v poštev.<sup>39</sup> To lahko zlasti trdimo za strogo pravni vidik zaščite, medtem ko mednarodna skupnost odgovorni državi pomaga predvsem materialno, finančno in organizacijsko. Skladno s tem se razvija tudi vloga UNHCR, ki državam pomaga vzpostaviti primeren okvir za zagotavljanje pravic notranje razseljenih oseb.<sup>40</sup> Obenem se moramo zavedati, da je lahko tudi zelo nevarno, če bi denimo mednarodna skupnost (države, v katere bi se notranje razseljene osebe lahko zatekle) vztrajala pri tem, da osebe ostanejo notranje razseljene osebe (in ne zapustijo svoje države), ko v svoji državi niso varne.<sup>41</sup>

S tem je vsebinsko povezano vprašanje, ki se lahko zastavi, ko oseba poišče zaščito izven svoje države, ko torej njena prisilna migracija postane čezmejna. Takrat, torej v postopku za pridobitve mednarodne zaščite, se lahko pojavi vprašanje, ali je tej osebi morda na voljo zaščita v njeni državi izvora, vendar v določeni regiji oziroma delu države. To vprašanje v nadaljevanju obravnavamo v okviru koncepta notranje alternative zaščite (ang. *internal protection alternative*).<sup>42</sup>

---

<sup>35</sup> Npr. državljani Gruzije, ki so pobegnili pred nasiljem v konfliktech med leti 1991 in 1993, ko sta se po razglasitvi neodvisnosti Gruzije od te države poskusili odcepiti Južna Osetija in Abhazija. Večina notranje razseljenih oseb iz Južne Osetije se je nato naselila v gruzinski prestolnici Tbilisi. <[www.unhcr.org/4ad827f59.pdf](http://www.unhcr.org/4ad827f59.pdf)>, str. 10.

<sup>36</sup> <[www.unhcr.org/internally-displaced-people.html](http://www.unhcr.org/internally-displaced-people.html)>. Obenem UNHCR ocenjuje, da je bilo beguncev na svetu 21,3 milijona, <[www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html](http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html)>.

<sup>37</sup> Vir za te podatke je organizacija Internal Displacement Monitoring Centre, ki je v globalnem poročilu za leto 2022 sicer ocenila, da je na svetu približno 38 milijonov notranje razseljenih oseb, od tega 14,4 milijona kot posledica konflikta in 23,7 kot posledica naravnih nesreč. To poročilo še ni zajelo podatkov o Ukrajini, kjer je bilo avgusta 2022 osem milijonov notranje razseljenih oseb. Gl. <[displacement.iom.int/reports/ukraine-internal-displacement-report-general-population-survey-round-8-17-23-august-2022](https://displacement.iom.int/reports/ukraine-internal-displacement-report-general-population-survey-round-8-17-23-august-2022)>.

<sup>38</sup> <[www.unocha.org/sites/unocha/files/Breaking-the-impasse.pdf](http://www.unocha.org/sites/unocha/files/Breaking-the-impasse.pdf)>, str. 15.

<sup>39</sup> Gl. Goodwin-Gill, G., McAdam, J.: *The Refugee in International Law*. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2021, ki kot razloga za primarno odgovornost države državljanstva navedeta suverenost in načelo neinterveniranja, ter predstavi neuspešne poskuse, da bi sistem mednarodne zaščite razširili tudi na notranje razseljene osebe (str. 30-31).

<sup>40</sup> *Ibid.*, str. 31-39.

<sup>41</sup> Na to opozarjata Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 19.

<sup>42</sup> IV. poglavje te knjige.



## 5. Država reference

Zato je prvo vprašanje, ki se nam zastavi, ko begunec išče zaščito izven države svojega državljanstva: katera država pa je tista, zaradi katere potrebuje begunec subsidiarno, mednarodno zaščito? S tem se sprašujemo tudi, v katero državo bi se begunec moral vrniti, če ne dobi mednarodne zaščite (države bodo praviloma sprejele svoje državljane, ki jih druga država odstrani s svojega ozemlja). Kot bomo videli, tudi besedi »biti preganjan« v definiciji begunca v ŽK razumemo kot kombinacijo možnosti nastanka resne škode na eni strani in odsotnost državne zaščite na drugi strani. S tem v zvezi moramo seveda vedeti – odsotnost zaščite katere države? Tako je vprašanje, ki si ga zastavljamo v okviru razprave o nahajanju izven države izvora: katera je 'država reference', torej tista država, izven katere se nahaja begunec in je nato relevantna za vsa ostala vprašanja, pomembna za odločitev o njegovem statusu.<sup>43</sup>

V kontekstu ŽK je »država« lahko le država, ki podeljuje državljanstvo.<sup>44</sup> To moramo imeti v mislih, da lahko zavrnemo poskuse, da bi kot 'državo reference' upoštevali denimo Kurdsko avtonomno regijo, Republiko Srbsko ali celo misijo Združenih narodov (demino *United Nations Mission in Kosovo* – UNMIK), kar se občasno pojavi v praksi sodišč. Res je, da tudi sposobnost podeljevanja državljanstva ni povsem črno-bela značilnost »prave« države. Pomislimo lahko denimo na Slovenijo v okviru SFRJ, ki je tudi kot ena od republik poznala institut republiškega državljanstva.<sup>45</sup> Morda je treba dodati, da je »država« v smislu ŽK država le, če je sposobna nuditi učinkovito zaščito in je k temu tudi mednarodnopravno zavezana.

## 6. Osebe brez državljanstva

Definicija begunca po ŽK izrecno omenja tudi »osebo, ki nima državljanstva« in tako omogoča dostop do statusa begunca tudi osebam brez državljanstva (ang. *stateless persons*).<sup>46</sup> Biti brez državljanstva je izrazito težek, celo nevzdržen pravni položaj, saj človek nima zanesljive pravne vezi z nobeno državo. To mu onemogoča izvrševanje ne le političnih pravic (npr. volilne), temveč pogosto tudi cele vrste drugih pravic, ki so lahko v pravnem redu vezane na državljanstvo, denimo dostop do izobraževanja, zdravstvenega varstva ali sistemov socialne varnosti. Hitro se lahko zgodi tudi, da nima

<sup>43</sup> Gl. tak primer v sodbi Upravnega sodišča, št. I U 1312/2017-6 z dne 14. decembra 2017, kjer se je sodišče spustilo v analizo nigerijskega prava državljanstva, da bi ugotovilo, v odnosu na katero državo je treba presoјati potrebo po mednarodni zaščiti.

<sup>44</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 53, ki navajata avstralsko sodno prakso: Zvezno sodišče Avstralije, zadeva *Tjhe Kwet Koe proti Minister for Immigration and Ethnic Affairs* (1997), št. 78 FCR 289.

<sup>45</sup> Osnovne informacije o tem so v sklopu podpoglavja o izbrisanih prebivalcih Slovenije in zadevi *Kurić in ostali* v XV. poglavju te knjige.

<sup>46</sup> V slovenščini se je v preteklosti uporabljal tudi izraz »apatrid« (sestavljena iz latinskih besed, ki bi jo lahko prevedli »brez domovine«), vendar ga je nadomestil izraz 'oseba brez državljanstva'.



pravice bivati na ozemlju nobene države oziroma državni organi njegovo bivanje le 'tolerirajo', ne da bi se lahko oprl na pravico bivati na ozemlju svoje države, kot jo imajo državljani.

Do položaja, v katerem je oseba brez državljanstva, lahko pride iz najrazličnejših razlogov oziroma na najrazličnejše načine. Lahko gre za neugodno posledico hkratnega delovanja pravnih pravil dveh držav (denimo, da se rodi otrok staršema, katerih država državljanstva upošteva strogo načelo *ius soli*, kar pomeni, da dobijo državljanstvo le otroci, rojeni na ozemlju države; vendar pa družina v trenutku rojstva otroka biva na ozemlju države s pravom državljanstva, utemeljenem na strogem načelu *ius sanguinis*, torej dobijo državljanstvo z rojstvom le otroci oseb, ki so že državljani). Posebne situacije se pogosto nanašajo na ženske: nekatere države ženskam, ki se poročijo s tujcem, avtomatično odtegnejo državljanstvo. Če ženska ne pridobi državljanstva države moža, ostane brez državljanstva. Pravo lahko denimo določa tudi, da po poteku časa državljanstvo osebe, ki se je preselila v tujino, avtomatično preneha. Pogosto pa pride do izgube državljanstva določenih oseb tudi z razpadom držav, katerih državljani so, ustanovitvijo novih držav itn.<sup>47</sup> Pogosto je vzrok za nastanek tega pravnega položaja tudi (namerno) zapleten, drag in zahteven postopek pridobivanja državljanstva, ali pa tudi diskriminacija do pripadnikov določenih skupin.<sup>48</sup> V situaciji, v kateri nimajo državljanstva, se lahko znajdejo tudi velike skupine ljudi, denimo pripadniki določene etnične skupnosti.<sup>49</sup>

Logika subsidiarnosti mednarodne zaščite, ki jo pogosto navajamo, bi nas tu lahko vodila do zaključka, da so osebe brez državljanstva samodejno begunci. Če namreč nimajo države, ki bi jim nudila zaščito, bi bilo torej logično, da lahko zahtevajo mednarodno zaščito. Lahko bi celo rekli, da begunci, ki so državljani neke države, uživajo njeno zaščito le *de iure*, ne pa tudi *de facto*, medtem ko za osebe brez državljanstva ne moremo trditi niti, da uživajo zaščito *de iure*.

Vendar temu ni tako: oseba brez državljanstva ni kar avtomatsko begunec. Razlog za to je v zgodovinskem razvoju instrumentov zaščite beguncev in oseb brez državljanstva. Zgodovinsko gledano je ŽK nastajala v kontekstu, v katerem so države želele vzpostaviti režim zaščite tako beguncev (ki imajo državljanstvo, a utemeljeno pričakujejo preganjanje v državi državljanstva) kot tudi oseb brez državljanstva. Vendar pa so se države odločile, da bodo vprašanje zaščite oseb brez državljanstva reševale v ločenem dokumentu.<sup>50</sup> Nastal je vzporedni mednarodnopravni režim varstva oseb brez državljanstva.

---

<sup>47</sup> Gl. poglavje o pravici do zasebnega življenja.

<sup>48</sup> Za natančnejši prikaz razlogov in tudi praks, s katerimi se poskuša razloge odpraviti, gl. 3. poglavje v <[archive.ipu.org/pdf/publications/nationality\\_en.pdf](http://archive.ipu.org/pdf/publications/nationality_en.pdf)>.

<sup>49</sup> Nabor primerov s celega sveta, vključno s prikazom poskusov rešiti situacijo, je v publikaciji UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Good Practices Paper - Action 1: Resolving Existing Major Situations of Statelessness, 16. avgust 2022, <[www.refworld.org/docid/54e75a244.html](http://www.refworld.org/docid/54e75a244.html)>.

<sup>50</sup> Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 461; Goodwin-Gill, G., McAdam, J.: The Refugee in International Law. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2021, str. 2; <[legal.un.org/avl/pdf/ha/cssp/cssp\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cssp/cssp_e.pdf)>.

## 6.1. Mednarodnopravno varstvo oseb brez državljanstva

Kot ključna gradnika tega sistema razumemo spodaj obravnavani konvenciji, ki sta nastali v okviru Združenih narodov. Vendar je v mednarodnem pravu (delno pa tudi na regionalnem, evropskem nivoju) še več dokumentov, ki so relevantni za reševanje težav oseb brez državljanstva, denimo Evropska konvencija o državljanstvu.<sup>51</sup>

### 6.1.1. Konvencija o statusu oseb brez državljanstva (1954)

Leta 1954 je bila sprejeta Konvencija o statusu oseb brez državljanstva.<sup>52</sup> Njena zgradba je v marsičem podobna ŽK, saj prav tako vsebuje definicijo osebe brez državljanstva v mednarodnem pravu – to je »oseba, ki je po svojem pravu nobena država ne šteje za svojega državljana«,<sup>53</sup> in nato katalog pravic, ki pripadajo osebam brez državljanstva. Konvencija ne vsebuje določbe, ki bi državam podpisnicam nalagala obveznost, da osebam brez državljanstva podelijo državljanstvo, temveč jih le spodbuja, naj se potrudijo osebam brez državljanstva olajšati pridobitev državljanstva (naturalizacijo), pospešijo postopke naturalizacije, znižajo stroške teh postopkov (32. člen Konvencije iz leta 1954).<sup>54</sup>

Splošno pravilo glede pravic, ki jih priznava Konvencija osebam brez državljanstva, pa je, da morajo biti obravnavane vsaj enako (in ne slabše) kot drugi tujci, če že ne boljše (na primer v zvezi s svobodo veroizpovedi morajo biti obravnavani enako kot državljani<sup>55</sup>). Izenačevanje z drugimi tujci literatura sicer kritizira kot precej nizek standard.<sup>56</sup> S pristopom zagotavljanja enakih pravic, kot jih imajo sicer tujci, je povezana tudi določba drugega odstavka 7. člena Konvencije, da se po treh letih bivanja v državi podpisnici za uveljavljanje pravic osebe brez državljanstva preneha zahtevati vzajemnost oziroma reciprociteta – tj. pravilo, po katerem država prizna državljanom druge države neko pravico le, če jih ta druga država priznava tudi njenim državljanom. Zah-

<sup>51</sup> Pregled nabora dokumentov s področja državljanstva je v Tratnik, M.: Pravo državljanstva. GV Založba, 2018, 4. poglavje. Prikaz razvoja pomena državljanstva v mednarodnem pravu je v Foster, M., Lambert, H.: International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons. Oxford University Press, Oxford 2019, str. 77.

<sup>52</sup> Zbirka pogodb ZN 360, str. 117. Za Slovenijo gl. Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo (Ur. l. RS, št. 35/1992).

<sup>53</sup> Navajamo prevod po Bajt, V., Kogovšek Šalamon, N.: Brezdržavljskost v Sloveniji, <[ojs.zrc-sazu.si/two-homelands/article/view/10822/9974](https://ojs.zrc-sazu.si/two-homelands/article/view/10822/9974)>, str. 8. V angleščini se definicija osebe brez državljanstva (*stateless person*) glasi “

»a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law.« (1. člen Konvencije iz leta 1954). V ZTuj-2 (2. točka 2. člena) je oseba brez državljanstva definirana podobno kot »tujec, ki ga nobena država v skladu s svojimi pravnimi akti nima za svojega državljana«. Običajno definicijo iz Konvencije razumemo kot definicijo *de iure* osebe brez državljanstva, medtem ko v literaturi obstaja še koncept osebe brez državljanstva *de facto*. Gl. Edwards, A., Van Waas, L.: Statelessness, v: Fiddian-Qasmiyeh, E., Loescher, G., Long, K., Sigona, N.: The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies. Oxford University Press, Oxford 2014, str. 296.

<sup>54</sup> <[www.refworld.org/pdfid/4cad88292.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/4cad88292.pdf)>, str. 5.

<sup>55</sup> 4. člen Konvencije iz leta 1954.

<sup>56</sup> Edwards, A., Van Waas, L.: Statelessness, v: Fiddian-Qasmiyeh, E., Loescher, G., Long, K., Sigona, N.: The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies. Oxford University Press, Oxford 2014, str. 293.

teva po reciprociteti je lahko za osebe brez državljanstva namreč zelo težavna in tudi krivična.<sup>57</sup>

Konvencijo iz leta 1954 lahko s procesnega vidika razumemo zelo podobno kot ŽK; ker zagotavlja osebam, za katere se ugotovi, da so osebe brez državljanstva, določene pravice, bi bilo potrebno izvajati postopke, v katerih bi države podpisnice Konvencije iz leta 1954 ugotovile, ali je konkretna oseba, ki je pod njihovo jurisdikcijo, oseba brez državljanstva.<sup>58</sup> Tej ugotovitvi bi podobno kot pri ŽK sledilo priznanje statusa osebe brez državljanstva; ni težko prepoznati ironičnosti sistema, ki osebe brez državljanstva varuje predvsem tako, da uradno potrdi, da so res osebe brez državljanstva.<sup>59</sup> Vendar pa le peščica držav izvaja postopke za priznanje statusa (ang. *statelessness status determination*).<sup>60</sup> Tudi Slovenija, ki je leta 1992 ratificirala Konvencijo iz leta 1954, takšnega postopka nima.<sup>61</sup> Dejstvo, da je nekdo oseba brez državljanstva, bodo naši upravni organi ugotavljali v okviru drugih postopkov, denimo če oseba brez državljanstva zaprosi za potni list za tujca (prvi odstavek 98. člena ZTuj-2).

#### 6.1.2. Konvencija o zmanjšanju števila oseb brez državljanstva (1961)

Če je namen Konvencije iz leta 1954 zagotoviti osebam brez državljanstva nabor osnovnih pravic, pa je namen Konvencije o zmanjšanju števila oseb brez državljanstva (ang. *Convention on the Reduction of Statelessness*) iz leta 1961 vzpostaviti pravila, ki bodo v končni posledici vodila do tega, da bo imelo več prebivalcev našega planeta državljanstvo.<sup>62</sup> S tem naj bi tudi zaživela določba prvega odstavka 15. člena sicer pravno nezavezujoče Splošne deklaracije o človekovih pravicah, po kateri ima vsakdo pravico do državljanstva.<sup>63</sup> Konvenciji iz leta 1954 in iz leta 1961 sta osrednja dokumenta mednarodnega prava za varstvo oseb brez državljanstva oziroma varstvo človeških bitij pred »brezdržavljskostjo«, pri čemer je pomembna razlika med njima, da je konvencijo iz leta 1954 ratificiralo skoraj 150 držav (tudi Slovenija), medtem ko je konvencija iz leta 1961 bistveno manj sprejeta (55 držav, med katerimi ni Slovenije).<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> Več o tem gl. *Convention relating to the Status of Stateless Persons: Its History and Interpretation*. A commentary by Nehemiah Robinson, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, 1955, <[www.unhcr.org/publications/legal/3d4ab67f4/convention-relating-status-stateless-persons-its-history-interpretation.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4ab67f4/convention-relating-status-stateless-persons-its-history-interpretation.html)>, str. 22.

<sup>58</sup> *Ibid.*, str. 11.

<sup>59</sup> Goodwin-Gill, G.: *Convention Relating to the Status of Stateless Persons*, <[legal.un.org/avl/pdf/ha/cssp/cssp\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cssp/cssp_e.pdf)>, str. 2.

<sup>60</sup> Edwards, A., Van Waas, L.: *Statelessness*, v: Fiddian-Qasimiyeh, E., Loescher, G., Long, K., Sigona, N.: *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford University Press, Oxford 2014, str. 297.

<sup>61</sup> O brezdržavljskosti v Sloveniji gl. sicer Bajt, V., Kogovšek Šalamon, N.: *Brezdržavljskost v Sloveniji*, <[ojs.zrc-sazu.si/twohomelands/article/view/10822/9974](http://ojs.zrc-sazu.si/twohomelands/article/view/10822/9974)>.

<sup>62</sup> Zbirka pogodb ZN 989, str. 175.

<sup>63</sup> Edwards, A., Van Waas, L.: *Statelessness*, v: Fiddian-Qasimiyeh, E., Loescher, G., Long, K., Sigona, N.: *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford University Press, Oxford 2014, str. 294.

<sup>64</sup> *Ibid.*, str. 295-6.

## 6.2. Osebe brez državljanstva kot begunci

To, da je nastal v mednarodnem pravu ločen sistem varstva, namenjen osebam brez državljanstva, in to, da dejstvo, da oseba nima državljanstva nobene države, ne pomeni samodejno, da je begunka, pa tudi ne pomeni, da oseba brez državljanstva ne more biti begunka.

Tudi osebi brez državljanstva se lahko namreč prizna status begunca, če utemeljeno pričakuje, da bo preganjana v državi, v kateri ima oziroma je imela običajno prebivališče (ang. *habitual residence*), kar predvideva že definicija begunca iz 1. člena ŽK, pa tudi definicija osebe, upravičene do subsidiarne zaščite (člen 2(f) KD). Vlogo, ki jo ima pri presoji upravičenosti do statusa begunca v primeru državljana, ki ima državljanstvo neke druge države, država njegovega državljanstva, ima tako v primeru osebe brez državljanstva država, kjer je imel prej običajno prebivališče. To je v njegovem konkretnem primeru 'država reference'.<sup>65</sup>

Pri presoji, katero državo štejemo za državo prejšnjega običajnega prebivališča, gre predvsem za presojo dejstev, pri katerih je pravni status begunca v državi, kjer je bival, manj pomemben.<sup>66</sup>

## 7. Dvojno državljanstvo in potencialno državljanstvo

Drugi stavek člena 1.A.2 ŽK vsebuje pojasnilo, kako moramo razumeti besedno zvezo »države, katere državljan je« iz pozitivne definicije begunca, kadar gre za osebo, ki ima več kot eno državljanstvo. Do takšne situacije lahko pride iz več razlogov, denimo ker sta starša osebe državljana različnih držav, pravo vsake od teh držav pa predvidi, da dobi otrok, ki ima vsaj enega starša državljana, tudi sam državljanstvo. V taki situaciji se šteje za državo državljanstva vsaka od držav, katerih državljanstva ima begunec. Oseba ne velja za »nezaščiten s strani države svojega državljanstva« (in s tem upravičena do mednarodne zaščite), »če brez veljavnega razloga, ki temelji na utemeljenem strahu, ni pripravljena sprejeti zaščite ene od držav, katerih državljanstvo ima«. To nas spet spomni na surogatni značaj mednarodne zaščite! Pozorni pa moramo biti, da drugo državljanstvo ni le »na papirju«, prosilcu mora biti v državi drugega državljanstva na voljo dejanska učinkovita zaščita.<sup>67</sup>

Kaj pa situacija, v kateri begunec sicer nima več kot enega državljanstva, vendar pa obstaja možnost, da pridobi državljanstvo druge države? Primer bi bili lahko državljan Severne Koreje, ki lahko takoj pridobijo državljanstvo Južne Koreje, če želijo, da jih ta

<sup>65</sup> Po stališču Foster in Lambert lahko v primeru oseb brez državljanstva dikcijo »država prejšnjega običajnega prebivališča« razlagamo tudi širše kot pojem »država državljanstva« in lahko pokriva tudi manjše dele države, regije, paradržavne tvorbe, ki niso nujno priznane kot države. Foster, M., Lambert, H.: *International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons*. Oxford University Press, Oxford 2019, str. 133.

<sup>66</sup> *Ibid.*, str. 138.

<sup>67</sup> *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, <[www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html)>, str. 107.

država zaščiti.<sup>68</sup> Zakonodajalec EU je s tem v zvezi v 4. členu KD o »obravnavanju dejstev in okoliščin« vtaknil določbo, po kateri se pri obravnavi prošnje (za status begunca oziroma subsidiarno zaščito!) upošteva med drugim tudi, »ali se od prosilca lahko utemeljeno pričakuje, da bo izkoristil zaščito druge države, kjer lahko uveljavlja državljanstvo« (KD člen 4(3)e). Rešitev je iz več razlogov sporna. UNHCR je v svojih pripombah k prvi različici KD (2004) kategorično zatrdil, da je takšna rešitev v neskladju z ŽK, ki situacije, ko begunec uživa zaščito druge države, izčrpno ureja v določbi člena 1.A.2 in 1.E ŽK.<sup>69</sup> Tudi če bi pristali na takšno rešitev, ostaja težava, da je težko predvideti, ali bo begunec res pridobil novo državljanstvo. Če si namreč država novega državljanstva, za katerega zaprosi begunec, pridrži določeno stopnjo presoje ali celo proste presoje pri odločanju o podelitvi državljanstva (podobno velja, če je glede pogojev za pridobitev državljanstva polje interpretacije široko), je nesmiselno, da država, kamor se je zatekel prosilec, zavrne prošnjo za mednarodno zaščito z argumentom, da lahko prosilec pridobi državljanstvo in zaščito druge države, potem pa se to ne zgodi.<sup>70</sup>

## 8. Begunci *sur place*

Kaj, če do dogodkov, ki bi lahko pri beguncu povzročili utemeljeno pričakovanje, da bo preganjan, pride v času, ko je v drugi državi (in ne državi svojega državljanstva oziroma običajnega prebivališča)? S francoskim izrazom se takšni begunci imenujejo begunci *sur place* (na mestu). Do spremembe okoliščin lahko pride tako na objektivni kot tudi na subjektivni način.<sup>71</sup> Lahko se namreč zgodi, da nastanejo nove okoliščine v državi izvora begunca: denimo, da med tem, ko pripadnik določene politične stranke študira v tujini, pride do vojaškega prevrata v njegovi državi, vojaška hunta pa začne preganjati vse, ki so povezani z begunčevimi politično opcijo. Do spremembe okoliščin lahko pride tudi pri beguncu: lahko da se iz države z avtoritarnim režimom, kjer svobode govora praktično ni, preseli v drugo državo, kjer se opogumi in začne kritizirati režim. Lahko se zgodi, da si homoseksualna oseba v svoji državi, kjer so homoseksualna

---

<sup>68</sup> Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1137, op. št. 112. Številne države članice EU ponujajo možnost pridobitve državljanstva tujcem – potomcev izseljencev iz te države, za kar se najpogosteje odločajo prebivalci Latinske Amerike in Vzhodne Evrope. Gl. Harpaz, Y.: *Ancestry into Opportunity: How Global Inequality Drives Demand for Long-distance European Union Citizenship*, v: *Journal of Ethic and Migration Studies*, 41 (2015) 13, str. 2081-2104.

<sup>69</sup> <[www.unhcr.org/uk/protection/operations/43661eee2/unhcr-annotated-comments-ec-council-directive-200483ec-29-april-2004-minimum.html](http://www.unhcr.org/uk/protection/operations/43661eee2/unhcr-annotated-comments-ec-council-directive-200483ec-29-april-2004-minimum.html)>, str. 14-15. Doerig opozarja, da velja ta člen tudi za subsidiarno zaščito, ki je ŽK ne ureja (Dörig, H., nav. delo, str. 1137). Po našem mnenju to ne vpliva na zaključek, da je v tem delu KD v neskladju z ŽK.

<sup>70</sup> Komentator KD to rešitev kritizira zato, ker »iz dikcije te določbe ni povsem jasno, kako gotovi morajo biti prosilčevi obeti za pridobitev novega državljanstva« (Dörig, H., nav. delo, str. 1137). Po našem stališču problem ni v tem, da se iz dikcije ne da ugotoviti, kaj točno zahteva, temveč da sploh izpostavlja begunca nejasni in nepredvidljivi situaciji ter tveganju, da bo ostal brez mednarodne zaščite.

<sup>71</sup> Zimmermann, A., Mahler, C.: *Article 1 A, para. 2 1951 Convention*, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 325.

spolna dejanja prepovedana, nikoli ne upa niti razkriti svoje spolne usmerjenosti, v tuji državi pa si končno upa izraziti svojo spolno identiteto.

Nobenega dvoma ni, da možnost, da begunec dobi zaščito tudi v situaciji, kjer je potreba po mednarodni zaščiti nastala »*sur place*«. To možnost izrecno predvideva tudi KD. Določa namreč, da lahko utemeljeno pričakovanje preganjanja temelji »na dogodkih, do katerih je prišlo, odkar je prosilec zapustil izvorno državo«. <sup>72</sup> KD pa je predvidela tudi možnost, ki smo jo omenili zgoraj in v kateri bi na primer begunec šele po zapustitvi svoje države, v novem okolju, kjer bolj spoštujejo človekove pravice, začel z dejavnostmi, ki bi v njegovi izvorni državi lahko vodile do hudo negativnih posledic. Vendar je formulacija v drugem odstavku 5. člena KD problematična. Utemeljeno pričakovanje preganjanja namreč lahko temelji »na dejavnosti, pri katerih je sodeloval prosilec, od kar je zapustil izvorno državo«, temu pa je dodana določba, da bo to veljalo zlasti, kadar te dejavnosti predstavljajo »izraz ali delovanje prepričanj ali usmeritev, ki jih je prosilec zagovarjal že v izvorni državi«. <sup>73</sup>

Določbo drugega odstavka 5. člena, sploh besedico »zlasti«, je treba brati skupaj s členom 4(3)d, ki je zgrajen na strahu pred »zlorabami« <sup>74</sup> in ki določa, da je treba pri obravnavi prošnje upoštevati, »ali so imele dejavnosti prosilca od odhoda iz izvorne države izključni ali poglobilni namen ustvarjanja potrebnih pogojev za prošnjo za mednarodno zaščito, z namenom ocene, ali bi bil prosilec ob vrnitvi v to državo zaradi teh dejavnosti izpostavljen preganjanju ali resni škodi.« <sup>75</sup>

Literatura torej nakazuje, da gre nekatere aktivnosti begunca po prihodu v državo zaščite razumeti kot »zlorabe«, druge pa kot »iskrene«. Vse kaže, da je takšna ureditev in razlaga KD odsev debat iz literature in sodne prakse o tem, ali je mogoče priznanje statusa begunca zavrniti, če begunec ne ravna v dobri veri. Pojavi se vprašanje, ali gre definicijo begunca po ŽK brati tako, da mora begunec biti »dobroveren«? <sup>76</sup> Sicer je res, da je načelo dobre vere (ang. *good faith*) načelo mednarodnega javnega prava, vendar zavezuje države in ne posameznike. <sup>77</sup> Poleg tega nam pozorno branje 1. člena ŽK pokaže, da je ŽK določene kategorije moralno spornega ravnanja beguncev določila kot razloge za izključitev (1.F člen ŽK), med temi pa ni ravnanja v slabi veri. <sup>78</sup>

<sup>72</sup> 1. odstavek 5. člena KD. Pravilo o beguncih *sur place* velja tudi v okviru instituta subsidiarne zaščite, ki je obravnavano v VI. poglavju te knjige.

<sup>73</sup> Najprej lahko ugotovimo, da je beseda »zagovarjal«, ki je ne vsebuje le slovensko besedilo KD, temveč tudi določba prvega odstavka 30. člena ZMZ-1, sporen prevod angleškega »held«, ki oži dostop do mednarodne zaščite, saj nakazuje aktivno, navzven zaznavno ravnanje begunca v zvezi s prepričanji ali usmeritvami, medtem ko govori angleški »held« zgolj o tem, da je begunec ta prepričanja ali usmeritve imel. Prim. Dörig, H., nav. delo, str. 1144.

<sup>74</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1144. Po mnenju Döriga sicer niso vse dejavnosti po zapustitvi države izvora (ang. *post-flight activities*) tudi zlorabe.

<sup>75</sup> Gl. tudi sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1743/2016-5 z dne 23. avgusta 2019, tč. 20.

<sup>76</sup> Za razpravo o zahtevi po ravnanju begunca v dobri veri gl. denimo Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 84 in dalje.

<sup>77</sup> Da Lomba, S.: *The EU qualification directive and refugees sur place*, v: Goudappel, F., Raulus, H. (ur.): *The future of asylum in the European Union? Problems, proposals, human rights*. Asser Press, The Hague, The Hague 2011, str. 54.

<sup>78</sup> *Ibid.*, str. 55.



Naše stališče je torej, da pri odločanju o priznanju statusa begunca beguncem *sur place* ne gre upoštevati elementa dobre vere. Tudi če začne oseba svobodno izražati svoje mnenje in prepričanja (politična, verska ali drugačna) šele po prihodu v državo, kjer sedaj išče zaščito, je to treba razumeti kot njeno izvrševanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jih varujeta tako naša Ustava kot mednarodno pravo človekovih pravic. Najbolj prepričljivo sta to ubesedila Hathaway in Foster:

zaskrbljenost, da bo spoštovanje običajnih pravil azilnega prava v kontekstu prošelj *sur place* preprosto omogočilo katerikoli osebi, da se spremeni v begunca, je nesmiselno. Zato, ker je ključen odziv države izvora (bodisi v smislu povzročanja trpljenja bodisi kot odtegnitve zaščite), bodo edine osebe, katerih neiskrena dejanja bodo pripeljala do obveznosti države, da jim nudi mednarodno zaščito, tiste, ki prihajajo iz držav, ki ne spoštuje svoje osnovne dolžnosti zaščititi svoje državljane na nediskriminatoren način. Ker je temu tako, ni prav, da prošnje *sur place*, utemeljene z dejavnostmi begunca v tujini, razumemo kot povabilo k zlorabi. Nasprotno, če ne bi bilo protipravnega odziva države izvora na nepoštene dejavnosti begunca *sur place*, ne bi bilo nobene možnosti za priznanje statusa begunca. Prisilno vrniti osebo v takšno državo, da bi jasno pokazali, da se ne strinjamo s 'slabo vero', je nenačelna in hudo pretirana reakcija na cinično ravnanje prevaranta.<sup>79</sup>

## 9. Dostop do države zaščite in izbira države zaščite

Že zgoraj smo navedli, da je oseba begunec v trenutku, ko izpolnjuje vse pogoje iz definicije po ŽK. Vendar mora biti, da bi lahko zahteval priznanje statusa begunca, ne le izven svoje države, temveč tudi pod jurisdikcijo države, ki je mednarodnopravno zavezana z ŽK (in Protokolom iz leta 1967). V trenutku, ko je pod jurisdikcijo države, zavezane z ŽK, že tudi ima pravico, da ga ne vrnejo tja, kjer bi bila ogrožena njegovo življenje ali svoboda (prvi odstavek 33. člena ŽK). Vendar pa je lahko težava že v tem, kako naj begunec sploh pride do točke, v kateri bo pod jurisdikcijo takšne države. Ugotovimo lahko, da se osebe, ki bežijo iz svoje države, ne morejo kar vkrcati na letalo, s katerim bi odletele v državo podpisnico. To jim preprečujejo pravila o odgovornosti letalskih prevoznikov, ki jih doletijo sankcije, če vkrcajo na krov osebo, ki nima dovoljenja za vstop v ciljno državo.<sup>80</sup> Da bi dobile dovoljenje za vstop v državo, bi jim morala ciljna država na svojem konzularnem predstavništvu izdati vizum. Izdajo tovrstnih 'humanitarnih vizumov' omogočajo le redke države, trenutna rešitev v pravu EU pa je, da je to v pristojnosti držav članic.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 89 (prevod S. B.).

<sup>80</sup> Za EU so relevantna pravila Direktive Sveta 2001/51/ES z dne 28. junija 2001 o dopolnitvi določb člena 26 Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985, Ur. l. EU, št. L 187. Gl. Borovnik, E., 2020, Vpliv pravnih norm v zvezi z odgovornostjo prevoznikov na človekove pravice beguncev [na spletu]. Magistrsko delo. Univerza v Ljubljani. [Dostopano 26 december 2022]. Pridobljeno s: <https://repositorij.uni-lj.si/lzpis/Gradiva.php?lang=slv&id=117654>.

<sup>81</sup> *Zadeva X and X v. Belgium* (C-638/16 PPU) z dne 7. marca 2017; Borovnik, E., nav. delo, str. 12. Splošno o vizumih gl. XII. poglavje te knjige.



Begunci zato najpogosteje potujejo po kopnem in se izogibajo mejnim prehodom, na katerih bi jim zaradi nespoštovanja vizumske obveznosti lahko zavrnilo vstop. ŽK v zvezi s tem izrecno določa, da

[d]ržave pogodbenice ne uporabljajo kazenskih sankcij za begunce zaradi nezakonitega vstopa ali navzočnosti, če so prišli neposredno z ozemlja, kjer sta bila njihovo življenje ali svoboda ogrožena v smislu 1. člena in ki so nedovoljeno vstopili ali se nahajajo na njihovem ozemlju, pod pogojem, da se brez odlašanja prijavijo oblastem in jim pojasnijo razloge, ki so priznani kot veljavni za njihov nezakonit vstop ali navzočnost.<sup>82</sup>

Pravilna razlaga besedne zveze »če so prišli neposredno z ozemlja« je, da to ne zajema situacij, kjer je begunec zgolj potoval čez neko tretjo državo, preden je naposled poiskal zaščito v državi zaščite, ali tam ostal krajši čas.<sup>83</sup> Takšne so praviloma zgodbe beguncev, ki na poti do kakšne evropske države prečkajo celo vrsto geografsko vmesnih držav, kjer se niti ne ustavijo za dlje časa.

To pa odpira še bolj načelno vprašanje razlage ŽK. Ali lahko trdimo, da si begunec ne sme sam izbrati države, v kateri bo poiskal zaščito? Razlogov, zakaj si begunci pogosto želijo za status begunca zaprositi v točno določeni državi, je veliko in že na prvi pogled so povsem človeški. Če se živimo v situacijo begunca, ki beži pred nevarnostjo zase in za svojo družino, pri čemer se zaveda, da se morda v domovino ne bo mogel vrniti kmalu (morda pa celo nikoli), si lahko predstavljamo, da nam ne bi bilo vseeno, v kateri državi si bomo poskusili zgraditi nov dom in življenje. Celotno med državami, ki so mednarodnopravno zavezane z ŽK, so velike razlike v ravneh nudenja zaščite. In celo med državami članicami Evropske unije so skoraj neverjetne razlike: Evropska agencija za azil je za leto 2021 poročala, da je status begunca v Bolgariji priznan le enemu odstotku prosilcev iz Afganistana, na Švedskem pa 89 odstotkom.<sup>84</sup> (Bi prosilcu iz Afganistana svetovali, da naj zaprosi za status begunca v Bolgariji?) A tudi med državami s primerljivimi ali enakimi stopnjami priznanja so lahko z vidika begunca velike razlike. Pomembni dejavniki so, ali so v določeni državi že člani njegove družine,<sup>85</sup> ali je morda tam že ustaljena večja skupnost pripadnikov njegove etnične skupnosti in ali govori jezik ciljne države, kar je pogosto povezano s kolonialno zgodovino izvirne države. Vse to so dejavniki, ki bodo beguncu olajšali začetek novega življenja v sicer tujem okolju, iskanje zaposlitve, izobraževanje in stike s soljudmi v državi zaščite. Celotno to, da si begunec izbere bogatejšo in bolj razvito državo, kjer bo poiskal zaščito, so denimo sodniki v ZDA šteli za »dokaj razumno« (*»quite reasonable«*).<sup>86</sup>

<sup>82</sup> Prvi odstavek 31. člena ŽK (prevod UNHCR).

<sup>83</sup> Argumenti za tovrstno razlago, utemeljeni tako v diskusijah snovalcev ŽK kot tudi v sodni praksi sodišč po svetu, so predstavljeni v Hathaway, J.: *The Rights of Refugees under International Law*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2021, str. 392 in dalje.

<sup>84</sup> Gre za primerjavo »stopenj priznanja« (ang. *recognition rates*), gl. <euaa.europa.eu/easo-asylum-report-2021/41413-differences-recognition-rates-across-receiving-countries>.

<sup>85</sup> To dejstvo denimo upošteva Dublinska uredba (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), gl. X. poglavje knjige.

<sup>86</sup> Hathaway in Foster, nav. delo zgoraj, citirata Zvezno sodišče ZDA za 9. okrožje, zadeva *Arout Melkonian proti John Ashcroft, Attorney General* (2003), št. A73-133-099, str. 32.

Vprašanje, ali ŽK dopušča beguncem, da si izberejo državo, v kateri bodo iskali zaščito, oziroma – iz drugega zornega kota – ali ŽK dopušča državam podpisnicam, da beguncem to pravico odrečejo, ni zgolj teoretično. Številne nacionalne ureditve prava mednarodne zaščite imajo pravilo, po katerem lahko država prošnjo za priznanje statusa begunca zavrnejo, če je begunec pred vstopom v državo potoval skozi »varno tretjo državo«. Včasih se za tovrstne mehanizme uporablja skupen angleški izraz »*protection elsewhere*«, <sup>87</sup> komentar ŽK pa (po analogiji z notranjo alternativo zaščite, gl. naslednje (IV.) poglavje v knjigi) uporablja izraz *external protection alternative* (zunanja alternativna zaščite). <sup>88</sup> Ti mehanizmi so lahko v obliki notranjopravnih pravnih norm ali pa dvostranskih ali pa večstranskih sporazumov oziroma shem. <sup>89</sup>

V pravu EU najdemo več določb oziroma rešitev, ki beguncu odrekajo izbiro države zaščite. Znotraj EU oziroma med državami članicami je uveljavljen dublinski sistem (gl. poglavje X.) s (z vidika begunca) povsem kogentnimi kriteriji, kjer so njegove preferenice povsem neupoštevne. Poleg tega Postopkovna direktiva ureja koncept prve države azila (35. člen), koncept varne tretje države (38. člen) ter koncept evropske varne tretje države (39. člen). Po določbi 33. člena Postopkovne direktive šteje prošnja v primerih, ko se neka država šteje za prvo državo azila ali varno tretjo državo, za nedopustno in »se od držav članic ne zahteva, da preučijo, ali prosilec izpolnjuje pogoje za mednarodno zaščito«. V zvezi z evropsko varno tretjo državo pa je v pristojnosti držav članic, da določijo, da »se, kadar pristojni organ na podlagi dejstev ugotovi, da prosilec poskuša nezakonito vstopiti ali da je nezakonito vstopil na ozemlje države članice iz varne tretje države iz odstavka 2, ne opravi obravnavanja ali ne opravi celovitega obravnavanja prošnje za mednarodno zaščito in varnosti prosilca glede na njegove posebne okoliščine« (prvi odstavek 39. člena).

Pravo EU torej preko več različnih določb in več različnih situacijah odreka beguncem, da bi si sami izbrali državo zaščite. To ne vpliva na presojo enega od pogojev iz definicije begunca po ŽK, temveč država članica prošnje ne obravnava s procesno-pravno utemeljitvijo (nedopustna prošnja). <sup>90</sup>

Kljub razširjenosti tovrstnih rešitev v pravu EU in drugod pa so dvomi, ali so tovrstne rešitve skladne z ŽK, zelo resni. Žal moramo ugotoviti, da se sodišča po Evropi zaenkrat niso ukvarjala z vprašanjem skladnosti teh mehanizmov bodisi z obveznostmi države po ŽK bodisi s primarnim pravom EU, natančneje zavezo PDEU, da bo skupna azilna politika Unije v skladu z ŽK (prvi odstavek 78. člena). Ko je Varuh človekovih pravic pred US izrecno zatrdil, da ima prosilec za mednarodno zaščito »temelj-

---

<sup>87</sup> UNHCR: The Concept of »Protection Elsewhere«, v: International Journal of Refugee Law, 7 (1995) 1, str. 123-127, str. 123.

<sup>88</sup> Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 460-461.

<sup>89</sup> Moreno-Lax, V.: The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: Insights from the Law of Treaties, in G.S. Goodwin-Gill, G. S. in Weckel, P. (ur.): Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2015, str. 673 – 686.

<sup>90</sup> Gl. 51. člen v povezavi s 53. členom ZMZ-1.

no pravico [...] do izbire, v kateri državi bo zaščito iskal«,<sup>91</sup> je US nekoliko perfidno odvrnilo, da »načelo nevračanja tudi ne zagotavlja prosilcu pravice do izbire države zaščite«. <sup>92</sup>

US se je zadovoljilo s tem, da je vzpostavilo nabor zahtev, pod katerimi je izvajanje koncepta varne tretje države skladno z Ustavo.<sup>93</sup> To je pogost pristop, tudi pravo EU vzpostavlja vsebinske zahteve, ki morajo biti izpolnjene v zvezi z državo, kjer naj bi begunec iskal zaščito.<sup>94</sup> Temu sledijo tudi nekateri pisci.<sup>95</sup> S tem je morda zagotovljeno, da bo begunec v tretji državi varen, obenem pa je povsem oropan možnosti, da bi si sam izbral, kje si želi ustvariti novo življenje.

Obenem obstajajo prepričljivi argumenti, da države podpisnice ŽK nimajo pravnih argumentov, s katerimi bi lahko utemeljile, da je po ŽK dopustno odreči dostop do postopka za mednarodno zaščito (oziroma drugače: ne izdati deklaratornega akta, s katerim se ugotovi, da je oseba begunec, saj izpolnjuje pogoje po definiciji iz ŽK), ker bi bil lahko begunec že dobil zaščito nekje drugje. Zlasti lahko ugotovimo, da je definicija begunca v ŽK zaključena celota, sestavljena iz pozitivnega in negativnega dela. Razlogi, zakaj nekdo ne bo priznan kot begunec, so izčrpno naštet v 1. členu. Države, ki k temu samovoljno dodajo razloge, zakaj (še) ne bodo priznale statusa begunca, kršijo mednarodnopravne obveznosti, ki so jih prostovoljno sprejele, ne le do begunca, temveč tudi do drugih držav podpisnic, s katerimi so se dogovorile za enoten režim varstva beguncev. <sup>96</sup>

Poleg tega ŽK omejuje možnost države podpisnice za izgon begunca: »[D]ržave pogodbenice begunca, ki je *zakonito* na njihovem ozemlju, izženejo le, če za to obstajajo razlogi nacionalne varnosti ali javnega reda.«<sup>97</sup> Kot smo ugotavljali zgoraj, pomeni v tem sobesedju izraz »zakonito« (ang. *lawfully*) že to, da je begunec izrazil namero, da vloži prošnjo za mednarodno zaščito. Od takrat naprej lahko torej država begunca s svojega ozemlja odstrani le iz razlogov nacionalne varnosti ali javnega

<sup>91</sup> Odločba US RS, št. U-I-155/11 z dne 18. decembra 2013, tč. 1.

<sup>92</sup> *Ibid.*, tč. 22.

<sup>93</sup> *Ibid.*, zlasti tč. 23 in 26.

<sup>94</sup> V zvezi s konceptom varne tretje države po 38. členu postopkovne direktive so to:

- a) življenje in svoboda nista ogroženi zaradi rasne, verske ali narodne pripadnosti, pripadnosti določeni družbeni skupini ali političnega prepričanja;
- b) ni tveganja resne škode, kot je opredeljena v Direktivi 2011/95/EU;
- c) v skladu z Ženevsko konvencijo se spoštuje načelo nevračanja;
- d) spoštuje se prepoved odstranitve, ki bi kršila prepoved mučenja ter krutega, nečloveškega in ponižujočega ravnanja, kakor je določena v mednarodnem pravu; in
- e) mogoče je zaprositi za status begunca ter, če je ugotovljeno, da je oseba res begunec, pridobiti zaščito v skladu z Ženevsko konvencijo. (prvi odstavek 38. člena).

<sup>95</sup> Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 461; Komentator Postopkovne direktive se o skladnosti ureditve v sekundarnem pravu EU s primarnim pravom ali mednarodnim pravom ne sprašuje, gl. Vedsted-Hansen, J.: Asylum Procedures Directive 2013/32/EU, v: Hailbronner, K., Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law: A Commentary. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1363.

<sup>96</sup> Hathaway, J., Foster, M.: The Law of Refugee Status. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016 str. 33.

<sup>97</sup> Prvi odstavek 32. člena ŽK (poudarek S.B.).

reda, razen če (oziroma ko) bi se seveda v postopku ugotavljanja izpolnjevanja pogojev izkazalo, da ni begunec.<sup>98</sup>

Možnost države, da beguncu odreče pravico, da si izbere državo zaščite oziroma z drugimi besedami: da v razmerju do begunca, ki je prišel v to konkretno državo in od nje pričakuje zaščito v skladu z ŽK, temu to odreče, ker naj si ne bi imel pravice izbrati države zaščite, je tako neskladna z ŽK. Številne določbe v pravu EU, ki to vseeno omogočajo (ne glede na to, da vsebujejo varovalke, ki terjajo, da so tretje države varne), pa so žalosten opomnik glede (ne)iskrenosti držav članic Unije o spoštovanju ŽK pri gradnji skupne azilne politike.

## Priporočena literatura

Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016

Hathaway, J.: *The Rights of Refugees under International Law*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2021

Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011

---

<sup>98</sup> Za argumente v zvezi z 32. členom ŽK gl. Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016 str. 33 in dalje; Moreno-Lax, nav. Delo zgoraj, str. 695 in dalje; Moreno-Lax ponuja v svojem članku tudi druge argumente, povezane z razlago ŽK.

## IV.

# Definicija begunca po Ženevski konvenciji (I.): utemeljeno pričakovanje, da bo oseba preganjana

*Samo Bardutzky*

<b>1. Utemeljeno pričakovanje (well-founded fear)</b>	62
1.1. Problematičnost zahteve po izkazovanju 'subjektivnega' in 'objektivnega' elementa	62
1.2. Objektivno-subjektivno razumevanje besedne zveze well-founded fear v zakonodaji	64
1.3. Utemeljenost pričakovanja	65
<b>2. »Biti preganjan«</b>	66
2.1. Dvodelno razumevanje koncepta »biti preganjan«	67
2.2. Resne negativne posledice	67
2.3. Odsotnost državne zaščite	73

## Uvod

V tem poglavju se posvetimo elementom definicije begunca, ki smo jih v prejšnjem poglavju (glej 3. podpoglavje III. poglavja) definirali kot utemeljeno pričakovanje ter resne negativne posledice in odsotnost državne zaščite. Gre za jedro pozitivne definicije begunca po 1.A.2 členu ŽK.

## 1. Utemeljeno pričakovanje (*well-founded fear*)

Ena od zahtev, da je oseba upravičena do statusa begunca, ki jih postavlja ŽK, je tudi, da ta oseba utemeljeno pričakuje, da bo preganjana. V angleškem izvorniku se besedna zveza glasi *well-founded fear* in tudi prevod ŽK v slovenščino, ki ga je pripravil UNHCR, uporablja slovensko ustreznico »utemeljeni strah«. V našem besedilu smo se odločili za prevod »utemeljeno pričakovanje«. V nadaljevanju bo pojasnjeno, zakaj. Z drugimi besedami – zakaj ŽK razumemo tako, da od osebe, ki želi status begunca, ne zahteva, da se tega, da bo preganjana, boji (tj. goji čustvo strahu), temveč da 'pričakuje', da bo preganjana.

Razumevanje besedne zveze *well-founded fear*, ki od nas pričakuje, da bomo resno preverjali, ali begunka<sup>1</sup> goji čustvo strahu, vidimo na primer iz priročnika UNHCR za ugotavljanje izpolnjevanja pogojev za status begunca:

Besedna zveza 'utemeljen strah pred preganjanjem' je ključna besedna zveza definicije [begunca po Konvenciji]. Odraža prepričanje piscev konvencije glede glavnih prvin značaja begunca. Zgodnejšo metodo definiranja beguncev po kategorijah (tj. oseb določenega izvora, ki ne uživajo zaščite svoje države) je ta besedna zveza nadomestila s splošnejšim konceptom 'strahu' zaradi upoštevnega razloga. Glede na to, da je strah subjektiven, vsebuje tako definicija subjektiven element v zvezi z osebo, ki je zaprosila za status begunca. Odločitev o podelitvi statusa begunca bo tako primarno terjala oceno proslčevih navedb, ne pa toliko presojo situacije v državi izvora.<sup>2</sup>

### 1.1. Problematičnost zahteve po izkazovanju 'subjektivnega' in 'objektivnega' elementa

Sicer drži, da je zgodovinsko gledano pristop ŽK k zagotavljanju zaščite beguncev nov in se razlikuje od pristopa, uveljavljenega pred drugo svetovno vojno, ko so mednarodne pogodbe zaščito zagotavljale s široko opredeljenimi kategorijami oseb.<sup>3</sup> Vendar pa nam izkušnje s sodno prakso kažejo, da lahko pretirano poudarjanje preverjanja pogoja 'strahu' vodi v nezaželene posledice. Pretirano poudarjanje pomena stra-

---

<sup>1</sup> Ker je približno polovica beguncev na našem planetu ženskega spola, uporabljamo v tem poglavju žensko obliko besede, saj nam bo tako morda lažje, da si ob analizi vprašanj, ki jih obravnavamo, predstavljamo usodo ženske, ki mora pobegniti in poiskati mednarodno zaščito. Obenem smo moško obliko besede ohranili v ustaljenih besednih zvezah »status begunca« in »definicija begunca«.

<sup>2</sup> Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, <[www.unhcr.org/publications/legal/5ddfdcd47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfdcd47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html)>, tč. 37. V točki 38 je to dopolnjeno z navedbo, da je »strah« (»*fear*«) »duševno stanje in subjektivna okoliščina« (ang. »*a state of mind and a subjective condition*«).

<sup>3</sup> Te pogodbe so zaščito zagotavljale npr. ruskim in armenskim beguncem ter osebam, ki so pobegnile iz Nemčije. Za podroben pregled razvoja sistema varstva beguncev med I. in II. svetovno vojno gl. Skran, M. C.: Historical Development of International Refugee Law, v: Zimmerman, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 3-36.

hu (*fear*) je namreč odločevalce in sodnike vodilo v prepričanje, da je treba besedno zvezo *well-founded fear* razlagati tako, da ima objektivno in subjektivno dimenzijo. Da bi bila oseba begunka, morata biti po tem naziranju izpolnjena tako objektivni kot tudi subjektivni pogoj. Z drugimi besedami: ne le, da mora biti situacija v državi izvora begunke takšna, da jo lahko ob morebitni vrnitvi tja čaka preganjanje. Po tem naziranju mora begunka tudi gojiti in izkazati subjektivno čustvo strahu, ko v okviru upravnega postopka organom države, kamor se je zatekla, pojasni svojo zgodbo in razloge, iz katerih si ne želi vrniti v državo izvora.<sup>4</sup>

Pretirana zahteva po begunkinem izkazovanju strahu je lahko izrazito krivična, če upoštevamo, da so begunci osebno zelo različni in da prihajajo iz zelo različnih kulturnih okolij. Če pomislimo na malega, nekajletnega otroka, ki mu lahko v državi izvora grozi smrt, ker pripada določeni etnični skupini, obenem pa se ne zaveda situacije in ga posledično ni strah, vidimo, da je lahko zahteva po izkazovanju strahu kot pogoj za pridobitev statusa begunca, popolnoma nesmiselna. Podobno lahko ugotovimo, če si predstavljamo osebe, za katere je zaradi vloge, ki jo imajo v svojem kulturnem okolju, lahko sramotno ali težko predstavljivo, da bi odkrito priznali, da se nečesa bojijo, ali odrasle osebe, ki se zaradi motenj v duševnem razvoju ne zavedajo situacije, ki jih čaka ob morebitni vrnitvi v državo izvora in zaradi tega ne čutijo strahu. Po našem stališču nobeni od teh oseb ne bi smeli odreči zaščite v obliki statusa begunca zgolj zato, ker ne izraža subjektivnega čustva strahu. Zavedanje problematičnosti takšne rešitve je vodilo v oblikovanje določenih smernic, po katerih je treba načeloma sicer vztrajati na objektivno-subjektivnem razumevanju pogoja *well-founded fear*, vendar je treba upoštevati tudi osebne okoliščine, kot smo ji primeroma naštel zgoraj.<sup>5</sup> Po našem stališču je enostavnejša in pravilnejša rešitev, da se odločevalci in sodišča s preverjanjem subjektivnih čustev sploh ne ukvarjajo, temveč si zastavijo vprašanje, kot so ga formulirali sodniki Vrhovnega sodišča Združenega kraljestva v zadevi *Sivakumaran*:

Strahu pred preganjanjem v smislu Konvencije ne gre enotiti s strahom pred trenutno osebno nevarnostjo, ki izvira iz v tistem trenutku prisotnega zapleta (ang. immediately presented predicament). Prosilki za status begunca ne grozi neposredno nevarnost, s katero je soočena. Vprašanje je, kaj se utegne zgoditi, če jo vrnemo v državo, katere državljanica je. Prosilka se boji [oziroma pričakuje], da bo tam preganjana. Ali se bo to zgodilo, lahko ugotovimo le, če analiziramo dejansko stanje v tisti državi. Če ta analiza pokaže, da lahko res pride do preganjanja, potem je njen strah [oziroma pričakovanje] utemeljeno. Če tega ne pokaže, pa ni utemeljeno.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Hathaway in Foster navajata več primerov sodne prakse sodišč po svetu, ki so sprejela takšno razumevanje besedne zveze *well-founded fear*. Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 92.

<sup>5</sup> Gl. denimo UNHCR Handbook, tč. 40: »Ocene subjektivnega elementa ni moč ločiti od ocene osebnosti prosilca, saj se bodo različni posamezniki v enaki situaciji morda odzvali na različne načine.« (prevod S. B.).

<sup>6</sup> Lordska zbornica Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, *R proti Secretary of State for the Home Department, Ex parte Sivakumaran and Conjoined Appeals (UN High Commissioner for Refugees Intervening)* (1988), št. [1988] AC 958, [1988] 1 All ER 193, [1988] 2 WLR 92, [1988] Imm AR 147.



To naše stališče je mogoče utemeljiti tudi z jezikovno razlago besedila 1.A člena ŽK. Tako beseda *fear* v angleščini kot tudi ustreznica *craignant* v enakovrednem francoskem izvornem besedilu konvencije<sup>7</sup> se ne nanašata le na čustvo, ki ga v slovenščini opisujemo kot strah. V povsem običajni angleški frazi »I fear it is going to rain« se ne skriva strah osebe, ki jo izgovori pred dežjem, ampak zgolj ugotovitev, da je možno, da bo nastopila nezaželena situacija. Tako moramo razumeti tudi frazo *well-founded fear*, ki jo zato v našem besedilu prevajamo kot »utemeljeno pričakovanje«.

## 1.2. Objektivno-subjektivno razumevanje besedne zveze *well-founded fear* v zakonodaji

Objektivno-subjektivno razumevanje besedne zveze *well-founded fear* sicer še vedno najdemo v kvalifikacijski direktivi kot tudi v ZMZ-1, vendar se subjektivni element utemeljenega pričakovanja nanaša predvsem na breme prisilke za mednarodno zaščito, da predstavi vsa relevantna dejstva in dolžnost upravnega organa, da subjektivne okoliščine begunkine zgodbe tudi upošteva pri svoji odločitvi.<sup>8</sup>

Kljub temu pa moramo biti zelo pozorni, da se v naše razumevanje besedne zveze »*well-founded fear*« ne vtihotapi razumevanje 'strahu' kot subjektivnega čustva begunke. Zelo poučna je primerjava jezika, ki sta ga uporabila na eni strani SEU v zadevi X Y Z, kjer je sodišče zavzelo stališče, ki se v angleščini glasi: "national authorities must decide whether it must be held *that in fact the applicant has a well-founded fear of being persecuted on return to his country of origin...*"<sup>9</sup> V slovenskem prevodu se to isto stališče glasi, da morajo »nacionalni organi odločiti, ali je treba šteti, da prosilec *dejansko čuti utemeljeni strah*«. <sup>10</sup> Seveda bi bil glagol 'čutiti' neprimeren, če bi ga povezali s prevodom 'pričakovanje', če pa uporabimo prevod 'strah', pa se hitro znajdemo pred zaključkom, da se preverja čustveno stanje begunke. V naslednjem koraku ni več nenavadno, da na podlagi slovenskega prevoda prakse SEU Upravno sodišče uporabi v sodbi naslednjo dikcijo:

Tako kot v zadevi X Y Z, kjer je Sodišče EU posebej izpostavilo, da morajo nacionalni organi odločiti, ali je treba šteti, da prosilec »*dejansko čuti utemeljeni strah*«, [sprotna opomba v besedilu sodbe: gl. tč. 60], je tudi v obravnavanem primeru bistvenega pomena, kako sta tožnika izkazala subjektivno komponento strahu, sodišče pa bo temu dodalo še vidik objektivne komponente (utemeljenosti) strahu.<sup>11</sup>

Jezik, ki ga uporablja sodišče (»izkazati subjektivno komponento strahu«) je nevarno blizu presojanju čustev begunke.

---

<sup>7</sup> »...*craignant avec raison d'être persécutée...*«.

<sup>8</sup> Gl. 21. člen ZMZ-1.

<sup>9</sup> Zadeva *Minister voor Immigratie en Asiel proti X, Y in Z* (C-199/12, C-200/12, C-201/12) z dne 7. novembra 2013, tč. 60 (v angl. jeziku).

<sup>10</sup> Zadeva X Y Z (v slov. prevodu), tč. 60.

<sup>11</sup> Upravno sodišče, št. I U 2297/2018-32 z dne 12. julija 2019, tč. 32.

### 1.3. Utemeljenost pričakovanja

Če smo se zgoraj posvetili razumevanju besed 'fear' v besedni zvezi *well-founded fear*, pa moramo biti pozorni tudi na pomen pridevnika 'well-founded' oziroma 'utemeljeno'. Če se spomnimo na vprašanje, ki si ga zastavi sodnik Lord Keith v zadevi *Sivakumar*, terja odločitev o podelitvi statusa begunca natančno analizo situacije v državi izvora. Ta analiza bo namreč pokazala, ali lahko oseba v takšni situaciji, kot je begunka, katere prošnjo obravnavamo, utemeljeno pričakuje, da bi bil ob morebitni vrnitvi preganjana. Seveda nas zanima tudi splošno stanje v državi izvora: ali je država diktatura, v kateri na splošno niso spoštovane človekove pravice in temeljne svoboščine, je lahko zelo pomemben dejavnik. Vendar pa je tudi v državi, v kateri je morda splošno stanje človekovih pravic na sprejemljivi ravni, lahko situacija povsem drugačna za pripadnike določene etnične, verske, spolne manjšine itn. Ko se sprašujemo, ali bi bila oseba ob morebitni vrnitvi preganjana, nas čim bolj objektivno zanima, kakšna je sicer usoda oseb v primerljivi situaciji. Odločevalci in sodišča se s situacijo seznanijo s preučevanjem informacij o državi izvora (ang. *country of origin information*).<sup>12</sup>

#### 1.3.1. Verjetnost preganjanja ob morebitni vrnitvi v državo izvora

Odpira se še vprašanje, kako velika mora biti verjetnost, da bo begunka ob morebitni vrnitvi v državo izvora preganjana. Kljub temu da smo na nekaterih pravnih področjih vajeni razpravljati o verjetnosti tudi v numeričnih vrednostih (pomislimo denimo na različne dokazne standarde v kazenskem procesnem pravu, kot je utemeljen sum ali razlogi za sum, kjer včasih govorimo o npr. 50 odstotni ali 10 odstotni verjetnosti, da je oseba kazensko odgovorna za neko kaznivo dejanje), je naše stališče, da bi bilo podobno razmišljanje pri odločanju o podelitvi statusa begunca nehvaležno in neprimerno.<sup>13</sup> Vsekakor, če že govorimo o odstotkih, bi šlo za izrazito majhne vrednosti. Če se zavedamo, da ob morebitni vrnitvi v njeno državo begunko lahko čaka smrt ali mučenje, bi bilo okrutno zahtevati visoko verjetnost, da se bo to res zgodilo. Ker to vrednost težko numerično opredelimo, se bomo morali zadovoljiti z bolj opisnim standardom. Razmišljamo lahko denimo o standardu »resničnega in stvarnega tveganja« (ang. »*real and substantial risk*«) ali razumne stopnje verjetnosti (ang. »*reasonable degree of likelihood*«), kot je to opredelilo Vrhovno sodišče Združenega kraljestva.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Več v XI. poglavju te knjige, ki obravnava postopkovne vidike.

<sup>13</sup> O zapletih z uporabo številčnih opisov verjetnosti v sodni praksi v ZDA gl. Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 111.

<sup>14</sup> Vrhovno sodišče Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *RT (Zimbabwe) & Ors proti Secretary of State for the Home Department* (2012), št. [2013] 1 AC 152, [2012] INLR 562, [2012] 3 WLR 345, [2012] WLR(D) 226, [2012] Imm AR 1067, [2012] UKSC 38, [2012] 4 All ER 843, tč. 55, Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1137).

### 1.3.2. Preganjanje v preteklosti

KD sicer ne opredeljuje podrobneje, kako v pravo EU razumeti besedno zvezo utemeljeno pričakovanje, vsebuje pa pravilo v zvezi z dokazovanjem utemeljenega pričakovanja. Določa namreč, da je dejstvo preganjanja v preteklosti (pa tudi neposrednih groženj s preganjanjem) »resen znak prosilčevega utemeljenega strahu pred preganjanjem«. <sup>15</sup>

Drži, da bo to dejstvo olajšalo dokazovanje preganjanja, v primeru morebitne vrnitve v prihodnosti. <sup>16</sup> Obenem pa moramo paziti na dvoje. Prvič, status begunca ni 'nagrada' za preganjanje v preteklosti. Analiza, na podlagi katere sprejmemo odločitev o podelitvi statusa begunca, mora biti vedno obrnjena v prihodnost. <sup>17</sup> Če se v vmesnem času situacija v državi izvora spremeni, se lahko zgodi tudi, da begunka ne pričakuje več utemeljenega preganjanja v prihodnosti, tudi če ga je že utrpela v preteklosti. In drugič – še pomembneje – popolnoma napačno bi bilo od begunke terjati, da zatrjuje oziroma pokaže, da je bila v preteklosti že preganjana, da bi si s tem zagotovila zaščito.

## 2. »Biti preganjan«

Če smo zgoraj poskušali pojasniti, kako gre razumeti besedi utemeljeno pričakovanje, je naslednji korak obravnava besedne zveze »biti preganjan« oziroma koncepta preganjanja. Kar namreč begunka utemeljeno pričakuje, je prav to, da bo preganjana. To pa kaže na velik pomen teh dveh besed, saj interpretacija te besedne zveze pojasni, pred čim pravzaprav begunka potrebuje mednarodno zaščito oziroma kaj jo čaka v primeru vrnitve v njeno državo.

Najprej terminološka opazka. V našem besedilu izmenično uporabljamo besede »biti preganjan(a)« in »preganjanje«, kar delno počnemo iz praktičnih razlogov. Če smo dosledni, je namreč dikcija ŽK v angleškem jeziku »*being persecuted*«, v francoskem pa »*être persécuté*«, kar moramo seveda v slovenščino prevajati kot »biti preganjan(a)«. Ne gre le za slovnično dlakocepstvo. V nadaljevanju bomo videli, da nam dosledna uporaba pravilnega prevoda pomaga pravilno razumeti in razlagati pravno normo.

Kljub velikemu pomenu te besedne zveze za razumevanje definicije begunca pa ŽK nikjer ne definira podrobneje, kako jo razlagati. Tako so se razlage tega koncepta lotili akademiki in sodišča, a je ta naloga vse prej kot enostavna. Po eni strani si seveda odločevalci in sodišča želijo jasne definicije, da bodo lahko konsistentno odgovarjali na konkretna vprašanja podelitve statusa begunca. Po drugi strani pa bi se z rigidno določeno definicijo lahko znašli v situaciji, ko bi ta izločila begunce, ki bi jih ob morebitni vrnitvi v njihovo državo čakale najrazličnejše 'inovativne' okrutnosti, ki jih pisci definicije ne bi predvideli.

---

<sup>15</sup> Četrty odstavek 4. člena KD.

<sup>16</sup> Dörig tako o določbi četrtega odstavka 4. člena KD govori kot o »*alleviating evidentiary rule*«. Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1139.

<sup>17</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 162 in naprej.

## 2.1. Dvodavno razumevanje koncepta »biti preganjan«

S tem v zvezi lahko najprej ugotovimo, da se je v večjem delu literature in sodne prakse uveljavilo razumevanje, po katerem je koncept preganjanja pravzaprav sestavljen iz dveh elementov. Kot je to s preprosto formulo zapisal sodnik Lord Hoffmann v sodbi Vrhovnega sodišča Združenega kraljestva v zadevi *Shah*: biti preganjan = resne negativne posledice + odsotnost državne zaščite (ang. *Being Persecuted = Serious Harm + Failure of State Protection*).<sup>18</sup> Najenostavneje povedano gre za to, da begunka utemeljeno pričakuje, da se ji bo ob morebitni vrnitvi zgodilo nekaj hudega, pri čemer zaščite pred to negativno posledico ne bo mogla dobiti od organov svoje države, zato išče mednarodno zaščito.

Pravzaprav najdemo potrditev za takšno dvodavno razumevanje preganjanja že v definiciji begunca v 1. A členu ŽK, in sicer v dikciji »ne more ali zaradi tega strahu noče izkoristiti zaščite te države« (poudaril S. B.). V enem od naslednjih podpoglavij bomo spoznali, kako pomembno je to dvodavno razumevanje tudi za pravilno vzpostavljanje vzročno-posledične povezave med preganjanjem in konvencijskimi razlogi (osebnimi okoliščinami).

Pristopu, po katerem preganjanje razumemo dvodavno, je sledil tudi zakonodajalec EU, ki je v KD podrobneje definiral, kdo so subjekti preganjanja (6. člen KD), kaj so dejanja preganjanja (9. člen KD) in kdo so lahko subjekti zaščite (7. člen KD).<sup>19</sup>

## 2.2. Resne negativne posledice

Kaj lahko štejejo kot resne negativne posledice, ki so eden od dveh elementov preganjanja? V zgodovini razlage pojma preganjanje ne manjka poskusov, da bi preganjanje oziroma resne negativne posledice brez vnaprej določene definicije prepoznavali kar »sproti« in se od primera do primera odločili, ali gre za preganjanje ali ne. Več takšnih poskusov »*case-to-case*« identifikacije v sodni praksi različnih sodišč sta denimo identificirala Hathaway in Foster.<sup>20</sup> Hugo Storey pa je obravnaval tudi poskuse, da bi si pri razlagi preganjanja pomagali s slovarskimi definicijami.<sup>21</sup> Oba pristopa sta za pravnike težko sprejemljiva, saj nista v skladu z uveljavljenimi razlagalnimi metodami in ne nudita praktično nobene predvidljivosti.

---

<sup>18</sup> Lordska zbornica Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Islam (A.P.) proti Secretary of State for the Home Department; R. proti Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)* (1999), Session 1998-1999, sodnik Lord Hoffmann. Pojasniti je treba, da v KD zakonodajalec EU uporablja izraz *Serious Harm* v zvezi z institutom subsidiarne zaščite, v slovenščino je ta izraz preveden kot »resna škoda«. Uporaba izraza »škoda« je v kontekstu prava mednarodne zaščite nekoliko neprimerna, saj je to institut civilnega prava z ustaljenim pomenom. Vseeno v kontekstu subsidiarne zaščite uporabljamo prevod »resna škoda« iz uradnega slovenskega besedila KD (gl. VI. poglavje te knjige o subsidiarni zaščiti), medtem ko smo se v našem besedilu odločili Hathawayev koncept *serious harm* prevajati kot »resne negativne posledice«. To različno poimenovanje bo morda bralcu tudi olajšalo, da ne bo zamenjeval teh dveh konceptov oziroma institutov.

<sup>19</sup> Storey, H.: What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition, v: *International Journal of Refugee Law*, 26 (2014) 2, str. 295.

<sup>20</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 186 in naprej.

<sup>21</sup> Storey, H., nav. delo, str. 275.

Široko sprejeta alternativa tem poskusom je pristop k razlagi preganjanja, ki temelji na človekovih pravicah. Argument za upoštevanje mednarodnega prava človekovih pravic pri razlagi ŽK je besedilo njene preambule.<sup>22</sup> Če upoštevamo ta pristop, moramo pri razlagi ŽK, v konkretnem primeru pa pri razlagi koncepta preganjanja, upoštevati predvsem mednarodnopravne vire človekovih pravic, torej Splošno deklaracijo o človekovih pravicah (ki sicer ni pravno obvezujoča) in njena pravno zavezujoča potomca: Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah ter Mednarodni pakt o ekonomski in socialnih pravicah. Seveda pa tudi ostale pogodbe, ki jih običajno štejemo kot »jedrne« (ang. *core*) pogodbe mednarodnega prava človekovih pravic.<sup>23</sup>

### 2.2.1. »Dejanja preganjanja« v KD

Pristop razumevanja preganjanja oziroma resnih negativnih posledic, ki temelji na človekovih pravicah, upošteva tudi KD v določbi, ki definira »dejanja preganjanja«. Res pa je, da je pristop zakonodajalca EU nekoliko specifičen. Prvi odstavek 9. člena vsebuje splošno pravilo, kakšno mora biti dejanje, da se šteje za dejanje preganjanja, drugi odstavek pa vsebuje eksemplifikativen seznam dejanj, ki lahko štejejo za dejanja preganjanja.

#### 2.2.1.1. Splošno pravilo iz prvega odstavka 9. člena

Splošno pravilo iz prvega odstavka 9. člena dejanja preganjanja izrecno razume v smislu hudih kršitev človekovih pravic. Pri tem loči temeljne človekove pravice in druge človekove pravice. Za dejanje preganjanja se šteje:

- po določbi člena 9(1)a dejanje, ki je »dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoče, da predstavlja hudo kršitev temeljnih človekovih pravic« in
- po določbi člena 9(1)b dejanje, ki predstavlja takšno »akumulacijo različnih ukrepov, vključno s kršitvami človekovih pravic,« ki je dovolj huda, da jo lahko štejemo za podobno dejanju, definiranim v 9(1)a.

---

<sup>22</sup> Poleg sklicevanja na Splošno deklaracijo o človekovih pravicah v prvem odstavku preambule ŽK je pomembna tudi dikcija drugega odstavka preambule ŽK: »Glede na to, da so Združeni narodi ob različnih priložnostih pokazali globoko skrb za begunce in da so si prizadevali beguncem zagotoviti najširše možno uživanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin.«

<sup>23</sup> Hathaway in Foster sta pripravila izčrpano analizo posameznih človekovih pravic, zagotovljenih v mednarodnem pravu, ki lahko vplivajo na razlago koncepta preganjanja oziroma katerih kršitev lahko razumemo v smislu resnih negativnih posledic kot elementa preganjanja (Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, poglavja 3.3 do vključno 3.5). Komentar ŽK (Zimmerman) izhaja iz stališča, da je lahko načeloma kršitev katerekoli človekove pravice osnova za priznanje statusa begunca in da je odločilnega pomena teža kršitev. Zimmerman in Mahler, avtorja relevantnega poglavja v komentarju, sta prav tako pripravila pregled človekovih pravic, ki po praksi sodišč pridejo v poštev, črpata pa predvsem iz prakse nemških sodišč. Njun pregled je sicer veliko krajši in manj izčrpen od pregleda v delu Hathaway in Foster. Zimmerman in Mahler sta upoštevne človekove pravice razdelila na (a) državljanske in politične pravice (pravica do življenja, osebne integritete in svobode; svoboda misli, vesti in veroizpovedi; zasebnost; politične pravice; procesne pravice ter (b) socialne, ekonomske in kulturne pravice: pravica do dela; pravica do izobrazbe, kulturne pravice in druge (Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 354-358.).

Tako je jasno, da ni vsaka kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin tudi dejanje preganjanja v smislu KD (oziroma »resna negativna posledica« kot element definicije begunca po ŽK). Kršitve človekovih pravic morajo biti bodisi dovolj resne narave ali pa ponavljajoče. Poleg tega je zakonodajalec EU, kot že omenjeno, vzpostavil kategorijo temeljnih človekovih pravic. Po dikciji 9(1)a KD se kot temeljne človekove pravice štejejo tiste človekove pravice, ki jih v skladu z določbo drugega odstavka EKČP ni mogoče derogirati<sup>24</sup> niti v izrednem stanju.<sup>25</sup> Načelno ta rešitev ni najboljša. *Ratio* določanja seznama nederogabilnih pravic, ki je vodil pisce EKČP, je bil gotovo drugačen od razlogov, ki nas v kontekstu prava mednarodne zaščite pripeljejo do zaključkov, katere človekove pravice je potrebno varovati na način, da beguncem nudimo zaščito, če bi jim bile ob morebitni vrnitvi te kršene. Z drugimi besedami: odgovor na vprašanje, katerim pravicam se nismo pripravljene odreči niti v primeru vojne ali ko velika nevarnost ogroža obstoj države, ni nujno enak odgovoru na vprašanje, kdaj begunke ne smemo vrniti v njeno državo, ker bi bila tam ogrožena.<sup>26</sup>

Pozorni moramo biti, da je zakonodajalec EU pred določbo o nederogabilnih pravicah iz EKČP kot temeljnih človekovih pravicah v smislu 9. člena KD vstavil besedico »zlasti«, ki kaže na to, da seznam temeljnih človekovih pravic ni zaprt. SEU je tako že štelo, da je verska svoboda »eden od temeljev demokratične družbe in temeljna človekova pravica. Poseg v pravico do verske svobode je lahko tako resen, da ga je mogoče enačiti s primeri iz člena 15(2) EKČP, na katerega se člen 9(1) Direktive primeroma sklicuje za opredelitev dejanj, ki jih je treba zlasti šteti za preganjanje.«<sup>27</sup> Obenem pa je tudi res, da SEU v svoji praksi razlage dejanj preganjanja ločuje temeljne človekove pravice od ostalih. V zadevi *X, Y in Z* je štelo, da »temeljne pravice, povezane posebej s spolno usmeritvijo, iz vsakega od postopkov v glavni stvari, kot je pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, zaščitena s členom 8 EKČP, ki mu ustreza člen 7 Listine v povezavi – odvisno od primera – s členom 14 EKČP, ki je podlaga za člen 21(1) Listine, ne spadajo med temeljne človekove pravice, od katerih odstopanja niso mogoča.«<sup>28</sup>

Pozornemu bralcu KD ne uide, da se je zakonodajalec EU odločil, da bo svoj pristop k razlagi preganjanja, utemeljen na človekovih pravicah, oprl na evropsko pravo človekovih pravic (zlasti EKČP) in ne na mednarodno pravo človekovih pravic. To bi se sicer dalo argumentirati s pomenom EKČP v ustavnem pravu Evropske unije, po drugi strani pa tak pristop ni najbolj spodbuden za razvoj razlage ŽK na globalni ravni.<sup>29</sup> Če

---

<sup>24</sup> Izrazu derogacija ustreza slovenskemu ustavnopravnemu institutu začasne razveljavitve oziroma omejitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin iz 16. člena URS.

<sup>25</sup> Drugi odstavek 15. člena EKČP kot nederogabilne pravice, ki jih ni mogoče suspendirati v primeru izrednega stanja, varuje pravico do življenja (2. člen), prepoved mučenja (3. člen), prepoved suženjstva in podložnosti (prvi odstavek 4. člena) ter načelo *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* v kaznovalnem pravu.

<sup>26</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 202.

<sup>27</sup> Zadeva *Y in Z* (C71/11, C99/11) z dne 5. septembra 2012, tč. 57.

<sup>28</sup> Zadeva *X, Y in Z*, tč. 54.

<sup>29</sup> Gl. predgovor Jamesa C. Hathawayja k tej knjigi.



se bodo namreč evropska sodišča pri razlagi ŽK sklicevala na standarde po EKČP in sodno prakso ESČP, je malo verjetno, da bo ta praksa uporabna za sodnike na drugih celinah, v državah, ki niso podpisnice EKČP in kjer sodniki slabo poznajo prakso ESČP.

#### 2.2.1.2. **Eksemplifikativni seznam dejanj preganjanja v drugem odstavku 9. člena KD**

##### 2.2.1.2.1.1. **Fizično, psihično in spolno nasilje**

Kot smo omenili zgoraj, splošno pravilo o tem, kaj je v smislu 9. člena dejanje preganjanja, dopolnjuje tudi seznam primeroma naštetih dejanj preganjanja. Tako kot dejanja preganjanja izrecno omenja »dejanja fizičnega ali psihičnega nasilja, vključno z dejanji spolnega nasilja« (člen 9(2)a). S tem v zvezi ponuja komentar direktive razlago, da bo psihično nasilje zadosti hudo, kadar bo svoboda odločanja resno omejena.<sup>30</sup> Dejanja spolnega nasilja so lahko povsem individualna, obenem pa se je treba zavedati, da je spolno nasilje pogosto sestavni del različnih vojnih zločinov, zločinov proti človeštvu itd.<sup>31</sup> Dodamo lahko, da je v predlogu KD Komisija izrecno omenila tudi genitalno pohabljanje žensk (ang. *female genital mutilation*) kot obliko spolnega nasilja.<sup>32</sup> Tudi z vidika mednarodnega prava človekovih pravic je to nedvomno resna negativna posledica v smislu definicije begunca.

##### 2.2.1.2.1.2. **Kaznovanje, odrekanje sodnega varstva in drugi oblastni ukrepi**

Naslednje kategorije dejanj preganjanja iz eksemplifikativnega seznama v drugem odstavku 9. člena se navezujejo na pojave, ki jih sicer srečamo tudi v pravnih sistemih z visoko ravno varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin: vse države izvajajo različne pravne, upravne ukrepe itn., vse države preganjajo<sup>33</sup> kazniva dejanja in kazensko odgovornim osebam izrekajo kazni, in v nobeni državi ni absolutnega dostopa do sodnega varstva. Da bi takšna dejanja štela za dejanja preganjanja v smislu definicije begunca, mora biti prisoten dodaten element, ki se nanaša na (ne)sorazmernost ukrepa oziroma diskriminatornost ukrepa, tako da KD med dejanji preganjanja primeroma našteva še naslednje:

- »pravni, upravni, policijski in/ali sodni ukrepi, ki so sami po sebi diskriminatorni ali izvedeni na diskriminatoren način« (člen 9(2)b);
- »pregon ali kazen, ki je nesorazmeren(a) ali diskriminatoren(a)« (člen 9(2)b);
- »odrekanje sodnega varstva, kar ima za posledico nesorazmerno ali diskriminatorno kazen« (člen 9(2)c).

---

<sup>30</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1176.

<sup>31</sup> *Ibid.*, str. 1177.

<sup>32</sup> *Ibid.*, str. 1177.

<sup>33</sup> Pomembna terminološka opomba: v angleščini se za preganjanje v smislu ŽK uporablja glagol »persecute« in samostalnik »persecution«, za kazenski pregon pa glagol »prosecute« in samostalnik »prosecution«. Samostalnika »preganjanje« in »pregon« se načeloma razlikujeta tudi v slovenščini (vendar gl. denimo prvi odstavek 45. člena ZKP: »Glavna pravica in glavna dolžnost državnega tožilca je *preganjanje* storilcev kaznivih dejanj« – poudaril S. B.), glagol pa je enak: »preganjati«, tako da moramo biti previdni pri razločevanju.



Kot bomo spoznali v naslednjem poglavju (VI.), v katerem obravnavamo vzročno povezavo med resnimi negativnimi posledicami in osebnimi okoliščinami, je prav diskriminatornost preganjanja ključna zahteva ŽK za priznanje statusa begunca. Da bi bila oseba begunca, mora biti katerokoli »dejanje preganjanja« (oziroma resna negativna posledica) »osnovana na« (ang. *for reasons of*) eni od petih osebnih okoliščin oziroma konvencijskih razlogov. Pri treh zgoraj naštetih kategorijah dejanj preganjanj pa je to v KD še posebej poudarjeno.

Komentar KD v zvezi z določbama člena 9(2)b in 9(2)c opozarja, da sta vsebinsko zelo povezana, saj bo nesorazmerna kazen štela za dejanje preganjanja že po 9(2)b, zato bo prišla točka c) le redko v poštev.<sup>34</sup> Vendar pa je ESČP v zadevi *Einhorn proti Franciji*, v kateri je sicer dovolilo izročitev ameriškega državljana, ki je bil v odsotnosti obsojen na dosmrtno kazen zapora, Združenim državam Amerike, opozorilo tudi, da ni mogoče izključiti, da bo »v izjemnih primerih lahko odločitev o izročitvi sprožila tudi vprašanja o skladnosti s 6. členom EKČP, kjer gre za okoliščine, v katerih je oseba na begu (ang. *fugitive*) utrpela ali pa tvega, da bo utrpela, da ji bo država, v katero bo izročena, očitno odrekla sodno varstvo (ang. *flagrant denial of justice*).«<sup>35</sup>

#### 2.2.1.2.1.3. **Pregon ali kazen zaradi zavrnitve služenja vojaškega roka**

KD je med primeroma naštete kategorije dejanj preganjanja v določbi člena 9(2) e uvrstila tudi »pregon ali kazen zaradi zavrnitve služenja vojaškega roka v spopadu, kjer bi služenje vojaškega roka vključevalo kazniva dejanja ali dejanja, ki spadajo med izključitvene razloge, navedene v členu 12(2)«. <sup>36</sup> SEU je pomen te določbe podrobneje razložilo v dveh zadevah. V zadevi *Shepherd* je med drugim štelo, da lahko ta določba pride v poštev tudi za logistično in podporno osebje in da ni treba, da bi bila relevantna dejanja že storjena, temveč je dovolj, da je »zelo verjetno« (ang. *highly likely*), da bo do takšnih dejanj prišlo.<sup>37</sup> V zadevi *EZ*, ki se je nanašala na begunca iz Sirije, pa je pojasnilo še, da:

v zvezi z nabornikom, ki zavrača služenje vojaške dolžnosti v konfliktu, vendar ne ve, kakšno bo njegovo ali njeno bodoče polje vojaških operacij v kontekstu vsesplošne državljanske vojne, za katero je značilno ponavljajoče in sistematsko izvrševanje kaznivih dejanj in drugih dejanj, ki jih omenja drugi odstavek 12. člena kvalifikacijske direktive s strani vojske, ki uporablja nabornike, moramo domnevati, da bo izvajanje vojaške službe vključevalo tudi izvrševanje – neposredno ali posredno – takšnih kaznivih dejanj ali drugih dejanj, ne glede na to, na katerem področju bo dejaven ali dejavna.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1179.

<sup>35</sup> Zadeva *Einhorn proti Franciji*, št. 71555/01 z dne 16. oktobra 2001, tč. 32, prevod S. B.

<sup>36</sup> Drugi odstavek 12. člena KD je povezan s členom 1.F ŽK, ki med izključitvene razloge uvršča denimo dejanja, »ki nasprotujejo namenom in načelom Združenih narodov« (gl. podrobneje poglavje VIII te knjige o izključitvenih razlogih)

<sup>37</sup> Zadeva *Andre Lawrence Shepherd proti Bundesrepublik Deutschland* (C-472/13) z dne 26. februarja 2015.

<sup>38</sup> Zadeva *EZ proti Bundesrepublik Deutschland* (C238/19) z dne 19. novembra 2020, 2. tč izreka (prevod S. B.).

Vendar pa navedene sodbe ne odgovorijo na vprašanje, ali ni dikcija člena 9(2)e preozka, saj je vendar zelo pogosto, da ljudje služenja vojaškega roka ali sodelovanja v vojaških operacijah ne zavračajo le zato, ker ne želijo sodelovati pri zavržnih dejanjih, inkriminiranih v mednarodnem kazenskem pravu itd., temveč tudi iz drugih razlogov. Povsem jasno je denimo, da je vključevanje otrok v vojaške enote prepovedano v mednarodnem pravu.<sup>39</sup> Takšno situacijo bi verjetno sicer obravnavali v okviru določbe člena 9(2)f kot »dejanje, usmerjeno na otroke«.

Kaj pa, če oseba zavrne sodelovanje v vojski zaradi svoje veroizpovedi oziroma prepričanj (ugovor vesti)? Po našem stališču bi bilo napačno zaključiti, da ker je eksemplifikativni seznam dejanj preganjanj sicer omenil zavrnitev služenja vojske, a to omejil na zgoraj prikazani način, potemtakem osebe, ki služenje vojske zavrnejo iz drugih razlogov, ne morejo dobiti statusa begunca po pravu EU. Sploh zato, ker je ESČP v zadevi *Bayatyan* že razsodilo, da:

se pritožnik, ki je pripadnik Jehovovih prič, ni poskušal izogniti služenju vojaške dolžnosti iz razlogov osebnega udobja, temveč na podlagi njegovih iskrenih verskih prepričanj. Glede na to, da v tistem času v Armeniji ni bilo na voljo alternativnega civilnega služenja, ni imel pritožnik nobene druge izbire, kot da zavrne nabor v vojsko, če je želel ostati zvest svojim prepričanjem, s čimer pa je tvegala kazenske sankcije. Tako je sistem, ki je bil vzpostavljen v upoštevnem času, državljanom nalagal obveznost, ki je imela potencialne resne posledice za tiste, ki bi uveljavljali ugovor vesti (ang. conscientious objectors). Obenem pa sistem ni predvideval nobenih izjem, ki bi bile utemeljene na spoštovanju svobode vesti in je kaznoval tiste, ki so, kakor pritožnik, zavrnilo opravljanje vojaške službe. Po stališču Sodišča takšnemu sistemu ni uspelo najti pravega ravnotežja med interesi družbe kot celote na eni strani in interesi pritožnika na drugi strani. Sodišče je tako zaključilo, da izrek sankcije pritožniku v okoliščinah, kjer niso bile predvidene nobene izjeme, s katerimi bi lahko pritožnik zadostil zahtevam svoje vesti in prepričanj, ne more biti sprejet kot ukrep, ki bi bil nujen v demokratični družbi. Še manj ga lahko štejejo za nujnega, če upoštevamo, da so obstajale praktično izvedljive in učinkovite alternative, s katerimi bi lahko uskladili nasprotujoče si interese, na kar kažejo izkušnje prepričljive večine evropskih držav.<sup>40</sup>

Zaključek sodišča v primeru *Bayatyan* je bil, da je šlo za kršitev svobode vesti oziroma veroizpovedi, ki je po stališču sodišča eden od temeljev demokratične družbe v smislu EKČP.<sup>41</sup> Vprašanje je torej, ali bi morda lahko primere oseb, ki iz svoje države pobegnejo, ker nočejo služiti vojaškega roka, saj jim tega ne dovoljuje vera ali globoko prepričanje, obravnavali že po določbi člena 9(1)a ali pa, alternativno, po določbi 9(1)b KD. Odgovor bo odvisen predvsem od teže posledic, ki sledijo zavrnitvi služenja.

---

<sup>39</sup> Opcijski protokol št. 1 h Konvenciji o pravicah otroka, h kateremu je pristopilo 172 držav. Gl. Dörig, H., nav. delo, str. 1181; Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 269.

<sup>40</sup> Zadeva *Bayatyan proti Armeniji*, št. 23459/03, z dne 7. julija 2011, tč. 124.

<sup>41</sup> *Ibid.*, tč. 118.

#### 2.2.1.2.1.4. Dejanja, ki so povezana s spolom ali usmerjena na otroke

Določba člena 9(2)f sledi pristopu UNHCR, ki zagovarja, da je treba dejanja preganjanja, ki so povezana s spolom oziroma z mladoletnostjo (otroki) obravnavati posebej pozorno.<sup>42</sup> V tej točki se vprašanje, kaj šteje kot dejanje preganjanja oziroma resna negativna posledica, začne prepletati z vprašanjem vzročne povezave z osebno okoliščino begunke (spol, starost). Opazimo lahko, da denimo komentar ŽK nekaj oblik »spolno-specifičnih« dejanj preganjanja (posilstvo, spolno nasilje, genitalno pohabljanje, prisilni abortus in sterilizacija, prisilna sklenitev zakonske zveze, družinsko nasilje, uveljavljanje spolno specifičnih običajev in pravil obnašanja), našteva in opisuje prav v okviru obravnave vzročne zveze med preganjanjem in konvencijskimi razlogi.<sup>43</sup> V zvezi z dejanji, usmerjenimi na otroke, je treba biti posebej pozoren na poseben režim varstva po Konvenciji o pravicah otroka.<sup>44</sup>

### 2.3. Odsotnost državne zaščite

Temeljni pomen formule *Being Persecuted = Serious Harm + Failure of State Protection* Lorda Hoffmanna v zadevi *Shah* je v tem, da lahko resne negativne posledice oziroma različne kršitve človekovih pravic begunki povzroči njegova država, iz katere beži, akter, ki je z državo tako ali drugače povezan, ali pa tudi nedržavni akter (ang. *non-state actor*).

To je zajela tudi ureditev po KD, po kateri so lahko »preganjalci« (ang. *actors of persecution*) ali povzročitelji resne škode (v kontekstu instituta subsidiarne zaščite):

- a) država
- b) stranke ali organizacije, ki nadzorujejo državo ali bistveni del ozemlja države (ang. *parties or organisations controlling the State or a substantial part of the territory of the State*);
- c) nedržavni subjekti [...] <sup>45</sup>

Zakonodajalec EU se je za takšno izrecno uvrstitev verjetno odločil tudi zato, ker so v preteklosti zlasti nemška in francoska sodišča ŽK tolmačila tako, da mora za priznanje statusa begunca preganjalec biti država, in zavračala prošnje za status begunca v situacijah, kjer so resne negativne posledice povzročali nedržavni akterji.<sup>46</sup> Takšno stališče je povsem preživeto, tako v novejši sodni praksi kot tudi v zakonodaji EU.

---

<sup>42</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1180.

<sup>43</sup> Zimmermann, A., Mahler, C., nav. delo, str. 412-415.

<sup>44</sup> Konvencija o pravicah otroka (Convention on the Rights of the Child), Resolucija Generalne skupščine, št. 44/25 z dne 20. november 1989, Zbirka pogodb ZN 1577, str. 3. Zimmermann, A., Mahler, C., nav. delo, str. 405. Glede dejanj preganjanj z vidika otrokovih pravic gl. Samobor, A., 2020, Vpliv načela otrokove največje koristi na odločanje v azilnem postopku [na spletu]. Magistrsko delo. Univerza v Ljubljani. [Dostopano 2 januar 2023]. Pridobljeno s: <https://repozitorij.uni-lj.si/IzpisGradiva.php?lang=slv&id=119063>, str. 44-46.

<sup>45</sup> 6. člen KD.

<sup>46</sup> Zimmermann, A., Mahler, C., nav. delo, str. 366, ki citirata sodbe iz leta 1989 in 1994.

Tako je lahko preganjalec v smislu ŽK pravzaprav vsakdo, tudi navaden posameznik, ki ni v nikakršni zvezi z državo ali njenimi organi.<sup>47</sup> Za dobro ponazoritev nam služijo dejstva zadeve *Shah*, kjer sta mednarodno zaščito v Združenem kraljestvu poiskali pakistanski državljanki, ki sta bili v izvorni državi žrtvi družinskega nasilja – pretepanja zakonskega partnerja. Argument Lorda Hoffmanna v sodbi Vrhovnega sodišča je bil:

družinsko nasilje, kot sta ga utrpeli ga. Islam in ga. Shah v Pakistanu, je na žalost nekaj, kar vsekakor poznamo tudi v Združenem Kraljestvu. Vendar pa takšnega nasilja v Združenem kraljestvu ne bi razumeli kot preganjanje v smislu Konvencije. To je zato, ker bi bila žrtvam nasilja na voljo zaščita države. Nasilneži bi bili lahko preganjani pred kazenskimi sodišči, ženske pa bi lahko pridobile varstvo tako, da bi bilo njihovim možem prepovedano nadaljnje nadlegovanje in vstop v družinski dom po določbah zakonodaje iz leta 1976, ki ureja zaščito pri družinskem nasilju. Kar nasilje v Pakistanu spremeni v preganjanje v smislu Konvencije, je dejstvo, da se je v dokaznem postopku nesporno ugotovilo, da pakistanska država ni želela oziroma ni bila zmožna nuditi ge. Islam nobene zaščite. V postopku na nižji stopnji so ugotovili, da bi bilo za go. Islam – kot žensko – nesmiselno in nekoristno, da bi policiji ali sodiščem prijavila ravnanja svojega moža. Prav nasprotno: povsem možno bi bilo, da bi policija sprejela obtožbe o nezvestobi, ki jih je zoper go. Islam navajal njen mož, in odvzela prostost njej, ne pa možu. Če bi bila tudi obsojena za nezvestobo, bi bile lahko kazenske sankcije zelo resne. A tudi če ne bi prišlo do kazenskega pregona ge. Islam, bi bila kot ženska, ki ne živi več s svojim možem, izločena iz družbe in izpostavljena napadom, morda celo umoru, h kateremu bi pozivali njen mož ali njegovi politični sodelavci.<sup>48</sup>

### 2.3.1. Akterji preganjanja (in zaščite) po KD

Tudi 'preganjalci', navedeni v točki b) 6. člena KD, so seveda pojmovno in logično nevladni akterji. KD jih je kategorizirala posebej, ker je isto skupino akterjev (»stranke ali organizacije, ki nadzorujejo državo ali bistveni del ozemlja države«) predvidela tudi

---

<sup>47</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1151.

<sup>48</sup> Lordska zbornica Združenega Kraljestva v zadevi *Shah* (1999). Na to sodbo se sklicuje tudi VS v sodbi v zadevi I Up 345/2014 z dne 5. novembra 2014, ki pa je glede na dejstva primera prišlo do drugačnega zaključka:

Po stališču Vrhovnega sodišča (ki ga je sprejelo že v drugih zadevah, npr. I Up 477/2007) je sicer možno podeliti mednarodno zaščito tudi osebi, preganjani zaradi družinskega nasilja, nastalega iz narodnostnih, verskih in rasnih razlogov ali zaradi pripadnosti političnemu prepričanju oziroma določeni družbeni skupini, vendar pod pogojem, da izvorna država takega nasilja ne preganja ali ga celo spodbuja. Tako je možno podeliti mednarodno zaščito zaradi nasilja nad ženskami (kot posebno družbeno skupino) v primerih, ko gre za nasilje nad njimi in ga država ne preprečuje oziroma ga tolerira (npr. posilstva in spolne zlorabe, prisilne sterilizacije, pohabljanje ženskih spolovil). Tako je npr. v zadevi *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex arte Shah (A.P.)* šlo za diskriminacijo oziroma nasilje nad ženskami v Pakistanu na splošno ter opredelitev žensk v Pakistanu kot posebne družbene skupine, ki je država ne zaščiti. V obravnavani zadevi pa gre dejansko za nasilje, ki ga izvajata nekdanji mož prve tožnice (ki je sicer musliman), s katerim ne živi skupaj (uradno se je razvezala in sin je bil dodeljen njej), saj živi v Moskvi (torej v nemuslimanskem okolju), in njegov brat, in sodi na področje kaznivih dejanj oziroma prekrškov, zoper katere pa izvorna država nudi ustrezno varstvo, policija se odziva in ustrezno ukrepa.

kot akterje, ki lahko beguncu nudijo zaščito pred preganjanjem (člen 7(1)b KD).<sup>49</sup> Že na prvi pogled je to nenavadno, čeprav seveda ne bo šlo za isto situacijo oziroma državo, v kateri bi isti akter obenem preganjal in nudil zaščito. Taka ureditev v 7. členu predvideva situacijo, v kateri bi se na določenem ozemlju vzpostavila dejanska oblast določene organizacije, ki ni država. Slednja bi žrtvi domnevno nudila zaščito, nek tretji akter (posameznik, družinski član, kriminalci...) pa bi bili »vir« preganjanja oziroma resnih negativnih posledic.<sup>50</sup> Po stališču SEU v zadevi *Abdulla*, ki se je nanašal na begunce iz Iraka, ki jih je tam preganjala stranka *Baath* diktatorja Sadama Huseina, so lahko tak akter zaščite tudi večnacionalne vojaške sile (ang. *multinational force*), ki so zasedle iraško ozemlje.<sup>51</sup>

### 2.3.2. Kakovost zaščite po KD

KD v drugem odstavku 7. člena terja, da mora biti zaščita, ki jo nudijo bodisi država ali pa nedržavni akterji (oziroma natančneje: »stranke ali organizacije, vključno z mednarodnimi organizacijami, ki nadzorujejo državo ali bistveni del ozemlja države«):

#### 1. učinkovita;

Ekstremni primeri neučinkovitosti državne zaščite, kjer je država enostavno izgubila nadzor nad delom državnega ozemlja, so redki. Najpogosteje se v zvezi s tem omenja primere iz Somalije, kjer je državna oblast dejansko prenehala delovati.<sup>52</sup> Težja so vprašanja, ko v državi sicer deluje državna oblast, vendar ni sposobna zaščititi preganjanih prebivalcev. Lahko, da gre za nesposobnost, zaščititi žrtve točno določene oblike preganjanja, na primer žrtve trgovine z ljudmi.<sup>53</sup>

Kot vsebinsko zahtevo za zaščito KD določa, da morajo akterji zaščite sprejeti »razumne ukrepe za preprečitev preganjanja ali resne škode, med drugim z vodenjem učinkovitega pravnega sistema za odkrivanje, pregon in kaznovanje dejanj, ki pomenijo preganjanje ali resno škodo«. Dörig navaja, da je verjetno navdih za dikcijo, uporabljeno v KD, v sodbi Vrhovnega sodišča Združenega kraljestva v zadevi *Horvath*.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Po določbi prvega odstavka 7. člena KD lahko »[z]aščito pred preganjanjem ali resno škodo [...] nudi le: (a) država ali (b) stranke ali organizacije, vključno z mednarodnimi organizacijami, ki nadzorujejo državo ali bistveni del ozemlja države, če so pripravljene in sposobne zagotavljati zaščito v skladu z odstavkom 2«.

<sup>50</sup> Pogosto se kot primer omenja Somalija, v kateri centralna državna oblast ni več sposobna nadzorovati države in uveljavljati pravnih norm državnega prava, obenem pa obstajajo določene kvazidržavne tvorbe (Somaliland, Puntland), ki niso mednarodno priznane, vendar pa se ljudje k »organom« teh tvorb zatekajo po zaščito pred tretjimi osebami. Dörig navaja sodbe sodišč iz Kanade in Združenega kraljestva ter ESČP, ki so te tvorbe prepoznale kot subjekte zaščite. Dörig, H., nav. delo. Gl. tudi Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 292, spr. op. št. 19.

<sup>51</sup> *Aydin Salahadin Abdulla in drugi proti Bundesrepublik Deutschland* (C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08) z dne 2. marca 2010, tč. 1 izreka in tč. 75-76. Dörig v komentarju KD kot dodaten primer navaja KFOR in UNMIK, sile oziroma oblastne organe, ki so jih na Kosovo poslali Združeni narodi. Dörig, H., nav. delo, str. 1154.

<sup>52</sup> Somalijo, denimo, so v nekem obdobju zaradi popolnega razpada državnega aparata v literaturi označevali kot 'failed state', gl. denimo International Crisis Group (ICG), Somalia: Countering Terrorism in a Failed State, <<https://www.refworld.org/docid/3de77c924.html>>.

<sup>53</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 310.

<sup>54</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1156.

Lordska zbornica je v tej zadevi obravnavala zaščito, ki so je pred nasiljem neonacistov Romom nudili slovaški državni organi. Kljub temu da policija ni ustrezno obravnavala vseh primerov nasilja, je sodišče štelo, da ŽK ne terja »popolne zaščite«; dovolj je, da država sprejme »razumne ukrepe« za preprečevanje, odkrivanje in sankcioniranje kaznivih dejanj.<sup>55</sup> Hathaway in Foster sta tak pristop označila kot »test dolžne skrbnosti« (ang. *due diligence*) in tudi opozorila, da gre po naravi za formalističen pristop, težko združljiv z logiko zaščite po KD.<sup>56</sup>

To kritiko dobro povzame stališče, ki ga najdemo v sodbah angleških sodišč, ko se ukvarjajo z obstoječim sistemskim problemom v državi izvora, ki pa ga država odpravlja z omejenim uspehom:

Ugotovimo lahko, da prosilcu ne bo v nobeno uteho, če bo vedel, da če ga bodo ubili ali mučili, bo policija nekaj ukrenila, da bi prišlo do kazenskega pregona morilcev oziroma mučiteljev. Za prosilca, je pomembno tveganje, da bo morda umorjen ali mučen, in če oblasti v njegovi državi ne morejo zagotoviti učinkovite zaščite, s katero bi se tveganju izognili, bo v primeru, da ga vrnemo v njegovo državo, kršena Konvencija. Konvencija terja, da je zaščita praktična, ne pa teoretična.<sup>57</sup>

Skladno s tem je naše stališče, da zgolj presoja, ali je država izvora sprejela »razumne ukrepe«, ni dovolj, da bi KD uporabljali v skladu z logiko ŽK. Poudarek mora biti bistveno bolj na učinkoviti oziroma, z besedami angleških sodnikov, »praktični ne pa teoretični« zaščiti, katere posledica je, da pričakovanje preganjanja ni več utemeljeno.

## **2. trajna (ang. of a non-temporary nature);**

SEU je v zadevi *Abdulla* vprašanje trajnosti zaščite povezalo z vprašanjem, kdaj so podane okoliščine, v katerih status begunca preneha, ker so se spremenile okoliščine v državi izvora (KD člen 11(1)e in f v povezavi z drugim odstavkom 11. člena):

Sprememba okoliščin je 'dovolj pomembna in trajna' v smislu člena 11(2) Direktive, če je mogoče šteti, da so dejavniki, na katerih je temeljil begunčev strah pred preganjanjem, trajno odpravljeni. Presoja pomembnosti in trajnosti spremembe okoliščin tako vključuje

---

<sup>55</sup> Lordska zbornica Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Horvath proti Secretary of State for the Home Department* (2001), št. [2000] UKHL 37; [2000] 3 WLR 379; [2000] 3 All ER 577; [2000] Imm AR 552; [2000] INLR 239.

<sup>56</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 308-310.

<sup>57</sup> V sodbi angleškega Pritožbenega sodišča v zadevi *Atkinson* (Pritožbeno sodišče Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Michael Atkinson proti Secretary of State for the Home Department* (2004), št. [2004] EWCA Civ 846, sodnik Lord Justice Scott Baker (tč. 39) citira odlomek iz obrazložitve sodnika Collinsa v sodbi imigracijskega tribunala v zadevi *Kacaj* (Imigracijski pritožbeni tribunal Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Kacaj proti Secretary of State for the Home Department* (2001), št. [2001] INLR 354. V zadevi *Atkinson* je šlo za begunce z Jamajke, kjer so nedržavni akterji (pripadniki kriminalnih združb) morili osebe, ki naj bi bile simpatizerji določene politične stranke, jamajska policija pa je dejansko vzpostavljala posebne enote za boj s tolkami, vlagala v to sredstva itd.

je neobstoje utemeljenega strahu pred izpostavljenostjo dejanjem preganjanja, ki pomenijo hudo kršitev temeljnih človekovih pravic v smislu člena 9(1) Direktive.<sup>58</sup>

### 3. dostopna prosilcu.

Pozorni moramo biti na dejstvo, da tudi če je zaščita dostopna na splošno, je vseeno povsem možno, da prosilec do nje ne bo mogel priti zaradi osebnih okoliščin, ki ga v njegovi državi postavljajo v diskriminatoren položaj.<sup>59</sup> Za ilustracijo lahko uporabimo dejstva iz zadeve *Shah*: nasilni mož morda ima neoviran dostop do zaščite pred pretepači, ki mu ga nudi policija, za ženske, ki iščejo zaščito pred nasiljem moža, pa to ne velja. Ugotovimo lahko, da je s svojo dikcijo »ko ima prosilec dostop do takšne zaščite« KD uvedla zahtevo po individualizirani presoji dostopnosti do zaščite.

#### 2.3.3. Nesprejemljivost širitve kroga akterjev zaščite v KD

Kontroverzna<sup>60</sup> rešitev, uveljavljena v zakonodaji EU in sodni praksi SEU, po kateri lahko zaščito beguncem nudijo tudi nedržavni akterji, je v popolnem nasprotju z logiko mednarodne zaščite kot surogatne zaščite. Ta izhaja iz ideje, da je zaščita državljanov primarno obveznost države, katere državljanji so, kot nadomestno rešitev pa je mednarodno pravo predvidelo zaščito drugih držav, ne pa različnih akterjev, ki niso države. KD res terja preverjanje učinkovitosti, trajnosti in dostopnosti takšne zaščite, tj. državam članicam nalaga obveznost, da preverijo, kakšna je *dejanska* raven te zaščite. Vendar pa umanjka zelo pomembna prvina zaščite, kot jo (lahko) nudijo (le) države. Klanov, paravojaških organizacij, kvazidržavnih tvorb, nenazadnje pa tudi večnacionalnih vojaških sil ne obvezujejo norme mednarodnega prava o spoštovanju človekovih pravic. Četudi dejansko nudijo zaščito, to ni odraz njihovih pravnih obveznosti.<sup>61</sup> To velja tudi za mirovne misije Združenih narodov, v zvezi s katerimi naletimo na pogodsta poročila o zlorabah lokalnega prebivalstva s strani 'mirovnikov', pri čemer je obstoj pravnega vira, ki bi jih obvezoval k spoštovanju človekovih pravic, nejasen.<sup>62</sup>

#### 2.3.4. »Odsotnost volje države«, da zaščiti

Zanima nas, na kakšen način vse lahko pride do tega, da begunec v svoji državi ne

---

<sup>58</sup> Zadeva *Abdulla*, tč 73. V zadevi *Abdulla* so se okoliščine spremenile, ker je koalicija držav vojaško zasedla Irak in odstranila prejšnji režim Sadama Huseina, zato je bilo možno govoriti o trajni odpravi dejavnikov. Če gre le za spremembo delovanja obstoječega režima, ki se nagne v smer večjega spoštovanja človekovih pravic, je treba biti bolj previden. Dörig, H., nav. delo, str. 1157.

<sup>59</sup> Na to denimo opozori Agencija EU za azil (prej EASO, *European Asylum Support Office*) v svojem praktičnem vodiču po kvalifikacijski direktivi. EASO Practical Guide: Qualification for international protection, april 2018, str. 38-39.

<sup>60</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1154; Goodwin-Gill, G., McAdam, J.: *The Refugee in International Law*. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2021, str. 78.

<sup>61</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 292. Obsežnejša argumentacija, ki vodi do tega zaključka, je predstavljena v odseku s pomenljivim naslovom »Protection is state protection«.

<sup>62</sup> Van den Driest, S. F.: *Tracing the Human Rights Obligations of UN Peacekeeping Operations*, v: Summers, J., Gough, A.: *Non-State Actors and International Obligations*. Brill, Nijhoff, 2018.



dobi zaščite pred preganjanjem. Najprej moramo navesti dokaj logičen zaključek, ki sledi iz Hoffmannove formule *Being Persecuted = Serious Harm + Failure of State Protection*. Če je akter preganjanja država sama (oziroma njeni državni organi, paradigmatičen primer denimo je policija, preganjanje pa lahko izvajajo tudi uradniki, vojska, paravojaške formacije, varnostni organi<sup>63</sup>), lahko že logično vedno govorimo o preganjanju.<sup>64</sup> Za Hathaway in Foster je pravzaprav preganjanje državnih akterjev ekstremna oblika situacije, v kateri država *noče* (ang. *unwillingness to protect*) zaščititi svojih državljanek, kar analitično razlikujeta od situacij, v katerih država *ne more* nuditi zaščite (ang. *inability to protect*).<sup>65</sup> Če smo vprašanje nezmožnosti države obravnavali zgoraj, pa se odpirajo še zanimiva vprašanja v zvezi z odsotnostjo volje.

#### 2.3.4.1. Primer Svazas

Če je ekstremna situacija odsotnosti volje (ang. *unwillingness*) države, da zaščiti svojo državljanke, aktivno preganjajoče ravnanje njenih organov, ki poteka po navodilih, izdanih v hierarhiji državnega aparata, pa se lahko nezainteresiranost države kaže tudi tako, da se državni organi »obrnejo stran« oziroma opustijo ravnanja, ki bi osebo zaščitila, ko so soočeni z resnimi negativnimi posledicami, ki osebi grozijo. Vmes je še nekakšen 'spekter' možnih situacij, kar je vprašanje, ki ga je angleško sodišče obravnavalo v zadevi *Svazas*.<sup>66</sup> V Združenem kraljestvu so za status begunca zaprosili litvanski pripadniki komunistične stranke, ki so jih v Litvi v devetdesetih letih prejšnjega stoletja občasno, vsakič za nekaj dni ali tednov, pridržali in med pridržanjem pretepali pripadniki litvanske policije. Komunistična stranka je bila v Litvi prepovedana, vendar članstvo v stranki ni bilo inkriminirano. Sodišče je ugotovilo, da za ta ravnanja policistov ni bilo pravne podlage v litvanskem pravu, še več, policisti so storili kazniva dejanja, in jim je občasno sledil tudi kazenski pregon v litvanskem pravosodnem sistemu. Sodniki so bili tako soočeni s situacijo nekje na sredini prej omenjenega 'spektra' med državnimi akterji na eni strani in kombinacijo nedržavnih akterjev ter pasivnosti države na drugi strani. Umeščanje na ta spekter je lahko videti nekoristno, saj načeloma šteje za preganjanje tako ravnanje enih kot drugih. Vendar pa je pomembno, da se zavedamo, da bolj kot je ravnanje preganjalca povezano z državo, višji standard si moramo postaviti,

---

<sup>63</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 297-298.

<sup>64</sup> S tem v zvezi je suspektna naslednja dikcija preambule KD: »Če so subjekti preganjanja ali resne škode država ali predstavniki države, bi bilo treba *domnevati* (ang. *there should be a presumption*, poudaril S. B.), da prosilcu dejanska zaščita ni na voljo.« Ker je v pravu domneva nekaj, kar je mogoče izpodbiti, se lahko utemeljeno vprašamo, ali je mogoče, da bi bila prošnja za status begunca zavrnjena, ker bi državni organ pokazal, da je kljub temu, da je subjekt preganjanja država, dejanska zaščita na voljo. Gl. tudi Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 299.

<sup>65</sup> Avtorja sama opozarjata, da je to razlikovanje namenjeno »analitični jasnosti« in da ni razlike med pravnimi posledicami ne glede na to, ali ugotovimo, da gre za pomanjkanje volje ali sposobnosti. *Ibid.*, str. 297. Analitični pristop komentarja ŽK pa je, da razlikuje »državne akterje preganjanja« od nedržavnih, pri čemer med državne akterje preganjanja šteje vrsto različnih situacij, denimo, ko preganjanja ne izvaja državni organ, a vendar država ta dejanja »šteje za svoja« (ang. *Conduct Acknowledged and Adopted by the State as Its Own*). Zimmermann, A., Mahler, C., nav. delo, str. 359-362.

<sup>66</sup> Pritožbeno sodišče Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Svazas proti Secretary of State for the Home Department* (2002), št. [2002] EWCA Civ 74.

ko se sprašujemo, ali je državna zaščita (v smislu testa iz zadeve *Horvath*) razumno učinkovita (četudi ne popolna) oziroma, kot je v svojo obrazložitev zapisal sodnik LJ Simon Brown:

V takšnih zadevah bo pred nami spekter primerov. Na enem skrajnem polu bodo tisti primeri, v katerih sporno ravnanje v celoti izvajajo nedržavni akterji. Na drugem skrajnem polu bodo tisti primeri, v katerih je država v celoti vključena v sporno ravnanje. Vmes, med obema skrajnima poloma, pa nas čaka vprašanje, ali lahko za državo res trdimo, da zagotavlja zadostno zaščito. Ko si postavimo to vprašanje v kontekstu našega primera, ne pa v kontekstu spornih ravnanj, ki bi jih izvrševali izključno nedržavni akterji, moremo jasno prepoznati, da višje, kot so državni uradniki v hierarhiji državnih organov in bolj, kot so vključeni v sporna ravnanja, ki grozijo beguncu, bolj nujno bo treba dokazati, da ima izvorna država močno politično voljo, da takšna ravnanja izkorenini ter da so v državi tudi vzpostavljeni sistemi, ki so to sposobni izkoreniniti in kaznovati odgovorne osebe. Lažje bo tudi za prosilca za mednarodno zaščito, da zaseje dvom v pripravljenost ali vsaj zmožnost organov izvora, da to tudi stori.<sup>67</sup>

### 2.3.5. Notranja alternativa zaščite

V zvezi z zagotavljanjem zaščite države izvora oziroma odsotnostjo le-te se odpre vprašanje: Če begunko vrnemo v državo izvora, ali bi lahko zaščito poiskala v določenem delu te države? Zlasti se to vprašanje pojavi, ko je situacija v izvorni državi različna po regijah. Predstavljajmo si denimo situacijo v Afganistanu pred umikom zahodnih sil in prevzemom oblasti s strani talibanov. V tistem obdobju je bila moč talibanov v različnih afganistanskih provincah različno velika, begunka je morda pobegnila iz province z močnim vplivom talibanov, kjer ni bila varna pred preganjanjem, postavi pa se vprašanje, ali bi bila morebiti varna, če bi se po hipotetični vrnitvi v Afganistan naselila v prestolnici.

Vprašanje je vsebinsko povezano z vprašanji, ki smo jih obravnavali zgoraj. Prvič, povezano je z vprašanjem notranje razseljenih oseb,<sup>68</sup> pri čemer se moramo zavedati, da je vprašanje notranje alternative zaščite usmerjeno v hipotetično prihodnost begunke, ki je že v državi zaščite. Poenostavljeno povedano, begunka je oseba, ki ni ostala notranje razseljena, zatekla se je v drugo državo, pred nami pa je vprašanje, kaj se bo zgodilo, če jo vrnemo v izvorno državo. Drugič, vprašanje notranje alternative zaščite je povezano z zgoraj obravnavanim problemom kakovosti zaščite, ki jo mora nuditi izvorna država, da bi lahko utemeljeno zavrnilo priznanje statusa begunca.<sup>69</sup> Seveda pa je pri notranji alternativni zaščiti ta razlika v tem, da je možno, da kakovost zaščite ni enaka v vseh delih ali regijah izvorne države.

---

<sup>67</sup> Lordska zbornica Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Horvath proti Secretary of State for the Home Department* (2001), št. [2000] UKHL 37; [2000] 3 WLR 379; [2000] 3 All ER 577; [2000] Imm AR 552; [2000] INLR 239, sodnik Lord Justice Simon Brown, tč. 54.

<sup>68</sup> Glej III. poglavje te knjige.

<sup>69</sup> Glej zgoraj poglavje 2.3.2.

Za ta institut se pojavlja tudi poimenovanje »notranja alternativa za beg« (ang. *internal flight alternative*) ali notranja alternativa relokacije (preselitve, premestitve, ang. *internal relocation alternative*).<sup>70</sup> Takšna poimenovanja štejejo za vsebinsko neustrezna, saj se zdi, da našo pozornost obračajo na retrospektivno vprašanje: Ali bi se lahko begunec namesto za beg v drugo državo odločil za alternativo znotraj svoje države? To vprašanje pa ni pomembno, saj mora določevalca zanimati predvsem, kaj se utegne zgoditi ob morebitni vrnitvi iz države zaščite v državo izvora. Poudarek mora torej biti na zaščiti države izvora, ki begunki bo ali ne bo na voljo v primeru vrnitve. Zato je ustreznejše poimenovanje »notranja alternativa zaščite« (ang. *internal protection alternative*).<sup>71</sup>

Koncept notranje alternative zaščite ni izrecno omenjen v ŽK, kar pa ne pomeni, da ga kljub temu ne uporabljajo sodišča in zakonodajalci. Izrecno je ta institut pod imenom »notranja zaščita« (ang. *internal protection*) urejen v 8. členu KD. KD notranjo alternativo zaščite predvideva kot možnost države, da ta institut uporablja pri ugotavljanju pogojev za status begunca in preverjanju upravičenosti do subsidiarne zaščite.<sup>72</sup>

Če se država članica odloči v svojo zakonodajo prenesti tudi institut notranje zaščite iz KD, pa mora zato, da bi zaradi obstoja notranje zaščite zavrnila priznanje statusa begunca, spoštovati vsebinske kakovostne pogoje, ki jih določa 8. člen KD. Vrhovno sodišče v zvezi s tem zahteva, da sta izpolnjena kumulativno »merilo varnosti« in »test razumnosti«.<sup>73</sup> Merilo varnosti pomeni, da v »alternativnem« delu države, kamor bi se begunka vrnila, ne bo utemeljeno pričakovala, da bo preganjana (v zvezi s subsidiarno zaščito pa, da tam ne bo realnega tveganja z resno škodo) oziroma da bo tam na voljo zaščita države izvora.<sup>74</sup> KD izrecno zahteva še, da je begunki del države, v katerega bi se potencialno lahko vrnila, dostopen, kar zlasti pomni, da lahko tja varno, zakonito pripotuje ter ima dovoljenje za vstop v ta del države.<sup>75</sup>

Test razumnosti se nanaša na zahtevo KD, da mora biti 'alternativni' del države izvora ne le varen, ampak tudi tak, da lahko od nje razumno pričakujemo, da se bo tam naselila. »Razumnost« je zelo nedorečen in ohlapen pojem, presojanje razumnosti je po naravi subjektivno, saj se predstava o tem, kdaj je za nekoga razumno, da se nekje naseli, različno od človeka do človeka.<sup>76</sup> Dodati je treba, da KD govori o razumnosti *naselitve* v nekem delu izvorne države. Uporaba izraza »naselitev« nedorečenost razum-

---

<sup>70</sup> Zimmermann, A., Mahler, C., nav. delo, str. 449.

<sup>71</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 334-335.

<sup>72</sup> Slovenski zakonodajalec se je odločil, da uporabi to možnost (1. odstavek 8. člena ZMZ-1).

<sup>73</sup> Vrhovo sodišče, št. I Up 100/2017 z dne 7. junija 2017, tč. 7.

<sup>74</sup> Literatura poudarja, da varnost v alternativnem delu države pomeni tako, da begunki tam ne grozi preganjanje, pred katerim je pobegnila, niti ni tam novih virov nevarnosti, zaradi katerih bi utemeljeno pričakovala, da bo preganjana – oziroma bo na voljo zaščita države izvora tako pred 'starimi' kot tudi 'novimi' nevarnostmi (University of Michigan Law School, International Refugee Law: The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative (11. 4. 1999), tč. 17, <<https://www.refworld.org/docid/3dca73274.html>>).

<sup>75</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1162.

<sup>76</sup> Prikaz prepričljivih argumentov proti uporabi testa razumnosti je v Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 350 in naprej.

nosti nekoliko ublaži. »Naseliti se« namreč pomeni, da morajo biti razmere v tistem delu izvorne države takšne, da lahko begunka tam prebiva trajno oziroma si ustvari normalno novo življenje.<sup>77</sup> Tako lahko upravičeno pričakujemo, da bo v tem delu države, za katerega presodimo, da se lahko begunka tam naseli, zagotovljen dostop do zdravstvenega varstva, izobraževanja, možnosti zaposlitve oziroma pridobivanja sredstev za življenje.

Zdi se, da bi nam pri nedorečenosti »razumnosti« naselitve lahko spet pomagali standardi prava človekovih pravic, vendar se tudi tu pred sodišči odpira vprašanje, katere človekove pravice morajo biti zagotovljene v 'alternativnem' delu države in na kakšni ravni. Vrhovno sodišče je denimo v zadevi I Up 100/2017 zahtevalo, da je zagotovljena »minimalna ekonomsko-socialna varnost«, ki je nad pragom nečloveškega oziroma ponižujočega ravnanja, prepovedanega s 3. členom EKČP. Rešitev, ki jo predlagata Hathaway in Foster, je, da od 'alternativnega' dela države pričakujemo, da bodo tam zagotovljene pravice, ki begunki pripadajo v državi, kamor se zateče, po ŽK (2. – 34. člen). Komentator KD spravljivo ponuja vmesno možnost, po kateri rešitev leži nekje med pristopom sodišč na eni strani in pristopom Hathaway in Foster na drugi strani.<sup>78</sup>

## Priporočena literatura

Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016

Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016

Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011

---

<sup>77</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1163. V poročilu ECRE (*European Council on Refugees and Exiles*) iz leta 2014 (*Actors of Protection and the Application of the Internal Protection Alternative: European Comparative Report*, str. 65, <[https://ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Asylum-Aid-DCR-and-HHC\\_Actors-of-Protection-and-the-Application-of-the-Internal-Protection-Alternative\\_July-2014.pdf](https://ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Asylum-Aid-DCR-and-HHC_Actors-of-Protection-and-the-Application-of-the-Internal-Protection-Alternative_July-2014.pdf)> je prikazana praksa različnih držav članic EU. Večinoma se zahteva, da so razmere takšne, da je mogoča stalna/trajna naselitev, francoska sodišča pa denimo takšne razmere, da bo mogoče »normalno družinsko življenje«.

<sup>78</sup> *Ibid.*, str. 1164.

# V.

## Definicija begunca po Ženevski konvenciji (II.): vzročna zveza med tem, da bo oseba preganjana, in osebnimi okoliščinami te osebe

*Samo Bardutzky*

<b>1. Uvod</b>	83
1.1. Zahteva po vzročni zvezi kot argument za obsoletnost ŽK?	83
1.2. Temeljni vprašanja v zvezi z zahtevo po vzročni zvezi	84
<b>2. Kaj pomeni vzročna zveza med preganjanjem in osebno okoliščino?</b>	84
2.1. Pristop v Kvalifikacijski direktivi	84
2.2. Nevarno poudarjanje namena preganjalca	85
2.3. Nevtralnno oblikovani predpisi, ki so podlaga za dejanja preganjanja	86
2.4. Pristop izvora težave	86
<b>3. Kako razlagati vsako od posameznih petih osebnih okoliščin iz ŽK?</b>	87
3.1. Rasa	88
3.2. Nacionalnost	88
3.3. Vera (veroizpoved)	89
3.4. Politično prepričanje	90
3.5. Članstvo v posebni družbeni skupini	91

## 1. Uvod

V tem poglavju obravnavamo zadnjo zahtevo, ki jo lahko izluščimo iz pozitivne definicije begunca po 1.A.2 členu ŽK. Skriva se v besedah, da mora to, da bo oseba preganjana, biti »osnovano« na eni od petih taksativno naštetih osebnih okoliščin: rasa, vera, nacionalnost, članstvo v posebni družbeni skupini, politično prepričanje. Beseda »osnovano« je slogovno nespreten prevod angleške besedne zveze »for reasons of« v slovenskem prevodu ŽK, ki ga je pripravil UNHCR. To besedno zvezo lahko prevajamo tudi s slovensko ustreznico »iz razloga«, kot je to v prvem odstavku 20. člena ZMZ-1, ali morda tudi z »zaradi«.

Zahteva po vzročni zvezi pomembno omeji krog oseb, ki bežijo iz svoje države zaradi resnih kršitev človekovih pravic in ki bodo lahko dobile zaščito v skladu z ŽK. Prav zaradi zahteve po vzročni zvezi se definicija begunca po mednarodnem pravu pomembno razlikuje od pomena besede »begunec«, kot jo uporabljamo v vsakdanjih pogovorih. Pogosto, ko pomislimo na begunce, mislimo zlasti na ljudi, ki bežijo pred vojno. A prav ta skupina ljudi bo zaradi zahteve po vzročni zvezi težko zadostila definiciji begunca po ŽK. Najpogosteje gre v vojnah za vsesplošno nasilje in bombe, ki padajo po mestih in vaseh, v katerih živijo civilisti, in ne izbirajo svojih ciljev glede na rasno, versko ali politično pripadnost žrtev.

Zahteva po vzročni zvezi vnaša v definicijo begunca nekakšno 'antidiskriminacijsko logiko', po kateri so do zaščite po ŽK upravičeni le tisti ljudje, ki jim grozi trpljenje zaradi njihove osebne značilnosti.<sup>1</sup> Zlasti rasna, etnična, verska ali politična pripadnost oziroma opredelitve so tudi sicer v ustavnem pravu in pravu človekovih pravic zavarovane pred neutemeljenim razlikovanjem. Morda lahko trdimo, da iz podobne logike izvira tudi odločitev držav podpisnic ŽK, da bodo varovale le osebe, ki se soočajo z nevarnostjo zaradi svoje zavarovane osebne značilnosti.

Ob tem pa moramo takoj dodati, da gredo analogije z varstvom pred diskriminacijo le do določene točke. Za mednarodnopravno in tudi ustavnopravno varstvo pred diskriminacijo je značilno, da je odprto glede različnih osebnih okoliščin, ki pridejo v poštev. Tudi dikcija iz prvega odstavka 14. člena URS »ali katerokoli drugo osebno okoliščino« nam pove, da je seznam zavarovanih značilnosti odprt.<sup>2</sup> V primerjavi s tem je seznam osebnih okoliščin v 1.A.2 členu ŽK zaprt (taksativen).

### 1.1. Zahteva po vzročni zvezi kot argument za obsoletnost ŽK?

Ali je to, da je krog varovanih oseb po ŽK razmeroma ozek in ne pokrije številnih oseb, ki zelo upravičeno bežijo iz svoje države pred nasiljem, lahko argument za trditev, da je ŽK preživet dokument? Tudi če si zastavimo to vprašanje, pa je morebiten odgovor, ki bi pozival k celoviti reformi mednarodnega azilnega prava, lahko nekoliko sanjaški. V ozračju, v

---

<sup>1</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 363.

<sup>2</sup> Prim. 14. člen EKČP.

katerem tujce in begunce vedno pogosteje dojemamo kot nekaj nevarnega, je težko pričakovati, da bi države podpisnice ŽK nadomestile z dokumentom, ki bi nudil širše in kakovostnejše varstvo osebam v stiski. Povsem možno je, da je moment empatije, humanizma in tudi pripravljenosti držav na sodelovanje, ki je botroval ŽK pred dobrimi 70 leti, mimo. Kot je to pogosto pri pravnih virih, ki jih je težko spreminjati, je alternativa spreminjanju besedila uveljavljanje progresivne razlage tega besedila, ki bo v koraku s časom in novimi izzivi. Takšno razlago pogosto poimenujemo razlaga »živega dokumenta«.<sup>3</sup>

Druga rešitev za zapolnjevanje vrzeli v mednarodni zaščiti, ki jo pušča zahteva po vzročni zvezi v definiciji begunca po ŽK, pa je oblikovanje t. i. »komplementarnih statusov« v nacionalni ali nadnacionalni zakonodaji oziroma regionalnih mehanizmih varstva beguncev, kar bomo obravnavali v poglavjih VI (subsidiarna zaščita) in VII (komplementarna zaščita).

## 1.2. Temeljni vprašanja v zvezi z zahtevo po vzročni zvezi

V zvezi z zahtevo po vzročni zvezi se nam zastavita dve temeljni vprašanji. Najprej, kaj sploh pomeni vzročna povezanost preganjanja z osebno okoliščino begunca? In nato še: kako razlagati vsako od petih osebnih okoliščin, naštetih v ŽK? Glede vsakega od teh vprašanj oziroma sklopa vprašanj daje odgovor tudi KD. V tem poglavju bomo tako prikazali rešitve, za katere se je odločil zakonodajalec EU in razpravo dopolnili s stališči iz mednarodne sodne prakse in literature.

## 2. Kaj pomeni vzročna zveza med preganjanjem in osebno okoliščino?

### 2.1. Pristop v Kvalifikacijski direktivi

KD se je glede vprašanja vzročne zveze opredelila tako, da mora obstajati povezava med osebno okoliščino (KD osebne okoliščine imenuje »razlogi« in jih opredeljuje v 10. členu) na eni strani in bodisi dejanji preganjanja bodisi odsotnostjo zaščite pred dejanji preganjanja na drugi strani.<sup>4</sup> Vidimo, da na ta način tudi pri obravnavi vzročne zveze upošteva formulo iz zadeve *Shah*, po kateri je preganjanje sestavljeno iz dveh elementov (resno trpljenje oziroma negativne posledice + odsotnost državne zaščite).<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> V zvezi z doktrino evolutivne razlage EKČP kot živega dokumenta gl. npr. Letsas, G.: The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy, v: Føllesdal, A., Peters, B., Ulfstein, G.: Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context (Studies on Human Rights Conventions. Cambridge University Press, Cambridge 2013, str. 106-141). V zvezi z ŽK prim. Hathaway, J., Foster, M.: The Law of Refugee Status. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 363 in McAdam, J.: Interpretation of the 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 103-104.

<sup>4</sup> Tretji odstavek 9. člena KD.

<sup>5</sup> Gl. zgoraj IV. poglavje knjige o razumevanju besedne zveze »biti preganjan«.



To je pomembno zlasti v situacijah, ko nedržavni akterji izvajajo dejanja preganjanja oziroma povzročajo resne negativne posledice iz razlogov, ki nimajo nobene zveze z eno od zavarovanih okoliščin žrtve. Nasilni mož, ki pretepa svoj ženo, tega ne počne nujno, ker je žena ženska.<sup>6</sup> Povsem možno je, da je do nje nasilen, ker je alkoholik ali ker ima duševno motnjo. Če bi se na tej točki naše preverjanje obstoja vzročne zveze ustavilo in bi prosilki – žrtvi družinskega nasilja zavrnilo prošnjo za status begunca, ker izvajalec dejanj preganjanja ni motiviran z njeno osebno okoliščino, gotovo ne bi ravnali skladno z ŽK. Pomembno je, kaj je razlog, da ji državni organi odrečejo zaščito. To se dogaja v državah, v katerih je sicer prisotna sistemska diskriminacija žensk, ki se kaže tudi v tem, da policija družinskega nasilja ne jemlje resno in ga ne preganja, tako kot sicer preganja nasilje.

## 2.2. Nevarno poudarjanje namena preganjalca

Gotovo je takšno razumevanje vzročne zveze, kot je uveljavljeno v tretjem odstavku 9. člena KD, napredek od pristopa, po katerem se presoja le motivacija 'preganjalca', torej tistega, ki neposredno izvršuje dejanja preganjanja. To je pristop, ki so ga prav tako občasno uporabljala sodišča in ga kritizirata Hathaway in Foster.<sup>7</sup> Poleg tega, da ignorira vlogo zaščite države izvora, lahko tak pristop namreč pripelje do tega, da se pretirano ukvarjamo z motivacijo za preganjanje in se začnemo celo spraševati, kakšen je subjektivni odnos preganjalca do žrtve. Zlasti, če začnemo zahtevati, da je pri preganjalcu prisotna prvina sovraštva (ang. *animosity*) do žrtve.<sup>8</sup>

Ko je ruska državljanka Alla Pitcherskaia zaprosila za statusa begunca v ZDA, je navedla, da je bila v svoji državi (poleg tega, da je imela tudi izkušnje z nasiljem policije) napotena na prisilno 'zdravljenje' zaradi homoseksualnosti. Njena partnerica je preživela štiri mesece v psihiatrični bolnišnici, kjer so jo 'zdravili' tudi z elektrokonvulzivno terapijo ('elektrošoki'). *Board of Immigration Appeals* je njeno prošnjo zavrnil: po njihovem stališču »Kljub temu da je bila Pitcherskaia podvržena neprostovoljnemu psihiatričnemu zdravljenju, je bil namen policije in psihiatričnih institucij, da jo 'ozdravijo' in ne kaznujejo, ni bila preganjanja v smislu Konvencije.«<sup>9</sup> Zvezno sodišče je to stališče zavrnilo, saj je namen storilca neupošteven oziroma je upošteven le toliko, kolikor preko njega begunec pokaže, da bi preganjanje trpel zaradi svoje osebne okoliščine. Preganjanje je objektivni pojem; in ostane preganjanje, tudi če mu nadenemo drugo ime.<sup>10</sup> S stališčem, da se je treba izogibati preverjanju namenov oziroma motivacije preganjalca za to, da povzroča trpljenje beguncem, se strinjamo tudi mi.

---

<sup>6</sup> Spodaj bomo videli, da lahko ženske štejemo kot »posebno družbeno skupino«, kar je ena od zavarovanih osebnih okoliščin.

<sup>7</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 368.

<sup>8</sup> *Ibid.*, str. 369.

<sup>9</sup> Zvezno sodišče ZDA za 9. okrožje, zadeva Alla Konstantinova Pitcherskaia proti Immigration and Naturalization Service (1997), št. 95-70887, odsek I.

<sup>10</sup> *Ibid.*, odsek II., tč 6-7. Gl. tudi Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 373-4.

### 2.3. Nevtralnno oblikovani predpisi, ki so podlaga za dejanja preganjanja

Pri razumevanju vzročne zveze, kot je sprejeto v KD, se vseeno pojavi problem, kadar izvira preganjanje iz na nevtralen način napisanega predpisa, ki pa ima nesorazmerne posledice zaradi osebnih okoliščin različnih naslovnikov tega predpisa. Primer bi lahko bile stroge zaporne kazni za vojaške obveznike (denimo vse zdrave polnoletne moške državljane), ki odklanjajo služenje vojaškega roka. Služenju se lahko izogibajo iz najrazličnejših razlogov, upoštevno pa je, kadar v vojaških dejavnostih ne želijo sodelovati, ker jim vera prepoveduje kakršnokoli nasilno ravnanje. V IV. poglavju smo obravnavali sodbo ESČP v zadevi *Bayatyan*, iz katere izhaja, da je takšno strogo kaznovanje kršitev svobode veroizpovedi po EKČP. Pa vendar se pojavi vprašanje, ali bi vojaški obveznik, ki služenje vojske v svoji domovini zavrača iz verskih razlogov in zaščito išče v kateri od držav članic EU, dobil status begunca ali pa bi bila njegova prošnja zavržena, ker ne izpolnjuje zahteve po vzročni zvezi.<sup>11</sup> Pravilo o služenju vojaškega roka, ki velja v njegovi državi izvora in ki bi bilo podlaga za strogo kaznovanje, je namreč napisano nevtralnno. Veroizpovedi sploh ne omenja, in državne oblasti ga izvajajo enako ne glede na osebne okoliščine obveznikov. Ali torej sploh lahko trdimo, da ga bodo oblasti obsodile na zaporno kazen *zaradi* njegove osebne okoliščine?

### 2.4. Pristop izvora težave

Hathaway in Foster navajata številne odločbe sodišč po svetu, ki so se odločila za negativen odgovor na to vprašanje.<sup>12</sup> Obenem pa ponujata alternativni pristop k razumevanju besed »being persecuted for reasons of« iz pozitivne definicije begunca po ŽK, ki sta ga poimenovala »pristop izvora težave« (ang. *the predicament approach*).<sup>13</sup>

Ta pristop je v veliki meri utemeljen z jezikovno razlago ŽK, in tudi v slovenskem jeziku vidimo, da je lahko natančno branje besedila Konvencije zelo pomembno. Kljub temu da besedno zvezo »being persecuted« (biti/bo preganjan) pogosto uporabljamo izmenično oziroma enakovredno z besedo »preganjanje«, pa je med obema različicama fina pomenska razlika. Če govorimo o »...utemeljenem strahu pred preganjanjem, osnovanem na...«, kot je to v slovenskem prevodu, ki ga je zagotovil UNHCR, v definiciji begunca poudarimo dejavnost preganjalca. V različici »...utemeljeno pričakovanje pred tem, da bo oseba preganjana zaradi...«, kot bi se verjetno glasil prevod v slovenščino, ki bi ga podprli tudi mi, je poudarek na pasivni (trpni) situaciji, v kateri se je znašel begunec. Če se lotimo razlage prve različice, se hitro znajdemo pred vprašanjem »iz katerega razloga preganjalec preganja begunca?«, če pa razlagamo drugo različico, je bolj logično vprašanje, s katerim presodimo, ali je zahteva po vzročni zvezi izpolnjena – »kaj je razlog, da beguncu grozijo resne negativne posledice?«

---

<sup>11</sup> Zgoraj (v IV. poglavju) smo prikazali, da je v eksplifikativnem seznamu dejanj preganjanja zakonodajalec EU sicer uvrstil posledice, ki sledijo odklanjanju sodelovanja pri vojaških aktivnostih, a je to povezal z zavračanjem sodelovanja, ki bi lahko vodilo do storitve kaznivih dejanj iz mednarodnega kazenskega prava, in s tem pomembno omejil področje uporabe te specifične določbe.

<sup>12</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 377, op. št. 87.

<sup>13</sup> *Ibid.*, poglavje 5.2.3. Besedo *predicament* bi v slovenščino lahko prevedli kot 'težava, zagata'.

Če si zastavimo prvo vprašanje, bo odgovor v primeru nevtralnno oblikovanih predpisov, ki so podlaga za trpljenje begunca, verjetno ne. Država strogo kaznuje vse polnoletne moške državljane, ki nočejo v vojsko, tako da lahko zaključimo, da njeno kaznovanje ni motivirano neposredno z verskim prepričanjem kaznovanih. Če si zastavimo drugo vprašanje, pa je odgovor ne. Begunec se je v težavah znašel zaradi svoje vere; če mu njegova vera ne bi prepovedovala rokovanja z orožjem, bi lahko šel služiti vojsko in se ne bi znašel v zaporu.

Morda ni nemogoče, da bi tudi zgoraj omenjeno določbo tretjega odstavka 9. člena KD brali tako, da bi zajela tudi zgoraj predstavljeni »pristop izvora težave«, še posebej, če primerjamo dikcijo iz osmega odstavka 27. člena ZMZ-1: »Med razlogi preganjanja in dejanji preganjanja ali odsotnostjo zaščite pred temi dejanji mora obstajati vzročna zveza.«<sup>14</sup> Ta dikcija je splošnejša od dikcije v KD, saj lahko besedno zvezo »vzročna zveza« razlagamo na več načinov. Vsekakor bi se lahko razlaga KD in ZMZ-1 oprla na uveljavljena načela ustavnopravnega in mednarodnopravnega varstva pred diskriminacijo, ki varuje tudi vsebinsko enakost in prepoveduje posredno diskriminacijo.<sup>15</sup>

### 3. Kako razlagati vsako od posameznih petih osebnih okoliščin iz ŽK?

Posamezne osebne okoliščine (oziroma »razlogi preganjanja« v jeziku KD in ZMZ-1) niso posebej opredeljene v ŽK. Definicijo oziroma razlago vsake od njih pa ponuja KD v 10. členu. Kot smo poudarili, gre za zaprt (taksativen seznam).

Za vse kategorije iz seznama je KD izrecno določila, da »ni pomembno, ali prosilec dejansko ima rasne, verske, nacionalne, družbene ali politične značilnosti, ki se preganjajo, pod pogojem, da takšne značilnosti prosilcu pripisuje subjekt preganjanja«. Angleški izraz za pripisovanje je *imputing (to impute)*.

---

<sup>14</sup> Prim. naslednje stališče Vrhovnega sodišča, ki uporablja jezik pristopa izvora težave: »Med navedenimi dejanji preganjanja in razlogom za preganjanje obstaja tudi vzročna zveza (29. točka uvodnih ugotovitev Kvalifikacijske direktive II in osmi odstavek 27. člena ZMZ-1), saj že iz smernic UNHCR glede otrok izhaja, da so otroci v nevarnosti zaradi navedenih dejanj preganjanja prav zaradi tega, ker so otroci (nekatera od njih so celo specifična za otroke).« Sodba Vrhovnega sodišča, št. I Up 179/2019 z dne 12. novembra 2019, tč. 19, poudaril S. B.

<sup>15</sup> Gl. Odločbo US RS, št. U-I-146/07 z dne 13. marca 2008, tč. 16, kjer US posredno diskriminacijo opredeli na naslednji način: »Diskriminacija je torej podana tudi v primeru, če so posameznikom ali družbenim skupinam formalno sicer zagotovljeni enake pravice oziroma enak obseg pravic oziroma ko so jim ti zagotovljeni, vendar so pri tem posamezniki v manj ugodnem dejanskem položaju v pogledu uresničevanja pravic oziroma izpolnjevanja obveznosti prikrajšani.« V zvezi z varstvom pred posredno diskriminacijo po EKČP gl. Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C.: Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2018, str. 797-798. O posredni diskriminaciji v praksi vrhovnih sodišč po svetu in v praksi Odbora ZN za človekove pravice gl. De Schutter, O.: International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary. 3. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2019, str. 722 in naprej. Po De Schutterju »even in the absence of any intention to discriminate, [apparently neutral criteria, procedures or practices] may have a discriminatory impact because they are the result of established and unchecked routines, and fall to take into account the specific situation of certain groups.« De Schutter, nav. delo, str. 723.

### 3.1. Rasa

Ko se sprašujemo, kaj v kontekstu definicije begunca pomeni 'rasa', nas ne sme znesti v 'slovarske' definicije te besede, ki se praviloma nanašajo na bravo kože. Res je sicer, da je bilo zgodovinsko veliko okrutnega preganjanja prav zato, ker je nekdo 'napačne' barve kože,<sup>16</sup> vendar pa je v sodobnem času treba razumevanje 'rase' razširiti. Pri tem nam je v pomoč razumevanje te besede iz mednarodnega prava človekovih pravic, kjer je rasa mnogo širši pojem.<sup>17</sup> Predvsem je pomembno, da zajema tudi etnično pripadnost.<sup>18</sup>

Širši pristop je uveljavljen tudi v KD, kjer je pojem rase definiran tako, da »zajema zlasti vprašanja barve, porekla ali pripadnosti določeni etnični skupini« (člen 10(1)a KD).

### 3.2. Nacionalnost

Literatura opozarja, da je uvrstitev razloga nacionalnosti med konvencijske razloge ob tem, da je že naveden tudi že razlog rase, nekoliko nenavadna.<sup>19</sup> Slovenska beseda 'nacionalnost' je namreč prevod angleškega izvirnika »*nationality*«, ki v angleščini pogosto pomeni tudi »državljanstvo«. Primeri preganjanja zaradi državljanstva so težko predstavljeni. Glede na to, da razumemo zaščito svojih državljanov kot dolžnost države, si težko predstavljamo, da bi država preganjala svoje državljane prav zato, ker so njeni državljani.<sup>20</sup> Če tuje državljane preganja tretja država, v kateri se nahajajo, je v skladu z logiko mednarodne zaščite prva rešitev, na katero pomislimo, da se zatečejo v državo svojega državljanstva. Tako je razlog 'nacionalnosti', če ga razumemo kot državljanstvo, težko razumeti. Lahko se zgodi, da je razlog za preganjanje odsotnost državljanstva, na primer če bi država običajnega prebivališča osebe brez državljanstva, ki tam živijo, preganjala prav zato, ker nimajo državljanstva. Iz zgodovine pa poznamo primere, ko je država odvzela državljanstvo celim skupinam ljudi in jim dodelila neko 'novo' državljanstvo ter jim posledično močno omejila pravice (*black homelands* v Južnoafriški republiki v času *apartheida*).<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 376.

<sup>17</sup> Goodwin-Gill, G. S., McAdam, J.: The Refugee in International Law. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2021, str. 95.

<sup>18</sup> V prvem odstavku 1. člena Mednarodne konvencije o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije (New York, 7. marec 1966) je rasna diskriminacija definirana kot »kakršnokoli razlikovanje, izključevanje, omejevanje ali dajanje prednosti na temelju rase, barve kože, porekla, narodnega ali etničnega izvora, ki ima namen ali dejanski učinek onemogočiti komurkoli ali ga prikrajšati za enakopravno priznavanje, uživanje ali uresničevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin na političnem, gospodarskem, socialnem, kulturnem in vsakem drugem področju javnega življenja.« (poudaril S. B.)

<sup>19</sup> Goodwin-Gill, G. S., McAdam, J.: The Refugee in International Law. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2021, str. 99.

<sup>20</sup> Hathaway, J., Foster, M.: The Law of Refugee Status. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 397.

<sup>21</sup> *Ibid.*, str. 398.

Pristop KD je bistveno širši. Člen 10(1)c »nacionalno pripadnost« definira tako, da ta pojem »ni omejen na državljanstvo ali njegovo odsotnost, temveč zajema zlasti pripadnost skupini, ki jo določa njena kulturna, etnična ali jezikovna identiteta, skupno zemljepisno ali politično poreklo ali njen odnos do prebivalcev druge države.« Res je, da pride s tem do določenega prekrivanja s široko razumljenim pojmom 'rase', ob enem pa tako definiran pojem nacionalne pripadnosti brez dvoma zajema denimo tudi etnično manjšino, katere matični narod živi v drugi državi.<sup>22</sup>

### 3.3. Vera (veroizpoved)

Definicija veroizpovedi po členu 10(1)b KD zajema »zlasti teistična, neteistična in ateistična prepričanja, sodelovanje ali nesodelovanje pri zasebnih ali javnih formalnih verskih obredih posamično ali v skupnosti drugih oseb, druga verska dejanja, ali izraze prepričanja, ali oblike osebnega, ali skupnega vedenja, ki temelji na kakršnemkoli verskem prepričanju ali izhaja iz njega«. Takšna definicija izvira iz razumevanja veroizpovedi, kot ga je razvil Odbor Združenih narodov za človekove pravice.<sup>23</sup>

Poleg tega je UNHCR veroizpoved kot razlog preganjanja definiral tako, da lahko zajema tri vidike: (1) vera kot prepričanje (kar zajema tudi odsotnost prepričanja), (2) vera kot identiteta, (3) vera kot način življenja.<sup>24</sup> Takšno razumevanje presega zgolj veroizpoved kot sistem prepričanj, idej in dogem. Je dovolj široko, da zajema tudi osebe, ki morda niso intimno prepričane v verske resnice, vendar pa je vera pomemben del njihovega življenja, ker jih povezuje z njihovo skupnostjo ali ker na primer sodelovanje pri verskih obredih predstavlja pomemben del njihove kulture.

SEU je zavrnilo, da bi lahko zaščita pred preganjanjem zaradi vere zajela le situacije intimnega, osebnega verskega prepričanja (*forum internum*), temveč pokriva tudi javne manifestacije vere (*forum externum*):

69 Glede na to, da pojem „veroizpoved“, opredeljen v členu 10(1)(b) Direktive, zajema tudi sodelovanje pri javnih formalnih verskih obredih posamično ali v skupnosti drugih oseb, lahko prepoved takega sodelovanja pomeni dejanje, ki je dovolj resno v smislu člena 9(1)(a) Direktive in je torej preganjanje, če lahko prosilcu zaradi te prepovedi v zadevni izvorni državi resno grozi zlasti preganjanje, nečloveško ali ponižujoče ravnanje ali kaznovanje s strani enega od subjektov iz člena 6 Direktive.

---

<sup>22</sup> Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1187.

<sup>23</sup> United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), <[www.refworld.org/docid/453883fb22.html](http://www.refworld.org/docid/453883fb22.html)>; Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 400.

<sup>24</sup> Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/04/06), <[www.unhcr.org/publications/legal/40d8427a4/guidelines-international-protection-6-religion-based-refugee-claims-under.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/40d8427a4/guidelines-international-protection-6-religion-based-refugee-claims-under.html)>. Tak pristop je zavzelo tudi Upravno sodišče v sodbi št. I U 2089/2018-48 z dne 27. novembra 2019, tč. 21.

70 Pristojni organ mora pri presoji te nevarnosti upoštevati vrsto dejavnikov, tako objektivnih kot subjektivnih. Subjektivna okoliščina, da je javno izvajanje nekega verskega obreda, ki je predmet spornih omejitev, za posameznika posebno pomembno za ohranjanje verske identitete, je upošteven dejavnik pri presoji nevarnosti, ki bi ji bil prosilec zaradi vere izpostavljen v izvorni državi, čeprav izvajanje take verske prakse ni osrednji element za zadevno versko skupnost.<sup>25</sup>

### 3.4. Politično prepričanje

Zelo logično je, da je razlog političnega prepričanja posebej zavarovan kot eden od konvencijskih razlogov. Zgodovinsko so si diktatorski in totalitarni režimi želeli zagotoviti neomejeno oblast prav tako, da so preganjali vse drugače misleče. Pravica imeti (ali ne imeti) politično prepričanje in ga izražati oziroma ravnati v skladu z njim je temelj, brez katerega ni možno življenje v demokratični in svobodni družbi.

Definicija v členu 10(1)e KD, po kateri »pojem političnega prepričanja zajema zlasti imeti neko mnenje, stališče ali prepričanje o zadevi, povezani s potencialnimi subjekti preganjanja, navedenimi v členu 6, in z njihovo politiko ali metodami, ne glede na to, ali je prosilec v skladu s tem mnenjem, stališčem ali prepričanjem tudi ravnal,« je precej nespretna. Slovenski prevod uporablja glagol »imeti«, kar je ustreznica angleške besede »holding«. To lahko vodi v precej brezplodne debate o tem, ali je za to, da je begunec zaščiten pred preganjanjem iz razloga političnih prepričanj, moral to prepričanje tudi izraziti, četudi definicija po KD ne zahteva, da bi moral v skladu z njim ravnati.<sup>26</sup> Ker pravo človekovih pravic ne varuje le tega, da sami zavzamemo neko stališče, temveč tudi, da nas nihče ne more prisiliti v to, da določno prepričanje sprejmemo, je naše stališče, da je vsakdo, ki pričakuje preganjanje zaradi političnega prepričanja, begunec – ne glede na to, ali ga je izrazil ali ne.<sup>27</sup>

Poleg tega je zahteva KD, da je politično »mnenje, stališče ali prepričanje« povezano s potencialnimi subjekti preganjanja in z njihovo »politiko in metodami«, nesmiselna. Povsem jasno je, da če bi oblast preganjala nekoga zato, ker je zavzel stališče o nekem pomembnem družbenem vprašanju, tudi če to ni del politike države kot potencialnega subjekta preganjanja, bi ta oseba izpolnjevala zahtevo po vzročni zvezi v smislu definicije begunca. Zavrni prošnjo za status begunca v takšni situaciji bil bila kršitev ŽK. Po našem stališču je treba na vprašanje, kaj je 'politično', odgovoriti razmeroma široko. Vsa vprašanja, ki se nanašajo na skupno življenje v družbi, razmerja med člani politične skupnosti in med posamezniki ter oblastjo, so lahko politična vprašanja.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Zadeva *Y and Z* (C-71-11 in C-99/11) z dne 5. septembra 2012; Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1186.

<sup>26</sup> Dörig, H., nav. delo, str. 1190.

<sup>27</sup> Goodwin-Gill, G. S., McAdam, J.: *The Refugee in International Law*. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2021, str. 120.

<sup>28</sup> Prim. Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 413. Tako je lahko tudi oseba, ki jo preganjajo zato, ker je opozorila na korupcijo v družbi ali se zoper njo borila, preganjana iz razlogov političnega prepričanja (Hathaway in Foster, nav. delo, str. 416).



Pri presoji konvencijskega razloga političnega prepričanja je posebej pomembno pravilo, po katerem ni treba, da begunec določeno značilnost ima, temveč je dovolj, da mu je pripisana. Ljudje so namreč pogosto preganjani iz razloga političnega prepričanja, ker se preganjalec kar sam odloči, da imajo zanj sporno politično prepričanje. Osebi je lahko politično prepričanje pripisano že zaradi družinskih, geografskih ali kulturnih povezav (»vsi, ki živijo v tej provinci, so separatisti«; »če je tvoj brat komunist, si gotovo tudi ti komunistka«). Poleg tega lahko preganjalec politično prepričanje pripiše zaradi dejanj preganjane osebe, ki se v njegovih očeh zdijo izražanje podpore. Predstavljamo si, da zdravnica skrbi za ranjene upornike, ki so bili udeleženi v oboroženem konfliktu, vlada pa to šteje za izraz podpore uporniškemu gibanju.<sup>29</sup> Zavedati se moramo, da preganjalci ne ravnajo vedno povsem načrtovano in racionalno, temveč lahko njihov bes in sovraštvo do njihovih domnevnih političnih nasprotnikov doleti tudi osebe, ki s političnim sporom nimajo nič – so pa še vedno preganjane iz razloga političnega prepričanja.<sup>30</sup>

### 3.5. Članstvo v posebni družbeni skupini

Zadnji konvencijski razlog, ki ga obravnavamo, je obenem tudi najbolj nenavaden oziroma predstavlja največji izziv za razlagalce. Za razliko od drugih razlogov (denimo rase) se ne moremo opreti na druge mednarodnopravne vire, saj tega pojma drugje ne srečamo. Tudi iz okoliščin oziroma diskusij med snovalci ŽK ni mogoče razbrati, zakaj so se odločili za uvrstitev tega razloga v definicijo begunca.<sup>31</sup> Zelo možno je, da so glede na zgodovinski kontekst v času nastajanja Konvencije kot možno »posebno družbeno skupino« mislili na družbeni razred.<sup>32</sup> V Sovjetski zvezi je denimo prišlo do preganjanja določenih skupin ljudi prav zaradi pripadnosti nekemu družbenemu razredu.

Kljub težavam pri razlagi, kaj je »posebna družbena skupina«, pa ne moremo zaključiti, da gre za nekakšno 'varnostno mrežo' (ang. *catch-all*), kamor bi se 'ujeli' vsi begunci, pri katerih ne moremo uporabiti nobenega drugega konvencijskega razloga.<sup>33</sup> Sprejeto je tudi, da posebne družbene skupine ne more definirati oziroma ustvariti zgolj

---

<sup>29</sup> Več primerov je navedenih v Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 411; Zimmermann in Mahler takšne primere obravnavata kot »*political acts*«, Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 402.

<sup>30</sup> Hathaway in Foster, nav. delo, str. 596, citirata sodnika avstralskega višjega sodišča Kirbyja iz zadeve *Guo* (Višje sodišče Avstralije, zadeva *Minister for Immigration and Ethnic Affairs proti Guo Wei Rong and Anor* (1997), št. S151 1996, sodnik Kirby: »nestrpnost in avtokracija sta lahko tudi iracionalni«.

<sup>31</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 423-424.

<sup>32</sup> Goodwin-Gill, G. S., McAdam, J.: *The Refugee in International Law*. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2021, str. 100-101

<sup>33</sup> Zimmermann, A., Mahler, C.: Article 1 A, para. 2 1951 Convention, v: Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 391; Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 424.



glede na to, da so preganjani.<sup>34</sup>

### 3.5.1. Razlaga v praksi ameriških in avstralskih sodišč: *ejusdem generis* in družbena zaznava

V praksi sodišč po svetu sta se razvila zlasti dva zelo različna pristopa. Ameriška sodišča so oblikovala pristop, poimenovan z latinskim izrazom *ejusdem generis*.<sup>35</sup> Pristop izhaja iz ugotovitve, da je ostalim štirim konvencijskim razlogom nekaj skupnega; in to skupno značilnost moramo upoštevati tudi, ko se vprašamo, kaj je »posebna družbena skupina«. Vsi ostali štirje razlogi se nanašajo na nespremenljivo osebno značilnost. Bodisi je oseba sama po najboljših močeh ne more spremeniti (rasa, nacionalnost) bodisi je to osebna značilnost, ki je tako temeljnega pomena za identiteto posameznika, da ne moremo zahtevati, da bi se ji odrekel (veroizpoved, politično prepričanje). Tako je tudi ameriški *Board of Immigration Appeals* zaključil, da bo pripadnost posebni družbeni skupini lahko neka prirojena značilnost (npr. spol ali družinske vezi) ali pa se bo to nanašalo na neko skupno deljeno izkušnjo (kot je recimo lastništvo zemlje).<sup>36</sup>

Avstralski sodniki so razvili svoj pristop, za katerega se je uveljavilo poimenovanje »pristop družbene zaznave« (ang. *social perception*). Domnevno naj bi se ta pristop upiral na jezikovno metodo razlage, a mu lahko upravičeno očitamo, da gre za kombinacijo slovarskih razlag, iztrganih iz konteksta.<sup>37</sup> Po tem pristopu je posebna družbena skupina skupina oseb, ki jih imajo skupno določeno značilnost ali prvina, ki jih družbi in zaradi katere jih lahko razločujemo (ang. '*set apart*', '*distinguish*') od družbe na splošno (oziroma od preostanka družbe).<sup>38</sup>

Poleg tega, da se avstralski pristop opira na šibko jezikovno razlago, mu lahko očitamo, da lahko prinaša tudi nezaželene posledice, kar bo odvisno od tega, kako ga uporabljamo v konkretnih primerih. Predvsem se pojavita dve težavi. Prvič, če zato, da bi neka skupina ustrezala definiciji posebne družbene skupine, zahtevamo, da je kot posebna skupina prepoznana ali celo vidna v družbi, se lahko hitro zgodi, da bodo iz te definicije izpadle skupine, ki se prav zaradi strahu pred preganjanjem skrivajo. V

---

<sup>34</sup> Višje sodišče Avstralije, zadeva *A and Another proti Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another* (1997), št. HCA 4; (1997) 190 CLR 225; (1997) 142 ALR 331 (24 February 1997), str. 242; in Lordska zbornica Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Islam (A.P.) proti Secretary of State for the Home Department; R. proti Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)* (1999), Session 1998-1999, po stališču sodnika Lorda Hopea (Hathaway in Foster, nav. delo, str. 656).

<sup>35</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 406; Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1187; v komentarju KD se ta pristop imenuje »pristop zaščitenih značilnosti« (ang. *protected characteristics*).

<sup>36</sup> Board of Immigration Appeals ZDA, zadeva *Matter of Acosta* (1985), št. A-24159781, v: Acosta A., D.: *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship: An Analysis of Directive 2003/109*. Brill, 2011, str. 233. Gre za odločitev Board of Immigration Appeals, ki nima z rezidentom za daljši čas nobe ne zveze. Podatki so na voljo preko: <[www.refworld.org/cases,USA\\_BIA,3ae6b6b910.html](http://www.refworld.org/cases,USA_BIA,3ae6b6b910.html)>.

<sup>37</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 432.

<sup>38</sup> Višje sodišče Avstralije, zadeva *A and Another proti Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another* (1997), št. HCA 4; (1997) 190 CLR 225; (1997) 142 ALR 331 (24 February 1997), str. 241, in zadeva *Applicant S v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2004), št. HCA 25, ki ju citirata Hathaway in Foster, nav. delo, str. 400.

primeru, da bi bili zaznani v družbi, bi jih namreč lahko doletela tudi smrt. Primer bi lahko bili denimo homoseksualci ali pripadniki kakšne druge spolne manjšine v izrazito homofobni družbi. Drugič, prej smo ugotovili, da pristop *ejusdem generis* razume pripadnike določnega spola kot posebno družbeno skupino. Pri pristopu družbene zaznave se lahko vprašamo, ali je to pojmovno sploh možno. Kako bi lahko denimo trdili, da je ženske, ki jih je v večini držav več kot moških, mogoče razločevati od družbe na splošno?<sup>39</sup>

### 3.5.2. Zakonodaja EU

UNHCR je poskusil doseči, da bi upoštevali oba pristopa. In sicer tako, da je predvidel, da je posebna družbena skupina:

skupina oseb, ki jim je skupna značilnost, ki ni zgolj tveganje, da bodo preganjane *ali* ki jih dojema kot skupino družba. Značilnost bo pogosto vrojena, nespremenljiva ali sicer bistvena za njihovo identiteto, zavest ali uresničevanje človekovih pravic.<sup>40</sup>

Če smo pozorni na veznik »ali«, ugotovimo, da predlaga UNHCR pristop, po katerem se med posebne družbene skupine uvrstijo tako skupine, ki zadostijo testu *ejusdem generis* kot tudi testu družbene zaznave.

Zakonodajalec EU pa se je nasprotno odločil za sporen pristop, po katerem zahteva, da so izpolnjeni pogoji tako po pristopu *ejusdem generis* kot tudi po pristopu družbene zaznave, da bi se skupina štela za posebno družbeno skupino. Po členu 10(1)d KD so namreč pogoji za posebno družbeno skupino izpolnjeni *zlasti* v primerih:

- kadar je članom te skupine skupna prirojena lastnost, ali skupno poreklo, ki je nespremenljivo, ali značilnost, ali prepričanje, ki je tako temeljnega pomena za identiteto ali zavedanje, da se osebe ne bi smelo prisiliti, naj se mu odreče, *in*
- kadar ima skupina v zadevni državi različno identiteto, saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno (poudaril S.B.).

Kumulativen pristop zakonodajalca EU je zelo strog, kritizirali so ga sodniki Lordske zbornice,<sup>41</sup> UNHCR pa je države članice pozval, naj pristopa uporabljajo alternativno, da ne bi prišlo do vrzeli v zagotavljanju mednarodne zaščite. Kljub temu se sodišče EU v zadevi XYZ, ko bi imelo to priložnost, ni spustilo v presojo skladnosti rešitve po KD s

---

<sup>39</sup> Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016, str. 433; Komentator KD po drugi strain navaja, da so sodišča "ženske, homoseksualce, kot tudi družine" prepoznavala kot posebne družbene skupine, ne glede na to, kateremu pristopu so sledila. Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1188.

<sup>40</sup> Guidelines on International Protection No. 2: »Membership of a Particular Social group« within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/02/02), <[www.unhcr.org/publications/legal/3d58de2da/guidelines-international-protection-2-membership-particular-social-group.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58de2da/guidelines-international-protection-2-membership-particular-social-group.html)>, tč 10 in 11. Poudaril S. B.

<sup>41</sup> Lordska zbornica Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske, zadeva *Secretary of State for the Home Department (Respondent) proti K (FC) (Appellant); Fornah (FC) (Appellant) proti Secretary of State for the Home Department (Respondent)* (2006), št. [2006] UKHL 46, para. 16, sodnik Lord Bingham.

primarnim pravom (in posredno z ŽK).<sup>42</sup> Naše stališče je, da bi se predvsem z opiranjem na besedico »zlasti« v členu 10(1)d KD sodišča lahko izognila prestrogemu kumulativnemu pristopu. Med obema pristopoma pa je po našem prepričanju priporočljivejša uporaba pristopa *ejusdem generis*.

K temu je treba dodati, da je zakonodajalec EU vsaj v zvezi s posebnimi družbenimi skupinami, definiranimi s spolom ali spolno usmerjenostjo, strog kumulativni pristop v 10(1)d ublažil z naslednjo posebno določbo:

V odvisnosti od okoliščin v izvorni državi lahko določena družbena skupina zajema skupino, ki temelji na skupni lastnosti spolne usmerjenosti. Spolne usmerjenosti se ne sme razumeti kot nečesa, kar vključuje dejanja, ki po nacionalni zakonodaji držav članic veljajo za kazniva. Vidike, povezane s spolom, vključno s spolno identiteto, je treba ustrezno upoštevati pri določanju pripadnosti določeni družbeni skupini ali opredelitvi značilnosti takšne skupine.<sup>43</sup>

## Priporočena literatura

Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*. 2. izdaja, Cambridge University Press, Cambridge 2016

Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016

Zimmermann, A., Machts, F., Dörschner, J.: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford University Press, Oxford 2011

---

<sup>42</sup> Dörig, H.: *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1189.

<sup>43</sup> *Ibid.*, str. 1189.

# VI.

## Komplementarni statusi subsidiarna zaščita

*Ana Samobor*

1. Uvod	95
2. Splošno o komplementarnih statusih	96
3. Komplementarni status v slovenskem pravnem redu pred vstopom v EU	97
4. Subsidiarna zaščita	98
4.1. Razvoj subsidiarne zaščite v pravu EU	98
4.2. Pogoji za pridobitev subsidiarne zaščite / definicija subsidiarne zaščite	99
4.3. Vsebina subsidiarne zaščite: pravice oseb s priznано subsidiarno zaščito	106
5. Sklepno o komplementarnih statusih	110

### 1. Uvod

V prejšnjih treh poglavjih je bila izčrpno predstavljena definicija begunca po ŽK. To poglavje pa obravnava komplementarne statute, ki ščitijo tiste posameznike, ki sicer ne izpolnjujejo pogojev za podelitev statusa begunca, a vendarle potrebujejo neko obliko zaščite.<sup>1</sup> Gre torej za zaščito, ki jo države zagotavljajo posameznikom, ki denimo ne morejo izkazati vzročne zveze (*nexus*) med ravnanji preganjanja ter enim izmed razlogov za preganjanje, opredeljenih v členu 1.A ŽK, pa se zaradi okoliščin v državi izvora tja kljub temu ne morejo vrniti. Takšen primer bi bilo na primer splošno nasilje

---

<sup>1</sup> McAdam, J.: *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, 2007, str. 2-3.

v državi, ki pa ni usmerjeno zgolj zoper pripadnike neke verske skupnosti ali etnične skupine.

Poseben poudarek poglavja bo namenjen institutu subsidiarne zaščite, ki pomeni kodifikacijo komplementarne oblike zaščite na ravni prava EU (in prvo kodifikacijo komplementarne zaščite na nadnacionalni ravni),<sup>2</sup> temeljnim pojmom definicije subsidiarne zaščite ter pravicam oseb s priznano subsidiarno zaščito.

## 2. Splošno o komplementarnih statusih

Pojma komplementarne oblike zaščite izrecno ne opredeljuje noben mednarodno-pravni dokument. Njegovo jedro je načelo nevračanja (*non-refoulement*), ki državam prepoveduje odstranitev, izgon ali izročitev posameznika državi, v kateri zanj obstaja resna nevarnost, da bo ogroženo njegovo življenje ali varnost ali kjer bi bil lahko podvržen mučenju ali drugemu nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju. Prepoved vračanja je temeljno in absolutno mednarodno načelo, ki ga je mogoče najti v mnogih mednarodnih aktih, denimo v 33. členu ŽK, 3. členu CAT in 7. členu MPDPP. Za slovenski pravni red pa sta poleg 18. člena URS (prepoved mučenja) gotovo najpomembnejša 4. člen Listine EU<sup>3</sup> ter 3. člen EKČP, ki prepovedujeta mučenje, nečloveško ali ponižujoče ravnanje ali kaznovanje, ter sodna praksa ESČP, iz katere skladno z načelom nevračanja jasno izhaja, da vrnitev posameznika v državo, kjer bi mu lahko bile kršene pravice iz 3. člena, pomeni kršitev EKČP.<sup>4</sup>

Prepoved vračanja pa, čeprav posameznike ščiti pred odstranitvijo, izgonom ali izročitvijo, sama po sebi še ne predstavlja podlage za podelitev ustreznega statusa. Države so tako relativno kmalu po sprejemu ŽK leta 1951 (ter protokola k ŽK) začele v nacionalnih pravnih redih razvijati različne komplementarne sisteme zaščite, ki služijo kot nekakšna varnostna mreža za podelitev pravnega statusa tudi tistim posameznikom, ki zaradi izjemno ozke definicije begunca v ŽK sicer ne bi bili deležni ustrezne zaščite.<sup>5</sup> Eden izmed takšnih komplementarnih statusov je tudi azil iz humanitarnih razlogov, ki ga je urejal slovenski Zakon o azilu<sup>6</sup> in bo kratko predstavljen v nadaljevanju (glej 3. razdelek tega poglavja).

---

<sup>2</sup> Obstajajo tudi drugi regionalni instrumenti, ki širijo zaščito, ki jo zagotavlja ŽK. Glej denimo Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (1969, 1974) 1001 UNTS 45 in Cartagena Declaration on Refugees (1984).

<sup>3</sup> Listina EU se namreč uporablja v azilnih postopkih, saj gre za področje izvajanja prava EU. Glej 51. člen Listine EU (področje uporabe).

<sup>4</sup> Glej denimo zadeve *Soering proti Združenemu kraljestvu*, št. 14038/88 z dne 7. julija 1989, tč. 82; *Cruz Varas in ostali proti Švedski*, št. 46/1990/237/307 z dne 20. marca 1991, tč. 69; *F.G. proti Švedski* [GC], št. 43611/11 z dne 23. marca 2016, tč. 117; *Sulfi in Elmi proti Združenemu kraljestvu*, št. 8319/07, 11449/07 z dne 28. junija 2011, tč. 212 in 226, in druge.

<sup>5</sup> V nacionalnih pravnih redih so države to obliko zaščite poimenovala z različnimi pojmi, npr. *de facto* begunci, B status, vojni begunci, humanitarni azil. McAdam, J., *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, v: *International Journal of Refugee Law*, 17 (2005) 3, str. 461-516.

<sup>6</sup> Zakon o azilu (ZAzil), Ur. l. RS, št. 61/99.

Poudariti pa velja, da tudi komplementarni statusi praviloma ne zajamejo vseh posameznikov, ki jih varuje načelo nevračanja. Čeprav gre za absolutno načelo, večina komplementarnih sistemov zaščite na primer izrecno ureja tudi t. i. izključitvene razloge, ki preprečujejo podelitev statusa nekaterim posameznikom, najpogosteje iz razlogov državne varnosti. Izključitveni razlogi, ki bodo izčrpno obravnavani v VIII. poglavju, lahko torej v praksi pomenijo, da sicer posameznik ne uživa pravnega statusa komplementarne zaščite, vseeno pa ga – zaradi spoštovanja načela nevračanja – ni dopustno odstraniti, izgnati ali izročiti zanj nevarni državi.

### 3. Komplementarni status v slovenskem pravnem redu pred vstopom v EU

Tako kot mnoge druge države je tudi Slovenija v nacionalnem pravnem redu uredila posebno, dodatno (komplementarno) obliko zaščite za vse tiste prosilce za mednarodno zaščito, ki jih definicija begunca iz ŽK ne zajema.

Zakon o azilu iz leta 1999 je tako poleg azila v skladu z ŽK urejal tudi institut azila iz humanitarnih razlogov, do katerega je bil upravičen tujec, katerega vrnitev v izvorno državo bi lahko ogrozila njegovo varnost ali fizično integriteto v smislu 3. člena EKČP zaradi okoliščin, ki jih ŽK sicer ne določa, predstavljajo pa zadosten razlog, da se tujca ne vrne v izvorno državo.<sup>7</sup> Zakon o azilu iz leta 2001<sup>8</sup> je azil iz humanitarnih razlogov še razširil, in sicer na vse tujce, katerih vrnitev v izvorno državo bi lahko ogrozila njihovo varnost ali fizično integriteto v smislu EKČP. Če je prva ureditev azila iz humanitarnih razlogov zajemala vse posameznike, ki bi jim v državi izvora grozila kršitev pravic iz 3. člena EKČP (prepoved mučenja, nečloveškega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja), je novela to razširila na ogroženost varnosti ali fizične integritete zaradi kršitev katerekoli pravice iz EKČP.

Azil iz humanitarnih razlogov je torej zajemal širok krog upravičencev in je pomenil relativno odprto ureditev komplementarnega statusa. Ta ureditev pa je z vstopom Slovenije v EU in s prevzemom obveznosti po pravu EU postala irelevantna – pravo EU namreč ureja poseben, harmoniziran komplementarni status subsidiarne zaščite, ki je enako kot status begunca urejen v KD.<sup>9</sup> Subsidiarna zaščita namreč skupaj s statusom begunca na ravni prava EU tvori širši pojem mednarodne zaščite.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Tretji odstavek 1. člena Zakona o azilu (1999).

<sup>8</sup> Zakon o azilu (ZAzil-B), Ur. l. RS, št. 67/01.

<sup>9</sup> S prenosom KD v slovenski pravni red se je institut azila iz humanitarnih razlogov prenehal uporabljati, pa čeprav je zagotavljal širšo zaščito, kot jo zagotavlja institut subsidiarne zaščite.

<sup>10</sup> Glej člen 2(1)(a) KD.

## 4. Subsidiarna zaščita

### 4.1. Razvoj subsidiarne zaščite v pravu EU

Skoraj vse države članice EU so še pred vzpostavitvijo subsidiarne oblike zaščite na ravni prava EU v svojih notranjih pravnih redih na nek način že urejale komplementarno zaščito in s tem zagotavljale varnost tudi tistim prosilcem za mednarodno zaščito, ki ne ustrezajo definiciji begunca po ŽK. Pri tem so se države, podobno kot Slovenija pri ureditvi humanitarnega azila, večinsko naslanjale zlasti na načelo nevračanja, kot izhaja iz 3. člena EKČP in sodne prakse ESČP.<sup>11</sup> Mnoge države so posameznikom, ki niso izpolnjevali pogojev za pridobitev statusa begunca, zaščito zagotavljale zgolj *ad hoc* in pri tem niso v celoti sledile standardom mednarodnega prava človekovih pravic ali pa upravičencem do komplementarne zaščite niso zagotavljale pravnega statusa ter pravic.<sup>12</sup>

Potrebo po poenotenju različnih oblik komplementarne zaščite, ki so jih države članice urejale v nacionalnih pravnih redih, je Evropska komisija poudarila že leta 1991.<sup>13</sup> Še jasneje se je ta ideja izoblikovala leta 1999 na srečanju v Tampereju, kjer je Evropski svet načrtoval temelje skupnega evropskega azilnega sistema, katerega cilj je usklajevanje in vzpostavitev minimalnih skupnih standardov azilne politike.<sup>14</sup> Sklepi iz Tampereja so poleg približevanja pravil o statusu begunca predvidevali tudi dopolnitev mednarodne zaščite z dodatnim (komplementarnim) statusom, s čimer naj bi se zagotovil ustrezen status prav vsakemu posamezniku, ki potrebuje zaščito.<sup>15</sup> Realizacijo te ideje predstavlja KD, ki določa pogoje, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da so upravičeni do mednarodne zaščite, tj. bodisi do statusa begunca bodisi do subsidiarne zaščite.<sup>16</sup>

Potreba po vsaj delni uskladitvi kodifikacije komplementarnih oblik zaščite v državah članicah je po eni strani izhajala iz primarnega prava EU, ki EU zavezuje k oblikovanju skupne evropske azilne politike na način, ki spoštuje temeljne človekove pravice, zlasti načelo nevračanja.<sup>17</sup> Poenotenje komplementarnih oblik zaščite naj bi tako zagotovilo, da bi bili v vseh državah članicah pri obravnavi prosilcev spoštovani vsaj minimalnih standardi prava človekovih pravic.<sup>18</sup> Po drugi strani naj bi harmonizacija z

---

<sup>11</sup> McAdam (2005), nav. delo, str. 464.

<sup>12</sup> *Ibid.*, str. 465.

<sup>13</sup> European Commission, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the right to asylum of 11 October 1991, SEC (91) 1857 fin.

<sup>14</sup> European Union, Council of the European Union, Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15–16 October 1999, 16. oktober 1999. Glej tudi preambulo KD, tč. 3-6.

<sup>15</sup> Preambula KD, tč. 6.

<sup>16</sup> 1. člen KD.

<sup>17</sup> Glej 78. člen PDEU, ki vzpostavlja pristojnost EU na področju oblikovanja skupne politike o azilu, subsidiarni zaščiti in začasni zaščiti.

<sup>18</sup> Potrebo po poenotenju instituta komplementarne zaščite izpostavi tudi ECRE. Glej ECRE, Position on Complementary Protection, September 2000.



odpravljanjem razlik med ureditvami v državah članicah preprečevala sekundarna gibanja znotraj schengenskega območja (*secondary movements*) in zagotavljala prerazporejanje odgovornosti med državami članicami ter s tem sledila ideji solidarnosti.<sup>19</sup>

Institut subsidiarne zaščite je bil prvič urejen leta 2004 v KD I, trenutno veljavna (prenovljena) različica (KD II) pa je bila sprejeta 2011. Ob že uveljavljenem statusu begunca je torej EU kodificirala in harmonizirala posebno komplementarno obliko zaščite, jo poimenovala z novim terminom ter s tem dopolnila obstoječi sistem zaščite beguncev.<sup>20</sup> Tako kot drugi evropski dokumenti s področja skupne evropske azilne politike je tudi KD (in s tem institut subsidiarne zaščite) v slovenski pravni red prenesena z ZMZ-1.

#### 4.2. Pogoji za pridobitev subsidiarne zaščite / definicija subsidiarne zaščite

Člen 2(1)(f) KD osebo, ki je upravičena do subsidiarne zaščite, definira kot:

»Državljana tretje države ali osebo brez državljanstva, ki ne izpolnjuje pogojev za begunca, a je bilo v zvezi z njim/njo izkazano, da obstajajo utemeljeni razlogi za prepričanje, da bi se zadevna oseba, če bi se vrnila v izvorno državo, ali v primeru osebe brez državljanstva v državo prejšnjega običajnega prebivališča, soočila z utemeljenim tveganjem, da utrpri resno škodo, kot je opredeljena v členu 15, in za katero se člen 17(1) in (2) ne uporablja in ki ne more ali zaradi takega tveganja noče izkoristiti zaščite te države.«

Subsidiarna zaščita torej zagotavlja varstvo tistim prosilcem za mednarodno zaščito, ki bi se ob vrnitvi v državo izvora soočili z utemeljenim tveganjem nastanka resne škode. Ključno vprašanje je torej, kaj predstavlja resno škodo v smislu 15. člena KD. Še preden se natančno posvetimo vsebini tega pojma (glej razdelek 4.2.1. tega poglavja), velja poudariti nekaj prav tako pomembnih elementov zgoraj navedene definicije.

1. Status subsidiarne zaščite se lahko podeli državljanu tretje države ali osebi brez državljanstva (apatridu). Državljanji držav članic EU torej za status subsidiarne zaščite ne morejo zaprositi – enako velja za status begunca.
2. Do statusa subsidiarne oblike zaščite je upravičena oseba, ki ne izpolnjuje pogojev za pridobitev statusa begunca. Subsidiarna zaščita je torej, enako kot večina drugih komplementarnih statusov, zamišljena kot dopolnitev zaščite, ki jo nudi status begunca. Da ima subsidiarna zaščita naravo varnostne mreže, je še posebej jasno razvidno iz ureditve postopka za pridobitev mednarodne zaščite. V postopku se namreč vselej najprej preverja izpolnjenost pogojev za pridobitev statusa begunca in šele potem (če oseba teh pogojev ne izpolnjuje) morebitno potrebo po subsidiarni zaščiti.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> McAdam (2005), nav. delo, str. 465-466.

<sup>20</sup> Stare, K., Subsidiarna zaščita (magistrsko delo), Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2017, str. 9.

<sup>21</sup> Drugi odstavek 10. člena PD in drugi odstavek 41. člena ZMZ-1. Enotnost postopka vpliva tudi na oblikovanje izreka upravne odločbe, s katero je odločeno o prošnji za mednarodno zaščito. Več o postopku za pridobitev mednarodne zaščite v IX. poglavju.

3. Dokazni standard, ki mora biti izpolnjen, je standard »utemeljenih razlogov za prepričanje«, hkrati pa mora biti izkazano tudi »utemeljeno tveganje« za nastanek resne škode.<sup>22</sup>
4. Definicija subsidiarne zaščite predvideva izključitvene razloge. Izključitveni razlogi so razlogi na strani prosilca, ki zaradi varnosti v državi gostiteljici izključujejo možnost podelitve subsidiarne zaščite, četudi bi bila potreba po zaščiti izkazana.<sup>23</sup> Navedeno pomeni, da lahko tudi zaradi izključitvenih razlogov pride do situacije, ko posameznika zaradi absolutne narave prepovedi vračanja (na kateri temelji tudi člen 15(b) KD) ne bo dopustno vrniti v državo izvora, ne bo pa upravičen do statusa subsidiarne zaščite in s tem tudi ne do pravic, ki iz tega statusa izhajajo.<sup>24</sup> Zaščita prosilcev za mednarodno zaščito torej kljub varnostni mreži, ki naj bi jo nudila subsidiarna zaščita, ni absolutna.
5. Tudi za obravnavanje prošnje za subsidiarno zaščito veljajo določbe poglavja II KD (obravnavanje prošenj za mednarodno zaščito). Tako kot za obravnavo prošnje za status begunca so torej tudi pri obravnavi prošnje za subsidiarno zaščito relevantne določbe o:
  - a. obravnavanju dejstev in okoliščin iz 4. člena KD;<sup>25</sup>
  - b. potrebi po mednarodni zaščiti, ki se pojavi na kraju samem (*sur place*) iz 5. člena KD;<sup>26</sup>
  - c. subjektih resne škode, določenih v 6. členu KD;<sup>27</sup>
  - d. subjektih zaščite, določenih v 7. členu KD;<sup>28</sup>
  - e. notranji zaščiti, urejeni v 8. členu KD.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> Več o dokaznem standardu in dokaznem bremenu IX. poglavju.

<sup>23</sup> Izključitveni razlogi so natančno opredeljeni v 17. členu KD in bodo obravnavani v VIII. poglavju.

<sup>24</sup> McAdam (2007), nav. delo, str. 85. Takšne situacije države članice rešujejo različno, najpogosteje v obliki različnih izjemnih dovoljenj za zadrževanje na ozemlju države iz humanitarnih razlogov. V slovenskem pravnem redu to ureja ZTuj-2, ki določa prepoved odstranitve tujca (72. člen) ter institut dovolitve zadržanja (73. člen).

<sup>25</sup> V okviru presoje, ali prosilec izpolnjuje pogoje za pridobitev subsidiarne zaščite, mora pristojni organ (enako kot pri presoji upravičenosti do statusa begunca) upoštevati vsa relevantna dejstva in okoliščine (vključno s prosilčevim individualnim položajem in osebnimi okoliščinami), ki lahko vplivajo na presojo prošnje (tretji odstavek 4. člena KD). Izjemno pomembno je, da lahko že povzročena resna škoda pomeni resen znak utemeljenega tveganja za nastanek resne škode v primeru vrnitve prosilca v državo izvora – kadar je torej izkazano, da je prosilec že utrpel resno škodo, morajo za ugotovitev, da mu resna škoda v primeru vrnitve ne bo ponovno nastala, obstajati tehtni razlogi za prepričanje (četrti odstavek 4. člena KD). V zvezi s tem glej tudi poglavje o dokaznem standardu in dokaznem bremenu v IX. poglavju.

<sup>26</sup> Obstoj utemeljenega tveganja, da bo prosilec utrpel resno škodo, lahko tako temelji tudi na dogodkih, do katerih je prišlo, odkar je prosilec zapustil izvorno državo, ali izhaja iz dejavnosti, pri katerih je sodeloval prosilec, odkar je zapustil izvorno državo (prvi in drugi odstavek 5. člena KD).

<sup>27</sup> Subjekti, tj. povzročitelji, resne škode so lahko: (a) država; (b) stranke ali organizacije, ki nadzorujejo državo ali bistveni del ozemlja države; (c) nedržavni subjekti, če je mogoče dokazati, da subjekti iz točk (a) in (b), vključno z mednarodnimi organizacijami, niso sposobni ali nočejo nuditi zaščite pred resno škodo (6. člen KD).

<sup>28</sup> Če posameznik v državi izvora uživa »dejansko in nezačasno« zaščito države ali stranke ali organizacije, vključno z mednarodnimi organizacijami, ki nadzorujejo državo ali bistveni del ozemlja države, ne izpolnjuje pogojev za pridobitev subsidiarne zaščite. Prvi in drugi odstavek 7. člena KD v zvezi s členom 2(1)(f) KD.

<sup>29</sup> V okviru obravnavanja prošnje za mednarodno zaščito lahko države članice odločijo, da prosilec ne potrebuje subsidiarne zaščite, če v delu izvorne države ni razlogov za utemeljeno tveganje, da bo utrpel resno škodo, ali ima v delu države dostop do zaščite pred resno škodo. Takšno odločitev lahko država članica sprejme pod pogojem, da lahko prosilec v ta del države varno in zakonito potuje, ima do tega dela države dostop ter se od njega lahko razumno pričakuje, da se bo v njem nastanil (prvi odstavek 8. člena KD).

#### 4.2.1. Resna škoda (15. člen KD)

Za priznanje subsidiarne zaščite ni dovolj, da osebi v primeru vrnitve v državo izvora grozi nastanek kakršnekoli škode, temveč mora biti ta škoda *resna*.<sup>30</sup> Kaj gre šteti kot resno škodo, je opredeljeno v 15. členu KD, ki določa, da resna škoda zajema:

- a) smrtno kazen ali usmrtitev ali
- b) mučenje ali nečloveško ali ponižujoče ravnanje ali kazen prosilca v izvorni državi, ali
- c) resno in individualno grožnjo življenju ali telesni celovitosti civilista zaradi vsesplošnega nasilja v situacijah mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada.

##### 4.2.1.1. Člen 15(a) KD

Člen 15(a) KD kot resno škodo opredeljuje utemeljeno tveganje, da prosilcu v državi izvora grozi smrtna kazen ali usmrtitev. Pravna podlaga te določbe sta Protokola št. 6 in 13 k EKČP, ki odpravljata smrtno kazen. Vzorednico je mogoče najti tudi v drugem odstavku 19. člena Listine EU, ki določa, da se nikogar ne sme »odstraniti, izgnati ali izročiti državi, v kateri obstaja zanj resna nevarnost, da bo podvržen smrtni kazni, [...]«.

##### 4.2.1.2. Člen 15(b) KD

Člen 15(b) KD kot resno škodo opredeljuje utemeljeno tveganje, da posamezniku v državi izvora grozi mučenje ali nečloveško ali ponižujoče ravnanje ali kazen. Pravna podlaga te določbe je 3. člen EKČP (in 4. člen Listine EU, ki po vsebini ustreza 3. členu EKČP),<sup>31</sup> kar je Sodišče EU potrdilo tudi v zadevi *Elgafaji* (glej tudi razdelek 4.2.1.3. tega poglavja).<sup>32</sup> To pomeni, da prag resnosti, ki ga mora doseči ravnanje, da predstavlja resno škodo v smislu subsidiarne zaščite, praviloma ustreza pragu resnosti, ki ga za ugotovitev kršitve 3. člena EKČP določa sodna praksa ESČP.<sup>33</sup>

Kljub temu vsebine 3. člena EKČP in resne škode, kot jo opredeljuje člen 15(b) KD, ni mogoče v celoti enačiti. Zaščita v okviru subsidiarne zaščite na podlagi člena 15(b) KD je namreč predvidena le za primere, ko škoda zaradi mučenja, ali nečloveškega, ali ponižujočega ravnanja, ali kaznovanja nastane v izvorni državi prosilca<sup>34</sup> in je »povzročena zaradi ravnanja enega izmed subjektov preganjanja ali resne škode,

<sup>30</sup> O prevodu pojma '*serious harm*' v 'resna škoda' glej IV. poglavje knjige.

<sup>31</sup> Prepoved, ki izhaja iz 3. člena EKČP, je širša kot denimo prepoved, ki izhaja iz 3. člena CAT. Slednji namreč absolutno prepoveduje zgolj mučenje, 3. člen EKČP pa prepoved razširja tudi na nečloveško ali ponižujoče ravnanje ali kazen.

<sup>32</sup> Zadeva *Elgafaji* (C-465/07) z dne 17. februarja 2009, tč. 38.

<sup>33</sup> Tiedemann, P., *Subsidiary Protection and the Function of Article 15(c) of the Qualification Directive*, v: *Refugee Survey Quarterly*, 31 (2012) 1, str. 123-138, str. 124-129.

<sup>34</sup> Glej dikcijo člena 15(b) KD ter zadevi *M'Bodj* (C-542/13) z dne 18. decembra 2014, tč. 20, in *MP* (C353/16) z dne 24. aprila 2018, tč. 28.

opredeljenih v 6. členu KD<sup>35</sup>. Tako je denimo Sodišče EU v zadevi *M'Bodj* odločilo, da škode, ki bi ji bil izpostavljen prosilec s težko boleznijo v državi izvora, zaradi pomanjkanja ustreznega zdravljenja v državi ni mogoče šteti kot resno škodo v smislu pogojev za pridobitev subsidiarne zaščite, razen če bi šlo za namerno odtegnitev zdravstvene oskrbe konkretnemu prosilcu.<sup>36</sup> Enako je Sodišče EU presodilo v zadevi *M. P.*, v kateri je zapisalo, da vrnitev prosilca, ki trpi za hudimi psihološkimi posledicami preteklega mučenja v državi izvora in ki bi se mu zdravstveno stanje v primeru vrnitve bistveno poslabšalo ter predstavljalo tveganje za samomorilnost, ne bi predstavljala resne škode v smislu subsidiarne zaščite, razen če mu ustrezna oskrba v državi izvora namerno ne bi bila zagotovljena.<sup>37</sup> Drugačna interpretacija bi bila po stališču Sodišča EU celo v nasprotju s splošno sistematiko in cilji KD.<sup>38</sup>

Da člen 15(b) KD pokriva zgolj tiste situacije mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja, ki so povzročene namerno in s strani enega izmed subjektov preganjanja ali resne škode, opredeljenih v 6. členu KD, izhaja tudi iz sodne prakse Zveznega upravnega sodišča Nemčije.<sup>39</sup> Pri presoji, ali hude humanitarne razmere v državi izvora prosilke za mednarodno zaščito predstavljajo podlago za podelitev subsidiarne zaščite, sodišče (sklicujoč se na sklepno mnenje pravobranilca in sodbo Sodišča EU v zadevi *M.P.*) zapiše, da mora nevarnost nečloveškega ali ponižujočega ravnanja »izhajati iz dejavnikov, ki jih je mogoče neposredno ali posredno, vendar vedno namerno, pripisati oblastnemu akterju te države«.<sup>40</sup> Zvezno upravno sodišče Nemčije je tako pritrdilo upravnemu sodišču, ki je presodilo, da so sicer humanitarne razmere v Somaliji resne, a da gre »zgolj za kolateralno škodo« dolgotrajnega oboroženega spopada – ravnanja skupine Al-Shabaab, ki je vpletena v oboroženi spopad, so sicer vplivala na humanitarne razmere v državi, a naj njihov primarni cilj ne bi bil povzročitev namernega in selektivnega poslabšanja življenjskih razmer civilnega prebivalstva, temveč so predstavljali zgolj eno izmed sredstev za prevlado v oboroženem spopadu.<sup>41</sup>

To pa seveda ne pomeni, da situacije v navedenih zadevah ne bi predstavljale kršitve 3. člena EKČP. Nasprotno, skladno s sodno prakso ESČP odstranitev hudo bolnega

---

<sup>35</sup> Skladno s 6. členom KD so subjekti preganjanja ali resne škode: (a) država, (b) stranke ali organizacije, ki nadzorujejo državo ali bistveni del ozemlja države, (c) nedržavni subjekti, če je mogoče dokazati, da subjekti iz točk (a) in (b), vključno z mednarodnimi organizacijami, niso sposobni ali nočejo nuditi zaščite pred preganjanjem ali resno škodo. Glej zadevo *M'Bodj*, tč. 35.

<sup>36</sup> Zadeva *M'Bodj*, tč. 41.

<sup>37</sup> Zadeva *MP*, tč. 35 in 57-58.

<sup>38</sup> Zadeva *M'Bodj*, tč. 42. Države članice imajo skladno s 3. členom KD sicer možnost, da ohranijo ali uvedejo ugodnejše standarde za opredelitev pogojev za priznanje statusa subsidiarne zaščite, vendar le, če so ti standardi združljivi s KD. Po stališču Sodišča EU bi nacionalna ureditev, ki bi subsidiarno zaščito priznavala tudi posamezniku, ki se zaradi neobstoja zdravstvenega sistema ne more vrniti v državo izvora, nasprotovala sistematici in ciljem KD. Šlo naj bi namreč za situacije, ki ne izkazujejo potrebe po mednarodni zaščiti, podelitev zaščite v takšnih okoliščinah pa izhaja iz humanitarnih ter sočutnih razlogov, ki niso predmet ureditve v KD. Zadeva *M'Bodj*, tč. 43-46. Prim. z odločitvama VS, ki odstopata od navedenega stališča Sodišča EU: sodba VS RS, opr. št. I Up 253/2013 z dne 24. 7. 2013 ter sodba VS RS, opr. št. I Up 63/2015 z dne 8. 4. 2015.

<sup>39</sup> Sodba Zveznega upravnega sodišča Nemčije, BVerwG 1 C 11.19 VG 7 K 1139/17.WI.A, 20. maj 2020.

<sup>40</sup> *Ibid.*, tč. 12.

<sup>41</sup> *Ibid.*, tč. 14-15.

posameznika, za katerega obstaja tveganje skorajšnje smrti ali pa tveganje, da bo izpostavljen resnemu, hitremu in nepopravljivemu poslabšanju zdravstvenega stanja, ki bi povzročilo hudo trpljenje ali bistveno poslabšanje pričakovane življenjske dobe, lahko predstavlja kršitev 3. člena EKČP in je s tem v nasprotju s prepovedjo vračanja – enako velja za izjemno hude humanitarne razmere v državi.<sup>42</sup> Temu v svoji presoji sledi tudi Sodišče EU: odstranitev posameznika, ki mu grozi hudo poslabšanje zdravstvenega stanja ali celo smrt, je v nasprotju s prepovedjo vračanja v smislu 4. (prepoved mučenja) in 19. člena (varstvo v primeru odstranitve, izгона ali izročitve) Listine EU.<sup>43</sup> Navedeno kaže na razkorak med subsidiarno zaščito ter splošnim (in absolutnim) načelom nevračanja. Kot že omenjeno, države takšne situacije v notranjih zakonodajah rešujejo na različne načine – v slovenskem pravnem redu je to na primer institut dovolitve zadrževanja, ki ga ureja ZTuj-2.<sup>44</sup>

#### 4.2.1.3. Člen 15(c)

Člen 15(c) KD kot resno škodo opredeljuje »resno in individualno grožnjo življenju ali telesni celovitosti civilista zaradi vesplošnega nasilja v situacijah mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada«. Ta določba, drugače kot prej obravnavani točki (a) in (b), ne kodificira obstoječih standardov prava človekovih pravic, temveč vzpostavlja popolnoma novo podlago zaščite, ki naj bi zagotavljala varnost tistim prosilcem, katerih življenje ali telesna celovitost sta ogrožena zaradi oboroženih spopadov v državi izvora.<sup>45</sup> V znameniti zadevi *Elgafaji* je Sodišče EU poudarilo, da točki (a) in (b) 15. člena KD zajemata položaje, v katerih je prosilec za subsidiarno zaščito »posebej izpostavljen tveganju nastanka posebne škode«, medtem ko točka (c) zajema »tveganje nastanka bolj splošne škode«,<sup>46</sup> ki je del »mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada«.<sup>47</sup>

Formulacija točke (c) je bila v procesu oblikovanja KD najbolj problematična izmed vseh treh oblik resne škode,<sup>48</sup> ki jih opredeljuje 15. člen KD, in predstavlja daleč največ interpretativnih težav. Čeprav prav vsak izmed pojmov, ki jih vsebuje obravnavana de-

<sup>42</sup> Zadeva *Paposhvili proti Belgiji* [GC], št. 41738/10 z dne 13. decembra 2016, tč. 178 in 183.

<sup>43</sup> Zadeva *Abdida* (C-562/13) z dne 18. decembra 2014, tč. 48; zadeva *C. K. in drugi* (C-578/16 PPU) z dne 16. februarja 2017, tč. 74 in 76.

<sup>44</sup> Glej drugo alinejo 2. odstavka 73. člena ZTuj-2, ki ureja dovolitev zadržanja tujca v primeru, da »se izkaže, da bi zaradi njegovega življenjsko ogrožajočega zdravstvenega stanja v fazi odstranitve lahko prišlo do izpostavljenosti hudemu in nepopravljivemu poslabšanju zdravstvenega stanja«.

<sup>45</sup> Storey, H., *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, Article 15, v: v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1237.

<sup>46</sup> *Elgafaji*, tč. 32-33.

<sup>47</sup> Na tem mestu velja poudariti, da je Sodišče EU v zadevi *Diakite* pojasnilo, da je izraz »notranji oboroženi spopad« avtonomen pojem prava EU, zato pri njegovi interpretaciji ne pridejo v poštev pravila mednarodnega humanitarnega prava. Pojem ima namreč v mednarodnem humanitarnem pravu specifičen pomen in določa visok prag za ugotovitev njegovega obstoja. S tem se je Sodišče EU zavzelo za interpretacijo, ki širi krog situacij, ki jih je mogoče upoštevati v kontekstu člena 15(c) KD. Zadeva *Diakite* (C-285/12) z dne 30. januarja 2014, tč. 27-29. Glej tudi Stare, K., nav. delo, str. 28-31.

<sup>48</sup> Storey, H., *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, Article 15, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 1235-1237.

finicija, zahteva posebno razlagalno pozornost (na primer kako ugotavljamo obstoj mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada ali pa kaj točno razumemo pod pojmom telesna celovitost), se bomo v nadaljevanju posebej opredelili do dveh najbolj problematičnih elementov opredelitve resne škode v členu 15(c) KD. Postavlja se namreč vprašanje, na kakšen način mora biti grožnja, ki je posledica *vsesplošnega* nasilja, tudi *individualizirana*, da jo lahko opredelimo kot resno škodo v smislu subsidiarne zaščite. Na nekatera, še zdaleč pa ne na vsa vprašanja razlage posameznih pojmov resne škode v smislu člena 15(c) KD je Sodišče EU odgovorilo v zadevi *Elgafaji*.

## 1. Vsesplošno nasilje

Izraz *vsesplošno* nasilje po stališču Sodišča EU pomeni, da lahko to nasilje vpliva na osebe ne glede na njihove okoliščine, kar pomeni, da prosilec ni dolžan izkazovati, da je ogrožen prav zaradi specifičnih osebnih okoliščin.<sup>49</sup> Natančnejši opredelitvi se Sodišče EU (smiselno) izogne – presoja stopnje nasilja in ocena, ali je to nasilje v konkretnem primeru dovolj intenzivno, da izpolnjuje kriterij *vsesplošnosti*, namreč ne sme temeljiti na (končnem) seznamu okoliščin, ki naj jih upoštevajo pristojni organi.

Praksa nacionalnih organov je različna, a praviloma pri ugotavljanju sledijo kriterijem, ki jih je mogoče razbrati iz sodbe ESČP v zadevi *Sufi in Elmi proti Združenemu kraljestvu*.<sup>50</sup> Tako bi morali pristojni organi pri presoji intenzivnosti nasilja upoštevati denimo geografsko razsežnost spopada; število ubitih, ranjenih in razseljenih oseb; metode in taktike vojskovanja ter tveganje za civilno prebivalstvo; sposobnost države, da zaščiti prebivalce in jim zagotovi osnovna sredstva za preživetje (dostop do hrane, vode in zdravstvene pomoči) ter splošne socialne in ekonomske okoliščine v državi izvora.<sup>51</sup> Skladna s tako vzpostavljenimi kriteriji je tudi sodna praksa Vrhovnega sodišča RS, ki je že v več zadevah zapisalo, da je treba obstoj vsesplošnega nasilja v smislu subsidiarne zaščite presojati od primera do primera, pri čemer so lahko v oporo kriteriji, vzpostavljeni v sodni praksi ESČP.<sup>52</sup>

Na tem mestu velja opozoriti na nekoliko bolj problematično stališče Vrhovnega sodišča RS, ki je že večkrat presodilo, da so »humanitarne in socialno ekonomske razmere [...] za priznanje subsidiarne zaščite lahko relevantne le v primeru, če predstavljajo realno nevarnost, da bo prosilec v primeru vrnitve v izvorno državo izpostavljen nečloveškemu, ali ponižujočemu ravnanju, ali kaznovanju po 3. členu EKČP [...]«. <sup>53</sup> Prvič, stališče je nenavadno, saj se pri presoji člena 15(c) KD opira na potencialne kršitve 3. člena EKČP, ki so zajete že s členom 15(b) KD. Drugič, vnaprejšnje izključevanje humanitarnih in socialno ekonomskih razmer v državi izvora,

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, tč. 34 in 43.

<sup>50</sup> Sodba v zadevi *Sufi in Elmi proti Združenemu kraljestvu*, št. 8319/07 in 11449/07 z dne 28. junija 2011.

<sup>51</sup> *Sufi in Elmi proti Združenemu kraljestvu*, tč. 241. Skladna s tako vzpostavljenimi kriteriji je tudi sodna praksa Vrhovnega sodišča RS (glej denimo sodbo v zadevi opr. št. I Up 136/2014 z dne 14. maja 2014, tč. 13).

<sup>52</sup> Glej sodbo v zadevi opr. št. I Up 136/2014 z dne 14. maja 2014, tč. 13.

<sup>53</sup> *Ibid.*



ki ga je po presoji ESČP treba upoštevati kot *zgolj enega od mnogih možnih kriterijev* za ugotavljanje obstoja vsesplošnega nasilja, se zdi pretirano restriktivno in v nasprotju s sodno prakso ESČP (*Sufi in Elmi proti Združenemu kraljestvu*).

Izjemno pomembno je, da je presoja situacije v državi izvora celostna in zajema čim širši spekter okoliščin, ki lahko kažejo na obstoj *vesplošnega nasilja*. Nikakor pa kriteriji presoje ne bi smeli biti izključno kvantitativne narave. To je jasno poudarilo tudi Sodišče EU v novejši zadevi *CF, DN*.<sup>54</sup> Zvezno upravno sodišče Nemčije je namreč v praksi za ugotavljanje »resne in individualne grožnje zaradi vsesplošnega nasilja« uporabljalo merilo razmerja med številom žrtev in skupnim številom prebivalcev na območju, od koder prihaja prosilec. To razmerje je moralo doseči določeno minimalno raven, sicer se je presoja okoliščin konkretnega primera zaključila, saj se je avtomatično štelo, da nasilje ne dosega takšne stopnje, da bi ga lahko šteli kot vsesplošnega.<sup>55</sup> Sodišče EU je poudarilo, da je tovrsten kvantitativen kriterij števila dejanskih žrtev nasilja dopusten, nikakor pa ne sme biti edini, še manj pa odločilni kriterij za presojo vsesplošnosti nasilja in s tem prošnje za mednarodno zaščito.<sup>56</sup> Ocena stopnje vsesplošnega nasilja mora torej temeljiti na presoji vseh relevantnih okoliščin in upoštevati tako kvalitativne kot kvantitativne faktorje.<sup>57</sup>

## 2. Resna in individualna grožnja

Eden izmed ključnih delov sodbe v zadevi *Elgafaji* je gotovo razlaga izraza individualna grožnja. Tega je po presoji Sodišča EU treba razumeti tako, »da zajema napade, usmerjene zoper civiliste ne glede na njihovo identiteto, kadar stopnja samovoljnega nasilja [...] doseže tako visoko stopnjo, da obstajajo utemeljeni razlogi za prepričanje, da bi se civilist, če bi se vrnil v zadevno državo [...], samo zaradi navzočnosti na tem ozemlju soočil z utemeljenim tveganjem, da utрпи resno škodo [...].<sup>58</sup> Takšna razlaga je po stališču Sodišča EU združljiva tudi s Preambulo h KD, ki v točki 35 določa, da »nevarnosti, ki jim je na splošno izpostavljeno prebivalstvo ali del prebivalstva države, same zase *običajno* ne predstavljajo individualne grožnje, ki bi jo priznavali kot resno škodo«. <sup>59</sup> Uporaba izraza »običajno« namreč ne izključuje možnosti situacije v državi izvora, ki bi jo »zaznamovala tako visoka stopnja tveganja, da bi obstajali utemeljeni razlogi za prepričanje, da se bo ta oseba individualno soočila z zadevnim tveganjem«. <sup>60</sup>

Sodišče EU je torej pojem individualne grožnje razložilo na način, ki dopušča, da prosilec upravičenost do subsidiarne zaščite izkaže bodisi preko »splošnega tvega-

<sup>54</sup> *CF, ND* (C-901/19) z dne 10. junija 2021.

<sup>55</sup> *Ibid.*, tč. 30.

<sup>56</sup> *Ibid.*, tč. 31-33.

<sup>57</sup> Storey, H., *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, Article 15, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 1240.

<sup>58</sup> *Elgafaji*, tč. 35.

<sup>59</sup> *Ibid.*, tč. 36, poudarek dodan.

<sup>60</sup> *Ibid.*, tč. 37.



nja« bodisi preko »bolj specifičnega tveganja« v odvisnosti od stopnje in resnosti vsesplošnega nasilja v državi izvora.<sup>61</sup> Gre za t. i. *sliding-scale* kriterij,<sup>62</sup> v zvezi s katerim Sodišče EU zapiše, da »čim bolj je prosilec morebiti sposoben dokazati, da ga grožnje posamično zadevajo zaradi elementov, ki so značilni za njegov položaj, tem nižja stopnja samovoljnega nasilja bo zadoščala, da se osebi prizna pravica do subsidiarne zaščite.«<sup>63</sup> Enako seveda velja obratno: čim višja je stopnja samovoljnega nasilja, tem manj bo moral prosilec izkazovati, da grožnja zadeva njega konkretno.

Pojem resne škode po členu 15(c) KD torej vselej terja ugotovitev, da je oseba neposredno (individualno) ogrožena zaradi situacije vsesplošnega nasilja. Kadar je stopnja vsesplošnega nasilja visoka, se ta individualizacija izraža v dejavnikih, ki povečujejo tveganje za konkretno osebo. Ti dejavniki so lahko vezani denimo na poklic, zaradi katerega je prosilec prisiljen ostati v bližini vira nevarnosti (zdravnik, novinarji ipd.). Lahko pa so ti dejavniki tudi osebne okoliščine, zaradi katerih je prosilec kot civilist dodatno izpostavljen nevarnosti vsesplošnega nasilja – med te dejavnike Zvezno upravno sodišče Nemčije denimo šteje versko ali etnično pripadnost, seveda pod pogojem, da ti dejavniki prosilcu ne dajejo že podlage za podelitev statusa begunca.<sup>64</sup> V izjemnih situacijah, v katerih je ugotovljena izredno visoka stopnja vsesplošnega nasilja, je lahko pogoj individualne ogroženosti izpolnjen tudi brez zgoraj omenjenih dejavnikov, ki povečujejo nevarnost za konkretnega prosilca. Gre za izredne razmere, v katerih je podana tako visoka stopnja vsesplošnega nasilja, da bi bil praktično vsak civilist izpostavljen resni individualni nevarnosti že zgolj zaradi svoje prisotnosti na območju oboroženega spopada.<sup>65</sup>

#### 4.3. Vsebina subsidiarne zaščite: pravice oseb s priznano subsidiarno zaščito

V prvem delu razdelka 4 tega poglavja smo spoznali razvoj subsidiarne zaščite v pravu EU ter pojasnili pogoje, ki jih mora izpolnjevati posameznik, da je do subsidiarne zaščite upravičen. V zadnjem delu poglavja pa bomo kratko predstavili vsebino te oblike mednarodne zaščite.

---

<sup>61</sup> Zagorc, S., Stare, K., Razlaga instituta subsidiarne zaščite v evropskem azilnem sistemu, v: *Pravnik* 135 (2018) 11-12, str. 793-822, str. 806.

<sup>62</sup> V zvezi s tem glej denimo Storey, H., *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Article 15*, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 1238; Errera, R., *The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji - and After*, v: *IJRL* 23 (2010) 1, str. 93-112; Garlick, M., *Protection in the European Union for People Fleeing Indiscriminate Violence in Armed Conflict: Article 15(c) of the EU Qualification Directive*, v: Türk, T., Edwards, A., Wouters, C. (ur.), *In Flight from Conflict and Violence: UNHCR's Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection*, CUP 2017, str. 241-266.

<sup>63</sup> *Elgafaji*, tč. 39.

<sup>64</sup> Sodba Zveznega upravnega sodišča Nemčije, BVerwG 1 C 11.19 VG 7 K 1139/17.WI.A, z dne 20. maja 2020, tč. 20. Ta interpretacija, ki opredelitev resne škode iz člena 15(c) KD še približa definiciji begunca iz ŽK, še dodatno poudarja nesmiselnost zahteve po individualizaciji resne škode.

<sup>65</sup> Glej sodbo Sodišča EU v zadevi *Elgafaji*, tč. 35. Glej tudi sodbo Zveznega upravnega sodišča Nemčije, BVerwG 1 C 11.19 VG 7 K 1139/17.WI.A, z dne 20. maja 2020, tč. 21.

Kljub mnogim pozivom k popolni izenačitvi vsebine obeh statusov mednarodne zaščite (t. j. statusa begunca in statusa subsidiarne zaščite), se njuni vsebini oziroma pravice, ki jih v državah članicah uživajo osebe s priznanim statusom, nekoliko razlikujejo.

Razlikovanje med vsebino obeh statusov je v prvi fazi oblikovanja skupnega evropskega azilnega sistema temeljilo na dveh (zatrjevanih) razlogih. Prvič, EU je poskušala s tem ohraniti »primarnost« statusa begunca ter poudariti komplementarno naravo subsidiarne zaščite. Drugič, subsidiarna zaščita je bila tedaj v mnogih državah članicah razumljena kot zaščita, potreba po kateri je začasne narave.<sup>66</sup> Ta dva razloga sta botrovala temu, da sta se vsebini obeh statusov v KD, ki je bila sprejeta 2004, bistveno razlikovali: osebe s priznano subsidiarno zaščito so uživale manj pravic, diskrecija držav članic pri odstopanju od standardov iz KD pa je bila izjemno široka.<sup>67</sup>

Eden izmed ciljev prenovljene KD, sprejete leta 2011, je bilo izenačevanje vsebin obeh oblik mednarodne zaščite ter nadaljnja harmonizacija standardov zaščite v državah članicah.<sup>68</sup> Da je treba upravičencem do statusa subsidiarne zaščite priznate enake pravice in ugodnosti, kot jih imajo begunci, izhaja tudi iz preambule h KD.<sup>69</sup> Odstopanja naj bi bila možna le, kadar so »potrebna in objektivno upravičena«.<sup>70</sup>

Evropski zakonodajalec je s prenovljeno KD uniformiral večino pravic, ki izhajajo iz obeh statusov, s tem zmanjšal diskrecijo držav pri ureditvi pravic oseb s subsidiarno zaščito in tako preprečil nadaljnje nižanje standardov zaščite za osebe s priznano subsidiarno zaščito v notranjih pravnih redih držav članic.<sup>71</sup> Osebe s priznano subsidiarno zaščito tako na področjih dostopa do zaposlitve (26. člen KD), dostopa do izobraževanja (27. člen KD), dostopa do postopkov za priznavanje kvalifikacij (28. člen KD) in zdravstvenega varstva (30. člen KD) uživajo pravice v enakem obsegu kot osebe s priznanim statusom begunca. Pa vendar vsebini statusov nista popolnoma izenačeni – KD med statusoma še vedno razlikuje glede veljavnosti dovoljenj za prebivanje (24. člen KD) in izdajanja potovalnih dokumentov (25. člen KD) ter na področju pravic iz

<sup>66</sup> Kljub mnogim opozorilom o nasprotnem. UNHCR je denimo že pred sprejemom KD leta 2001 opozoril, da je potreba po subsidiarni obliki zaščite pogosto enako trajna kot potreba po zaščiti v obliki statusa begunca. UNHCR, UNHCR's Observations on the European Commission's Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection (Brussels, 12 September 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS)), tč. 45.

<sup>67</sup> Tretji odstavek 26. člena KD I (dostop do zaposlitve) je denimo državam članicam omogočal, da so ob upoštevanju položaja na trgu dela začasno uredile prednostni dostop do zaposlitve in omejile dostop do zaposlitve upravičencem do subsidiarne zaščite – za osebe s statusom begunca takšna izjema ni bila predvidena. Podobno odstopanje od siceršnjih pravic je omogočal drugi odstavek 29. člena KD I (zdravstveno varstvo), ki je državam članicam omogočal, da so zdravstveno varstvo oseb s subsidiarno zaščito omejile na »osnovne dajatve«.

<sup>68</sup> Bauloz, C., Ruiz, G., *Refugee Status and Subsidiary Protection: Towards a Uniform Content of International Protection?*, v: Chetail, V., De Bruycker, P., Maiani, F. (ur.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill Nijhoff 2016, str. 243-246.

<sup>69</sup> Preambula h KD, tč. 39.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law, Volume I: EU EU Immigration and Asylum Law*, 4th edition, Oxford EU Law Library 2016, str. 277-279.

socialne blagajne (29. člen KD). Upravičenci do obeh statusov so (na ravni prava EU, ne pa tudi na ravni slovenske zakonodaje) različno obravnavani tudi v zvezi s pravico do združitve družine (v zvezi s tem glej XIV. poglavje).

Glavna razloga za ohranitev razlikovanja med statusom begunca in statusom subsidiarne zaščite na teh področjih naj bi bila tudi v prenovljeni KD domnevna začasnost potrebe po subsidiarni zaščiti ter povečani stroški, povezani s popolno izenačitvijo obeh statusov.<sup>72</sup>

#### 4.3.1. Dovoljenje za prebivanje in potovalni dokumenti

24. člen KD države članice zavezuje, da »upravičencem do statusa subsidiarne zaščite in njihovim družinskim članom izdajo dovoljenje za prebivanje, ki se ga lahko podaljša in ki mora veljati vsaj eno leto oziroma, v primeru podaljšanja, vsaj dve leti, razen če nujni razlogi nacionalne varnosti ali javnega reda zahtevajo drugače«. <sup>73</sup> Nasprotno pa so države članice upravičencem do statusa begunca dolžne izdati dovoljenje za prebivanje, ki velja vsaj tri leta in se lahko podaljša. <sup>74</sup> Določba je politični kompromis med prvotnim predlogom besedila prenovljene KD, ki je v celoti podelilo pravico dovoljenja za prebivanje za upravičence do obeh statusov, ter stališči nekaterih držav članic, ki so se vendarle zavzemale za manj ugodno in bolj začasno ureditev za upravičence do subsidiarne zaščite. <sup>75</sup> Skladno z ZMZ-1 se osebam s prizanim statusom begunca izda dovoljenje za stalno, osebam s statusom subsidiarne zaščite pa dovoljenje za začasno prebivanje za čas trajanja zaščite. <sup>76</sup>

Razlikovanje med vsebinama obeh statusov je razvidno tudi pri vprašanju dostopa do potovalnih dokumentov. Države članice so jih skladno s 25. členom KD dolžne izdati tako upravičencem do statusa begunca kot upravičencem do subsidiarne zaščite, a slednjim le pod pogojem, da ne morejo pridobiti nacionalnega potnega lista. <sup>77</sup> Ta izjema pa – glede na pomen pravice do dostopa do potovalnih dokumentov, ki izhaja iz ŽK<sup>78</sup> – ne bi smela biti interpretirana restriktivno. <sup>79</sup> Kot poudarja UNHCR,

---

<sup>72</sup> V zvezi s smiselnostjo in (ne)dopustnostjo razlikovanja glej: Zagorc, S., Stare, K., Subsidiarna zaščita v evropskem in mednarodnem azilnem sistemu – nadgradnja ali spodkopavanje sistema?, v: Zbornik znanstvenih razprav 78 (2018). Glej tudi Bauloz, C., Ruiz, G., nav. delo.

<sup>73</sup> Drugi odstavek 24. člena KD. KD pa državam članicam nikakor ne preprečuje, da sprejmejo ugodnejšo ureditev oziroma določijo daljšo veljavnost dovoljenj za prebivanje.

<sup>74</sup> Prvi odstavek 24. člena KD.

<sup>75</sup> Battjes, H., Asylum Qualification Directive 2011/95/EU, Article 25, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 1266-1267.

<sup>76</sup> Glej 92. člen ZMZ-1 v povezavi z IX. poglavjem ZMZ-1 (listine).

<sup>77</sup> Kljub ohranjanju razlik se je prenovljena KD vsebini statusov v primerjavi s KD iz leta 2004 vendarle približala. KD pred je prenovo namreč obveznost izdaje potovalnih dokumentov upravičencem do subsidiarne zaščite določala zgolj, »kadar obstajajo resni humanitarni razlogi, ki zahtevajo prisotnost osebe v drugi državi«.

<sup>78</sup> Glej 26. (svoboda gibanja) in 28. člen (potne listine) ŽK.

<sup>79</sup> To poudari tudi Sodišče EU v združenih zadevah *Alo in Osso* (C-443/14 and C-444/14) z dne 1. marca 2016, tč. 64.

države članice upravičencem do subsidiarne zaščite ne smejo naložiti pretežkega bremena dokazovanja nezmožnosti pridobitve potnega lista v državi izvora.<sup>80,81</sup>

#### 4.3.2. Socialna blagajna

29. člen KD v prvem odstavku države članice zavezuje, da upravičencem do mednarodne zaščite v državi članice zagotovijo prejetanje »potrebne socialne pomoči« pod enakimi pogoji, kot jo prejemajo državljani te države članice. Drugi odstavek istega člena pa državam članicam omogoča odstop od tega pravila pri urejanju socialne pomoči, ki so je deležni upravičenci do statusa subsidiarne zaščite. Določa namreč, da lahko »države članice omejijo socialno pomoč, ki jo prejmejo upravičenci do statusa subsidiarne zaščite, na osnovne ugodnosti, ki pa se dodeljujejo na enaki ravni in pod enakimi pogoji za upravičenost kot državljanom.«

Na vprašanje, kaj točno zajema *potrebna socialna pomoč* in v čem se razlikuje od *osnovnih ugodnosti*, KD ne poda dokončnega odgovora.<sup>82</sup> Tudi Preambula h KD opredeljevanje oblik in podrobnosti dodeljevanja *osnovnih ugodnosti* prepušča državam članicam, hkrati pa določa, da je treba »možnost omejevanja [...] pomoči na osnovne ugodnosti [...] razumeti tako, da zajema vsaj minimalno dohodkovno podporo, pomoč v primeru bolezni ali nosečnosti in starševstva.«<sup>83</sup> Ob pomanjkanju jasne vsebine prejemkov iz socialne blagajne, ki so jih države članice dolžne zagotavljati beguncem in upravičencem do subsidiarne zaščite, države članice obseg socialnega varstva, ki ga gre šteti kot *osnovno ugodnost*, urejajo različno, a ga praviloma vsebinsko enačijo s pojmom potrebne socialne pomoči.<sup>84</sup>

Tudi slovenski zakonodajalec se ni odločil za omejevanje socialne pomoči za upravičence do subsidiarne zaščite. To pomeni, da so ti, tako kot begunci, pri uveljavljanju pravic iz socialnega varstva v celoti izenačeni s slovenskimi državljani.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> UNHCR, UNHCR Annotated Comments on the ec Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004) (UNHCR 2005) 39.

<sup>81</sup> V zvezi z ureditvijo izdaje potnih listov za begunce in upravičence do subsidiarne zaščite v slovenskem pravnem redu glej 111. in 113. člen ZMZ-1.

<sup>82</sup> Podobno vprašanje odpira tudi dopustna omejitev socialnega varstva na »osnovne prejemke« za rezidente za daljši čas. V zvezi s tem glej odločitev Sodišča EU v zadevi *Kamberaj* (C-571/10) z dne 24. aprila 2012. Glej poglavje XV.

<sup>83</sup> Preambula h KD, tč. 45.

<sup>84</sup> Zagorc, S., Stare, K., Subsidiarna zaščita v evropskem in mednarodnem azilnem sistemu – nadgradnja ali spodkopavanje sistema?, v: Zbornik znanstvenih razprav 78 (2018), str. 81.

<sup>85</sup> 99. člen ZMZ-1.

## 5. Sklepno o komplementarnih statusih

Spoznali smo, da komplementarne oblike zaščite ščitijo tiste posameznike, ki jih definicija begunca po ŽK ne pokriva, pa se kljub temu ne morejo vrniti v državo izvora. Izhodišče komplementarnih oblik zaščite je načelo nevrčanja (*non-refoulement*), ki prepoveduje odstranitev posameznika v državo, v kateri zanj obstaja nevarnost, da bo podvržen mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju. Načelo nevrčanja pa samo po sebi še ne predstavlja podlage za podelitev ustreznega statusa posamezniku, ki ga ni dopustno odstraniti v zanj nevarno državo. Države so zato kmalu po sprejemu ŽK začele razvijati posebne komplementarne sisteme zaščite, ki so tudi osebam, ki sicer po definiciji ŽK niso begunci, pa jih vendarle ni dopustno vrniti v državo izvora, zagotavljale določene pravice v državi gostiteljici.

Subsidiarna zaščita predstavlja kodifikacijo komplementarne zaščite na ravni prava EU ter sploh prvo kodifikacijo komplementarnega statusa na nadnacionalni ravni. Institut subsidiarne zaščite je urejen v KD in skupaj s statusom begunca tvori širši pojem mednarodne zaščite. Kot izhaja že iz njenega imena, je subsidiarna zaščite zamišljena kot dodatna zaščita za tiste posameznike, ki ne izpolnjujejo pogojev za pridobitev statusa begunca – to se (med drugim) odraža tudi v postopku za pridobitev mednarodne zaščite, kjer se vselej najprej preverja izpolnjenost pogojev za status begunca in šele nato, če prosilec teh pogojev ne izpolnjuje, potrebo po podelitvi statusa subsidiarne zaščite.

Skladno s KD se status subsidiarne zaščite podeli prosilcu, ki ne izpolnjuje pogojev za status begunca, a obstajajo utemeljeni razlogi za prepričanje, da bi se v primeru vrnitve v izvorno državo srečal z utemeljenim tveganjem, da utrpri resno škodo. KD v 15. členu definira tri različne tipe škode, ki jih gre šteti kot resno škodo v smislu subsidiarne zaščite, in sicer a) smrtno kazen ali usmrtitev; b) mučenje ali nečloveško ali ponižujoče ravnanje ali kazen prosilca v izvorni državi; c) resno in individualno grožnjo življenju ali telesni celovitosti civilista zaradi vsesplošnega nasilja v situacijah mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada. Pokazali smo, da največ interpretativnih dilem odpira opredelitev resne škode v členu 15(c) KD – za njeno razlago je bistveno razumevanje znamenite odločitve Sodišča EU v zadevi *Elgafaji*, katere poglavitne zaključke smo predstavili v razdelku 4.2.1.3. tega poglavja.

## Priporočena literatura

Bauloz, C., Ruiz, G., *Refugee Status and Subsidiary Protection: Towards a Uniform Content of International Protection?*, v: Chetail, V., De Bruycker, P., Maiani, F. (ur.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill Nijhoff 2016.

Dörig, H., Kraft, I., Sotrey, H., Battjes, H., *Asylum Qualification Directive 2011/95/EU*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016.

Errara, R., *The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji - and After*, *International Journal of Refugee Law*, 23 (2010) 1, str. 93-112.

McAdam, J., *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, v: *International Journal of Refugee Law*, 17 (2005) 3, str. 461-516.

McAdam, J.: *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press 2007.

Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law, Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, 4th edition, Oxford EU Law Library 2016, Chapter 5.

Stare, K., *Subsidiarna zaščita (magistrsko delo)*, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2017.

Tiedemann, P., *Subsidiary Protection and the Function of Article 15(c) of the Qualification Directive*, v: *Refugee Survey Quarterly*, 31 (2012) 1, str. 123-138.

Zagorc, S., Stare, K., *Subsidiarna zaščita v evropskem in mednarodnem azilnem sistemu – nadgradnja ali spodkopavanje sistema?*, v: *Zbornik znanstvenih razprav* 78 (2018).

## VII.

# Začasna zaščita razseljenih oseb

*Ana Samobor*

1. Uvod	112
2. Namen direktive o začasni zaščiti razseljenih oseb	114
3. Množični prihod razseljenih oseb in aktivacija direktive o začasni zaščiti	115
4. Pridobitev začasne zaščite	117
5. Razmerje med začasno zaščito in mednarodno zaščito	118
6. Pravice oseb z začasno zaščito	119
7. Prenehanje začasne zaščite	119
8. Sklepno o institutu začasne zaščite	121

### 1. Uvod

V prejšnjem poglavju so bili predstavljeni komplementarni statusi, ki zaščito zagotavljajo tistim posameznikom, ki ne izpolnjujejo pogojev za priznanje statusa begunca po ŽK, pa vrnitev v državo izvora zanje kljub temu ne bi bila varna. To poglavje pa obravnava začasno zaščito razseljenih oseb – poseben mehanizem, ki je namenjen hitremu odzivu na večji prihod razseljenih oseb s kriznih (vojnih) območij. Čeprav je institut začasne zaščite del širšega koncepta azilnega prava,<sup>1</sup> ga obravnavamo posebej, saj gre – drugače kot pri statusu begunca in statusu subsidiarne zaščite v pravu EU – za hipen, izreden odziv na prihod večjega števila razseljenih oseb, ki predstavlja tveganje,

---

<sup>1</sup> Tudi 78. člen PDEU, ki predvideva ureditev skupnega evropskega azilnega sistema, v prvem odstavku določa, da »Unija oblikuje skupno politiko o azilu, subsidiarni zaščiti in začasni zaščiti z namenom ponuditi ustrezen status vsem državljanom tretjih držav, ki potrebujejo mednarodno zaščito, in zagotoviti skladnost z načelom nevračanja [...]«.«



da azilni sistemi v državah članicah ne bodo mogli obdelati množičnega prihoda razseljenih oseb brez negativnih posledic za uspešnost in celovitost obravnave prošenj za mednarodno zaščito.

Pogovori o skupnem evropskem pristopu k zagotavljanjučasne zaščite razseljenim osebam so se pričeli že v začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja in so ves čas potekali v kontekstu množičnih prihodov beguncev z območja nekdanje Jugoslavije. Kljub temu je vse do leta 2001, ko je bila sprejeta Direktiva o začasni zaščiti (v nadaljevanju tudi: Direktiva),<sup>2</sup> skupni evropski odziv ostal na ravni nezavezujočih dokumentov,<sup>3</sup> kar je pomenilo, da je vsaka država članica posebej urejala sprejem in zagotavljanječasne zaščite posameznikom s kriznih območij.<sup>4</sup> Ideja o skupnem evropskem pristopu k zagotavljanjučasne zaščite se je dokončno oblikovala na srečanju v Tampereju leta 1999<sup>5</sup> in je bila močno zaznamovana s sočasnim dogajanjem na Kosovu.<sup>6</sup> Direktiva o začasni zaščiti (2001), ki je v slovenski pravni red prenesena z Zakonom o začasni zaščiti razseljenih oseb (ZZZRO),<sup>7</sup> je prva direktiva, ki je bila sprejeta v procesu oblikovanja skupnega evropskega azilnega sistema.

Direktiva predvideva ravnanje v primeru prihoda večjega števila posameznikov s kriznih (največkrat vojnih) področij, ki je tako množičen, da zahteva izjemno hitro ukrepanje in bistveno otežuje ali celo onemogoča individualno obravnavo vsakega posameznega prosilca za mednarodno zaščito.

Direktiva o začasni zaščiti razseljenih oseb je bila doslej aktivirana enkrat. Marca 2022 je zaradi prihoda velikega števila razseljenih oseb v države članice EU zaradi vojne v Ukrajini Svet EU izdal sklep, s katerim je ugotovil obstoj množičnega prihoda razseljenih oseb iz Ukrajine ter uvedel začasno zaščito.<sup>8</sup> To poglavje torej pišemo v trenutku, ko mnoga vprašanja, ki jih odpira aktivacija tega posebnega mehanizma zaščite,

<sup>2</sup> Direktiva Sveta 2001/55/ES z dne 20. julija 2001 o najnižjih standardih za dodelitevčasne zaščite v primeru množičnega prihoda razseljenih oseb in o ukrepih za uravnoteženje prizadevanj in posledic za države članice pri sprejemanju takšnih oseb, Ur. l. EU, št. L 212, str. 12-23.

<sup>3</sup> Glej denimo sklepe srečanja Evropskega sveta oktobra 1992 v Birminghamu (European Council Birmingham, 16 October 1992, Presidency Conclusions, SN 343/1/92); sklepe srečanja Evropskega sveta v Kopenhagnu junija 1993 (European Council, Copenhagen 21-22 June 1993, Presidency Conclusion, SN 180/1/1993); Resolucijo Sveta o porazdelitvi bremen v zvezi s sprejemom in začasnim prebivanjem razseljenih oseb, Ur. l. EU, št. C 262; Sklep Sveta 96/198/PNZ o pripravljenosti in nujnih postopkih za porazdelitev bremen v zvezi s sprejemom in prebivanjem razseljenih oseb, Ur. l. EU, št. L 63; Sklepe srečanja Evropskega sveta marca 1999 v Berlinu (European Council, Berlin, 24-25 March 1999).

<sup>4</sup> Genç, H. D. Şirin Öner, N. A.: Why not Activated? The Temporary Protection Directive and the Mystery of Temporary Protection in the European Union, v: International Journal of Political Science & Urban Studies, 7 (2019) 1, str. 1-18, str. 5; Van Selm, J.: Temporary Protection for Ukrainians: learning the lessons of the 1990s?, dostopno na spletni strani ASILE forums: EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War and the Future of the EU Asylum System (2022).

<sup>5</sup> European Union, Council of the European Union, Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15-16 October 1999, 16. oktober 1999, tč. 16.

<sup>6</sup> Skordas, A.: Temporary Protection Directive 2001/55/EC, v: Hailbronner, K., Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law: A Commentary. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 1060.

<sup>7</sup> Zakon o začasni zaščiti razseljenih oseb (ZZZRO), Ur. l. RS, št. 16/17.

<sup>8</sup> Izvedbeni sklep Sveta (EU) 2022/382 z dne 4. marca 2022 o ugotovitvi obstoja množičnega prihoda razseljenih oseb iz Ukrajine v smislu člena 5 Direktive 2001/55/ES in z učinkom uvedbečasne zaščite, Ur. l. EU, št. L 71, p. 1-6).

ostajajo brez dokončnega odgovora. Poglavlje je tako namenjeno splošni predstavitvi pravnega okvira instituta začasne zaščite in se pri tem opira na normativno ureditev ter na trenutno dostopno literaturo in ga bo tako sčasoma nujno nadgraditi z bodočo sodno prakso ter literaturo z obravnavanega področja.

Uvedba začasne zaščite marca 2022 je dodatno spodbudila že dlje časa trajajoče razprave o tem, zakaj EU mehanizma začasne zaščite ni uporabila že prej, denimo v času prihoda večjega števila beguncev iz Libije (2011), Namibije (2011), Sirije (2011-...), Ukrajine (2014)... Mnogi avtorji so neuporabo Direktive o začasni zaščiti pripisovali predvsem zapletenosti postopka aktivacije, nejasnosti pojma množičnih prihodov ter strahu pred ustvarjanjem dodatnega dejavnika privlačnosti (ang. *pull-factor*).<sup>9</sup> V kontekstu hitrega odziva EU marca 2022 pa v literaturi prevladujejo kritike na račun očitnega pomanjkanja politične volje za skupni (in solidarni) odziv na prihod večjega števila razseljenih oseb v preteklosti, ki zbuja dvom v resnični obstoj temeljnih evropskih načel, kot so spoštovanje človekovega dostojanstva, svobode in enakosti ter solidarnost.<sup>10</sup>

## 2. Namen direktive o začasni zaščiti razseljenih oseb

Začasna zaščita je izredni postopek, ki se aktivira v primeru množičnega prihoda ali neizbežnega množičnega prihoda razseljenih oseb iz tretjih držav, ki se ne morejo vrniti v svojo matično državo.<sup>11</sup> Gre torej za situacijo, ki terja takojšen odziv držav članic in hitro zaščito večje skupine posameznikov, ki so pobegnili z območij oboroženih konfliktov, ali endemičnega nasilja, ali so bili v matični državi žrtve sistematičnega, ali splošnega kršenja človekovih pravic.<sup>12</sup> Mehanizem začasne zaščite razseljenim osebam »zagotavlja takojšnjo in začasno zaščito, zlasti če obstaja tveganje, da azilni sistem ne bo zmožen obdelati prihoda brez neželenih učinkov na njegovo uspešno delovanje v korist zadevnih oseb in drugih oseb, ki prosijo za zaščito.«<sup>13</sup>

Namen Direktive o začasni zaščiti razseljenih oseb je dvojen. Primarno je seveda namenjena določitvi minimalnih standardov za dodelitev začasne zaščite v državah članicah, ki bodo spoštovali standarde prava človekovih pravic<sup>14</sup> in posameznikom zagotovili čim hitrejšo in čim bolj učinkovito zaščito. Hkrati je eden izmed ciljev ureditve preprečiti preobremenitve azilnih sistemov in zagotoviti razporeditev »bremena

---

<sup>9</sup> Ineli Ciğer, M.: *Temporary Protection in Law and Practice*, BRILL, 2017.

<sup>10</sup> Glej denimo: Ineli Ciğer, M.: *5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022*, EU Migration Blog, Odysseus Network, 2022; Ineli Ciğer, M.: *Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards*, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022; Kostakopoulou, D.: *Temporary Protection and EU Solidarity: Reflecting on European Racism*, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022; Skordas, A.: *Temporary Protection and European Racism*, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022.

<sup>11</sup> 1. člen Direktive o začasni zaščiti.

<sup>12</sup> Glej definicijo razseljenih oseb: člen 2(c) Direktive o začasni zaščiti.

<sup>13</sup> Člen 2(a) Direktive o začasni zaščiti.

<sup>14</sup> Drugi odstavek 3. člena Direktive o začasni zaščiti.

sprejema« med državami članicami.<sup>15</sup> Solidarnostni mehanizem, opredeljen v poglavju VI Direktive o začasni zaščiti razseljenih oseb, zajema finančno solidarnost v obliki sredstev Evropskega sklada za begunce (24. člen) ter solidarnost pri sprejemu razseljenih oseb (25. in 26. člen). Ta temelji na načelu »dvostranskega prostovoljnega ukrepanja« – države članice namreč ob aktivaciji Direktive o začasni zaščiti »v duhu unijske solidarnosti« sporočijo, koliko razseljenih oseb so pripravljene in zmožne sprejeti, hkrati pa se morajo razseljene osebe s sprejemom v določeno državo članico strinjati.<sup>16</sup>

Obe opisani plati skupnega evropskega mehanizma začasne zaščite predstavljata odziv na izkušnjo razdrobljenega in neusklajenega odziva na prihod beguncev z območja nekdanje Jugoslavije v devetdesetih letih prejšnjega stoletja.<sup>17</sup> Takrat so namreč države začasno zaščito večinoma zasnovale kot bistveno manj ugodno alternativo zaščiti, ki jo nudi ŽK, pa čeprav bi bili mnogi do te upravičeni. Zagotoviti, da začasna zaščita ne bo več nadomeščala drugih možnih oblik zaščite, ter preprečiti, da bi države v primeru množičnega prihoda nižale standarde zaščite za razseljene osebe, sta tako postala ena izmed glavnih ciljev Direktive o začasni zaščiti. Ta naj bi omogočala organiziran odziv na ravni EU, ki zagotavlja zaščito vsem razseljenim osebam ter sočasno preprečuje preobremenjenost azilnih sistemov v državah članicah.<sup>18</sup>

### 3. Množični prihod razseljenih oseb in aktivacija direktive o začasni zaščiti

Začasna zaščita je uvedena, če Svet s sklepom ugotovi obstoj množičnega prihoda razseljenih oseb.<sup>19</sup> Direktiva o začasni zaščiti pa ne določa natančnih kriterijev, po katerih se ugotavlja obstoj množičnega prihoda. Določa le, da je množični prihod »prihod velikega števila razseljenih oseb v Skupnost, ki prihajajo iz določene države ali geografskega območja, če je bil njihov prihod [...] spontan ali s pomočjo, na primer evakuacijskega programa«.<sup>20</sup>

Evropska komisija je v predlogu Direktive o začasni zaščiti opredelila tri kriterije, po katerih je mogoče oceniti, ali lahko v konkretni situaciji govorimo o *množičnem* prihodu. Prvič, osebe morajo prihajati iz iste države oziroma geografskega področja. To pomeni, da ponavljajoči se ali hkratni prihodi prosilcev za mednarodno zaščito iz

<sup>15</sup> 1. člen in člen 2(a) Direktive o začasni zaščiti.

<sup>16</sup> Prvi in drugi odstavek 25. člena Direktive o začasni zaščiti.

<sup>17</sup> Van Selm, J., nav. delo.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Štiri države članice (Avstrija, Finska, Malta in Slovenija) Sveta niso pooblastile za uvedbo začasne zaščite v njihovih jurisdikcijah. Namesto tega uporabljajo *ad hoc* mehanizem za uvedbo začasne zaščite – to pomeni, da sklep Sveta ne zadostuje za uvedbo režima začasne zaščite. V Sloveniji mora tako vlada sprejeti sklep, s katerim uvede začasno zaščito. V sklepu mora opredeliti število razseljenih oseb, ki jim je ponujena začasna zaščita, pogoje za povečanje števila zaščiteneh oseb, datum, od katerega začne zaščita učinkovati ter njeno trajanje in rok za vrnitev. 10. člen ZZZRO; Noll, G., Gunneflo, M., Directive 2001/55 Temporary Protection Synthesis Report, Odysseus Newtork, 2007, str. 16.

<sup>20</sup> Člen 2(d) Direktive o začasni zaščiti.

različnih držav ne predstavljajo množičnega prihoda, ki bi utemeljeval aktivacijo Direktive. Drugič, postopni prihodi posameznikov iz določene države ali geografskega področja sami po sebi ne pomenijo množičnega prihoda, razen v primeru nenadnega povečanja sprva postopnih prihodov prosilcev za mednarodno zaščito. Tretjič, število razseljenih oseb mora biti »precejšnje«, pri čemer je točno število nemogoče točno opredeliti vnaprej.<sup>21</sup>

Končna odločitev je vselej prepuščena Svetu, ki na predlog Evropske komisije s kvalificirano večino sprejme sklep o obstoju množičnega prihoda in uvedbi začasne zaščite.<sup>22</sup> Odločitev o uvedbi začasne zaščite je torej politične narave, a bi moral pri tem Svet upoštevati součinkovanje različnih okoliščin, ki nakazujejo na obstoj množičnega prihoda razseljenih oseb in s tem na potrebo po aktivaciji začasne zaščite – od številčnosti in nenadnosti množičnega prihoda do potencialne ogroženosti normalnega delovanja azilnih sistemov v državah, kamor prihajajo razseljene osebe.<sup>23</sup> Svet s sklepom določi pričetek učinkovanja začasne zaščite in opredeli skupino oseb, na katere se nanaša.<sup>24</sup>

Svet je s sklepom o uvedbi začasne zaščite marca 2022 določil, da se ta nanaša na (a) ukrajinske državljane, ki so v Ukrajini prebivali pred 24. februarjem 2022; (b) državljane tretjih držav ali apatride, ki v Ukrajini uživajo mednarodno zaščito ter so tam prebivali pred 24. februarjem 2022; in (c) družinske člane prvih dveh kategorij posameznikov.<sup>25</sup> S tem so bili iz kroga upravičencev do začasne zaščite izvzeti državljani tretjih držav ali apatridi, ki so v Ukrajini v trenutku izbruha vojne prebivali na kakšni drugi podlagi (denimo na podlagi delovnih dovoljenj ali pa zaradi študija). Tem posameznikom so države članice *lahko* nudile začasno zaščito skladno s 7. členom Direktive o začasni zaščiti, ki omogoča širitev začasne zaščite onkraj oseb, ki jih kot upravičence določi Svet s sklepom.<sup>26</sup> Navedena opredelitev oseb, na katere se nanaša začasna zaščita, se je v Sloveniji izkazala za problematično in v praksi izrazito napačno interpretirano – pristojni organi so namreč opredelitev razlagali izjemno ozko in zavračali prošnje za začasno zaščito posameznikom, ki sicer spadajo bodisi v kategorijo (a) bodisi v kategorijo (b) zgoraj omenjene opredelitve, a se v trenutku izbruha vojne oziroma pred 24. februarjem 2022 niso fizično nahajali na ozemlju Ukrajine.

---

<sup>21</sup> European Commission, Proposal for a Council Directive on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, COM(2000) 303, Comment on Article 2(e).

<sup>22</sup> 5. člen Direktive o začasni zaščiti. Posledica sklepa Sveta je uvedba začasne zaščite za vse osebe, na katere se sklep nanaša, v vseh država članicah hkrati.

<sup>23</sup> Skordas, A., Temporary Protection Directive 2001/55/EC, v: Hailbronner, K., Thym, D., str. 1067-1069.

<sup>24</sup> O predpisani vsebini predloga Komisije in sklepa Sveta glej 5. člen Direktive o začasni zaščiti.

<sup>25</sup> Prvi odstavek 2. člena Izvedbenega sklepa Sveta (EU) 2022/382 z dne 4. marca 2022 o ugotovitvi obstoja množičnega prihoda razseljenih oseb iz Ukrajine v smislu člena 5 Direktive 2001/55/ES in z učinkom uvedbe začasne zaščite.

<sup>26</sup> Prvi odstavek 7. člena Direktive o začasni zaščiti in drugi odstavek 2. člena Izvedbenega sklepa Sveta (EU) 2022/382 z dne 4. marca 2022 o ugotovitvi obstoja množičnega prihoda razseljenih oseb iz Ukrajine v smislu člena 5 Direktive 2001/55/ES in z učinkom uvedbe začasne zaščite.

Mnogi avtorji so še pred aktivacijo Direktive leta 2022 trdili, da je fleksibilna in nejasna definicija množičnega prihoda eden izmed razlogov, da je bil mehanizem začasne zaščite prvič aktiviran šele 21 let po začetku njene veljavnosti.<sup>27</sup> Pomanjkanja jasnih kriterijev za opredelitev pojma množični prihod se očitno zaveda tudi Evropska komisija, ki je v Predlogu Uredbe o ravnanju v kriznih razmerah in primeru višje sile na področju migracij in azila leta 2020 predlagala bolj jasno opredelitev kriterijev, ki bi nakazovali na potrebo po aktivaciji instituta takojšnje zaščite (ang. *immediate protection*) – ta institut naj bi v sklopu reforme azilnega sistema, predvidene v novem paktu o migracijah in azilu, nadomestil institut začasne zaščite).<sup>28</sup>

Mnogi trdijo tudi, da pomanjkanje nejasne definicije ni anomalija, temveč zavestna odločitev, pri čemer nekateri v fleksibilnosti opredelitve pojma množičnega prihoda vidijo prednost, ki omogoča prilagajanje različnim situacijam, spet drugi pa pomanjkanje jasnih kriterijev krivijo za relativno pozno aktivacijo Direktive.<sup>29</sup> Kot ugotavlja Eneli Ciğer, pa ključni problem – glede na nedavno hitro aktivacijo začasne zaščite – ni splošna neuporabnost koncepta množičnega prihoda, temveč očitno pomanjkanje politične volje za aktivacijo mehanizma začasne zaščite.<sup>30</sup>

#### 4. Pridobitev začasne zaščite

Direktiva o začasni zaščiti predvideva, da bo posameznik začasno zaščito, ko je ta uvedena s sklepom Sveta, pridobil v posamezni državi članici in ne morebiti za celotno ozemlje EU. Hkrati Direktiva o začasni zaščiti molči o trenutku in načinu pridobitve začasne zaščite. Notranje zakonodaje držav članic se tako pri reševanju tega vprašanja razlikujejo: nekatere štejejo, da je pridobitev statusa začasne zaščite samodejna, torej učinkuje od trenutka vstopa na ozemlje države članice, spet druge urejajo poseben postopek vlaganja prošnje za začasno zaščito.<sup>31</sup>

Med države, ki urejajo poseben postopek za vložitev prošnje za začasno zaščito, spada tudi Slovenija. Presoja prošnje za začasno zaščito se bistveno razlikuje od postopka za pridobitev mednarodne zaščite (t.j. statusa begunca in subsidiarne zaščite), saj učinkuje (relativno) avtomatično in ne zahteva obravnave vseh individualnih okoliščin prosilca ter presoje izpolnjevanja pogojev za podelitev zaščite. Čim pristojni organ

<sup>27</sup> Ineli Ciğer, M.: Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022.

<sup>28</sup> Evropska komisija, Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o ravnanju v kriznih razmera in primeru višje sile na področju migracij in azila, COM(2020) 613 final.

<sup>29</sup> Ineli Ciğer, M.: Temporary Protection in Law and Practice, BRILL 2017. Prim. kasnejše stališče iste avtorice: Ineli Ciğer, M.: Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022. Prim. tudi European Commission, Study on the Temporary Protection Directive, final report, 2016, str. 16.

<sup>30</sup> Ineli Ciğer, M.: Reasons for the Activation of the Temporary Protection Directive in 2022: A Tale of Double Standards, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022.

<sup>31</sup> Thym, D.: Temporary Protection for Ukrainians: the Unexpected Renaissance of 'Free Choice', EU Migration Blog, Odysseus Network, 2022.

ugotovi, da posameznik spada v skupino oseb, ki jih zajema sklep o uvedbi začasne zaščite, je presoja v bistvenem končana. Preostane le še preverjanje obstoja morebitnih izključitvenih razlogov.<sup>32</sup> Temu prilagojen in primerno manj zapleten je tudi postopek za pridobitev začasne zaščite, ki ga ZZZRO ureja v III. poglavju.

## 5. Razmerje med začasno zaščito in mednarodno zaščito

Zaradi narave postopka za pridobitev začasne zaščite, v katerem pristojni organi ne presojuje individualnih okoliščin posameznika, je morda eden izmed najpomembnejših elementov Direktive o začasni zaščiti (ter ZZZRO), da imajo upravičenci hkrati ali pa po izteku začasne zaščite pravico vložiti tudi prošnjo za mednarodno zaščito. Začasna zaščita namreč ni zamišljena kot alternativni sistem zaščite, temveč kot izjemni odziv na nenaden in množičen prihod večjega števila razseljenih oseb iz nekega območja. Začasna zaščita torej ne nadomešča drugih oblik mednarodne zaščite (t.j. statusa begunca in statusa subsidiarne zaščite), temveč naj bi predstavljala zgolj »administrativni uvod«, ki državam članicam olajša obravnavo nenadno povečanega števila prošenj za mednarodno zaščito.<sup>33</sup>

Upravičencem do začasne zaščite je tako omogočen dostop do postopka za pridobitev mednarodne zaščite, pri čemer morebitna negativna odločitev o mednarodni zaščiti ne vpliva na status začasne zaščite – to pomeni, da posameznik tudi po morebitni zavrtni prošnje za mednarodno zaščito lahko še naprej uživa začasno zaščito.<sup>34</sup> Uvedba in pridobitev statusa začasne zaščite nikakor ne smeta prejudicirati odločitve o morebitni prošnji za mednarodno zaščito: mogoče je namreč, da posameznik, ki je pridobil začasno zaščito, ne izpolnjuje nujno tudi pogojev za pridobitev ene izmed oblik mednarodne zaščite, hkrati je mogoče, da posameznikove okoliščine preprečujejo njegovo vrnitev v matično državo tudi po izteku začasne zaščite ter predstavljajo podlago bodisi za status begunca bodisi za status subsidiarne zaščite, in prav tako mogoče je, da posameznik skladno s sklepom Sveta ni zajet v kategorijo upravičencev za začasno zaščito, a vendar izpolnjuje pogoje za pridobitev mednarodne zaščite.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Glej 28. člen Direktive o začasni zaščiti in 5. člen ZZZRO. V zvezi z izključitvenimi razlogi glej tudi: Singer, S.: Addressing security and criminality concerns: the Temporary Protection Directive's »exclusion clauses« unpacked, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022.

<sup>33</sup> Van Selm, nav. delo.

<sup>34</sup> 19. člen Direktive o začasni zaščiti.

<sup>35</sup> Storey, H., Are those fleeing Ukraine refugees?, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022.

## 6. Pravice oseb z začasno zaščito

Direktiva o začasni zaščiti obveznosti držav članic do oseb, ki uživajo začasno zaščito, ureja v poglavju III. Pravice, ki so jih države članice dolžne zagotavljati upravičencem do začasne zaščite, med drugim zajemajo zagotavljanje dovoljenja za prebivanje (8. člen), prejem dokumentov v jeziku, ki ga oseba razume (9. člen), zagotavljanje dostopa do zaposlitve in samozaposlitvenih dejavnosti ter izobraževanja in poklicnega usposabljanja za odrasle (12. člen), zagotavljanje dostopa do ustrezne nastanitve (13. člen), dostop do socialnega in nujnega zdravstvenega varstva (13. člen), dostop do izobraževanja za mladoletne osebe pod enakimi pogoji, kot veljajo za državljane države članice (14. člen), pravico do združitve družine (15. člen) ter zagotavljanje posebne zaščite in varstva mladoletnikom brez spremstva (16. člen).

ZZZRO določa, da imajo osebe z začasno zaščito pravico do začasnega prebivanja v Republiki Sloveniji za čas trajanja zaščite, nastanitve in prehrane v nastanitvenih centrih ali denarne pomoči za zasebno nastanitev, nujnega zdravstvenega varstva, dela, izobraževanja, denarne pomoči, žepnine, združevanja družine, posebnih ukrepov za obravnavo mladoletnikov, brezplačne pravne pomoči ter pomoči pri uveljavljanju navedenih pravic.<sup>36</sup> Čeprav Direktiva o začasni zaščiti pri nekaterih pravicah dopušča odstopanja od siceršnjega pravila »dostopa do pravic pod enakimi pogoji kot državljani države članice«,<sup>37</sup> je slovenski zakonodajalec pri dostopu do pravic upravičence do začasne zaščite izenačil bodisi s slovenskimi državljani (na primer na področju dostopa do izobraževanja) bodisi z begunci (na primer na področju dostopa do trga dela).

## 7. Prenehanje začasne zaščite

Začasna zaščita ima – kot to nakazuje že njeno poimenovanje – omejeno časovno trajanje. Skladno z Direktivo o začasni zaščiti traja eno leto z možnostjo samodejnega podaljšanja za dve šestmesečni obdobji, in sicer največ za eno leto.<sup>38</sup> V primeru, da razlogi za začasno zaščito trajajo tudi po poteku dveh let, je mogoče začasno zaščito podaljšati še za obdobje do enega leta.<sup>39</sup> Skupno maksimalno trajanje režima začasne zaščite je torej omejeno na tri leta – tedaj začasna zaščita avtomatično preneha.<sup>40</sup> Lahko pa preneha že prej, če Svet s kvalificirano večino na predlog Komisije ugotovi,

<sup>36</sup> 23. člen ZZZRO.

<sup>37</sup> Zlasti imajo države članice diskrecijo na področju dostopa do trga dela. Direktiva o začasni zaščiti namreč v 12. členu državam članicam dopušča sprejem ureditve, ki bo na tem področju dajala prednost državljanom EU ali državljanom tretjih držav, ki prejemajo nadomestilo za brezposelnost.

<sup>38</sup> Prvi odstavek 4. člena Direktive o začasni zaščiti.

<sup>39</sup> Odločitev o podaljšanju sprejme Svet s kvalificirano večino na predlog Komisije. 4. člen Direktive o začasni zaščiti.

<sup>40</sup> 4. člen Direktive o začasni zaščiti.



da so se razmere v matični državi do te mere izboljšale, da »dopuščajo varno in trajno vrnitev tistih, ki jim je bila podeljena začasna zaščita, ob dolžnem spoštovanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter ob spoštovanju obveznosti držav članic glede načela nevračanja«. <sup>41</sup> Kdaj točno so pogoji v matični državi takšni, da omogočajo vrnitev razseljenih oseb, je nemogoče abstraktno določiti – gotovo pa bo moral Svet pred sprejemom odločitve o prenehanju začasne zaščite oceniti, ali sta v državi dejansko zagotovljeni fizična in pravna varnost, ki omogočata zadostno varnost in stabilnost, in ali je mogoče oceniti, da bo v matični državi zagotovljeno spoštovanje človekovega dostojanstva ter temeljnih človekovih pravic. <sup>42</sup>

Po prenehanju začasne zaščite za razseljene osebe v državah članicah v zvezi s prebivanjem veljajo pravila, ki sicer veljajo za državljane tretjih držav. <sup>43</sup> V slovenskem pravnem redu so to zlasti določbe ZTuj-2, ki urejajo prebivanje tujcev, <sup>44</sup> in – v primeru, da je posameznik vložil prošnjo za mednarodno zaščito – ZMZ-1.

Tistim posameznikom, ki si po poteku začasne zaščite v državi gostiteljici ne uredijo prebivanja na eni izmed drugih pravnih podlag, so države članice dolžne zagotoviti možnost prostovoljne vrnitve v matično državo, in sicer na način, ki spoštuje človekovo dostojanstvo. <sup>45</sup> Prisilna vrnitev v matično državo, torej vrnitev na podlagi določb o prisilni odstranitvi tujcev, je skladno z Direktivo o začasni zaščiti zamišljena kot *ultima ratio*. Države članice morajo upoštevati vse morebitne humanitarne razloge, ki govorijo proti prisilni vrnitvi v matično državo. Poleg izrecne določbe Direktive o začasni zaščiti, ki pred prisilno vrnitvijo varuje posameznike, ki zaradi zdravstvenega stanja ne morejo potovati ali pa bi utrpeli hude posledice, če bi prekinili zdravljenje, <sup>46</sup> je slovenski zakonodajalec v ZZZRO vključil še dve izjemi. Bivanje se lahko podaljša tudi mladoletnikom brez spremstva ter družinam z otroki, ki se šolajo v Sloveniji, in sicer od konca tekočega šolskega leta. <sup>47</sup> V zvezi s podaljšanjem prebivanja iz zdravstvenih razlogov opozarjamo na problematično implementacijo v ZZZRO. Ta namreč – drugače kot Direktiva o začasni zaščiti – časovno omejuje možnost podaljšanja. To po ZZZRO naj ne bi trajalo dlje kot sicer lahko traja začasna zaščita, torej več kot tri leta. <sup>48</sup> Opisana časovna ureditev ni problematična zgolj zato, ker je Direktiva o začasni zaščiti ne predvideva, temveč tudi z vidika *ratio* tovrstnega podaljšanja prebivanja, ki ni v preprečitvi vrnitve posameznika

---

<sup>41</sup> 6. člen Direktive o začasni zaščiti.

<sup>42</sup> Podobno tudi UNHCR: UNHCR, Annotated Comments on Council Directive 2001/55/EC, 19 May 2003, str. 9.

<sup>43</sup> 20. člen Direktive o začasni zaščiti.

<sup>44</sup> V pošteev pride npr. dovoljenje za začasno prebivanje zaradi zaposlitve ali dela, dovoljenje za začasno prebivanje zaradi študija ipd. Glej IV. poglavje ZTuj-2.

<sup>45</sup> Možnost prostovoljne vrnitve so države članice posameznikom dolžne omogočiti tudi med trajanjem začasne zaščite, pri čemer morajo zagotoviti, da so posamezniki, ki se odločijo za vrnitev, izčrpano informirani o stanju v matični državi. V ta namen lahko posameznikom omogočijo tudi »poskusne oziroma informativne obiske« v matično državo. V času trajanja začasne zaščite lahko države posameznikom, ki so se prostovoljno vrnili v matično državo, omogočijo vrnitev. Prvi in drugi odstavek 21. člena Direktive o začasni zaščiti. Glej tudi prvi, drugi in tretji odstavek 45. člena ZZZRO.

<sup>46</sup> 23. člen Direktive o začasni zaščiti.

<sup>47</sup> 46. člen ZZZRO.

<sup>48</sup> Prvi odstavek 46. člena ZZZRO.

zaradi splošnega stanja v matični državi, temveč zaradi njegovih specifičnih zdravstvenih okoliščin – te pa se ne bodo nujno izboljšale v roku, ki ga določa ZZZRO.

Kako bo v praksi potekalo prenehanje začasne zaščite, prostovoljne vrnitve, urejanje statusov na podlagi predpisov, ki sicer veljajo za državljane tretjih držav, in morebitna podaljšanja na podlagi razlogov zdravja ali šolanja, bo razvidno šele po koncu trenutne aktivacije začasne zaščite zaradi vojne v Ukrajini.

## 8. Sklepno o institutu začasne zaščite

V tem poglavju smo predstavili temelje instituta začasne zaščite, ki ga na ravni EU ureja Direktiva o začasni zaščiti razseljenih oseb. Pokazali smo, da gre za poseben mehanizem zaščite, ki ga aktivira Svet na predlog Evropske komisije v primeru »množičnega prihoda ali neizbežnega množičnega prihoda razseljenih oseb iz tretjih držav, ki se ne morejo vrniti v svojo matično državo«. <sup>49</sup> Sklep o ugotovitvi obstoja množičnega prihoda razseljenih oseb ima učinek začetka uporabe instituta začasne zaščite v državah članicah EU.

Namen začasne zaščite je preprečiti preobremenjenost azilnih sistemov v državah članicah ter posameznikom nuditi čim hitrejšo ter čim bolj celovito zaščito. Ta zaščita pa je vselej začasne narave – Direktiva o začasni zaščiti določa časovne omejitve uporabe tega instituta, končni cilj pa je varna vrnitev razseljenih oseb v državo, iz katere so prišli.

Že v uvodu poglavja smo pojasnili, da je bil institut začasne zaščite doslej aktiviran enkrat (marca 2022). Mnoga vprašanja, ki jih odpira uporaba tega mehanizma zaščite, tako ostajajo odprta – to še poudarjeno velja za prenehanje začasne zaščite in zagotavljanje varne in trajne vrnitve razseljenih oseb. <sup>50</sup> Zaradi izrazito solidarnega odziva na množični prihod razseljenih oseb iz Ukrajine bodo morda tudi po prvi izkušnji z aktivacijo začasne zaščite nekatere dileme, ki se sicer zastavljajo ob branju Direktive o začasni zaščiti, ostale nepojasnjene, saj se bo morda zdela potreba po njihovi obravnavi manjša (na primer vprašanje jasnosti opredelitve pojma množičnih prihodov, <sup>51</sup> vprašanje trenutka aktivacije statusa začasne zaščite ter pomanjkanja harmonizacije v zvezi s postopkom za pridobitev začasne zaščite <sup>52</sup>).

<sup>49</sup> Člen 2(a) Direktive o začasni zaščiti.

<sup>50</sup> Ergin, A. D.: Next Step after the Termination of Temporary Protection Regime: Transition to RSD Procedures?, Forum on the EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War, ASILE, 2022.

<sup>51</sup> V zvezi s tem glej mnoga predhodno navedena dela, zlasti dela avtorice Meltem İneli Ciğer.

<sup>52</sup> V zvezi s tem glej denimo Thym, D., nav delo.

## Priporočena literatura

ASILE, Forum on EU Temporary Protection Responses to the Ukraine War and the Future of the EU Asylum System (2022), dostopno na: <https://www.asileproject.eu/forums/> (8. 12. 2022).

İneli Ciğer, M.: *Temporary Protection in Law and Practice*, BRILL 2017.

İneli Ciğer, M.: Time to Activate the Temporary Protection Directive: Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe, v: *European Journal of Migration and Law*, 18 (2016), str. 1-33.

Karoline Kerber: *The Temporary Protection Directive*, v: *European Journal of Migration and Law*, 4 (2002), STR. 193-214.

Odysseus Network, *EU Migration Law Blog*, Temporary Protection, dostopno na <https://eu-migrationlawblog.eu/> (8. 12. 2022).

Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law, Volume I: EU EU Immigration and Asylum Law*, 4th edition, Oxford EU Law Library 2016, Chapter 5.

Skordas, A.: *Temporary Protection Directive 2001/55/EC*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016.

# VIII.

## Prenehanje in izključitev iz mednarodne zaščite

*Martina Greif*

1. Uvod	123
2. Oseba zaščite ne potrebuje	124
3. Oseba si zaščite ne zasluži	129
4. Postopek odvzema statusa mednarodne zaščite	131

### 1. Uvod

V prejšnjih poglavjih smo predstavili pogoje, ki jih mora prosilec za mednarodno zaščito izpolnjevati, da mu je ta priznana. Vendar ni nujno, da je osebi, čeprav izpolnjuje vse te pogoje, mednarodna zaščita priznana oziroma ji je lahko naknadno odvzeta. Glede na surogatno naravo mednarodne zaščite (ki naj bo torej priznana le takrat, kadar izvorna država zaščite ne želi ali ne zmore nuditi), je razumljivo, da naj ta preneha, kadar se okoliščine tako spremenijo, da mednarodna zaščita ni več potrebna (najbrž ni treba posebej poudarjati, da je naslednje bistveno vprašanje, katere okoliščine in v kolikšni meri se morajo spremeniti, da lahko pride do prenehanja). Po drugi strani obstajajo tudi primeri, ko oseba nedvomno (še vedno) izpolnjuje pogoje iz člena 1(A) ŽK oziroma 2(d) in (f) KD za priznanje mednarodne zaščite, vendar ji ta ni priznana, ker je bodisi ne potrebuje bodisi si je ne zasluži.

Tako ŽK kot KD uporabljata različna poimenovanja za vse omenjene situacije,<sup>1</sup> kar bralcu otežuje hitro razmejitev med njimi. Razloge je zato treba gledati po vsebini, in glede na ta kriterij se je v literaturi uveljavila naslednja razdelitev, ki ji bomo sledili

---

<sup>1</sup> Npr.: Konvencija se ne uporablja, oseba ne more biti begunec, osebo se izključi iz statusa (ang. *exclusion*); konvencija se preneha uporabljati oziroma oseba preneha biti begunec (ang. *cessation*); osebi se prekliče status (ang. *revocation*), odvzame status (ang. *ending*).

tudi v tem poglavju: (1) oseba zaščite ne potrebuje (več) in (2) oseba si zaradi svojih zavržnih dejanj zaščite sploh ne zasluži. Pri obravnavanju posameznih razlogov bomo tudi v tem poglavju primarno izhajali iz določb ŽK in se vmes navezali na relevantne določbe prava EU in ZMZ-1.

Uvodoma je treba še poudariti, da nepriznanje oziroma prenehanje statusa samo po sebi še ne pomeni, da se lahko osebo vrne v izvorno državo, saj je to še vedno lahko nedopustno zaradi kakšnega drugega razloga (prepoved mučenja,<sup>2</sup> varovanje zasebnega in družinskega življenja<sup>3</sup>).

## 2. Oseba zaščite ne potrebuje

ŽK najprej v členu 1(C) izrecno določa šest situacij, v katerih se šteje, da je potreba po statusu begunca prenehala, ker je oseba praviloma zaščiten kot državljan, in sicer s strani svoje ali druge države. Tem razlogom v celoti sledi tudi KD v določbi 11. člena.<sup>4</sup> Ti razlogi so: (1) če oseba prostovoljno ponovno sprejme zaščito države, katere državljanstvo ima;<sup>5</sup> (2) če je državljanstvo po njegovi izgubi prostovoljno ponovno pridobila; (3) če je oseba pridobila novo državljanstvo in uživa varstvo države, ki ji ga je podelila; (4) če se je prostovoljno ponovno nastanila v državi, ki jo je zapustila ali izven katere je živela v strahu pred preganjanjem; (5) če zaradi prenehanja okoliščin, zaradi katerih je bila oseba priznana kot begunec, ne more več zavračati zaščite države, katere državljan je; (6) če se oseba brez državljanstva zaradi prenehanja okoliščin, zaradi katerih je bila priznana kot begunec, lahko vrne v državo prejšnjega običajnega prebivališča.

Prvi štirje razlogi se nanašajo na ugotavljanje okoliščin, ki kažejo na odločitev osebe, da (ponovno) pridobi zaščito svoje ali kakšne druge države. Pri tem je treba nujno ugotoviti, da je šlo za prostovoljno ravnanje osebe. Glede četrtega razloga (tj., da se je oseba prostovoljno ponovno nastanila v državi, ki jo je zapustila ali izven katere je živela v strahu pred preganjanjem oziroma resno škodo) je treba poudariti besedilo ŽK, ki mu sledi tudi angleška verzija KD<sup>6</sup> ter ZMZ-1, – da se je oseba prostovoljno »nastanila« (ang. *re-established himself or herself*) v državi, ki jo je zapustila oziroma izven katere je

---

<sup>2</sup> Gl. npr. sodbo ESČP v zadevi *K.I. proti Franciji*, št. 5560/19 z dne 15. aprila 2021.

<sup>3</sup> Gl. npr. sodbo ESČP v zadevi *Krasniqi proti Avstriji*, št. 41697/12 z dne 25. aprila 2017.

<sup>4</sup> Glede subsidiarne oblike zaščite gl. prvi odstavek 16. člena KD.

<sup>5</sup> V praksi gre ponavadi za formalne prošnje, naslovljene na npr. diplomatska predstavništva izvirne države (pridobitev potnega lista ali drugega osebnega dokumenta ipd.), vendar teorija opozarja pred preveč formalistično uporabo te določbe, saj mora biti dejanje osebe resnično prostovoljno in izražati njen namen, da ponovno sprejme zaščito te države, ta zaščita pa mora biti dejansko na voljo (gl. Hathaway, J., Foster, M.: *The law of refugee status*, 2. izdaja, Cambridge 2014, str. 464-467). Za več primerov evropskih nacionalnih sodišč gl. EASO: *Judicial analysis: Ending international protection*, 2. izdaja, 2021, str. 10; in UNHCR: *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the „Ceased Circumstances“ Clauses)*, 10 February 2003, str. 29-30.

<sup>6</sup> Gl. člen 11(1)d KD. Enako je mogoče ugotoviti za francoski verziji ŽK in KD. Nemška različica določbe člena 11(1)d KD uporablja celo oba glagola, tj. vrniti se in ustaliti se: »zurückgekehrt ist und sich dort niedergelassen hat«.

živela zaradi strahu pred preganjanjem, saj slovenska različica KD nepravilno uporablja le termin »se je prostovoljno vrnila«. Zgolj vrnitev, pa čeprav prostovoljna, sama po sebi namreč še ne more utemeljiti prenehanja statusa, saj ima lahko begunec utemeljene razloge za (bolj ali manj kratkotrajno) vrnitev, kar še ne pomeni, da zanj v izvorni državi ni več nevarnosti. Predvsem pa je treba ugotoviti, ali je vrnitev glede na okoliščine res takšne narave, da se je oseba v državi dejansko »nastanila« in »normalizirala« svoj odnos s to državo.<sup>7</sup>

Zadnja dva razloga (tj., če oseba ne more še naprej odrekati uživanja varstva države, katere državljan je, ker so prenehale obstajati okoliščine, na podlagi katerih je bil priznan status begunca ali če gre za osebo brez državljanstva, ki se lahko vrne v državo njenega običajnega prebivališča, ker so prenehale obstajati okoliščine, na podlagi katerih je bil priznan status begunca) predpostavljata prenehanje obstoja (predvsem objektivnih)<sup>8</sup> okoliščin, na podlagi katerih je bil priznan status begunca. Pri uporabi tega razloga je izjemnega pomena dodatno pojasnilo členov 11(2) in 16(2) KD, da mora biti sprememba okoliščin bistvena in trajna do te mere, da strah pred preganjanjem ne more biti več utemeljen oziroma da osebi ne grozi več resno tveganje ali resna škoda (ta razlog se namreč uporablja tudi za prenehanje statusa subsidiarne oblike zaščite<sup>9</sup>). Pri tem ne bi smelo iti le za odsotnost utemeljenega strahu pred preganjanjem oziroma resno škodo,<sup>10</sup> pač pa bi bilo treba ugotavljati, ali (zaradi prenehanja okoliščin)

<sup>7</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 475; kjer sta iz sodne prakse navedena dva primera, v katerih je bilo prenehanje statusa utemeljeno, in sicer iranski par, ki se je vrnil v Iran, tam prebival več kot dve leti in celo formalno posvojil otroka, ter ruski begunec, ki se je vrnil v Rusijo, tam prebival dve leti ter pridobil voziško dovoljenje, zdravstvene storitve in notranji potni list za opravljanje gospodarske dejavnosti. Za primere iz evropske sodne prakse gl. EASO: Judicial analysis: Ending international protection, 2. izdaja, 2021, str. 35.

<sup>8</sup> Teorija navaja, da je v nasprotju z namenom ŽK, da status preneha zgolj zaradi spremembe osebnih okoliščin, npr. ker je otrok, ki mu je bil priznan status begunca zaradi nevarnosti, ki so mu grozile kot otroku, postal polnoleten, (gl. Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 481). Angleški Court of Appeal se je postavil na stališče, da se spremenjene okoliščine lahko nanašajo tudi (celo samo) na spremembo osebnih okoliščin begunca (gl. EASO: Judicial analysis: Ending international protection, 2. izdaja, 2021, str. 39 in tam citirano sodno prakso). Po eni strani prav določbe členov 11(2) in 16(2) KD in stališče SEU iz zadeve *Abdulla* (C-175/08, C-176/08, C-178/08 in C179/08) z dne 2. marca 2010, tč. 70-71, kažejo na to, da morajo spremembe okoliščin biti (tudi in morda celo predvsem) objektivne. Po drugi strani pa je SEU v zadevi *Bilali* (C-720/17) z dne 23. maja 2019 navedlo, da čeprav sprememba iz 16. člena KD glede prenehanja subsidiarne oblike zaščite (enako bi bilo mogoče ugotoviti tudi glede statusa begunca, op. M.G.) na splošno izhaja iz tega, da so se *dejanske okoliščine v tretji državi spremenile* in da so bili s tem odpravljani vzroki, zaradi katerih je bil priznan status subsidiarne zaščite, določba 16. člena KD kljub temu ni izrecno omejena le na take primere, in lahko sprememba ravni seznanjenosti države gostiteljice z *osebnimi okoliščinami* osebe na enak način privede do tega, da se ob upoštevanju novih informacij, ki jih ima ta država, prvotni strah osebe pred resno škodo ne zdi več utemeljen (poudarila M. G., tč. 49 sodbe). Treba je sicer izpostaviti, da je šlo v zadevi *Bilali* za specifično dejansko stanje, saj osebi status subsidiarne oblike zaščite sploh ne bi smel biti podeljen (določba člena 19(3)b KD ni bila uporabljiva, ker osebi ni bilo mogoče očitati zavajanja), kar ne spada med tipične situacije, na katere se sicer nanašajo določbe o prenehanju (gl. EASO: Judicial analysis: Ending international protection, 2. izdaja, 2021, str. 40).

<sup>9</sup> Gl. člen 16(1) KD 2011/95 in drugi odstavek 67. člena ZMZ-1. Določbo nekdanjega ZMZ, ki je v postopku podaljšanja statusa subsidiarne oblike zaščite omejevala presojo organa le na tiste okoliščine, ki jih je upravičenec navajal že v prošnji in na podlagi katerih mu je bil priznan status subsidiarne oblike zaščite, je zaradi nedopustnega posega v 18. člen URS (prepoved mučenja) razveljavilo Ustavno sodišče v odločbi US RS, št. U-I-189/14-13, Up-663/14 z dne 15. oktobra 2015.

<sup>10</sup> Tako je mogoče razumeti stališče SEU v zadevi *Abdulla* (C-175/08, C-176/08, C-178/08 in C179/08, veliki senat) z dne 2. marca 2010, tč. 66-69. Gl. tudi Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 480-481.

oseba res ne more (več) zavračati zaščite države, katere državljan je, oziroma se lahko vrne v državo običajnega prebivališča, če gre za osebo brez državljanstva.<sup>11</sup> Zaščita bi morala predpostavljati obstoj funkcionalne oblasti in pravne države ter zmožnost ponovne naselitve in zagotavljanja osnovnih življenjskih potreb.<sup>12</sup> Breme dokazovanja je na državi.<sup>13</sup> Enako kot pri statusu begunca KD in ZMZ-1 tudi glede statusa subsidiarne oblike zaščite predvidevata njegovo prenehanje, kadar okoliščine, zaradi katerih je bila upravičencu priznana subsidiarna zaščita, prenehajo ali se spremenijo do te mere, da taka zaščita ni več potrebna.<sup>14</sup>

Pri obravnavanih razlogih za prenehanje zaradi spremenjenih okoliščin je zelo pomembna še izjema, ki jo je določila že ŽK,<sup>15</sup> KD pa razširila tudi na upravičence do subsidiarne oblike zaščite, in sicer, da status ne preneha, če oseba navede prepričljive<sup>16</sup> (ang. *compelling*) razloge, ki izhajajo iz preganjanja v preteklosti ali resne škode, povzročene v preteklosti, zaradi katerih noče izkoristiti zaščite države, katere državljan je, oziroma države prejšnjega običajnega prebivališča, če gre za osebo brez državljanstva.<sup>17</sup> Izredno utemeljen primer uporabe navedene izjeme je odločitev nemškega sodišča o neutemeljenosti odvzema statusa albanski begunki (zaradi izboljšanja razmer na Kosovem), ki jo je med vojno v nekdanji Jugoslaviji v priporu v 7. mesecu nosečnosti posilil policist, kar je povzročilo krvavitve in smrt otroka, nakar je bila opravljena še prisilna histerektomija, zaradi česar je trpela za posttravmatsko stresno motnjo in so-

---

<sup>11</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 481-489.

<sup>12</sup> *Ibid.* in UNHCR: Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the „Ceased Circumstances“ Clauses), 10 February 2003, str. 5. V tem smislu dejansko tudi SEU v zadevi *Abdulla* (C-175/08, C-176/08, C-178/08 in C179/08, veliki senat) z dne 2. marca 2010, tč. 70-71; ter *OA* (C-255/19) z dne 20. januarja 2021, tč. 35-39. V tej sodbi je pomembno tudi stališče sodišča, da se z morebitno socialno in finančno podporo, ki jo zagotavljajo zasebni subjekti, kot sta družina ali pleme, ne izpolnjujejo zahteve glede zaščite, ki izhajajo iz določb 11(1) in 7(2) KD, in zato ni upoštevana niti za presojo učinkovitosti ali dostopnosti zaščite, ki jo zagotavlja država, niti za ugotavljanje obstoja utemeljenega strahu pred preganjanjem.

<sup>13</sup> Gl. člen 14(2) in 19(4) KD in Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 489 in UNHCR: Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the „Ceased Circumstances“ Clauses), 10 February 2003, str. 7.

<sup>14</sup> Člen KD, drugi in tretji odstavek 67. člena ter peti odstavek 69. člena ZMZ-1.

<sup>15</sup> Glede veljavnosti te izjeme v pravu EU ni dvomov, glede ŽK pa so v teoriji različna stališča, ali izjema sploh velja za begunce, ki ne spadajo pod določbo člena 1(A)(1) ŽK, češ da so snovalci ŽK imeli v mislih predvsem tedanje begunce, ki so trpeli pod nacističnim režimom, gl. Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 490-494, in UNHCR: Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the „Ceased Circumstances“ Clauses), 10 February 2003, str. 6.

<sup>16</sup> V slovenskem prevodu ŽK ter KD se uporablja beseda »nujni« razlogi, šesti odstavek 69. člena ZMZ-1 pa uporablja besedo »utemeljeni« razlogi. V bistvu ne gre niti za nujne (v smislu urgentne) niti utemeljene (v smislu dokaznega standarda), pač pa za (posebej) prepričljive oziroma težko ovrgljive razloge.

<sup>17</sup> UprS je navedeno določbo do sedaj obravnavalo le enkrat, in sicer v zadevi priznanja (in ne prenehanja) statusa begunke žrtvi posilstva (čeprav uporaba določbe na koncu ni bila odločilna). UprS je glede določbe zapisalo: »Zato bi bilo mogoče iz določbe o prenehanju statusa begunca izpeljati interpretacijo, da če velja za 'begunca', da se lahko sklicuje na 'nujne razloge', ki izhajajo iz preganjanja v preteklosti, da noče izkoristiti zaščite države, katere državljan je, potem bi to isto načelo 'humanitarnosti' v izjemnih primerih lahko veljalo za begunca, ki mu formalno-pravno še ni bil priznan status begunca, da se lahko sklicuje na preteklo preganjanje, če je bilo dejanje preganjanja tako hudo, da ni v skladu s človečnostjo (humanostjo), da se od žrtve hudega preganjanja zahteva, da se vrne v izvorno državo, četudi mu tam ne grozi ponovno preganjanje«, odločba US RS, št. I-U-483/2021 z dne 17. avgusta 2022, tč. 161.



cialno izključenostjo, ob vrnitvi na Kosovo pa bi bila izpostavljena še občutkom sramu in izobčenosti.<sup>18</sup> Humanitarna narava<sup>19</sup> te izjeme je v skladu s siceršnjim načelom azilnega prava, da je treba upoštevati, da si je begunec na podlagi statusa in pripadajočih pravic v državi gostiteljici ustvaril življenje in različne vezi,<sup>20</sup> kar prav tako narekuje restriktiven pristop pri presoji razlogov za prenehanje statusa. In res naj bi se v praksi države tega redko posluževale,<sup>21</sup> deloma zagotovo tudi zato, ker upravičenci do zaščite po nekaj letih navadno pridobijo pravico do prebivanja, ki ni (več) vezana na njihov status mednarodne zaščite.<sup>22</sup>

ŽK določa še dva razloga za izključitev iz statusa begunca, ki predpostavljata, da ima oseba na voljo drugo zaščito, ki v nasprotju z že omenjenimi šestimi ne temelji na državljanstvu. Tako ŽK v določbi 1(E) iz statusa izključuje osebo, ki ji pristojne oblasti države, v kateri prebiva, priznavajo pravice in dolžnosti, ki pripadajo državljanu te države.<sup>23</sup> Teorija poudarja, da ta določba ne omogoča izključitve priznanja statusa samo zato, ker je osebi druga država že priznala status begunca oziroma bi oseba lahko vstopila in pridobila status oziroma neke vrste zaščito v drugi državi, pač pa predpostavlja, da je oseba v tej državi pridobila prebivališče (angl. *has taken residence*) in da dejansko uživa pravice in dolžnosti, ki pripadajo državljanu te države.<sup>24</sup> To določbo je prevzela tudi KD.<sup>25</sup>

Drugi razlog za izključitev iz statusa begunca zaradi alternativne oblike zaščite je člen 1(D) ŽK (nanj se izrecno sklicuje tudi člen 12(1)a KD), in sicer se nanaša na osebe, »ki zdaj uživajo varstvo ali pomoč drugih organov ali agencij Združenih narodov, razen visokega komisarja Združenih narodov za begunce«, in nadalje določa, da so, če bi takšno varstvo ali pomoč iz kateregakoli razloga prenehala, položaj teh oseb pa ne bi

<sup>18</sup> Podatki o sodbi in dodatni konkretni primeri uporabe te izjeme s strani evropskih sodišč v EASO: *Judicial analysis: Ending international protection*, 2. izdaja, 2021, str. 48-49.

<sup>19</sup> UNHCR Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the „Ceased Circumstances“ Clauses), 10 February 2003, str. 6.

<sup>20</sup> ŽK v 34. členu določa, da države pogodbenice v največji možni meri omogočajo asimilacijo in naturalizacijo beguncev.

<sup>21</sup> V tem smislu EASO: *Judicial analysis: Ending international protection*, 2. izdaja, 2021, str. 10 in UNHCR: *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the „Ceased Circumstances“ Clauses)*, 10 February 2003, str. 5. Tudi iz poročil AIDA (Asylum Information Database) za Slovenijo iz zadnjih let izhaja, da v Sloveniji ni sistematičnega preverjanja podeljenih statusov in da so se redki primeri prenehanja statusa večinoma nanašali na razlog pridobitve slovenskega državljanstva, izrecne odpovedi statusu, smrti upravičenca in nepodaljšanja subsidiarne oblike zaščite.

<sup>22</sup> Gl. npr. 52. in 53.a člen ZTuj-2.

<sup>23</sup> Kljub splošni formulaciji je bil cilj snovalcev ŽK zelo specifičen, in sicer so želeli doseči odgovornost Nemčije za (po narodnosti) nemške begunce iz centralne in vzhodne Evrope, ki so se med in po II. svetovni vojni nastanili v Nemčiji, gl. Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, Cambridge 2014, str. 500-501.

<sup>24</sup> *Ibid.*, str. 509.

<sup>25</sup> Ta v členu 12(1)b (vprašljivo) nekoliko širše določa, da oseba ne more biti begunec, če pristojni organi države, v kateri je pridobila prebivališče, ugotovijo, da ima pravice in dolžnosti, ki izhajajo iz državljanstva te države, ali njim enakovredne pravice in dolžnosti. Nabor pravic za uporabo tega razloga naj bi bil torej po KD v primerjavi z ŽK lahko nekoliko ožji, vendar ne manjši od pravic, ki jih prinaša status begunca (Kraft v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, druga izdaja, 2016, str. 1207).

bil dokončno urejen v skladu z ustreznimi resolucijami Generalne skupščine Združenih narodov, te osebe *ipso facto* upravičene do ugodnosti ŽK. Na več mestih nenavadna formulacija te določbe je posledica povsem specifičnega namena snovalcev ŽK, in sicer so arabske države želele zagotoviti odgovornost ZN za položaj palestinskih beguncev po ustanovitvi Izraela ter možnost repatriacije (ki bi bila ogrožena, če bi se Palestinci razselili), evropske države pa so se z izključitvijo zelo številčne skupine beguncev prav tako strinjale.<sup>26</sup> ZMZ-1 je omenjeno določbo prenesel v določbah prve alineje prvega odstavka 31. člena in 6. alineje prvega odstavka 49. člena (ki določa, da pristojni organ z odločbo ugodi prošnji, če ugotovi, da prosilec izpolnjuje pogoje za pridobitev statusa begunca, ker ne more več uživati zaščite organov in agencij Združenih narodov z izjemo Visokega komisariata, zaradi okoliščin, na katere ni mogel vplivati). Ta določba o nezmožnosti vplivanja na okoliščine, zaradi katerih je zaščita prenehala, je posledica stališča SEU iz sodbe *El Kott in drugi* (C-364/11, veliki senat) z dne 19. decembra 2012, kjer je SEU odločilo, da prenehanje zaščite ali pomoči organa ali agencije Združenih narodov, ki ni visoki komisar Združenih narodov za begunce, »iz katerega koli razloga« (to formulacijo uporablja že ŽK, gl. zgoraj) velja tudi za položaj osebe, ki po tem, ko je dejansko prejela to zaščito ali pomoč, to preneha prejemati iz razloga, nad katerim nima nadzora in ki ni odvisen od njene volje. Države morajo na podlagi posamezne preučitve prošnje preveriti, ali je bila ta oseba prisiljena zapustiti območje delovanja tega organa ali te agencije, kar je podano, če je osebna varnost te osebe zelo ogrožena in če ji zadevni organ ali agencija na tem območju ne moreta zagotoviti življenjskih razmer v skladu z nalogo, ki jima je zaupana. Za ilustracijo življenjskih situacij, v katerih se znajdejo Palestinci, za katere je torej primarno, če ne kar izključno, predviden obravnavani izključitveni razlog, ni treba »iti daleč«. V omenjeni sodbi SEU je prikazano, da je g. El Kott živel v težkih gmotnih razmerah v enem izmed begunskih taborišč UNRWA<sup>27</sup> v Libanonu in da je po tem, ko so mu zažgali prebivališče in mu grozili, to taborišče zapustil ter pobegnil iz Libanona, ker bi ga tam gotovo našli.<sup>28</sup>

Slovenski ZMZ-1 še izrecno določa, da status mednarodne zaščite, razumljivo, preneha s smrtjo upravičenca in če se oseba zaščiti nedvoumno odpove.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, 2014, str. 509-513. Morda še najbolj bode v oči beseda »zdaj« v prvem stavku določbe (ang. *at present*), saj sproža vprašanje, ali se izključitev nanaša le na Palestince, ki so ta pogoj izpolnjevali leta 1951, ali bolj splošno, na Palestince, ki pogoj izpolnjujejo v času odločanja o njihovi prošnji. SEU je v zadevi *Bolbol* (C-31/09, veliki senat) z dne 17. junija 2010, tč. 45-51, sprejelo slednje stališče (za nasprotno stališče gl. Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 514-515), hkrati pa presodilo, da se šteje, da oseba uživa varstvo ali pomoč agencije ZN le, če to varstvo ali pomoč dejansko uveljavi (53. točka). Tudi sicer je bil ta izključitveni razlog predmet več predhodnih vprašanj na SEU, kar samo kaže na njegovo zapletenost in nejasnost (poleg *Bolbol* in *El Kott* še *NB in AB* (C-349/20) z dne 3. marca 2022, *XT* (C-507/19) z dne 13. januarja 2021 in *Alheto* (C-585/16) z dne 25. julija 2018).

<sup>27</sup> Agencija Združenih narodov za pomoč palestinskim beguncem na Bližnjem vzhodu.

<sup>28</sup> Drugi od pritožnikov g. Radi je bival v taborišču UNRWA Nahr el Bared, prav tako v Libanonu, kjer je bilo maja 2007 v spopadih med libanonsko vojsko in islamsko vojsko Fatah uničeno njegovo prebivališče. Ker v bližnjem taborišču ni bilo prostora, se je pritožnik z družino nastanil pri znancih v Tripoliju (Libanon), kjer kot Palestinec ni imel nobenih pravic, libanonski vojaki zunaj taborišča pa so jih žalili, grdo ravnali z njimi, jih samovoljno aretirali, mučili in poniževali (*El Kott*, tč. 27 – 34). Za »slovenski El Kott« gl. sodbi Vrhovnega sodišča št. I Up 52/2014 z dne 14. februarja 2014 in št. I Up 56/2014 z dne 14. februarja 2014.

<sup>29</sup> Četrty in šesti odstavek 67. člena ZMZ-1.

### 3. Oseba si zaščite ne zasluži

Zadnja obravnavana izjema iz ŽK v okviru tega poglavja, tj. določba 1(F), je hkrati tista, na katero najprej pomislimo, ko govorimo o izključitvi iz statusa begunca (ang. *exclusion*), ker si oseba zaradi storitve zavržnega dejanja zaščite ne zasluži, s čimer prehajamo na drugo skupino od uvodoma omenjenih razlogov za nepriznanje oziroma odvzem statusa.

Gre za primere, ko obstajajo resni razlogi za sum: a) da je oseba storila kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človeštvu, kot jih določajo mednarodni instrumenti, ki sankcionirajo takšna kazniva dejanja; b) da je storila hudo nepolitično kaznivo dejanje izven države pribežališča, preden je bila sprejeta vanjo kot begunec (KD specificira, da je s tem mišljeno, preden ji je država gostiteljica izdala dovoljenje za prebivanje, ki je temeljilo na priznanju statusa begunca,<sup>30</sup> in da se tudi »posebej kruta« dejanja, tudi če so bila storjena zaradi domnevno političnih ciljev, lahko štejejo kot huda nepolitična kazniva dejanja)<sup>31</sup>; c) da je kriva dejanj, ki so v nasprotju s cilji in načeli Združenih narodov (KD določa, da so to cilji in načela, določena v preambuli ter 1. in 2. členu Ustanovne listine ZN).<sup>32</sup> KD uporabo razširi še na osebe, ki napeljujejo k izvrševanju vseh pravkar navedenih dejanj ali pri njih kako drugače sodelujejo.<sup>33</sup>

SEU je v sodbi *B in D* (C-57/09 in C-101/09, veliki senat) z dne 9. novembra 2010 navedlo, da je namen te določbe o izključitvi kaznovalen, cilj pa, da se iz statusa begunca izključi osebe nevedne zaščite in da se storilci nekaterih težjih kaznivih dejanj ne bi izognili kazenski odgovornosti, zaradi česar izključitev iz statusa na tej podlagi tudi ni pogojena s tem, da bi bila oseba trenutno nevarna za državo gostiteljico.<sup>34</sup> Izključitev iz statusa begunca na tej podlagi je odvisna od teže storjenega dejanja, ki mora biti take stopnje, da zadevna oseba ne more legitimno zaprositi za zaščito, ki jo daje statusa begunca, in pri tej presoji je treba upoštevati vse okoliščine dejanj, individualno odgovornost ter položaj te osebe. Vendar izključitev ni »pogojena s preizkusom sorazmernosti za vsak posamezen primer«<sup>35</sup> v smislu tehtanja med težo kaznivega dejanja

<sup>30</sup> Teorija opozarja, da ta določba ni v skladu s siceršnjim namenom določbe 1(F)b ŽK, tj., da se prepreči zloraba statusa begunca za izognitev kaznovanju za kazniva dejanja storjena izven države gostiteljice in za katera osebe država gostiteljica niti ne more preganjati (gl. Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 544-546, 566).

<sup>31</sup> Gl. člen 12(2)b. Najbolj tipičen primer »posebej krutih« dejanj, tudi če so bila storjena zaradi domnevno političnih ciljev, so do civilistov nasilna teroristična dejanja.

<sup>32</sup> Gl. člen 12(2)c KD. Gre predvsem za ohranjanje mednarodnega miru in varnosti, kršitelji pa niso nujno le voditelji držav ali osebe s primerljivo *de facto* močjo (gl. Hathaway, J., Foster, M., nav. delo, str. 590-591, 598), saj KD v tej zvezi posebej omenja tudi teroristična dejanja (gl. 31. uvodno izjavo KD in tudi sodbo SEU *B in D* (C-57/09 in C-101/09, veliki senat) z dne 9. novembra 2010).

<sup>33</sup> Gl. tretji odstavek 12. člena in tudi sodbo SEU *Lounani* (C-573/14, veliki senat) z dne 31. januarja 2017, v kateri je sodišče potrdilo uporabo člena 12(2)c in 12(3) tudi v primerih, ko je oseba »le« sodelovala pri dejavnostih teroristične skupine in bila vodja te skupine, ni pa storila, poskusila storiti ali grozila, da bo storila teroristično dejanje.

<sup>34</sup> Zadeva *B in D* (C-57/09 in C-101/09 (veliki senat)) z dne 9. novembra 2010, tč. 103-105. Ta namen se ščiti v okviru določb drugega odstavka 33. člena ŽK (izjema od načela *non-refoulement*) in člena 14(4)a in b KD.

<sup>35</sup> *Ibid.* *B in D*, tč. 106-111 obrazložitve. Nekoliko drugače UNHCR Statement on Article 1F of the 1951 Convention Issued in the context of the preliminary ruling references to the Court of Justice of the European Com-

na eni strani in posledicami izključitve iz statusa begunca na drugi.<sup>36</sup> V zvezi s tem je sodišče posebej poudarilo, da izključitev osebe iz statusa begunca na podlagi drugega odstavka 12. člena KD ne zajema odločitve glede ločenega vprašanja, ali je to osebo mogoče izgnati v državo izvora.<sup>37</sup>

KD je omenjenim trem razlogom v kontroverzni določbi četrtega odstavka 14. člena dodala še dva razloga za odvzem oziroma zavrnitev<sup>38</sup> statusa begunca, in sicer kadar (a) obstajajo utemeljeni razlogi, da se osebo obravnava kot nevarno za varnost države članice, v kateri se nahaja; (b) če po pravnomočni obsodbi za izredno hudo kaznivo dejanje oseba predstavlja nevarnost za skupnost te države članice.<sup>39</sup> Ta določba torej ščiti varnost države gostiteljice in njeno skupnost. Podlaga za to določbo kakor za podobno določbo drugega odstavka 21. člena KD<sup>40</sup> (podrobneje glej XI. poglavje te knjige o načelu nevračanja) je bil drugi odstavek 33. člena ŽK o izjemi od prepovedi vračanja, vendar ta določba v nasprotju s KD osebe ne izključuje iz statusa begunca. Ravno ta razlika med KD in ŽK je bilo glavno predhodno vprašanje v združenih zadevah SEU *M in X, X*, (C-391/16, C-77/17 in C-78/17, veliki senat) z dne 14. maja 2019. Sodišče je razlikovalo med »stanjem begunca« (tj., ko oseba izpolnjuje pogoje za priznanje statusa begunca iz ŽK in KD) in formalnim priznavanjem tega stanja s priznanjem »statusa begunca«. Ob upoštevanju določbe šestega odstavka 14. člena KD, po kateri tudi osebe, ki na podlagi spornih določb 14. člena KD ne bi bile upravičene do priznanja statusa begunca, uživajo nekatere pravice iz ŽK<sup>41</sup> in ob upoštevanju načela *non-refoulement*

---

munities from the German Federal Administrative Court regarding the interpretation of Articles 12(2)(b) and (c) of the Qualification Directive, tč. 2.2.3., UNHCR: Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4. september 2003, tč. 24 in generalni pravobranilec Mengozzi v svojem sklepnem predlogu v tej zadevi.

<sup>36</sup> EASO: Judicial analysis: Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive, 2. izdaja, 2020, str. 54.

<sup>37</sup> *B in D*, tč. 106-111 sodbe. Prim. določbo drugega odstavka 28. 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, Ur. l. EU, št. L 212, kjer je izrecno določeno, da odločitve ali ukrepi za izključitev temeljijo na načelu sorazmernosti.

<sup>38</sup> Gl. peti odstavek 14. člena.

<sup>39</sup> Tako ŽK kot KD govorita o posebno težkih oziroma »izredno hudih kaznivih dejanjih«, ZMZ-1 pa v implementacijski določbi 6. alineje prvega odstavka 31. člena le o »hudih kaznivih dejanjih«, ki jih definira kot kazniva dejanja, za katera je v RS predpisana kazen zapora najmanj treh let (gl. 29. in 30. točko 2. člena ZMZ-1). UprS je to razliko obravnavalo v zadevi št. I U 300/2021 z dne 24. maja 2021, kjer je presodilo, da je treba določbo ZMZ-1 razlagati, kolikor je to mogoče v skladu z namenom in besedilom direktive ter se strinjalo z odločitvijo tožene stranke, da je poskus uboja še posebej resno kaznivo dejanje, kar utemeljuje odvzem statusa.

<sup>40</sup> 21. člen KD določa: »(1) Države članice spoštujejo načelo nevračanja skladno s svojimi mednarodnimi obveznostmi. (2) Kadar jim tega ne prepovedujejo mednarodne obveznosti iz odstavka 1, lahko države članice begunca vrnejo ne glede na to, ali so mu tak status formalno priznale ali ne, če: (a) obstajajo utemeljeni razlogi, da se ga obravnava kot nevarnega za varnost države članice, v kateri se nahaja, ali (b) po pravnomočni obsodbi za izredno hudo kaznivo dejanje predstavlja nevarnost za skupnost te države članice. (3.)« Države članice lahko preklicajo, odvzamejo ali zavrnejo podaljšanje ali izdajo dovoljenja za prebivanje beguncu, za katerega se uporablja odstavek 2.

<sup>41</sup> To so: enaka obravnava, svoboda veroizpovedi, dostop do sodišč, izobraževanje in usposabljanje, nezaknovanje v primeru nezakonitega prestopa državne meje, prepoved izгона in upoštevanje načela nevračanja. SEU tem pravicam doda še vse ostale pravice iz ŽK, katerih uživanje ne zahteva zakonitega prebivanja, ter pravico do zasebnega in družinskega življenja, svobodo izbire poklica in pravico do dela, socialno varnost in socialno pomoč ter varovanje zdravja (107. in 109. tč. sodbe *M in X, X*).

je SEU presodilo, da so tudi osebe, za katere se uporabi sporni razlog izključitve (in se jim torej status begunca formalno ne prizna), še vedno begunci v smislu ŽK (in torej uživajo vse navedene pravice, vključno z *non-refoulement*), zaradi česar so, tako SEU, sporne določbe KD v skladu z ŽK. V poznejši sodbi je ESČP v zadevi *K. I. proti Franciji*<sup>42</sup> presodilo, da morajo države dejstvo, da je oseba (še vedno) begunec po ŽK (čeprav mu je bil status formalno odvzet) posebej upoštevati pri presoji realnosti tveganja, ki naj bi osebi grozilo ob vrnitvi v izvorno državo.

Podobne, a nekoliko širše razloge za izključitev KD določa tudi glede subsidiarne oblike zaščite.<sup>43</sup> Glede storitve »hudega kaznivega dejanja« (še posebej glede na določbo ZMZ-1, ki hudo kaznivo dejanje definira glede na predpisano zaporno kazen<sup>44</sup>) je pomembno omeniti sodbo SEU v zadevi *Ahmed* (C-369/17) z dne 13. septembra 2018, v kateri je sodišče presodilo, da ugotovitev, da je oseba storila »hudo kaznivo dejanje«, ne sme temeljiti zgolj na podlagi predpisane kazni, pač pa je treba presoditi težo kršitve in pri tem celovito proučiti vse okoliščine posameznega primera.

KD<sup>45</sup> določa še, da se status mednarodne zaščite odvzema (oziroma zavrne njegovo podaljšanje), če se ugotovi, da osebi sploh nikdar ne bi smel biti priznan status, bodisi ker (1) je bil podan razlog za izključitev,<sup>46</sup> bodisi ker (2) je bilo njeno napačno prikazovanje ali izpuščanje dejstev, vključno z uporabo lažnih dokumentov, odločilnega pomena za priznanje statusa.<sup>47</sup> Tega razloga sicer ŽK izrecno ne omenja, vendar je razlog skladen z mednarodnim azilnim pravom in splošnimi načeli upravnega prava.<sup>48</sup>

#### 4. Postopek odvzema statusa mednarodne zaščite

PD »odvzem mednarodne zaščite« opredeljuje kot odločbo pristojnega organa o preklicu, odpravi ali zavrnitvi podaljšanja statusa begunca ali subsidiarne zaščite osebe,<sup>49</sup> in torej ne razlikuje med postopkom odvzema statusa ter zavrnitvijo podaljšanja statusa, kar pomeni, da za oba veljajo enake procesne pravice. Postopek odvzema se lahko začne, kadar se pojavijo novi elementi ali ugotovitve, ki kažejo, da je treba

<sup>42</sup> Zadeva *K.I. proti Franciji*, št. 5560/19 z dne 15. aprila 2021.

<sup>43</sup> Gl. 17. člen KD ter drugi in četrti odstavek 31. člena ZMZ-1, ki od priznanja statusa subsidiarne oblike zaščite izključujeta osebo, ki (1) je storila kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človeštvu, (2) je storila hudo kaznivo dejanje; (3) je storila dejanja, ki nasprotujejo namenom in načelom Združenih narodov, (4) predstavlja nevarnost za skupnost ali varnost Republike Slovenije ali (5) je pred sprejemom v RS storila eno ali več kaznivih dejanj, za katere je v Republiki Sloveniji zagrožena zaporna kazen, in je zapustila izvorno državo izključno zato, da bi se izognila kaznim, ki so posledica teh dejanj.

<sup>44</sup> Gl. tč. 30 2. člena ZMZ-1.

<sup>45</sup> Gl. člen 14(3) in 19(3).

<sup>46</sup> Gre za izključitvene razloge iz 12. člena oziroma člena 17(1) in (2) KD.

<sup>47</sup> Vsem omenjenim določbam KD v ZMZ-1 ustrezajo določbe 1. in 2. alineje prvega odstavka in 1. in 3. alineje drugega odstavka 68. člena.

<sup>48</sup> UNHCR: Note on the Cancellation of Refugee Status, 22. november 2004, str. 3 in nasl.

<sup>49</sup> Gl. določbo člena 2(o) PD.

veljavnost mednarodne zaščite ponovno preučiti,<sup>50</sup> pri tem pa mora biti upravičencu zagotovljeno najmanj: (1) pisno obvestilo o začetku postopka in o razlogih zanj, (2) možnost pisne ali ustne izjave o tem, zakaj mu mednarodna zaščita ne bi smela biti odvzeta, (3) da organ pridobi točne in ažurne informacije o splošnih razmerah v izvorni državi, (5) da je odločba o odvzemu obrazložena in vključuje pouk o pravnih sredstvih, (7) učinkovito sodno varstvo, vključno z (brezplačno) pravno pomočjo, (8) dostop do informacij iz upravnega spisa, pod nekaterimi pogoji tudi do tajnih,<sup>51</sup> in (9) možnost sodelovanja UNHCR.<sup>52</sup>

## Priporočena literatura

Hathaway, J., Foster, M.: *The Law of Refugee Status*, second edition, Cambridge 2014.

Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, 2. izdaja, 2016.

UNHCR: *Guidelines on International Protection: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the „Ceased Circumstances“ Clauses)*, 10 February 2003.

UNHCR: *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 4. september 2003.

EASO: *Judicial analysis: Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive*, 2. izdaja, 2020.

EASO: *Judicial analysis: Ending international protection*, 2. izdaja, 2021.

---

<sup>50</sup> 44. člen KD.

<sup>51</sup> Gl. sodbo UprS, št. I U 57/2019 z dne 25. septembra 2019 in tam navedeno sodno prakso ter sodbo SEU v zadevi *GM* (C-159/21) z dne 22. septembra 2022, tč. 48-57.

<sup>52</sup> Gl. člena 45 in 46 PD, tudi 69. čl. ZMZ-1.

# IX.

## Procesni vidiki odločanja in razsojanja v zadevah mednarodne zaščite

*Boštjan Zalar*

<b>1. Uvod: umestitev procesnega varstva pravice do mednarodne zaščite v evropsko procesno pravo</b>	134
<b>2. Dostop do upravnega postopkov povezavi z (ne)zakonitim vstopom tujca na ozemlje države članice EU</b>	139
<b>3. Izjava prosilca ob podaji prošnje, osebni razgovor in dokazovanje v postopku</b>	144
3.1. Dostop do pravne pomoči kom upravnega postopka	144
3.2. Izjava prosilca ob formalnem sprejemu prošnje za mednarodno zaščito in ugotavljanje morebitne posebne ranljivosti prosilca	145
3.3. Pomen in standardi osebnega razgovora na prvi stopnji postopka: 'ključna faza' v postopku	147
3.4. Splošno o kozaznem bremenu in dokazovanju	154
3.5. Posebna pravila o dokazovanju v primerih specifičnih pravnih institutov ali postopkov	158
<b>4. Upravna odločitev pristojnega organa o mednarodni zaščiti in o vrnitvi oziroma odstranitvi tujca iz države</b>	161
4.1. Oblikovanje izreka odločbe o prošnji za mednarodno zaščito	161
4.2. Pravica do seznanitve z razlogi za zavrnitev prošnje za mednarodno zaščito	163
<b>5. Sodni postopek kot odločilna faza z vidikaneodvisne in nepristranske uporabe prava na področju mednarodne zaščite</b>	164
5.1. Dostop do sodnega varstva v povezavi s pravico do azila v primeru že izvršene odstranitve tožnika iz države	166
5.2. Dostop do (brezplačne) pravne pomoči zaradi učinkovitega dostopa do sodnega varstva zoper negativno odločitev upravnega organa	168



5.3. Suspenzivnost tožbe v upravnem sporu	169
5.4. Roki za vložitev tožbe in za izdajo osdbe upravnega sodišča	170
5.5. Podrobna in ex nunc presoja dejstev in po potrebi meritorna sodna presoja pogojev za mednarodno zaščito	171
5.6. Vrste izrekov odločb upravnega sodišča in vezanost upravnega organa na obrazložitev sodišča v primeru vrnitve zadeve v ponovno odločanje upravnemu organu	180
5.7. Dileme o potrebnosti pritožbe zoper prvostopenjsko sodbo na vrhovno sodišče	183

## 1. Uvod: umestitev procesnega varstva pravice do mednarodne zaščite v evropsko procesno pravo

Procesni vidiki prava v zvezi z odločanjem upravnega organa in razsojanjem sodišč o izpolnjevanju pogojev za mednarodno zaščito so razdeljeni na pet poglavij. Uvodnemu poglavju bodo sledili štirje sklopi procesnih vidikov, in sicer:

- dostop do postopka v fazi pred procesnim dejanjem sprejema prošnje za mednarodno zaščito (poglavje 2);
- izjava prosilca ob formalnem sprejemu prošnje, osebni razgovor in dokazovanje, ki se izvaja po sprejemu prošnje in ki ju vodi uradna oseba Ministrstva za notranje zadeve, ki je pristojni organ za vodenje upravnega postopka in odločanje o prošnji za mednarodno zaščito (poglavje 3);
- izdaja upravnega akta v zvezi s prošnjo za mednarodno zaščito s strani Ministrstva za notranje zadeve ob upoštevanju pravil o oblikovanju in utemeljevanju upravnih aktov (poglavje 4);
- sodni nadzor (presoja) zakonitosti upravne odločitve o mednarodni zaščiti (poglavje 5).

Drugo, tretje in četrto poglavje se nanašajo na upravni postopek, peto poglavje pa na sodni postopek, pri čemer dokazna pravila in dokazni standardi ter pravica do obrambe, ki so predmet obravnavanja v tretjem poglavju, *mutatis mutandis* veljajo tudi za sodni postopek. Temeljna značilnost vseh procesnih vidikov odločanja in razsojanja v zadevah mednarodne zaščite je, da je za vsako konkretno procesno dejanje potrebno, da uradne osebe in sodniki uporabljajo vse relevantne pravne vire. Na ravni odločanja pred upravnim organom relevantni pravni viri niso zgolj zakon o mednarodni zaščiti ter na njegovi podlagi sprejeti podzakonski akti, splošni zakon o upravnem postopku in Ustava. Tudi na ravni sodnih postopkov, in sicer upravnega spora pred Upravnim sodiščem, ki je druga

stopnja v postopku mednarodne zaščite, in pred Vrhovnim sodiščem, ki je v določenih primerih lahko tretja stopnja v postopku, že omenjenim pravnim virom ni dovolj dodati zgolj zakona o upravnem sporu in v določenih primerih zakona o pravnem postopku, za tista specifična procesna vprašanja, za katera primernih odgovorov ni mogoče izpeljati iz razlage zakona o upravnem sporu ali zakona o mednarodni zaščiti. Nadalje tudi za morebiten sodni postopek pred Ustavnim sodiščem zaradi vložene ustavne pritožbe ali abstraktne presoje zakona o mednarodni zaščiti ni dovolj, da Ustavno sodišče omenjenim pravnim virom pridruži zgolj zakon o ustavnem sodišču.

Upravni organ in omenjena sodišča morajo namreč pri obravnavanju, odločanju in razsojanju zadev v povezavi z mednarodno zaščito poleg naštetih pravnih virov nujno upoštevati in uporabljati konkretno direktivo ali uredbo, ki je predmet izvajanja v danem primeru,<sup>1</sup> določbo iz Listine EU o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina EU),<sup>2</sup> na to vezano sodno prakso Sodišča EU in sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP).<sup>3</sup> To velja tudi, ko na primer specialna določba sekundarnega prava v navezavi na prošnjo za mednarodno zaščito, kjer sicer ne gre za ugotavljanje pogojev za mednarodno zaščito, državi članici podeljuje pooblastilo, da o nekem specialnem pravnem institutu odloči po prostem preudarku.<sup>4</sup> Pristojni organ in sodišča, svetovalci za begunce, odvetniki morajo vse naštete pravne vire uporabljati medsebojno povezano na način, da je uporaba vseh omenjenih pravnih virov vzeta skupaj in koherentno v skladu s temeljnimi načeli uporabe prava EU in metodami razlage prava EU, ki jih uporablja Sodišče EU v zadevah mednarodne zaščite.<sup>5</sup> Takšna obravnava procesnih vprašanj in to izhodišče za obravnavo procesnih vidikov odločanja in razsojanja v zadevah mednarodne zaščite sta potrebna iz dveh razlogov.

Prvič, ker Ministrstvo za notranje zadeve kot organ, ki je pristojen za odločanje o prošnjah za mednarodno zaščito, in omenjena sodišča v zadevah mednarodne zaščite izvajajo pravo EU v smislu prvega odstavka člena 51 Listine EU v zvezi z določilom člena 78(1) Pogodbe o delovanju EU, pri čemer se tudi po določbi člena 3.a Ustave

<sup>1</sup> V splošnih določbah zakona o mednarodni zaščiti Republike Slovenije so naštete uredbe in direktive EU, ki naj bi jih za izvajanje pristojnosti EU na področju mednarodne zaščite zakonodajalec Republike Slovenije upošteval v omenjenem zakonu v smislu prvega stavka člena 51(1) Listine EU o temeljnih pravicah v zvezi z 288. členom Pogodbe o delovanju EU.

<sup>2</sup> S procesnega vidika so zlasti relevantne določbe Listine EU: procesne dimenzije pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja iz 4. člena, dostop do pravice do azila iz 18. člena, procesne dimenzije pravice do prepovedi kolektivnega izгона iz člena 19(1) in vračanja (non-refoulement) iz člena 19(2), pravica do dobrega upravljanja v smislu 41. člena, ker gre sicer za splošno pravno načelo, ki veže tudi države članice EU (zadeva *Boudjlida* (C-249/13) z dne 11. decembra 12. 2014, tč. 34), pravica do učinkovitega sodnega varstva (pravnega sredstva) iz 47. člena Listine EU ter določbe pod naslovom VII. Listine EU.

<sup>3</sup> Relevantna je zlasti sodna praksa ESČP v zvezi s procesnimi dimenzijami pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja iz 3. člena in prepovedi kolektivnega izгона iz 4. člen Protokola št. 4 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP) oziroma pravica do učinkovitega pravnega sredstva iz 13. člena v zvezi s pravico iz 3. člena in 4. člena Protokola št. 4 k EKČP.

<sup>4</sup> Pooblastilo za odločanje po prostem preudarku imajo države članice EU na primer na podlagi 17. člena Dublinske uredbe 604/2013, Ur. l. EU, št. L 180/31 (glej: zadeva *N. S in M. E.* (C-411/10 in C-493/10) z dne 21. decembra 12. 2011, tč. 68-69).

<sup>5</sup> Glej na primer: *An Introduction to Common European Asylum System for Courts and Tribunals, Judicial Analysis*, EASO Professional Development Series for members of courts and tribunals, produced by IARLJ-Europe under contract to EASO, August 2016, Part 3.

Republike Slovenije pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru mednarodnih organizacij, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic, v Sloveniji uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo teh organizacij. In drugič, opisana obveznost uporabe vseh relevantnih pravnih virov v medsebojni povezanosti je nujna v vsakem posamičnem primeru, ker je skupna značilnost držav članic EU na področju mednarodne zaščite pomanjkljiv, premalo dosleden ali natančen, nesistematičen ali celo napačen prenos nekaterih ključnih določb in standardov omenjenih evropskih pravnih virov v notranji pravni red in v prakso odločanja oziroma razsojanja v zadevah mednarodne zaščite.<sup>6</sup> Pri tem ni mišljen problem implementacije ali izvršitve tistih sodnih odločb Sodišča EU in ESČP, ki so izdane v zvezi s konkretno državo (na primer Slovenijo). Mišljen je problem odsotnosti kontinuiranega analiziranja mednarodnih pravnih virov in sodb omenjenih dveh evropskih sodišč zaradi sistematičnega vključevanja vseh procesnih standardov, ki imajo sistemski pomen za domačo sodno prakso in zakonodajo ne glede na to, v zvezi s katero državo je tekel postopek pred Sodiščem EU ali ESČP.

Čeprav EKČP po interpretaciji Sodišča EU ni pravni instrument, ki bi bil formalno vključen v pravni red Unije, je sodna praksa ESČP v tem spletu pravnih virov v procesnem (in deloma tudi v materialnem) smislu pravno relevantna zaradi določil členov 6(3) Pogodbe EU in člena 52(3) Listine EU. Po teh določbah so temeljne pravice, ki so zagotovljene z EKČP, kot splošna načela del prava Unije; pravice iz Listine EU, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z EKČP, pa imajo enak pomen in obseg, kot sta zanje določena z EKČP, dokler Unija ne postane pogodbenica EKČP.<sup>7</sup>

S tega vidika je pomembno, da je Sodišče EU že potrdilo, da določilo 4. člena (oziroma 19(2) člena) Listine EU, ki ureja pravico do prepovedi nečloveškega ravnanja, ustreza pravici iz 3. člena EKČP ter da sta v tem okviru njena vsebina in obseg enaka kot tista, ki ju določa EKČP.<sup>8</sup> Posledično je zato treba šteti, da so tudi procesne dimenzije oziroma garancije, ki izvirajo iz 3. člena EKČP take, kot veljajo tudi v okviru 4. člena (oziroma člena 19(2)) Listine EU.<sup>9</sup> To je relevantno tako za upravno odločanje kot tudi za sojenje v upravnem sporu. Za sojenje v upravnem sporu pa je relevantno tudi, da je Sodišče EU že potrdilo, da pravica do učinkovitega sodnega varstva iz člena 47(1) in (2) Listine EU ustreza pravici iz členov 6(1) oziroma 13 EKČP.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Pri iskanju relevantnih evropskih pravnih virov in v tem okviru konkretnih interpretacij in stališč Sodišča EU in ESČP si lahko vsak pomaga s prosto dostopnimi viri, kot so: Newsletter on European Asylum Issues for Judges (NEMIS); digitalna baza DiCTA, ki ju upravlja Centre for Migration Law, (Radboud University); sodniške analize (glej opombo št. 4), ki jih je za vsako posamezno poglavje azilnega prava izdelalo mednarodno sodniško združenje IARMJ-Europe na podlagi pogodbenega sodelovanja z Agencijo EU za azil (EUAA) in so v različnih jezikih prosto dostopne na spletni strani EUAA.

<sup>7</sup> Zadeva *J. N.* (C-601/15 PPU) z dne 15. februarja 2016, tč. 45.

<sup>8</sup> Zadeva *C. K. in ostali proti Sloveniji* (C-578/16 PPU) z dne 16. februarja 2017, tč. 67; *Jawo* (C-163/17) z dne 19. marca 2019, tč. 91; *Ibrahim* (C-297/17) z dne 19. marca 2019, tč. 89; *M'Bodj* (C-542/13) z dne 18. decembra 2014, tč. 38; *Abdida* (C-562/13) z dne 18. decembra 2014, tč. 47.

<sup>9</sup> V okviru 3. člena EKČP ESČP v novejši sodni praksi dostikrat preverja zgolj procesne dimenzije pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja ESČP (glej na primer: *Ilias and Ahmed v. Hungary*, št. 47287/15 z dne 21. novembra 2019, tč. 163-165, 166-179; *M. S. v. Slovakia and Ukraine*, št. 17189/11 z dne 11. junija 2020, tč. 130).

<sup>10</sup> Zadeva *Moussa Sacko* (C-348/16) z dne 26. julija 2017, tč. 39; glej tudi: *Randstad Italia SpA* (C-497/20) z dne 21. decembra 2021, tč. 57.

Nadalje je treba v tem uvodu z vidika pravilne uporabe pravnih virov za procesna vprašanja odločanja in razsojanja v zadevah mednarodne zaščite izpostaviti, da Ženevska konvencija o statusu beguncev nima procesnih določb. Vendar je treba na podlagi člena 78(1) Pogodbe o delovanju EU<sup>11</sup> in 18. člena Listine EU<sup>12</sup> upoštevati interpretacijo Sodišča EU, po kateri je treba sekundarno pravo EU o mednarodni zaščiti razlagati tako, da ni kršena raven zaščite, ki se zagotavlja s pravili Ženevske konvencije o statusu beguncev.<sup>13</sup>

Obveznost držav članic ni zgolj razlagati nacionalno pravo v skladu s pravom Unije in z ustaljeno sodno prakso Sodišča EU, temveč tudi paziti, da se ne oprejo na tako razlago besedila sekundarne zakonodaje, ki bi bila v nasprotju s temeljnimi pravicami, ki jih varuje pravni red Unije, ali z drugimi splošnimi načeli prava Unije.<sup>14</sup>

Praksa v Republiki Sloveniji kaže, da zaradi napačnega prenosa evropskih pravil v zakon o mednarodni zaščiti ali zaradi nepremišljene spremembe 22. člena Zakona o upravnem sporu (ZUS-1)<sup>15</sup> nekaterim določbam v zakonu o mednarodni zaščiti ali zakonu o upravnem sporu v zvezi z zakonom o pravnem postopku ni možno dati razlage, ki bi bila skladna s pravom EU. Po ustavljeni sodni praksi Sodišča EU je treba določbe direktive »izvajati« prek takšnih zakonskih določb, ki imajo nesporno zavezujočo moč, ki imajo potrebno specifičnost, natančnost in jasnost, da bi bila izpolnjena zahteva po pravni varnosti, na podlagi katere mora biti upravičencem – če je ta direktiva namenjena podeljevanju pravic posameznikom – omogočeno, da se v celoti seznanijo s svojimi pravicami.<sup>16</sup>

Če zakonskim določbam ni mogoče dati prava EU skladne razlage, Upravno sodišče ali Vrhovno sodišče ne smeta prekiniti postopka in vložiti zahteve za presojo zakona z vidika določila člena 3.a Ustave, ker to ne bi bila učinkovita in lojalna uporaba prava EU,<sup>17</sup> ampak morata ravnati, kot je Sodišče EU na primer odločilo v azilni zadevi *Torubarov*. Po stališču Sodišča EU v zadevi *Torubarov* je vsaka določba nacionalnega pravnega reda ali vsaka zakonodajna, upravna ali sodna praksa, katere učinek bi bil zmanjšanje učinkovitosti prava Unije s tem, da bi se sodišču, pristojnemu za uporabo tega prava,

<sup>11</sup> Po tem določilo EU oblikuje skupno politiko o azilu, subsidiarni zaščiti in začasni zaščiti z namenom ponuditi ustrezen status vsem državljanom tretjih držav, ki potrebujejo mednarodno zaščito, in zagotoviti skladnost z načelom nevračanja. Ta politika mora biti v skladu z Ženevsko konvencijo z dne 28. julija 1951 in Protokolom z dne 31. januarja 1967 o statusu beguncev ter drugimi ustreznimi Pogodbami.

<sup>12</sup> Ta določba pravi: »Ob upoštevanju pravil Ženevske konvencije z dne 28. julija 1951 in Protokola z dne 31. januarja 1967 o statusu beguncev in v skladu s Pogodbo o Evropski uniji in Pogodbo o delovanju Evropske unije /.../ je priznana pravica do azila.« O pravici do azila glej tudi: *FMS* (C 924/19 PPU in C-925/19) z dne 14. maja. 2020, tč. 105, 181, 190, 192, 203; *Min XX* (C391/16, C77/17 in C78/17) z dne 14. maja 5. 2019, tč. 82.

<sup>13</sup> *Ibid.*, tč. 78.

<sup>14</sup> *N.S. in M. E.* (C-411/10 in C-493/10), tč. 77; glej tudi odločbo US RS, št. Up 2012/08-18 z dne 5. marca 2009, tč. 9.

<sup>15</sup> Glej določbo 122. člena Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o pravnem postopku (ZPP-E, Ur.l. RS, št. 10/17).

<sup>16</sup> *Komisija proti Madžarski* (C-808/18) z dne 17. decembra 2020, tč. 288.

<sup>17</sup> *Simmenthal* (106/77) z dne 9. marca 1978, tč. 24; *Popławski* (C573/17) z dne 24. junija 2019, tč. 61-62; *Euro Box Promotion in drugi* (C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 in C840/19) z dne 21. decembra 2021, tč. 252; *RS* (C-430/21) z dne 22. februarja 2022, tč. 51-53.

odrekla možnost, da ob tej uporabi stori vse potrebno, da se ne uporabijo nacionalne zakonske določbe, ki morda ovirajo polni učinek predpisov Unije, ki imajo neposredni učinek, kot je člen 46(3) Procesne direktive 2013/32<sup>18</sup> v povezavi s členom 47 Listine EU, ki urejata pravico do učinkovitega sodnega varstva, nezdružljiva z zahtevami same narave prava Unije. To na primer pomeni, da mora upravni organ ali nacionalno sodišče v skladu z načelom lojalnega sodelovanja iz člena 4(3) Pogodbe EU po potrebi ravnati tako, da sporne nacionalne ureditve ali sodne prakse ne uporabi<sup>19</sup> oziroma se mora na primer nacionalno sodišče celo izreči za pristojno za odločanje o tožbi, ki jo stranka vložijo za zaščito pravic, ki so ji zagotovljene s pravom EU, četudi v notranjih postopkovnih pravilih takšna tožba ni predvidena.<sup>20</sup> Seveda pa mora v primeru, da se sodišču postavi dvom glede interpretacije prava EU, ravnati v skladu z določbo 267. člena Pogodbe o delovanju EU, kjer je predpisana možnost in/ali obveznost postavitve predhodnega vprašanja.

V zvezi z obveznostjo razlagati procesne določbe iz zakona o mednarodni zaščiti, kolikor je to mogoče v skladu s sekundarnim pravom EU, je potrebno v tem uvodnem poglavju poudariti, da je raven harmonizacije prava v državah članicah EU prešla iz stopnje harmonizacije zgolj minimalnih standardov na podlagi prej veljavne Procesne direktive 2005//85/ES<sup>21</sup> v stopnjo harmonizacije, kjer gre v skladu z uvodnimi izjavami od št. 1 do št. 14 in s členom 1 Procesne direktive 2013/32/EU že za »skupne« postopke oziroma pravila za priznanje in odvzem mednarodne zaščite na podlagi Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU<sup>22</sup> in v tem smislu za višjo stopnjo harmonizacije procesnega prava o mednarodni zaščiti na ravni držav članic EU.<sup>23</sup> To posledično pomeni, da imajo države članice EU manj procesne avtonomije, kot so je imele v predhodni fazi razvoja zakonodaje o mednarodni zaščiti, ki je trajala do 20. julija 2015,<sup>24</sup> ko je bila harmonizacija procesnih pravil med državami članicami EU omejena na minimalne standarde.

Vendar pa višja stopnja harmonizacije skupnih postopkovnih pravil po 20. juliju 2015 ne pomeni, da so procesni vidiki odločanja in razsojanja v zadevah mednarodne zaščite izčrpno urejeni v sekundarnem pravu EU.<sup>25</sup> Procesne določbe bodisi v posamični direktivi bodisi uredbi prava EU niso za vsako situacijo ali pravno vprašanje izčrpno

---

<sup>18</sup> Ur. l. EU, št. L 180.

<sup>19</sup> *Torubarov* (C-556/17) z dne 29. julija 7. 2019, tč. 73-74. To velja tudi za upravni organ (*FMS* (C-924/19 PPU in C-925/19 PPU), tč. 183; *Minister For Justice and Equality* (C-378/17) z dne 4. decembra 2018, tč. 38.); glej tudi: *Randstad Italia SpA* (C-497/20), tč. 54, 79.

<sup>20</sup> *FMC* (C-924/19 PPU in C-925/19 PPU), tč. 144, 147; primerjaj to stališče z drugačno pravno situacijo v zadevi *Randstad Italia SpA* (C-497/20) z dne 21. decembra 2021, tč. 66, 78.

<sup>21</sup> Glej na primer: *Diouf* (C-69/10) z dne 28. julija 7. 2011, tč. 29; *M.* (C-277/11) z dne 22. novembra. 2012, tč. 77; *M.* (C-560/14) z dne 9. februarja. 2017, tč. 22.

<sup>22</sup> Ur. l. EU, št. L 337.

<sup>23</sup> *Torubarov* (C-556/17), tč. 47, glej tudi tč. 54.

<sup>24</sup> Prvi odstavek 51. člena Procesne direktive 2013/32/EU.

<sup>25</sup> Gre za določbe iz Procesne direktive 2013/32/EU, procesne določbe iz Dublinske uredbe 604/2013 in za določilo 4. člena Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU, določene procesne določbe pa ima tudi Direktiva o sprejemu 2013/33/EU, Ur. l. EU, št. L 180/96.

predpisana. Zato je za posamezna procesnopravna vprašanja mogoče, da se pravo EU bodisi izrecno sklicuje na to, da naj nacionalno pravo uredi določeno procesno vprašanje,<sup>26</sup> ali pa določenega procesnega vprašanja pravo EU ne ureja in se tudi ne sklicuje na to, da mora konkretno procesno vprašanje urediti država članica v domači zakonodaji. V teh primerih običajno velja, da država članica EU na podlagi procesne avtonomije določi predmetno postopkovno pravilo. Vendar ima država članica obveznost, da to uredi na način, da procesno pravilo ni manj ugodno od tistih, ki urejajo podobne položaje, za katere velja nacionalno pravo (načelo enakovrednosti), in da procesno pravilo v praksi ne onemogoča ali čezmerno ne otežuje uveljavljanja pravic, ki jih zagotavlja pravo EU (načelo učinkovitosti).<sup>27</sup>

Možna je tudi situacija, ko je treba dati razlago pojmu iz sekundarnega prava, ki ima lahko posredne ali neposredne posledice za procesne garancije stranke, pa pravo EU ne napotuje izrecno na nacionalno pravo. V takem primeru lahko velja, da je treba določbo razlagati avtonomno in enotno, pri čemer se ne sme upoštevati le besedila te določbe, ampak tudi njen kontekst in cilje, ki se uresničujejo z zadevno ureditvijo,<sup>28</sup> ter več jezikovnih različic direktive EU. Če se med jezikovnimi različicami besedila zakonodaje Unije pojavijo razhajanja, je treba v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča EU zadevno določbo razlagati glede na splošno sistematiko in namen ureditve, katere del je.<sup>29</sup>

## 2. Dostop do upravnega postopkov povezavi z (ne)zakonitim vstopom tujca na ozemlje države članice EU

S pojmom »dostop do upravnega postopka« je v tem razdelku mišljen dostop do (u)pravnega postopka, v katerem je tujec bodisi v postopku vračanja po določbah Direktive o vračanju 2008/115<sup>30</sup> in po odgovarjajočih določbah zakona o tujcih, ker se nezakonito nahaja na ozemlju države članice EU oziroma podpisnice EKČP, bodisi je tujec v postopku mednarodne zaščite, ker je izrazil namero za azil oziroma je treba sklepati, da želi azil. Če gre za osebo, ki ni državljan(ka) Republike Slovenije, je pa državljan(ka) druge države članice EU, se uporablja Protokol št. 24 o azilu za državljane članic EU v

<sup>26</sup> Glej na primer: deseti odstavek 46. člena Procesne direktive 2013/32/EU; *Alheto* (C-585/16) z dne 25. julija 2018, tč. 148.

<sup>27</sup> *LH* (C-564/18) z dne 19. marca 2020, tč. 63; *Randstad Italia SpA* (C-497/20) z dne 21. decembra 2021, tč. 58. V zvezi s pravico do izjave kot sestavnim delom pravice do obrambe na primer velja, da četudi se pravo EU ne sklicuje na nacionalno pravo, da uredi postopkovne garancije pravice do izjave in obrambe v nacionalnem pravu, imajo države članice EU obveznost, da pravico do izjave upoštevajo kot splošno pravno načelo prava EU (*Boudjlida* (C-249/13), tč. 41). Več o pravici do izjave oziroma obrambe glej razdelek 3.3.3.

<sup>28</sup> *VL* (C-36/20 PPU) z dne 25. junija 2020, tč. 52-68. V tem primeru je šlo za razlago pojma »drug organ«, ki sicer ni pristojen za evidentiranje prošnje za mednarodno zaščito, ampak je verjetno, da bo ta organ prejel izraženo namero za azil.

<sup>29</sup> *Min XX* (C-391/16, C-77/17 in C-78/17), tč. 88.

<sup>30</sup> Ur. l. EU, št. L 348.



povezavi z zakonom o mednarodni zaščiti in členom 2(b) Procesne direktive 2013/32/EU, ki urejata dostop do azilnega postopka zgolj za državljane tretjih držav ali osebe brez državljanstva, ter v povezavi z ŽK, ki ne omejuje dostopa do azilnega postopka državljanom EU.

Pogoji oziroma procesne garancije za učinkovit dostop do (azilnega) postopka na meji ali ob meji so v evropskem pravu nastajali postopoma. Za (zdajšnjo) pravno ureditev na tem področju je bila odločilna reakcija Velikega senata ESČP na podlagi pritožbe v zadevi *Hirsi Jamma* v povezavi s prestrežanjem in zavračanjem tujcev v Sredozemskem morju na podlagi bilateralnega sporazuma med Italijo in Libijo iz leta 2008. Sicer je bila tudi že pred sodbo Velikega senata ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in ostali proti Italiji* iz leta 2012 ustaljena praksa malih senatov ESČP, da EKČP (preko določb o prepovedi kolektivnega izгона in načela nevračanja) preprečuje, da bi države podpisnice tujce odstranile brez ugotavljanja njihovih osebnih okoliščin, to pomeni, brez da bi tem tujcem omogočile, da se branijo zoper ukrep pristojnega organa. Ker bi zaradi aktualnih politik držav v boju zoper nezakonite migracije, ki so bile že takrat v porastu in so jih države podpisnice EKČP izvajale tudi izven državnega teritorija, pomemben del migracijskih tokov lahko izpadel iz zaščite po EKČP, je ESČP odločilo, da določili 4. člena Protokola št. 4 k EKČP ter 3. člen EKČP vežeta države podpisnice EKČP tudi takrat, ko država podpisnica prestreže migrante izven svojega teritorija, na primer na odprtem morju z namenom preprečitve vstopa na državni teritorij ali z namenom prisilitve, da gredo na ozemlje druge države (ang. *push back*).<sup>31</sup> Sodišče EU pa se o izventeritorialnem učinku prepovedi vračanja oziroma nečloveškega ravnanja iz 4. člena oziroma iz člena 19(2) Listine EU še ni opredelilo drugače, kot v zadevi *X in X*.<sup>32</sup> Z vidika sekundarnega in primarnega prava EU imajo namreč državljani tretje države ali osebe brez državljanstva pravico podati prošnjo za mednarodno zaščito na ozemlju države članice EU, vključno na njenih mejah ali na njenih tranzitnih območjih, tudi če na tem ozemlju prebivajo nezakonito,<sup>33</sup> kakor tudi v teritorialnih vodah.<sup>34</sup>

S sodbo Velikega senata ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in ostali proti Italiji* so bili postavljeni temelji procesnih garancij tujcev v postopkih, ko pridejo v prvi stik s policijo ali z osebjem na ladji pod zastavo države podpisnice EKČP, četudi izven ozemlja države podpisnice EKČP, ki pa na predmetnem območju izvaja učinkovito oblast. Med te garancije je ESČP v letu 2012 vključilo dostop do postopka ob pomoči tolmačenja ali pravnih svetovalcev, pravico do informiranja o položaju, stanju in namenu postopka

---

<sup>31</sup> *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, št. 27765/09 z dne 23. februarja 2012, tč. 174, 176-180; glej tudi: *N. D and N. T v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15 z dne 13. februarja 2020, tč. 170; *Asady and Others v. Slovakia*, št. 24917/15 z dne 24. marca 2020, tč. 59.

<sup>32</sup> Glej: *X in X* (C-638/16 PPU) z dne 7. marca 2017, tč. 43, 48, 51. O novejši sodni praksi ESČP glede izventeritorialnega učinka pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja glej: *M. N. c. Belgique*, št. 3599/18 z dne 5. marca 2020; *H. F. and others v. France*, št. 24384/19, 44234/20 z dne 14. septembra 2022, tč. 184-203, 305-214.

<sup>33</sup> *M.A.* (C-72/22 PPU) z dne 30. junij 2022, tč. 58; *Komisija proti Madžarski* (C-821/19) z dne 16. novembra 2021, tč. 95, 136.

<sup>34</sup> Člen 3. in prvi odstavek 7. člena Procesne direktive 2013/32.



ter možnost ugovora oziroma pravnega sredstva zaradi neodvisnega preizkusa odločitve oziroma akta odstranitve.<sup>35</sup>

Tudi odgovor na vprašanje, kdaj je tujec zakonito na ozemlju države članice, se je v evropskem pravu izoblikoval postopoma, čeprav je to bistveno za obravnavanje konkretnih procesnih pravic oziroma garancij tujca v pravnem postopku na meji. Na splošno velja, da je vstop v državo zakonit, če tujec izpolnjuje pogoje za vstop, ki so predpisani po zakonodaji o tujcih.<sup>36</sup> Vendar pa to ni celovita opredelitev (ne)zakonitega vstopa v državo z vidika varstva človekovih pravic po pravu EKČP in pravu EU. Če tujec pogojev za vstop ne izpolnjuje, njegov vstop ni nezakonit, če prosi za azil oziroma če je izjavil, da ima namen zaprositi za azil na mestu, kjer je dovoljeno prečkati mejo pod pogojem, da so bila ta mesta tujcu dejansko dostopna,<sup>37</sup> oziroma če je država omogočila stvaren in učinkovit način zakonitega vstopa na ozemlje, je potrebno odgovoriti na vprašanje, ali je prosilec za mednarodno zaščito predložil prepričljive razloge, zakaj teh zakonitih možnosti ni mogel izkoristiti iz nekih objektivnih razlogov, za katere je odgovorna država.<sup>38</sup> Podobno, četudi ne povsem enako določa 35. člen ZMZ-1.<sup>39</sup> Na primerljiv način kot ESČP razlaga zakonitost vstopa tudi Sodišče EU v sodbah v zadevah, kot so: *VL, M. A. in Komisija proti Madžarski*.

V španski zadevi *VL* je Sodišče EU odločilo, da ima na primer tudi preiskovalni sodnik v (pred)kazenskem postopku, ki obravnava tujca, posebne obveznosti glede učinkovitega dostopa tujca do azilnega postopka, četudi preiskovalni sodnik ni pristojen za informiranje tujca o azilu in za evidentiranje namere za azil po nacionalnem pravu;<sup>40</sup> obveznost informiranja o možnostih za dostop do azilnega postopka imajo uslužbenci v ustanovah za pridržanje, v tranzitnih conah, na zunanjih mejah, na mejnih prehodih.<sup>41</sup> Državni organi imajo obveznost čimprejšnjega evidentiranja prošnje za mednarodno zaščito in čimprejšnjega posredovanja spisa organu za evidentiranje, da je

<sup>35</sup> *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, št. 27765/09, tč. 188-190, 201-207; glej tudi: *Sultani v. France*, št. 45223/05 z dne 20. septembra 2007; *M. A. v. Cyprus*, št. 41872/10 z dne 23. julija 2013; *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, št. 16643/09, z dne 21. oktobra 2014, *Shioshvili and others v. Russia*, št. 19356/07 z dne, 20. decembra 2016, *Khlaifia and others v. Italy*, št. 16483/12 z dne 15. decembra 2016, *N. D. and N.T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15; *Asady and others v. Slovakia*, št. 24917/15 z dne, 24. marca 2020.

<sup>36</sup> Glej na primer: *Komisija proti Madžarski* (C-808/18), tč. 243; *Affum* (C-47/15) z dne 7. junija 6. 2016, tč. 48.

<sup>37</sup> *A. A. and others v. North Macedonia*, št. 55798/16 z dne 5. aprila 2022, tč. 112, 116, 121-123; *A. B. and others v. Poland*, št. 42907/17 z dne 30. junija 2022, tč. 52; *A. I. and others v. Poland*, št. 39028/17 z dne 30. junija 6. 2022, tč. 41-42, 55; *N. D. and N. T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15, tč. 180; *Shahzad v. Hungary*, št. 12625/17 z dne 8. junija 6. 2021, tč. 59, 62, 65; *M. H. and others v. Croatia*, št. 15670/18, 43115/18 z dne 18. novembra. 2021, tč. 295-304; glej tudi sodbe Sodišča EU: *VL* (C-36/20); *Komisija proti Madžarski* (C-808/18), tč. 105; *M. A.* (C-72/22 PPU).

<sup>38</sup> *A. A. and others v. North Macedonia*, št. 55798/16, tč. 114; *Shahzad v. Hungary*, št. 12625/17, tč. 59; *N. D. and N. T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15, tč. 201. Kot poseben primer nezakonitega množičnega prehoda državnega ozemlja, ki ga država članica EU tolerira, glej sodbo Sodišča EU v zadevi *A. S.* (C-490/16) z dne 26. julija 2017, tč. 42.

<sup>39</sup> Po tem določilo, če tujec izrazi namero, da bi vložil prošnjo za azil, četudi je vstopil nezakonito, in če to namero izrazi v najkrajšem možnem času, se ne obravnava kot nezakonit prehod državne meje. Glej tudi uvodno izjavo 9, 2. odstavek 3. člena in člen 2(45) Direktive o vračanju 2008/115, Ur. l. EU, št. L 348, in peto alinejo 60. člena ZTuj-2.

<sup>40</sup> *VL* (C-36/20 PPU), tč. 52-83.

<sup>41</sup> *Ibid.* tč. 74, 76; *M. A.* (C-72/22 PPU), tč. 60, 65.

prošilec lahko deležen materialnih pogojev za sprejem.<sup>42</sup> Ob tem splošno sklicevanje države na ogrožanje javnega reda ali notranje varnosti, ki ga povzroči množični prihod tujcev, ne spreminja teh obveznosti.<sup>43</sup> S tem, ko tujec izrazi namero za azil, pridobi status prosilca za mednarodno zaščito<sup>44</sup> in s tem tudi vse pravice po Direktivi o sprejemu 2013/33/EU.<sup>45</sup> Sodišče je pri uporabi pojmov zelo natančno, vendar je to odvisno, za katero jezikovno različico sodbe Sodišča EU gre. V slovenski različici sodbe v zadevi VL je uporabljen izraz »državljan tretje države v nezakonitem položaju«. To je precej drugače kot v angleški različici sodbe, kjer se besedilo glasi: »*third country national without a legal right of residence*«<sup>46</sup>. Francoska različica je nekje vmes med angleško in slovensko in pravi: »*un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière*«. Italijanska različica je ista kot francoska: »*un cittadino di un paese terzo in situazione irregolare*«. Hrvaška različica je enaka slovenski: »koji nezakonito boravi«. Vendar tak tujec ni »nezakonito« na ozemlju države članice EU.

Po sodbi Sodišča EU ima torej tujec, ki je izrazil željo za azil, status prosilca za mednarodno zaščito in ima pravico ostati na ozemlju države članice EU, četudi to namero izrazi pred preiskovalnim sodnikom ali policistom v postopku na meji. Tako so mu s tem trenutkom zagotovljene pravice po Direktivi o sprejemu 2013/33/EU ter pravica ostati na ozemlju (ang. *right to remain*). Določilo člena 9(1) Procesne direktive 2013/32/EU pravi, da se proslcem »dovoli ostati« v državi članici izključno zaradi postopka, dokler organ za presojo ne izda odločbe v postopku na prvi stopnji iz poglavja III. Procesne direktive 2013/32/EU oziroma do odločitve o pravnem sredstvu (o tožbi na upravno sodišče) zoper odločbo o prošnji za mednarodno zaščito. Ta pravica ostati ne pomeni upravičenosti do dovoljenja za prebivanje.<sup>47</sup> Pravica ostati na ozemlju mu pripada, dokler teče postopek mednarodne zaščite, lahko tudi vključno s sojenjem na prvi stopnji; pravico do bivanja pa pridobi šele, ko postane odločba o statusu begunca ali subsidiarne zaščite pravnomočna.

Če torej tujec izrazi namero za azil oziroma – kot je navedeno v členu 8(1) Procesne direktive 2013/32/EU – »kadar je mogoče sklepati«, da tujec želi podati prošnjo za mednarodno zaščito, mora postopek naprej teči po zakonu o mednarodni zaščiti, po Procesni direktivi 2013/32/EU, lahko po Dublinski uredbi 604/2013<sup>48</sup> in po Kvalifikacijski direktivi 2011/95/EU<sup>49</sup>. Če pa tujec ne izrazi namere oziroma če ni mogoče sklepati, da tujec želi azil, se tujec obravnava po zakonu o tujcih in Direktivi o vračanju 2008/115. Upravno sodišče je v sodbi v zadevi I U 1686/2020, sklicujoč se na prakso ESČP in uvodne izjave št. 25., 26. in 28. Procesne direktive 2013/32/EU ter določila tret-

---

<sup>42</sup> VL (C-36/20 PPU), tč. 83.

<sup>43</sup> *Ibid.*, tč. 72-75.

<sup>44</sup> VL (C-36/20 PPU), tč. 94; glej tudi *Komisija proti Madžarski* (C-808/18), tč. 219, 243; sklep Vrhovnega sodišča, št. I Up 128/2020 z dne 28. oktobra 2020, tč. 18-19, 21.

<sup>45</sup> Ur. l. EU, št. L 180.

<sup>46</sup> VL (C-36/20 PPU), tč., 59, 65, 73, 86.

<sup>47</sup> Glej tudi: *Komisija proti Madžarski* (C-808/18) z dne 17. decembra 2020, tč. 282-283.

<sup>48</sup> Ur. l. EU, št. L 180.

<sup>49</sup> Ur. l. EU, št. L 337.

jega pododstavka člena 6(1) in člena 8(1) ter (2) Procesne direktive 2013/32/EU, ki niso preneseni v notranji pravni red, razvilo interpretacijo o tem, kako ravnati, ko je med strankama spor o tem, ali je tujec v postopku pred policijo izrazil namero za azil ali ne. Sodišče je utrdilo in podrobneje obrazložilo procesne garancije, ki so bile v temelju vzpostavljene že v sodbi v zadevi *Hirsi Jamaa in ostali proti Italiji*.<sup>50</sup>

Pomen obnašanja tujca glede načina prehoda meje je pravno relevanten samo z vidika pravice do prepovedi kolektivnega izгона, ki ni absolutno zavarovana pravica (člen 19(1) Listine EU); ni pa njegovo obnašanje oziroma način prehoda meje pravno relevantno, če zahtevek tujca ni očitno neutemeljen glede varstva pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja v primeru njegovega (za)vračanja s strani policije v sosednjo državo.<sup>51</sup> V tem primeru je ravnanje tujca ob prehodu meje nepomembno.<sup>52</sup> Za izjavo volje zaprositi za azil ni dopustno zahtevati določeno (u)pravno formalnost.<sup>53</sup> Celo če gre za nekonsistentna ravnanja tujca glede izražene namere za azil, ESČP upošteva, ali je tujec imel realne, zadostne in učinkovite možnosti, da bi uradno osebo seznanil s tveganji v primeru vrnitve ali odstranitve.<sup>54</sup> ESČP to presoja preko tega, ali je bil tujec informiran v jeziku, ki ga razume o teh možnostih, ali je bil informiran o možnosti pravne pomoči, če ga je uradna oseba dejansko poslušala in je zabeležila njegovo ali njeno izjavo glede razlogov za prihod; ob tem ni dovolj, če tujec dobi možnost samo na splošno povedati, zakaj je prišel v državo podpisnico EKČP iz izvorne države oziroma česa se boji v primeru vrnitve, ampak mora biti o tem tudi dovolj podrobno izprašan.<sup>55</sup> To velja še posebej, kadar obstajajo splošno dostopne informacije o kritični varnostni situaciji v državi, kamor naj bi bil tujec vrnjen, ki jih lahko lažje pridobi državni organ.<sup>56</sup> V takih situacijah, kadar iz uradnih zapisnikov (zaznamkov) o razgovorih s tujci v postopkih vračanja ni mogoče zanesljivo ugotoviti, ali je tujec izrazil namero za azil ali ne, je bistveno, ali so v času izpodbijanega dejanja obstajale dovolj zanesljive, aktualne, relevantne ter medsebojno dopolnjujoče se informacije o resni nevarnosti glede ravnanja oziroma bivanja tujcev v državi, v katero se tujca vrača. Ko takšna resna nevarnost obstaja in »je mogoče sklepati«, da gre za tujca, ki želi mednarodno zaščito<sup>57</sup>

<sup>50</sup> Glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1686/2020 z dne 7. decembra 2020, tč. 403-440.

<sup>51</sup> *M. D. and others v Russia*, št. 71321/17, in 9 drugih z dne 14. septembra 2021 tč. 99, glej tudi tč. 98: *Hirsi Jamaa and others*, št. 27765/09 z dne 23. februarja 2012, tč. 184.

<sup>52</sup> Glede morebitnega kaznovanja tujca za nezakonit prehod meje in nezakonito bivanje je treba ob »domači« zakonodaji upoštevati tudi: prvi odstavek 31. člena Ženevske konvencije o status beguncev, člen 5(3) Zakona o schengenskih mejah (Uredba 2016/399, Ur. l. EU, št. L 77) ter sodno prakso Sodišča EU v zadevah: *Achughbaban* (C-329/11) z dne 6. decembra 2011, tč. 28, 33, 37, 39, 41, 43, 45-48; *Sagor* (C-430/11) z dne 6. decembra 2012, tč. 31-46; *JZ* (C-806/19) z dne 17. septembra 2020, tč. 25-29, 38, 41; *El Dridi* (C-61/11 PPU) z dne 28. aprila 2011, tč. 52, 59-60; *Celaj* (C-290/14) z dne 1. oktobra 2015, tč. 25, 29, 32; glej tudi: *Zaizoune* (C-38/14) z dne 23. aprila 2015. Kaznovanje namreč ne sme ovirati cilja učinkovitega vračanja tujcev po Direktivi o vračanju 2008/115.

<sup>53</sup> *N. D. and N. T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15, tč. 180; *M. A. and others v Lithuania*, št. 59793/17 z dne 11. decembra 11. 12. 2018, tč. 109; *VL* (C-36/20), tč. 68, 71, 76-78, 83.

<sup>54</sup> *M. N. c. Belgique*, št. 19656/18 z dne 27. oktobra 2020, tč. 88, 92.

<sup>55</sup> *Ibid.*, tč. 102.

<sup>56</sup> *Ibid.*, tč. 93-95, 97

<sup>57</sup> Glej določilo prvega odstavka 8. člena Procesne direktive 2013/32/EU.

oziroma če gre za tujca, za katerega »se lahko razume«, da gre za prosilca za mednarodno zaščito,<sup>58</sup> ima država obveznost, da je pred odstranitvijo ali vrnitvijo tujca še posebej pozorna na omenjena določila Procesne direktive 2013/32.<sup>59</sup> Vse to so pogoji oziroma temeljne procesne garancije (tudi) za uresničevanje »pravice do azila«, ki je zagotovljena z 18. členom Listine EU.<sup>60</sup>

Decembra 2009 je vstopila v veljavo Listina EU, ki v določbi 18. člena pravi, da je ob upoštevanju pravil Ženevske konvencije z dne 28. julija 1951 in Protokola z dne 31. januarja 1967 o statusu beguncev in v skladu s Pogodbo o EU in Pogodbo o delovanju EU »priznana pravica do azila«. Enajst let kasneje oziroma 10 dni po sodbi Upravnega sodišča v zadevi I U 1686/2020 je Veliki senat Sodišča EU potrdil in izpeljal interpretacijo, da so procesne garancije glede obravnavanja in evidentiranja namere in sprejema prošnje za mednarodno zaščito pogoj za uresničevanje »pravice do azila« iz Listine EU.<sup>61</sup>

### 3. Izjava prosilca ob podaji prošnje, osebni razgovor in dokazovanje v postopku

#### 3.1. Dostop do pravne pomoči tekom upravnega postopka

Za postopek do izdaje upravnega akta o prošnji za mednarodno zaščito zakonodajalec EU niti zakonodajalec Republike Slovenije nista predpisala pravice do dostopa do brezplačne pravne pomoči. To pa ne pomeni, da bi bil lahko prosilec oviran pri tem, da na kakšni drugi dejanski podlagi tekom upravnega postopka pride do pravne pomoči s strani odvetnika, svetovalca za begunce ali morda Visokega komisariata ZN za begunce (v nadaljevanju UNHCR). Če prosilec do takšne pomoči pride, se ta ne financira iz državnega proračuna. Ima pa zato pristojni organ obveznost, da prosilca informira s pomočjo tolmača, ki je plačan iz državnega proračuna, ali da ga obvesti v jeziku, za katerega se upravičeno domneva, da ga razume – o postopku, pravicah in obveznostih prosilca in posledicah, če teh obveznosti ne spoštuje in če ne sodeluje z organom v postopku.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Glej določilo člena 2(b) Procesne direktive 2013/32/EU.

<sup>59</sup> Sodba Upravnega sodišča, št. I U 1686/2020 z dne 7. decembra 2020, tč. 436.

<sup>60</sup> *Komisija proti Madžarski* (C-808/18) z dne 17. decembra 2020, tč. 102; glej tudi: *Komisija proti Madžarski* (C-821/19) z dne 16. novembra 2021, tč. 132, 136.

<sup>61</sup> *Komisija proti Madžarski* (C-808/18), tč. 102. Več o temeljnih kriterijih in standardih za varstvo materialne in procesne dimenzije prepovedi vračanja (nečloveškega ravnanja), prepovedi kolektivnega izгона in dostopa do azilnega postopka glej: Zalar, B.: Prohibition of Collective Expulsion and Its Interplay with Non-Refoulement and Access to Asylum – Basic Judicial Check-List(s) under European Law, v: M. M., Bosma, van Loon, O.: 20 jaar Vreemdelingenwet. Boomjuridisch, str. 125-146. V zvezi z ustavnopravnimi standardi in poskusi zakonodajalca Republike Slovenije, kako tujcem omejiti dostop do azilnega postopka v razmerah ogrožanja javnega reda in notranje varnosti, glej tudi odločbo US RS, št. U-I-59/17-27 z dne 18. septembra 2019.

<sup>62</sup> Člen 12(1) Procesne direktive 2013/32/EU; glej tudi poglavje o temeljnih načelih in jamstvih v zakonu o mednarodni zaščiti (ZMZ-1).

### 3.2. Izjava prosilca ob formalnem sprejemu prošnje za mednarodno zaščito in ugotavljanje morebitne posebne ranljivosti prosilca

V Sloveniji je v praksi pristojnega organa na prvi stopnji uveljavljeno, da je izjava prosilca, ki jo ta poda ob formalnem sprejemu prošnje za mednarodno zaščito, dana na zapisnik, namenjena zgolj splošnim in najbolj temeljnim vprašanjem, ki jih uradna oseba zastavi prosilcu. Ob tem je prosilec ob koncu svojih odgovorov na vprašanja (izjava prosilca) tudi opozorjen, da mora predložiti vse dokumente v zvezi s svojo identiteto in morebitne razpoložljive dokaze, s katerimi bi rad podprl svoj strah pred preganjanjem ali resno škodo, in da mora to storiti čim prej, po možnosti pred osebnim razgovorom. Če je morda ob tem formalnem sprejemu prošnje za mednarodno zaščito prisoten tudi predstavnik nevladne organizacije kot pooblaščenec prosilca, potem je ta ob koncu tega procesnega dejanja navadno poučen s strani uradne osebe, da bo lahko pooblaščenec prosilcu zastavil vprašanja tekom obsežnejšega osebnega razgovoru, ki bo sledil sprejemu prošnje za mednarodno zaščito, ko bo zadeva prišla na vrsto za reševanje. Zato je očitno, da je tudi v Sloveniji osebni razgovor s prosilcem, ki časovno sledi formalnemu sprejemu prošnje za mednarodno zaščito, glavno procesno dejanje za ugotavljanje pravno relevantnih dejstev, na katerih bo temeljil v nadaljevanju postopka izdani upravni akt o prošnji za mednarodno zaščito.<sup>63</sup> V začetnem obdobju od sprejema prvega zakona o azilu v letu 1999 je bila izjava prosilca za mednarodno zaščito ob sprejemu prošnje nekoliko bolj podrobno procesno opravilo kot v kasnejših obdobjih in je tudi zaradi časovnega razmaka med izjavo tekom sprejema prošnje in kasnejšo izvedbo osebnega razgovora pristojni organ izjavo prosilca ob sprejemu prošnje zelo pogosto uporabljal za primerjavo razlik oziroma neskladij med prvo izjavo prosilca ob podaji prošnje in njegovimi izjavami, ki so bile navadno natančnejše tekom osebnega razgovora. Zaradi te prakse, ki se je pojavljala zlasti v primerih zavrnitev prošenj, ki po oceni Upravnega sodišča niso bile očitno neutemeljene, se je v procesnem smislu izpostavilo eno temeljnih vprašanj, ki je dolgo časa bremenilo upravno-sodno prakso, in sicer, ali ima prosilec pravico, da je soočen z morebitnimi nekonsistentnostmi ali neskladji v svojih izjavah ali svojih izjavah v primerjavi z informacijami o stanju v izvorni državi.<sup>64</sup> Procesno dejanje sprejema prošnje za mednarodno zaščito bi lahko bilo skupaj z izjavo prosilca na podlagi postavljenih vprašanj uradne osebe bolj pomembno procesno dejanje, kot se kaže v praksi, zaradi možnosti učinkovitejšega vodenja postopka v primeru očitno neutemeljenih prošenj, saj z vidika prava EU še en intervju s prosilcem v smislu »osebnega razgovora« po zakonu o mednarodni zaščiti ne bi bil vsakič nujno potreben. Večji pomen bi izjava prosilca ob podaji prošnje za mednarodno zaščito lahko imela tudi zaradi obveznosti čimprejšnjega identificiranja prosilcev, ki so v položaju posebne ranljivosti. Po določilu 21. člena Direktive o sprejemu 2013/33/EU morajo države članice EU upoštevati poseben položaj ranljivih oseb, kot so mladoletniki, mladoletniki brez spremstva, invalidi, starejši ljudje, nosečnice, starši

<sup>63</sup> Procesna direktiva 2013/32/EU ne ureja procesnega dejanja izjave prosilca ob podaji prošnje za mednarodno zaščito poleg instituta osebnega razgovora.

<sup>64</sup> Več o tej procesni pravici glej razdelek 3.3.3.

samohranilci z mladoletnimi otroki, žrtve trgovine z ljudmi, osebe s hudimi boleznimi, osebe z motnjami v duševnem zdravju in osebe, ki so bile mučene, posiljene ali so bile podvržene drugim hudim oblikam psihološkega, fizičnega ali spolnega nasilja, kot so žrtve pohabljanja ženskih spolnih organov.<sup>65</sup> V ta namen morajo države po določbi člen 22(1) Direktive o sprejemu 2013/33/EU oceniti, ali gre za prosilca s posebnimi potrebami glede sprejema, in ta ocena se začne pripravljati v razumnem obdobju, potem ko je bila podana prošnja za mednarodno zaščito, ter jo je mogoče vključiti v obstoječe nacionalne postopke. Države članice zagotovijo, da se te posebne potrebe glede sprejema v skladu z določbami te direktive obravnavajo tudi, če se pokažejo v poznejši fazi azilnega postopka. To določilo sicer govori samo o posebnih potrebah glede sprejema, vendar pa so posebne potrebe oziroma ranljivosti prosilca relevantne tudi za ustrezno uporabo procesnih določb, ne samo glede zastopanja mladoletnika brez spremstva, ampak tudi glede načina sprejemanja izjav oziroma načina opravljanje osebnega razgovora na primer z žrtvijo nasilja.<sup>66</sup> V okvir te ocene o morebitni posebni ranljivosti spada tudi obveznost čimprejšnjega ugotavljanja prosilčeve mladoletnosti.<sup>67</sup> Določilo člena 24(2) Listine določa, da se morajo pri vseh ukrepih javnih organov ali zasebnih ustanov, ki se nanašajo na otroke, in v vseh fazah postopka upoštevati predvsem koristi otroka.<sup>68</sup> Ta določba v povezavi s členom 51(1) Listine EU potrjuje temeljni značaj otrokovih pravic, vključno z vrnitvijo državljanov tretjih držav, ki nezakonito prebivajo v državi članici.<sup>69</sup> Določilo člena 24(2) Listine EU ima vpliv tako na interpretacijo in uporabo procesnih določil kot materialnopравnih določil.<sup>70</sup> Relevanten čas starosti prosilca z vidika uporabe določila člena 24(2) Listine EU je čas vložitve prošnje za mednarodno zaščito, ne pa morebiti čas oziroma starost prosilca na dan, ko organ odloča oziroma ko sodišče razsoja v zadevi.<sup>71</sup>

---

<sup>65</sup> Glej tudi člen 13. in 14. ZMZ-1.

<sup>66</sup> Glej na primer člen 15(3)a in e Procesne direktive 2013/32/EU.

<sup>67</sup> V zvezi z metodami ugotavljanja starosti v postopkih, ki so lahko povezani z mednarodno zaščito, glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1630/2016 z dne 16. oktobra 2020, tč. 94-132; glej tudi: *Darboe and Camara v Italy*, št. 5797/17 z dne 21. julija. 2022, tč. 123-156.

<sup>68</sup> Glej na primer: *M. A.* (C-112/20) z dne 11. marca 2021, tč. 37; CRC, Committee's General Comment no. 14 (2013). Glede pravne metodologije o tem, kako oziroma kdaj v procesu interpretacije določenega pravnega vprašanja uporabiti določila člena 24(2) Listine EU, glej strukturo (metodologijo) interpretacij velikega senata Sodišča EU v zadevah: *SM* (C-129/18) z dne 26. marca 2019; *XXXX* (C-483/20) z dne 22. februarja 2022; *LW* (C-91/20) z dne 9. novembra 2021; *I. S.* (C-19/21) z dne, 1. avgusta 8. 2022; glej tudi sodbo velikega senata ESČP v zadevi *M. A. v Denmark*, št. 6697/18 z dne 9. julija 2021, tč. 133.

<sup>69</sup> *TQ* (C-441/19) z dne 14. januarja 2021, tč. 45, 54.

<sup>70</sup> O tem glej na primer sodbo Upravnega sodišča, št. I U 42/2012-16 z dne 15. februarja 2012, tč. 47-55.

<sup>71</sup> *A in S* (C-550/16) z dne 12. aprila 4. 2018, tč. 64; glej tudi: *LM* (C-402/19) z dne 30. septembra 2020, tč. 42; *Bundesrepublik Deutschland proti SE* (C-768/19) z dne 9. septembra 2021, tč. 42 in *B. M. M.* (C-133/19, C-136/19 in C-137/19) z dne 16. julija 2020, tč. 36-47 in tč. 48-58.



### 3.3. Pomen in standardi osebnega razgovora na prvi stopnji postopka: 'ključna faza' v postopku

Po stališču Sodišča EU je osebni razgovor s prosilcem za mednarodno zaščito 'temeljnega pomena' za zagotovitev, da se sekundarno pravo EU o mednarodni zaščiti dejansko uporablja popolnoma v skladu s primarnim pravom EU in Ženevsko konvencijo o status beguncev. Po stališču Sodišča EU izvedba osebnega razgovora namreč organu za presojo omogoča, da oceni poseben položaj prosilca in stopnjo njegove ranljivosti, prav tako pa organu omogoča, da se prepriča, da je bil prosilec pozvan k predložitvi vseh elementov, s katerimi bi bilo mogoče dokazati, da bi bil v primeru vrnitve preganjan, ali da bi bil žrtev resne škode, ali da bi bil izpostavljen nevarnosti, da bo obravnavan v nasprotju s tem členom 4 oziroma 19(2) Listine EU. Države članice lahko izjemo od pravila, da s prosilcem opravijo osebni razgovor, naredijo le v skladu s členom 42 Procesne direktive 2013/32/EU v primeru naknadne prošnje.<sup>72</sup>

Faza postopka pred pristojnim upravnim organom na prvi stopnji je po interpretaciji Sodišča EU »ključna faza« oziroma »bistvena faza skupnih postopkov«<sup>73</sup> in to se nanaša prav na procesno dejanje osebnega razgovora. Sodišče EU to povezuje s ciljem, da se že na prvi stopnji pravilno ugotovijo potrebe prosilca po mednarodni zaščiti.

#### 3.3.1. Posebne zahteve osebnega razgovora iz 15. člena procesne direktive 2013/32/EU

Sodišče EU je s sklicevanjem na Procesno direktivo 2013/32/EU izpostavilo, da ima upravni (ali parasodni organ) na prvi stopnji odločanja »posebna sredstva in za to specializirano osebje«.<sup>74</sup> Osebni razgovor pred upravnim organom se namreč opravi v razmerah zaupnosti; uradna oseba mora biti usposobljena, da upošteva vse specifične okoliščine pri prosilcu, vključno s kulturnim poreklom, spolom, spolno usmerjenostjo ali ranljivostjo prosilca. Primerljive zahteve veljajo tudi za tolmača, ki razgovor prevaja v jezik, ki ga prosilec razume, in se v njem lahko jasno sporazumeva.<sup>75</sup>

Zato je Sodišče EU že izpeljalo interpretacijo, da sodišče države članice EU v sodnem postopku sicer lahko popravi določeno procesno napako pristojnega upravnega organa na prvi stopnji odločanja, to je na primer, da tožnika zasliši, če ta ni dobil možnosti, da se izjavi pred upravnim organom. Vendar pa je to dopustno pod pogojem, da je tudi zaslišanje pred sodiščem možno izvesti ob spoštovanju vseh posebnih zahtev iz 15. člena Procesne direktive 2013/32/EU.<sup>76</sup> Načelo naravnega sodnika, ki velja tudi v ustavnem redu Republike Slovenije, predstavlja oviro za to možnost in je zato v do-

<sup>72</sup> Glej *Addis* (C- 517/17) z dne 16. julija 2020, tč. 54-55, 59, glej tudi: člen 14 Procesne direktive 2013/32/EU. O pomenu osebnega razgovora v primeru mladoletnega prosilca za mednarodno zaščito z vidika ustavnega načela varovanja otrokovih koristi glej odločbo US RS, št. Up-748/16 z dne 25. aprila 2018.

<sup>73</sup> *Alheto* (C-585/16), tč. 103, 116; *Torubarov* (C-556/17), tč. 64; *Komisija proti Madžarski* (C-808/18), tč. 99.

<sup>74</sup> *Addis* (C-517/17), tč 60-61, 66.

<sup>75</sup> Člen 15 Procesne direktive 2013/32/EU; člen 37 ZMZ-1.

<sup>76</sup> *Addis* (C-517/17), tč. 72.



ločenih primerih treba vrniti zadevo upravnemu organu v ponovno odločanje, da se zavarujejo temeljni pomen in posebne zahteve za opravljanje osebnega razgovora s prosilcem.<sup>77</sup>

### 3.3.2. **Dolžnost države, da v sodelovanju s prosilcem obravnava ustrezne elemente prošnje**

Poleg posebnih zahtev iz 15. člena Procesne direktive 2013/32/EU, ob upoštevanju katerih naj se izvaja osebni razgovor, je druga temeljna značilnost osebnega razgovora dolžnost države, da v sodelovanju s prosilcem obravnava ustrezne elemente prošnje.

Določbo v zakonu o mednarodni zaščiti, po kateri »mora prosilec navesti vsa dejstva in okoliščine, ki utemeljujejo njegov strah pred preganjanjem ali resno škodo«,<sup>78</sup> je namreč treba razumeti, razlagati in uporabljati v povezavi z določbo člena 4(1) Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU, ki v določbi prvega stavka pravi nekoliko drugače, in sicer da države članice »lahko naložijo prosilcu dolžnost, da čim prej predloži vse potrebne elemente za utemeljitev prošnje za mednarodno zaščito«. Poleg tega pa drugi stavek člena 4(1) Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU določa, da je »dolžnost države članice, da v sodelovanju s prosilcem obravnava ustrezne elemente prošnje«. Ta drugi stavek v obravnavanem določilu je ena najpomembnejših določb v procesnem smislu, ki pa je slovenski zakonodajalec ni prenesel v notranji pravni red. Logika te določbe je v tem, da je mogoče od prosilca realno pričakovati, da bo lahko predložil vse elemente za utemeljitev prošnje, ki so mu dostopni, pod pogojem, da mu uradna oseba v osebni razgovoru postavi vsa potrebna pravno relevantna (pod)vprašanja, saj prosilec sicer lahko (tudi samoiniciativno) opiše svoj strah pred vrnitvijo; ne more pa vedeti, kdo je lahko subjekt preganjanja v njegovi izvorni državi, kdo je lahko subjekt notranje zaščite, katere okoliščine so pravno pomembne z vidika posameznega razloga za preganjanje, kot je pripadnost določeni družbeni skupini ali na primer politično prepričanje, in tudi ne more vedeti, katere okoliščine so pravno relevantne z vidika intenzivnosti dejanja preganjanja ali resne škode. Poleg tega je zaradi velikih razlik v socialno-kulturnem in varnostno-političnem okolju med Slovenijo in izvorno državo prosilca za mednarodno zaščito možno, da ne samo zaradi prevajanja, ampak tudi ob odličnem prevajanju pride do nezaželenih, a pomembnih nesporazumov med uradno osebo in prosilcem tekom osebnega razgovora, ki pa imajo lahko velike posledice za prosilca, če uradna oseba, ki vodi postopek, ne preveri določenih dejstev v zadovoljivi meri oziroma jih ne razčisti tekom osebnega razgovora.<sup>79</sup> V ta kontekst sodi stališče Sodišča EU, da v primeru, če so informacije, ki jih je predložil prosilec, nepopolne, če niso posodobljene ali upoštevne, iz člena 4(1) Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU izhaja, da mora zadevna država članica »aktivno sodelovati s prosilcem, da se zberejo vse in-

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, tč. 73.

<sup>78</sup> Prvi odstavek 21. člena ZMZ-1.

<sup>79</sup> Zakonodajalec EU je na primer izrecno predpisal, da mora imeti osebje, ki obravnava prošnje in odloča, možnost, da se po potrebi o posameznih vprašanjih, kot so vprašanja, povezana z zdravjem, kulturo, vero, otroki, spolom, posvetuje s strokovnjaki (člen 10(3)d Procesne direktive 2013/32/EU).

formacije, ki so potrebne« za obravnavo prošnje.<sup>80</sup> Mora mu omogočiti, da se »celostno in skladno izjavi o dejstvih, s katerimi bi lahko utemeljil svojo prošnjo.«<sup>81</sup>

Ker Ministrstvo za notranje zadeve določbo prvega odstavka 21. člena v ZMZ-1 v praksi, tudi še v letu 2022, razlaga ob nepravilnem sklicevanju na stališča Vrhovnega sodišča iz leta 2016 in 2017,<sup>82</sup> to povzroča nepotrebno podaljševanje postopkov, slabo pravno varnost in kakovost odločanja. Ministrstvo za notranje zadeve se namreč sklicuje na to, da iz omenjenih sodnih odločb Vrhovnega sodišča izhaja, da »sta vsebina in širina upoštevanih okoliščin, ki jih ugotavlja pristojni organ, definirani s prosilčevimi navedbami, saj je obseg presoje vezan na trditveno podlago«. To stališče namreč drži pod pogojem, da je uradna oseba v ugotovitvenem postopku v zadostni meri izpolnila obveznost sodelovanja s prosilcem v tem smislu, da mu je postavila vsa pravno relevantna (pod)vprašanja in da je v sodelovanju s prosilcem razčistila dejansko stanje, za kar je dostikrat potrebno ugotavljanje stanja v izvorni državi po uradni dolžnosti, zelo konkretno razčiščevanje dejstev in odpravljanje morebitnih nesporazumov s prosilcem. Zato je določba o »sodelovanju države« s prosilcem tako ključna za kakovostno in učinkovito odločanje in razsojanje v zadevah mednarodne zaščite.

To sodelovanje ima seveda svoje meje, ki jih je dovolj jasno načrtalo Sodišče EU z interpretacijo v zadevi *M.* iz leta 2012.

Obravnavanje dejstev in okoliščin v upravnem postopku dejansko poteka »na dveh ločenih stopnjah«. T. i. »prva stopnja« obravnavanja dejstev in okoliščin se nanaša na ugotovitev dejanskih okoliščin, ki lahko pomenijo dokaze v utemeljitev prošnje. Druga stopnja pa se nanaša na pravno presojo teh dokazov, v okviru katere se na podlagi dejstev, ki so značilna za obravnavano zadevo, ugotovi, ali so izpolnjeni vsebinski pogoji za priznanje mednarodne zaščite. V skladu s členom 4(1) Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU mora država članica kljub temu, da mora običajno prosilec predložiti vse dokaze, potrebne za utemeljitev njegove prošnje, s tem prosilcem »sodelovati«, ko obravnava upoštevne elemente te prošnje. Ta zahteva po sodelovanju države članice s prosilcem zato dejansko pomeni, da če dokazi, ki jih predloži prosilec za mednarodno zaščito, iz kateregakoli razloga niso celoviti, ažurni ali upoštevni, mora zadevna država članica na tej stopnji postopka s prosilcem aktivno sodelovati, da omogoči, da se zberejo vsi dokazi, ki podpirajo prošnjo. Poleg tega lahko država članica do nekaterih vrst dokumentov lažje dostopa kot prosilec.<sup>83</sup> Omenjeno sodelovanje med pristojnim organom in prosilcem se torej nanaša le na »prvo stopnjo« obravnavanja dejstev in okoliščin. Ta se nanaša na ugotovitev dejstev in okoliščin, ki lahko pomenijo dokaze, s katerimi je mogoče utemeljiti prošnjo za azil. Medtem ko je za obravnavanje »na drugi stopnji«, ki se nanaša na presojo posledic, o katerih je treba sklepati iz dokazov, predloženih v utemeljitev prošnje, in sicer tako, da se ugotovi, ali ti dokazi dejansko

<sup>80</sup> *M.* (C-560/14), tč. 48.

<sup>81</sup> *Ibid.*, tč. 51.

<sup>82</sup> Glej sodne odločbe Vrhovnega sodišča, št. I Up 41/2016 z dne 2. marca 2016 in št. I Up 322/2016 z dne 22. februarja 2017.

<sup>83</sup> *M.* (C-277/11), tč. 64-67; člen 10(3)a do Procesne direktive 2013/32/EU.

izpolnjujejo potrebne pogoje za priznanje mednarodne zaščite, za katero se zaprosi, odgovoren le pristojni nacionalni organ, tako da je zahteva za sodelovanje tega organa s prosilcem na tej stopnji postopka neupoštevna.<sup>84</sup>

### 3.3.3. Pravica do izjave kot sestavni del pravice do obrambe

Pravica do obrambe pripada naslovníku upravnega odločanja, to je prosilcu za mednarodno zaščito, in na drugi strani nalaga določene obveznosti upravnim organom držav članic EU. Vendar pa je Sodišče EU sestavne dele pravice do obrambe v upravnem postopku vključilo tudi med standarde pravice do izjave oziroma obrambe v sodnem postopku v zvezi z mednarodno zaščito. Sodišče EU je namreč že potrdilo, da je pravica do obrambe tudi del načela učinkovitega sodnega varstva iz 47. člena Listine EU o temeljnih pravicah.<sup>85</sup> Zato so v tem razdelku navedeni standardi pravice do obrambe *mutatis mutandis* relevantni tudi za sodni postopek.<sup>86</sup>

Pravica do izjave je določena s 47., 48. in 41. členom Listine EU. Je sestavni del pravice do obrambe, ki je temeljno načelo prava EU. Pravica do obrambe torej zajema pravico do izjave v vsakem postopku oziroma gre za pravico, da se oseba izjasni, da ustrezno in učinkovito poda svoje stališče pred sprejetjem kakršnegakoli ukrepa, odločbe, ki ga prizadene, ali ki bi lahko negativno vplivala na njegove interese.<sup>87</sup> Namen te pravice je tudi v tem, da se pristojnemu organu omogoči, da »ustrezno upošteva celoto upoštevnih elementov« in da oseba popravi napako ali uveljavlja dejstva v zvezi z njenim osebnim položajem, ki utemeljujejo sprejetje ali nesprejetje odločbe ali njeno določeno vsebino.<sup>88</sup> Upravni organ mora ustrezno upoštevati pripombe zadevne osebe in pri tem skrbno in nepristransko preučiti vse upoštevne elemente in svojo odločbo podrobno obrazložiti.<sup>89</sup> To so splošni standardi glede pravice do izjave kot sestavnega dela pravice do obrambe.<sup>90</sup> Spoštovanje splošnih standardov pravice do izjave je treba zagotoviti, četudi morebiti zakonodaja, ki se uporablja, ne določa izrecno postopkovne zahteve glede pravice do izjave oziroma obrambe.<sup>91</sup> Ti splošni standardi pravice do izjave in obrambe na področju mednarodne zaščite so bili pred zadevo *Boudjlida* vzpostavljeni že s sodbo Sodišča EU v zadevi *M* z dne 22. 11. 2012.<sup>92</sup>

Spoštovanje pravice do obrambe pa ni absolutno, ampak so dovoljene določene

---

<sup>84</sup> *M.* (C-277/11), tč. 68-70. Na tej točki je mogoče zaznati razliko med stališčem ESČP in Sodiščem EU, kajti ESČP v sodbi velikega senata v zadevi *J. K. and others v. Sweden* (št. 59166/12 z dne 4. junija 6. 2015, tč. 96) pravi, da prosilec in pristojni organ skupaj ugotavljata in ocenjujeta dejstva. Vendar menim, da ESČP dejansko ni imelo v mislih nekaj drugega glede obravnavanega sodelovanja kot Sodišče EU v zgoraj citirani zadevi *M*.

<sup>85</sup> *Moussa Sacko* (C-348/16), tč. 31-49.

<sup>86</sup> Glej razdelek 5.5.1. o pravici tožnika do zaslišanja na glavni obravnavi v sodnem postopku.

<sup>87</sup> *Boudjlida* (C-249/13), tč. 30-36.

<sup>88</sup> *Ibid.*, tč. 37.

<sup>89</sup> *Ibid.*, tč. 38.

<sup>90</sup> *Ibid.*, tč. 44.

<sup>91</sup> *Ibid.*, tč. 39.

<sup>92</sup> Glej: *M.* (C-277/11), tč. 82-89.

omejitve, če omejitve dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa in če glede na zastavljeni cilj ne pomenijo pretiranega in nesprejemljivega posega, ki bi ogrožal samo bistvo tako zagotovljenih pravic.<sup>93</sup> Na tej točki, ko gre za vprašanje dopustnih omejitev pravice do izjave in obrambe, pa lahko prihaja do pomembnih razlik v vsebini, kakovosti oziroma specifičnih garancijah pravice do izjave. Kajti omejitve pravice do izjave je treba presoјati v povezavi s specifičnostjo upravnega odločanja oziroma področja, na katerega se predmetna vloga oziroma zadeva nanaša.<sup>94</sup> V zvezi s temi omejitvami lahko pride do pomembnih razlik, ki na primer veljajo v postopku vračanja tujca, ki mu je že pravnomočno zavrjnena prošnja za mednarodno zaščito in je v postopku vrnitve, in omejitvami pravice do izjave, ki veljajo v postopku odločanja o prošnji za mednarodno zaščito. Pravica do izjave v zvezi s postopkom vračanja pravnomočno zavrjenega prosilca za mednarodno zaščito je namreč omejena z legitimnim ciljem učinkovitega vračanja nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav v njihovo izvorno državo, medtem ko cilj postopka odločanja o prošnji za mednarodno zaščito ni čim bolj učinkovito vračanje (nezakonito prebivajočih) državljanov tretjih držav. Tako je na primer za postopek vračanja tujca, ki nezakonito biva na ozemlju države članice EU, značilno, da omejitve pravice do izjave upoštevajo ožji krog okoliščin kot omejitve v zvezi s pravico do izjave v postopku mednarodne zaščite. V prvem primeru morajo omejitve upoštevati predvsem načelo nevračanja, koristi otroka, združevanje družine, zdravstveno stanje,<sup>95</sup> medtem ko morajo omejitve pravice do izjave v postopku mednarodne zaščite upoštevati širši krog pravno relevantnih okoliščin, ker so predmet spora pogoji za status begunca ali subsidiarne zaščite. Tako je na primer za omejitev pravice do izjave v postopku vračanja nezakonito prebivajočega državljana tretje države Sodišče EU negativno odgovorilo na vprašanje, ali mora nacionalni organ dejstva, ki se očitajo tujcu in na podlagi katerih namerava pristojni organ sprejeti odločbo, predhodno posredovati tujcu in mu določiti dovolj dolg rok za razmislek za pripravo na zaslišanje in pravico do pomoči svetovalca po lastni izbiri pri zaslišanju.<sup>96</sup> Na tej točki je Sodišče EU že prešlo iz razlage pravice do izjave na ravni primarnega prava EU na raven sekundarnega prava in je iz Direktive o vračanju 2008/115 izpeljalo, da direktiva takega kontradiktornega postopka ne določa, ali je imel tujec možnost ustrezno in učinkovito podati svoje stališče glede nezakonitosti svojega prebivanja in razloge za to, da pristojni organ ne izda odločbe o vrnitvi.<sup>97</sup> Vendar pa je glede tega Sodišče

<sup>93</sup> *Boudjlida* (C-249/13), tč. 43.

<sup>94</sup> *M.* (C-560/14), tč. 33. V tej sodbi (*ibid.*, tč. 55) je Sodišče EU na podlagi takrat veljavnega sekundarnega prava EU prišlo do sklepa, da pravica do izjave ne vsebuje pravice prosilca za subsidiarno zaščito, da na morebitnem ustnem razgovoru v okviru obravnavanja njegove prošnje pred pristojnim upravnim organom predlaga in zaslišuje priče.

<sup>95</sup> Glej: *Boudjlida* (C-249/13), tč. 48.

<sup>96</sup> Enak standard pravice do izjave je Sodišče EU vzpostavilo tudi v zadevi mednarodne zaščite, ko je zavzelo stališče, da preden sprejme negativno odločbo organ, ki je pristojen za odločanje o prošnji za mednarodno zaščito, ni dolžan obvestiti prosilca o elementih, s katerimi namerava utemeljiti odločbo, da bi sprejel pripombe zadevne osebe v zvezi s tem (*M.* (C-277/11), tč. 60). Glej tudi razdelek 3.3.2.

<sup>97</sup> *Boudjlida* (C-249/13), tč. 52-55.

EU vzpostavilo izjemo v primerih, kadar tujec »ni mogel razumno domnevati, katera dejstva so mu očitana, ali kadar je bil objektivno v takem položaju, da nanje ni mogel odgovoriti brez nekaterih preverjanj ali postopkov, zlasti z namenom pridobitve potrdil«. <sup>98</sup> Ker se omejitve pravice do izjave v postopkih vračanja vežejo na krog pravno zavarovanih dobrin, kot so prepoved nečloveškega ravnanja, koristi otrok, varstvo družinskega življenja, zdravstveno stanje, kar je ožje od pravno zavarovanih dobrin v postopku odločanja o prošnji za mednarodno zaščito, je razumno sklepati, da omenjena izjema, ko je treba dejstva, ki se očitajo tujcu in na podlagi katerih namerava pristojni organ sprejeti odločbo, predhodno posredovati prosilcu za mednarodno zaščito, da nanje odgovori in da lahko relevantna dejstva preveri. Zato je treba takšne elemente predočiti prosilcu za mednarodno zaščito v okviru osebnega razgovora ali pa pisno. Ta postopkovna garancija se kot sestavni del pravice do izjave oziroma obrambe odraža v specialni določbi 16. člena Procesne direktive 2013/32/EU, po kateri organ za presojo »med osebnim razgovorom zagotovi, da se da prosilcu ustrezna možnost predstavitve elementov, potrebnih za čim popolnejšo utemeljitev prošnje. To vključuje možnost podati pojasnilo glede elementov, ki morda manjkajo, in/ali morebitne neskladnosti ali nasprotja v izjavah prosilca«. Takšne določbe Direktiva o vračanju 2008/115 nima.

V številnih zadevah je Upravno sodišče izpeljalo interpretacijo, da ta procesna garancija zajema tako morebitna neskladja ali nekonsistentnosti med posamičnimi izjavami prosilca (na primer znotraj posamične izjave ali v primerjavi med izjavo ob podaji prošnje in osebnim razgovorom) kakor tudi med izjavami prosilca in informacijami o stanju v izvorni državi, bodisi tistih, ki jih je predložil prosilec oziroma njegov pooblaščenec, bodisi tistih informacij, ki jih je pridobil organ po uradni dolžnosti. V metodološkem smislu je Upravno sodišče pri tem izhajalo iz pravice do obrambe in izjave kot splošnega načela znotraj prava EU na ravni primarnega prava ter iz primerljive sodne prakse ESČP in je šele na tej podlagi pristopilo k razlagi določila 16. člena Procesne direktive 2013/32/EU<sup>99</sup> v povezavi z določilom člena 4(1) Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU. V določeni fazi razvoja upravno-sodne prakse v Sloveniji je prišlo do razlike med interpretacijo Upravnega sodišča v primerjavi z interpretacijo Vrhovnega sodišča tega istega procesnega vprašanja, ker se je Vrhovno sodišče za razliko od Upravnega sodišča oprlo zgolj na jezikovno razlago določbe 16. člena Procesne direktive 2013/32/EU, da ima prosilec pravico do soočenja z nekonsistentnostmi samo, če gre za nekonsistentnosti znotraj njegovih izjav, ne pa tudi v primeru nekonsistentnosti med njegovimi izjavami in informacijami o stanju v izvorni državi, in na stališče v zvezi z določilom 4(1) člen Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU, da se predmetno vprašanje nanaša že na t. i. drugo fazo v ugotavljanju dejstev in okoliščin po sodbi Sodišča EU v zadevi *M.* iz leta 2012,<sup>100</sup> ko gre za suvereno dokazno oceno pristojnega organa in ne več za sodeloval-

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, tč. 56.

<sup>99</sup> Sodba Upravnega sodišča, št. I U 433/2016-12 z dne 24. avgusta 2016.

<sup>100</sup> O tem glej razdelek 3.3.2.

no dolžnost in da zato ne gre za okvir garancij glede pravice do izjave in obrambe.<sup>101</sup> Zanimivo je, da sta bili obe slovenski sodišči zadržani do uporabe splošne določbe iz določila pete točke tretjega odstavka 146. člena ZUP. Po tej določbi mora uradna oseba, ki vodi postopek, stranki na ustni obravnavi ali izven ustne obravnave pisno oziroma ustno na zapisniku omogočiti, da se seznanj z uspehom dokazovanja ter da se o tem izreče.<sup>102</sup> Očitno sta tako Upravno sodišče kot tudi Vrhovno sodišče menili, da pri tem vprašanju oziroma vidiku pravice do izjave (obrambe) države članice EU nimata procesne avtonomije. Zaradi določbe pete točke tretjega odstavka 146. člena ZUP, ki sicer v domačem pravu daje pravico stranki, da je seznanjena z uspehom dokazovanja zato, da se lahko o tem izreče pred izdajo odločbe, velja omeniti, da ima tudi Procesna direktiva 2013/32/EU t. i. klavzulo ugodnejših določb. Procesna direktiva 2013/32/EU namreč dovoljuje, da države članice lahko sprejmejo ali ohranijo ugodnejše standarde v zvezi s postopki za priznanje ali odvzem mednarodne zaščite, če so ti standardi združljivi s to direktivo. Ugodnejši standardi pa so združljivi z direktivo, če je ugodnejši standard povezan z logiko (procesnega) obravnavanja prošelj oziroma s splošno sistematiko direktive.<sup>103</sup> Logika oziroma splošna sistematika direktive pa je, da uradna oseba potrebuje možnost razjasnitve nekonsistentnosti s strani prosilca zaradi nujnosti izogibanja morebitnih nesporazumov, ki izvirajo iz prevajanja in nepoznanjih specifičnosti socialno-kulturnih in varnostno-političnih razmer, v katerih je živel prosilec, oziroma ki jih je mogoče pričakovati v izvorni državi v času odločanja o prošnji, in s tem v zvezi možne napačne uporabe stereotipov pri ocenjevanju dejstev in okoliščin s strani uradne osebe.<sup>104</sup> Zaradi vsega navedenega bi bila v situacijah, ko prosilec nima očitno neutemeljenega zahtevka glede varstva pred prepovedjo nečloveškega ravnanja, odtegnitev pravice prosilca, da je soočen z nekonsistentnostmi ali neskladji v njegovih izjavah ali v njegovih izjavah v primerjavi z informacijami o stanju v izvorni državi, nesorazmerna omejitev pravice do izjave v smislu prvega odstavka 52. člena Listine EU in v takem primeru lahko prizadene »bistveno vsebino« pravice do obrambe.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> Glej sodbe Vrhovnega sodišča, št. I Up 283/2016 z dne 3. novembra 2016, tč. 26-31; št. I Up 208/2016 z dne 1. februarja 2017, tč. 10; št. I Up 96/2018 z dne 20. junija 2018, tč. 17. Natančneje o metodološkem pristopu k reševanju tega procesnega vprašanja, ki mora temeljiti na načelih uporabe in metodah razlage prava EU, vključno s primarnim pravom EU, glej: Zalar, B.: »Does Asylum Seeker Have a Right to Be Confronted with Inconsistencies or Implausibilities in his Submissions before a Decision is Taken: A Methodological Approach«, ERA Forum, 21, 4, January 2021, str. 605-624.

<sup>102</sup> Vrhovno sodišče je šlo v eni zadevi pri razlagi uporabe te določbe do točke, da je postavilo, da ima prosilec to pravico le, če izrecno zahteva njeno uveljavitev (št. I Up 262/2017 z dne 17. januarja 2018, tč. 15).

<sup>103</sup> Glej mutatis mutandis: *M'Bodj* (C-542/13), tč. 44-46; *LW* (C-91/20), tč. 38-41.

<sup>104</sup> Glej določili členov 10(3)d, 15(3)a Procesne direktive 2013/32/EU ter sodbo Sodišča EU v zadevi *A, B in C* (C-148/13, C-149/13, C-150/13) z dne 2. decembra 2014, tč. 60-62.

<sup>105</sup> Prvi odstavek 52. člena Listine EU. O različnih načinih sodnega razlogovanja pomena tolmačenja tujih listin, ki jih predloži v upravnem postopku prosilec v dokaz svojih trditev, in pomena »izvajanja dokazov« glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1558/2018-44 z dne 28. marca 2019, tč. 116-146 v primerjavi s sklepom Vrhovnega sodišča, št. I Up 96/2018 z dne 20. junija 2018, tč. 10-22 (glej tudi: št. I Up 174/2019 z dne 12. novembra 2019, tč. 10).



### 3.4. Splošno o dokaznem bremenu in dokazovanju

Najbolj temeljna oziroma splošna pravila in standardi dokazovanja v azilnih zadevah so naslednji:

- a) Če tujec nima očitno neutemeljenega zahtevka<sup>106</sup> in v zvezi s tem tveganja za morebitno kršitev prepovedi nečloveškega ravnanja, na kar se v zadevah mednarodne zaščite navezuje pravna opredelitev dejanj preganjanja iz 9. člena Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU v zvezi s statusom begunca in opredelitve resne škode iz 15. člena Kvalifikacijske direktive 2011/95 v zvezi s subsidiarno zaščito, mora biti presoja pogojev za mednarodno zaščito s strani pristojnega organa (in sodišča) stroga oziroma rigorozna.<sup>107</sup> Vendar je treba ob tem poudariti, da je absolutno zavarovana samo pravica do prepovedi nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanju ter mučenja iz 4. člena (ali člena 19(2)) Listine EU,<sup>108</sup> ki kot taka še ne daje nobenih drugih pravic, razen te, da oseba ne sme biti odstranjena oziroma vrnjena v državo, kjer obstoji navedena nevarnost.<sup>109</sup> V pravico do prepovedi nečloveškega ravnanja torej pod nobenim pogojem ni dopustno poseči in je zato ni dopustno omejevati z načelom sorazmernosti; medtem ko pravica do statusa begunca (ki daje številne socialne in druge pravice), v okviru katerega se intenzivnost dejanj preganjanja veže na opredelitev nečloveškega ravnanja iz 4. člena Listine EU oziroma 3. člena EKČP, niti pravica do subsidiarne zaščite, ki ravno tako tujcu daje določene socialne in druge pravice, in v okviru katere se resna škoda ravno tako navezuje na opredelitev nečloveškega ravnanja, nista absolutni pravici, saj je tujec lahko izključen iz statusa begunca ali subsidiarne zaščite.<sup>110</sup> Po interpretaciji Sodišča EU v zadevi *H. N.* glede na to, »da ni nujno, da prosilec za mednarodno zaščito lahko oceni, na katero vrsto zaščite se navezuje njegova prošnja, in da poleg tega status begunca zagotavlja širšo zaščito od tiste, ki jo daje subsidiarna zaščita, mora načeloma pristojni organ ugotoviti najprimernejši status glede na položaj tega prosilca.«<sup>111</sup>
- b) Stroga ocena oziroma presoja tveganja velja za vse vrste upravnih odločitev, ne glede na to, ali gre za odločanje o prošnji za mednarodno zaščito, za deportacijo,

---

<sup>106</sup> *B* (C-233/19) z dne 30. septembra 2020, tč. 63-66; glej tudi: *Soering v. the United Kingdom*, št. 14038/88 z dne, 7. julija 1989, tč. 85, 117; *M. A. and others v Lithuania*, tč. 66, 83; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, tč. 136; *L. M. and others v. Russia*, tč. 104.

<sup>107</sup> *Soering v. the United Kingdom*, tč. 91; *Paposhvili v. Belgium*, št. 41738/10 z dne, 13. decembra. 2016, tč. 187; *J. K. and others v. Sweden*, št. 59166/12 z dne, 23. avgusta 2016, tč. 86; odločba US RS, št. Up-763/09-19 z dne 17. septembra 2009, tč. 7. Standardu stroge (rigorozne) presoje z vidika prakse ESČP nekako odgovarja standard popolne in ex nunc presoje pogojev za mednarodno zaščito iz člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU; glej razdelek 5.5. Ustavno sodišče v novejši sodni praksi vzpostavlja standard 'podrobne in natančne' presoje (št. U-I-59/17-27 z dne 18. septembra 2019, tč. 31).

<sup>108</sup> *Soering v. the U.K.*, tč. 88; *J.K. and others v. Sweden*, tč. 80, 90; *C. K. and others v. Slovenia* (C-578/16 PPU), tč. 59; *M and X. X.* (C- 391/16, C-77/17), tč. 94; odločba US RS, št. U-I-59/17-27 z dne 18. septembra 2019, tč. 29.

<sup>109</sup> Z vidika varstva zgolj pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja iz 4. člena Listine EU za obveznost stroge ocene tveganja niti ni treba, da je tujec podal namero za mednarodno zaščito.

<sup>110</sup> O posledicah izključitve iz statusa begunca in subsidiarne zaščite glej razdelek 4.1.

<sup>111</sup> *H. N.*, (C-604/12) z dne 8. maja 2014, tč. 34.



odstranitev, vrnitev, izročitev ali premestitev v drugo državo članico,<sup>112</sup> in za vse vrste postopkov, kot so na primer: pospešeni postopek,<sup>113</sup> postopek na zahtevo za ponovno uvedbo postopka,<sup>114</sup> mejni postopek, uporaba koncepta varne tretje države,<sup>115</sup> ki posredno ali neposredno vodi k vrnitvi,<sup>116</sup> in ne glede na to, ali je tujec vstopil v državo na nezakonit način oziroma brez ustreznih dovoljenj.<sup>117</sup>

- c) Pristojni organ je dolžan vzeti v obzir predvidljive posledice morebitne vrnitve prosilca v državo izvora v smislu splošne situacije v državi izvora in osebnih okoliščin prosilca.<sup>118</sup>
- d) Stroga ocena tveganja nujno zahteva pridobitev in uporabo informacij o stanju v izvorni državi oziroma v državi vračanja,<sup>119</sup> če je treba, tudi po uradni dolžnosti.<sup>120</sup> Pri uporabi informacij o stanju v izvorni državi oziroma državi vračanja je treba upoštevati izvor informacij, neodvisnost vira, verodostojnost vira, objektivnost, ugled avtorja zbranih informacij, metodologijo ugotavljanja dejstev s strani vira informacij, ujemanje podatkov oziroma dejstev s poročili iz različnih virov.<sup>121</sup> Poseben pomen pri tem imajo poročila Agencije EU za azil (EUAA) in UNHCR ter mednarodnih organizacij za človekove pravice.<sup>122</sup> Diplomatska zagotovila, da prosilec ne bo podvržen nečloveškemu ravnanju, imajo pri tem omejeno dokazno vrednost.<sup>123</sup>
- e) Načeloma je prosilec tisti, ki mora utemeljiti in po možnosti predložiti dokaze oziroma elemente, kolikor je to praktično v njegovi moči, in sicer o tem, da »obstajajo utemeljeni razlogi za prepričanje, da bi bil prosilec izpostavljen resnični nevarnosti« preganjanja oziroma da mu preganjanje ali resna škoda »resno grozi«<sup>124</sup> glede

<sup>112</sup> *Khlaifia and others v. Italy*, tč. 243; *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, tč. 174; *N. D. and N. T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15, tč. 184-187; *M. S. S. v. Belgium and Greece*, št. 30696/09, tč. 338 -343.

<sup>113</sup> *A. C. and others v. Spain*, št. 6528/11 z dne 24. aprila 2014, tč. 100-102.

<sup>114</sup> *M. D. and M. A. v. Belgium*, št. 58689/12 z dne 19. januarja 2016, tč. 66.

<sup>115</sup> *Ilias and Ahmed v. Hungary*, št. 47287/15, tč. 128, 130; glej tudi: *Singh and others v. Belgium*, št. 33210/11 z dne 2. oktobra 2012; odločba US RS, št. U-I-59/17-27 z dne 18. septembra 2019, tč. 38.

<sup>116</sup> *M. A. and others v. Lithuania*, št. 59793/17, tč. 104; *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, tč. 146-147.

<sup>117</sup> *N. D. and N. T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15, tč. 174-179,

<sup>118</sup> *Soering v. the United Kingdom*, tč. 90; *M.S. v. Slovakia and Ukraine*, št. 17189/11 z dne 11. junija 2020, tč. 115; *F. G. v. Sweden*, št. 43611/11 z dne 23. marca 2016, tč. 115; *J. K. and others v. Sweden*, tč. 83.

<sup>119</sup> *J. K. and others v. Sweden*, tč. 79; *M. K. and others v. Poland*, št. 40503/17, 42902/17 in 43643/17 z dne 23. junija 2020, tč. 169.

<sup>120</sup> *Soering v. the United Kingdom*, tč. 91; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, št. 46827/99 z dne 4. februarja 2005, tč. 67; *J. K. and others v. Sweden*, tč. 87-90; *N. A. v. Finland*, št. 25244/18 z dne 19. novembra 2019, tč. 74; glej tudi odločbo US RS, št. U-I-292/09-9, št. Up-1427/09-16 z dne 20. oktobra 2011, tč. 18.

<sup>121</sup> *J. K. and others v. Sweden*, tč. 88-89.

<sup>122</sup> Glej na primer člen 10(3)b Procesne direktive 2013/32/EU.

<sup>123</sup> O tem glej na primer: *Chahal v. the United Kingdom*, št. 22414/93 z dne 15. novembra 1996; *Saadi v. Italy*, št. 37201/06 z dne 28. februarja 2008; *A. N. and others v. Russia*, št. 61689/16 z dne 23. oktobra 2018; *Saidani v. Germany*, št. 17675/18 z dne 4. septembra 2018; *X. v. Sweden*, št. 36417/16 z dne 9. januarja 2018, tč. 60; *X. v. the Netherlands*, št. 14319/17 z dne 10. julija 2018.

<sup>124</sup> *N. S. in M. E. (C-411/10, C-493/10)*, tč. 94; *YZ (C-71/11, C-99/11)* z dne 5. septembra 2012, tč. 72, 80; *F. G. v. Sweden*, tč. 11; natančneje o tem dokaznem standardu glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1276/2019-19 z dne 13. maja 2020, tč. 64-65. Ustavno sodišče ta dokazni standard prevaja kot izkazanost »tehtnih razlogov, ki utemeljujejo sklep o obstoju resnične nevarnosti,« da bo oseba izpostavljena omenjenim tveganjem (št. U-I-292/09-9, Up-1427/09-16 z dne 20. oktobra 2011, tč. 12; primerjaj z odločbo US RS, št. U-I-59/17-27 z dne 18. septembra 2019, tč. 26, 30).

na to, da je edino on tisti, ki lahko poda informacije glede njegovih osebnih okoliščin.<sup>125</sup> To pomeni, da mu ni treba dokazati, da je bolj verjetno kot ne,<sup>126</sup> da bo preganjan ali da bo žrtev resne škode oziroma da ga subjekti zaščite ne bodo mogli ali hoteli zaščititi. Kadar prosilec to dokazno breme izpolni, je na organu, ki odloča o prošnji, da odvrne vsakršen dvom o zatrjevanem preganjanju ali resni škodi.<sup>127</sup>

- f) Za razliko od dokaznega bremena glede individualnih okoliščin v zvezi z utemeljenim strahom pred preganjanjem ali resno škodo je breme dokazovanja glede splošne situacije in okoliščin v državi izvora na pristojnem organu, saj ima ta lažji dostop do relevantnih informacij o stanju v državi in ima v zvezi s tem obveznost, da dejstva ugotovi tudi *proprio motu*,<sup>128</sup> seveda pa pri tem prosilca ne sme izpostaviti morebitni dodatni nevarnosti za preganjanje ali resno škodo.<sup>129</sup>
- g) V prejšnji točki omenjena obveznost pristojnega organa v povezavi s konceptom sodelovanja med uradno osebo, ki izvaja osebni razgovor, in prosilcem pomeni tudi, da pri ocenjevanju tveganja za preganjanje ali resno škodo pristojni organ ni nujno vezan in omejen na tista dejstva, ki jih navede prosilec, če so relevantna dejstva prosto dostopna in bi jih organ (ali sodišče) moral(o) poznati.<sup>130</sup> Ustavno sodišče RS pravi, da mora v azilnem postopku pristojni organ po uradni dolžnosti paziti, da nevednost in neukost prosilca ne bi vplivali na zagotovitev pravic, ki mu gredo po zakonu.<sup>131</sup>
- h) Ob tem je treba upoštevati, da je prosilcu morda težko, če ne tudi nemogoče, da predloži dokaze v kratkem času, še posebej, če bi jih moral pridobiti iz izvirne države, od koder naj bi pobegnil. Zaradi tega odsotnost neposrednih materialnih dokazov ne more biti odločilen argument za zavrnitev prošnje.<sup>132</sup>
- i) Upoštevajoč posebne situacije, v katerih se znajdejo prosilci, je pogosto treba v dvomu šteti, da so njihove navedbe in dokazi verodostojni. Vendar pa kadar

---

<sup>125</sup> *J. K. and others v. Sweden*, tč. 96; *M.K. and others v. Poland*, št. 40503/17, 42902/17 in 43643/17, tč. 170; *A B C (C-148/13, C-149/13, 150/13)* z dne 2. decembra 2014, tč. 50, 56.

<sup>126</sup> *Saadi v. Italy*, tč. 140.

<sup>127</sup> *J. K. and others v. Sweden*, tč. 91; *W. c. France*, št. 1348/21 z dne 30. avgusta 2022, tč. 67; glej tudi odločbi US RS, št. U-I-292/09-9, št. Up-1427/09-16 z dne 20. oktobra 2011, tč. 15-16 in št. Up-763/09-19 z dne 17. septembra 2009, tč. 7.

<sup>128</sup> *J. K. and others v. Sweden*, tč. 98; glej tudi razdelek 3.3.2. o sodelovanju med pristojnim organom in prosilcem glede razčiščevanja dejanskega stanja.

<sup>129</sup> Po določbi prvega odstavka 119. člena ZMZ-1 pristojni organ vse osebne podatke prosilcev in oseb s priznano mednarodno zaščito varuje zlasti pred organi njihove izvirne države in ne pridobiva nikakršnih informacij od domnevnih subjektov preganjanja ali povzročiteljev resne škode tako, da bi bili ti subjekti neposredno obveščeni, da je zadevni prosilec podal prošnjo.

<sup>130</sup> *M. S. S. v. Belgium and Greece*, tč. 366; *J. K. and others v. Sweden*, tč. 87, 90, 98; *F. G. v. Sweden*, tč. 115, 126; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, tč. 141, 148; *M. M. (C-277/11)*, tč. 66. Ustavno sodišče RS v zvezi s tem pravi, da mora pristojni organ tudi sam zbrati vse potrebne podatke in ni vezan samo na navedbe ali predložene dokaze prosilca (št. U-I-292/09, št. Up-1427/09 z dne 20. oktobra 2011, tč. 18; št. Up-763/09-19 z dne 17. septembra 2009, tč. 6; št. U-I-238/06-19 z dne 7. decembra 2006, tč. 11). O napakah organov in sodišč v zvezi z zanemarjanjem te obveznosti glej: *M. O. v. Switzerland*, št. 41282/16 z dne 20. junija 2017, tč. 85, 89, 78; *F. G. v. Sweden*, št. 43611/11 z dne 23. marca 2016, tč. 156-157; *M. A. M. c. Suisse*, št. 29836/20 z dne 26. aprila 2022, tč. 64-65.

<sup>131</sup> Odločba US RS, št. U-I-238/06-19 z dne 7. 12. 2006, tč. 11.

<sup>132</sup> *J. K. and others v. Sweden*, tč. 92.

predloženi elementi vzbujajo močan dvom v njihovo verodostojnost, mora prosilec podati ustrezno razlago za dvomljive navedbe oziroma predložene dokaze.<sup>133</sup> Tudi, če je prosilčeva utemeljitev dejstev v določenem elementu malo verjetna, to nujno ne pomeni, da je njegova celotna izpovedba oziroma utemeljitev nevarnosti neverodostojna.<sup>134</sup>

- j) Ocena verodostojnosti elementov, ki jih v utemeljitev prošnje predloži prosilec, je po uveljavljeni sodni praksi sestavljena iz treh strukturnih elementov oziroma kriterijev.<sup>135</sup> Prvi strukturni element za oceno (ne)verodostojnosti je »notranja (ne)konsistentnost«<sup>136</sup> prosilčevih navedb. Gre bodisi za (ne)konsistentnosti znotraj enega intervjuja/pisne izjave bodisi za (ne)konsistentnosti, ugotovljene s primerjanjem prosilčevih izjav in navedb po posameznih fazah postopka, ali pa gre za notranjo (ne)konsistentnost v primerjanju dveh ali več prosilcev za azil, ki jih vežejo skupne okoliščine. Drugi kriterij oziroma temeljni strukturni element ocene (ne)verodostojnosti je »zunanja (ne)konsistentnost«, ki zadeva primerjavo prosilčevih izjav z objektivnimi informacijami o izvorni državi ali drugimi dokazi v zvezi z njegovim prebegom, ki ustreza kriteriju ne nasprotovanja dostopnim specifičnim in splošnim informacijam, povezanim s prosilčevim primerom. Tretji kriterij oziroma strukturni element ocene (ne)verodostojnosti pa se sestoji iz odgovora na vprašanje, ali je mogoče priznati verjetnost obstoja dogodkov, kot jih je prosilec opisal, pri čemer se ponekod izrecno poudarja, da pri tretjem elementu ne gre za kriterij, da je konkretna uradna oseba prosilcu verjela, ampak je v veljavi kriterij, da je mogoče prosilcu verjeti, s čimer se poskuša zavarovati objektivni način obravnavanja prošnje nasproti subjektivnim ocenjevanjem.<sup>136</sup> Pogoj za ustrezno izpeljavo ocene (ne)verodostojnosti ob upoštevanju treh strukturnih elementov oziroma kriterijev pa je pravilno voden osebni razgovor.<sup>137</sup>
- k) Dejstvo, da je prosilec že bil podvržen preganjanju ali mu je že bila povzročena resna škoda ali se mu je s takšnim preganjanjem ali škodo neposredno grozilo, je resen znak prosilčevega utemeljenega strahu pred preganjanjem ali utemeljenim tveganjem, da utрпи resno škodo, razen če obstajajo tehtni razlogi za prepričanje, da se takšno preganjanje ali resna škoda ne bosta ponovila.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> *S. H. H. v. the United Kingdom*, št. 60367/10 z dne 29. januarja 2013, tč. 71; *Collins and Akaziebie v. Sweden* (dec.), št. 23944/05 z dne 8. marca 2007; *J. K. and others v. Sweden*, tč. 93; *F. G. v Sweden*, tč. 113.

<sup>134</sup> *N. v. Finland*, št. 38885/02 z dne 26. julija 2005, tč. 154-155; *J. K. and others v. Sweden*, tč. 93; glej tudi: Odločba US RS, št. U-I-292/09-9, št. Up-1427/09-16 z dne 20. oktobra 2011, tč. 16-17.

<sup>135</sup> Pravna podlaga za oceno verodostojnosti je določilo člena 4(59) Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU oziroma tretji odstavek 21. člena Zakona o mednarodni zaščiti.

<sup>136</sup> Natančneje o dejavnih in načinu uporabe teh kriterijev glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 787/2012 z dne 29. avgusta 2012, tč. 68-95, v zvezi s sodno odločbo Vrhovnega sodišča, št. I Up 471/2012 z dne 18. oktobra 2012, tč. 21; glej tudi: *Judicial Analysis: Evidence and Credibility Assessment in the Context of the Common European Asylum System*, EASO Professional Development Series for members of courts and tribunals, produced by IARLJ-Europe under contract to EASO, 2018, Part 6, str. 166-181.

<sup>137</sup> O tem glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 411/2015 z dne 24. aprila 2015, zlasti tč. 98-109.

<sup>138</sup> 4. odstavek 4. člena Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU oziroma drugi odstavek 23. člena ZMZ-1; *J. K. and others v. Sweden*, tč. 102.

- l) Sodišče EU je sprejelo interpretacijo, da v skladu z določbo 13. člena Kvalifikacijske Direktive 2011/95/EU države članice morajo priznati status begunca državljanu tretje države ali osebi brez državljanstva, ki izpolnjuje materialne pogoje za status begunca v skladu s poglavjema II in III te direktive, pri čemer pa v zvezi s tem nimajo diskrecijske pravice.<sup>139</sup> Enako velja tudi za subsidiarno zaščito.<sup>140</sup> Gre torej za iztožljivi pravici, če ne gre za primer izključitve iz mednarodne zaščite.

### 3.5. Posebna pravila o dokazovanju v primerih specifičnih pravnih institutov ali postopkov

Poleg splošnih pravil o dokazovanju in dokaznem bremenu, obravnavanih v prejšnjem razdelku, veljajo za posebne pravne institute in postopke tudi posebna dokazna pravila, kot so na primer:

- V primeru subsidiarne zaščite po členu 15(c) Kvalifikacijske direktive 2011/95/E oziroma po tretji alineji 28. člena ZMZ-1: »Čim bolj je prosilec morebiti sposoben dokazati, da ga grožnje posamično zadevajo zaradi elementov, ki so značilni za njegov položaj«, tem nižja stopnja samovoljnega nasilja v izvorni državi bo zadoščala, da se osebi prizna pravica do subsidiarne zaščite.<sup>141</sup>
- Pri obravnavi prošnje za priznanje statusa begunca zaradi preganjanja iz razloga homoseksualnosti pristojni organi ne smejo pričakovati, da bi prosilec za azil v svoji izvorni državi lahko »prikrival« svojo homoseksualnost ali bi »zadržano izražal svojo spolno usmerjenost«, »da bi se izognil tveganju preganjanja«. <sup>142</sup>
- Čeprav so lahko zaslišanja, ki se nanašajo na stereotipe, uporaben element, ki je pristojnim organom na voljo pri ugotavljanju istospolne usmerjenosti, pa obravnavanje prošenj za priznanje statusa begunca zgolj na podlagi stereotipov, povezanih z istospolno usmerjenimi, ni v skladu z zahtevami iz določbe 4(3)(c) Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU, saj tem organom ne omogoča upoštevanja individualnega položaja in osebnih okoliščin zadevnega prosilca za mednarodno zaščito.<sup>143</sup>
- Člen 4 Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU v povezavi s členom 7 Listine EU je treba razlagati tako, da nasprotuje temu, da se za presojo resničnosti zatrjevane spolne usmerjenosti prosilca za mednarodno zaščito izdelata in uporabi izvedensko mnenje psihologa, katerega namen je, da se na podlagi projekcijskih testov osebnosti pridobi neka predstava o spolni usmerjenosti prosilca.<sup>144</sup>
- V primeru zatrjevanega preganjanja zaradi spremembe vere, če prosilec navaja zgolj, da se »ima za kristjana«, ne da bi se tudi natančneje opredelil za člana te

---

<sup>139</sup> *Abdulla* (C-175/08) z dne 2. marca 2010, tč. 62; *H. T.* (C-373/13) z dne 24. junija 2015, tč. 63; *M in XX* (C-391/16) z dne 14. maja 2019, tč. 89.

<sup>140</sup> *Bilali* (C-720/17) z dne 23. maja 2019, tč. 45; *Ahmedbekova* (C-652/16) z dne 4. oktobra 2018, tč. 48.

<sup>141</sup> *Elgafaji* (C-465/07) z dne 17. februarja 2009, tč. 39.

<sup>142</sup> *XYZ* (C-199/12, C-200/12) z dne 7. novembra 2013, tč. 79, podtočka 3.

<sup>143</sup> *ABC* (C-148/13, C-149/13, C-150/13) z dne 2. decembra 2014, tč. 62.

<sup>144</sup> *F* (C-473/16) z dne 25. januarja 2018, tč. 71.

verske skupnosti in če tudi ni predložil nobenih elementov ali izjav, ki bi omogočale ugotoviti, ali in kako izvršuje svojo veroizpoved, potem mora prosilec trditve v zvezi z domnevno versko spreobrnitvijo »ustrezno utemeljiti«, pri čemer so izjave o verskem prepričanju ali pripadnosti verski skupnosti le izhodišče za postopek presoje dejstev in okoliščin.<sup>145</sup> Ni pa potrebno, da je izkazano, da je bilo prosilčevo zanimanje za krščanstvo že v izvorni državi dovolj pristno in intenzivno.<sup>146</sup>

- Obstaja pa pomembna razlika v dokazovanju med situacijama, če je prosilec vero spremenil po prihodu v državo članico EU (t. i. zahtevek oziroma begunec *sur place*) ali že pred tem v izvorni državi.<sup>147</sup> V prvem primeru je potrebna rigorozna in natančna ocena pristnosti vere, ali je sprememba vere dovolj intenzivna, resna, koherentna in pomembna.<sup>148</sup> Verske aktivnosti, ki so same sebi namen, ne vzpostavljajo utemeljenega strahu pred preganjanjem v izvorni državi, če je takšno oportunistično ravnanje očitno vsakomur, vključno z organi v državi izvora.<sup>149</sup> Vendar pa od prosilca ni prav zahtevati, da za vsak element, ki opredeljuje versko pripadnost (kot je versko pripadnost opredelilo Sodišče EU),<sup>150</sup> predloži ustrezen dokument oziroma da ta element kako drugače utemelji.<sup>151</sup>
- Pri zatrjevanem preganjanju zaradi ugovora vesti v smislu, da bi služenje vojaškega roka vključevalo kazniva dejanja, je relevantno predhodno ravnanje vojaške enote, ki ji prosilec pripada, ali kazenska obsodba, izrečena zoper člane te enote. To lahko pomeni enega izmed indicev, ki kažejo na to, da je mogoče, da bo ta enota ponovno izvedla vojni zločin; zgolj na podlagi teh dogodkov ni mogoče samodejno ugotoviti, da je ob zavrnitvi opravljanja službe s strani prosilca za status begunca obstajala verjetnost izvedbe takih zločinov. V teh okoliščinah lahko presoja temelji zgolj na sklopu indicev, ki ob upoštevanju vseh okoliščin obravnavanega primera dokazuje, da je glede na položaj te službe storitev takih dejanj verjetna.<sup>152</sup>
- Glede vzročne zveze med razlogi in dejanjem preganjanja je Sodišče EU že zavze-lo stališče, da ni mogoče šteti, da mora prosilec za mednarodno zaščito predložiti dokaz o povezavi med razlogi ter pregonom in kaznimi, ki bi jim bil podvržen zaradi zavrnitve služenja vojaškega roka.<sup>153</sup> Takšno dokazno breme bi bilo namreč v nasprotju s podrobnimi pravili za obravnavanje prošenj za mednarodno zaščito, saj so razlogi za zavrnitev služenja vojaškega roka in posledično pregon, ki bi ga

<sup>145</sup> *Fathi* (C-56/17) z dne 4. oktobra 2018, tč. 73, 84.

<sup>146</sup> *F. G. v. Sweden*, št. 43611/11 z dne 23. marca 2016; *A v. Switzerland*, št. 60342/16 z dne 19. decembra 2017; *A. A. c. Suisse*, št. 32218/17 z dne 5. novembra 2019. Natančneje o tem glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1276/2019-19 z dne 13. maja 2020, tč. 48-56.

<sup>147</sup> V zvezi s tem je slovenski zakonodajalec napačno prenesel določbo tretjega odstavka 5. člena Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU v notranji pravni red (drugi odstavek 30. člena ZMZ-1).

<sup>148</sup> *A. A. c. Suisse*, št. 32218/17 z dne 5. novembra 2019, tč. 49.

<sup>149</sup> *F. G. v. Sweden*, št. 43611/11 z dne 23. marca 2016, tč. 123, 144. Natančneje o tem glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1276/2019-19 z dne 13. maja 2020, tč. 78-84.

<sup>150</sup> O tem glej: *Fathi* (C-56/17), tč. 77, 79, 81.

<sup>151</sup> *Ibid.*, tč. 82, 84.

<sup>152</sup> *Shepherd* (C-472/13) z dne 26. februarja 2015, tč. 40.

<sup>153</sup> *EZ* (C-238/19) z dne 19. novembra 2020, tč. 54.

lahko bil deležen, subjektivni elementi prošnje, za katere je lahko posebej težko predložiti neposreden dokaz.<sup>154</sup> Zakonodajalec EU je očitno menil, da je ta razlog na splošno povezan z vsaj enim od petih razlogov za preganjanje, ki dajejo pravico do statusa begunca.<sup>155</sup>

- Pri uporabi koncepta varne tretje države<sup>156</sup> oziroma predpostavke, da vse države članice EU spoštujejo temeljne človekove pravice (načelo medsebojnega zaupanja), velja, da je tovrstna domneva za prosilca izpodbojna.<sup>157</sup>
- V postopku na podlagi zahtevka za uvedbo ponovnega postopka v primerjavi z odločanjem o prošnji za mednarodno zaščito ne veljajo neka bolj formalna dokazna pravila v smislu, da bi organ lahko za nov dokument, predložen v utemeljitev naknadne prošnje, zahteval, da je dokument overjen; morajo pa ti novi elementi »znatno povečati verjetnost«, da prosilec izpolnjuje pogoje, ki se zahtevajo za priznanje statusa upravičenca do mednarodne zaščite.<sup>158</sup> Iz členov od 40 do 42 Procesne direktive 2013/32 nikakor ne izhaja, da je bil namen zakonodajalca Unije državam članicam omogočiti, da določijo, da se lahko presoja dokazov, predloženih v utemeljitev prošnje za mednarodno zaščito, razlikuje glede na to, ali gre za prvo ali naknadno prošnjo.<sup>159</sup>
- Vrhovno sodišče je v sodni odločbi I Up 283/2016 potrdilo interpretacijo Upravnega sodišča v zadevi I U 433/2016-12 z dne 24. 8. 2016, da je mladoletnost prosilca za mednarodno zaščito pomembna tako z vidika vodenja postopka in s tem povezanimi procesnimi garancijami in dokaznimi standardi ter bremenom dokazovanja kot z vidika vsebinske obravnave prošnje za mednarodno zaščito v povezavi z razlogi in dejanji preganjanja.<sup>160</sup>
- V zvezi z varstvom otrokovih pravic in odločanjem o združevanju družine zavrnitev prošnje za združitve družine ne sme temeljiti samo na dejstvu, da ni listinskih dokazov o družinskem razmerju. Zato Direktiva o pravici do združitve družine 2003/86/ES<sup>161</sup> in člen 24(2) in (3) Listine EU države članice v takih primerih obvezujeta, da upoštevajo druge dokaze o obstoju družinskega razmerja, kot je na primer razgovor s sponzorjem.<sup>162</sup>

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, tč. 55.

<sup>155</sup> *Ibid.*, tč. 58-59.

<sup>156</sup> Glej na primer: odločbo US RS, št. U-I-59/17-27 z dne 18. septembra 2019, tč. 32-39.

<sup>157</sup> Člen 38 Procesne direktive 2013/32/EU; *M. K. and others v. Poland*, št. 40503/17, 42902/17 in 43643/17, tč. 172-173. O kriterijih in standardih za uporabo načela medsebojnega zaupanja med državami članicami z vidika prava EU in prakse ESČP glej: Zalar, B.: *Judicial test(s) in the field of asylum-related disputes for assessing deficiencies in another Member State affecting the fundamental rights of an individual under the principles of mutual trust (EU law) and presumption of equivalent protection (ECHR)*, v: Filzwieser, C., Kasper, L.: *Asyl und Fremdenrecht Jahrbuch*. 7. izdaja, NWV Verlaag, 2022, str. 309-325.

<sup>158</sup> *LH (C-921/19)* z dne 10. junija 2021, tč. 52-53.

<sup>159</sup> *Ibid.*, tč. 58. Glej tudi: *JP (C-651/19)* z dne 9. septembra 2020, tč. 59. Zakonodajalec Republike Slovenije je določbe člena 40(1), (2) in (3) Procesne direktive 2013/32/EU nepravilno prenesel v notranji pravni red (65. člen ZMZ-1).

<sup>160</sup> Vrhovno sodišče, št. I Up 283/2016 z dne 3. novembra 2016, tč. 11.

<sup>161</sup> Direktiva o pravici do združitve družine 2003/86/ES, Ur. l. EU, št. L 251.

<sup>162</sup> *E. (C-635/17)* z dne 13. marca 2019, tč. 69, 79.



Ta posebna dokazna pravila in standardi niso izčrpno navedeni v tem razdelku, ampak so navedeni zgolj primeroma in je zato treba za pravilno uporabo prava za vsak posamičen pravni institut ali vrsto postopka poleg uporabe specifične določbe v ZMZ-1 in v sekundarnem (in primarnem) pravu EU preveriti, ali ni Sodišče EU (ali ESČP) v zvezi z obravnavanim (oziroma primerljivim) pravnim institutom že zavzelo konkretnega stališča glede posebnosti dokazovanja.<sup>163</sup>

#### 4. Upravna odločitev pristojnega organa o mednarodni zaščiti in o vrnitvi oziroma odstranitvi tujca iz države

Zakonodajalec EU je v določbah 10. in 15. člena Procesne direktive 2013/32/EU predpisal, da postopek na prvi stopnji lahko vodi samo uradna oseba, »ki je ustrezno usposobljena« za vodenje postopkov po zakonu o mednarodni zaščiti. Temu je sledil tudi zakonodajalec Republike Slovenije v določilu drugega odstavka 3. člena ZMZ-1, ki je predpisal tudi, da se uradnim osebam za delo po tem zakonu zagotavlja redna usposabljanja, še zlasti na sedmih področjih, ki so naštetja v 8. členu ZMZ-1. Kljub temu da je Ministrstvo za notranje zadeve organ izvršilne veje oblasti, zakonodajalec EU in Republike Slovenije zahtevata, da organ objektivno in nepristransko ugotavlja razloge za mednarodno zaščito v vsakem posamičnem primeru.<sup>164</sup> To med drugim pomeni, kot je bilo že rečeno pod točko I.) razdelka 3.4., da kadar prosilec izpolnjuje pogoje za status begunca, mu mora pristojni organ (ali sodišče) priznati status begunca, pri čemer pa v zvezi s tem organ (ali sodišče) nima diskrecijske pravice,<sup>165</sup> in to velja tudi za subsidiarno zaščito.<sup>166</sup> Pravica do azila ima v 18. členu Listine EU celo status temeljne človekove pravice in jo Sodišče EU kot pravico iz primarnega prava EU v svojih pravnih interpretacijah (metodološko) tudi dejansko obravnava kot temeljno človekovo pravico.<sup>167</sup>

##### 4.1. Oblikovanje izreka odločbe o prošnji za mednarodno zaščito

Odločanje v t. i. »enotnem postopku« pomeni, da mora organ najprej presoditi, ali prosilec izpolnjuje pogoje za status begunca, in če jih ne, preide na presojo pogojev za subsidiarno zaščito.<sup>168</sup> Pristojni organ bi zato moral v izreku upravne odločbe najprej odločiti, da prosilec izpolnjuje pogoje za status begunca ali pa da se njegova prošnja

<sup>163</sup> Najbolj celovito in zanesljivo je to mogoče najti v publikacijah in bazah, kot so: NEMIS, DiCTA in sodniške analize vseh temeljnih poglavij o skupnem evropskem azilnem sistemu, ki so objavljene na spletni strani Agencije EU za azil.

<sup>164</sup> Člen 10(1)a Procesne direktive 2013/32; člen 3(1) in (2) ZMZ-1.

<sup>165</sup> *M in XX* (C-391/16), tč. 89.

<sup>166</sup> *Ahmedbekova* (C-652/16), tč. 48; *Bilali* (C-720/17), tč. 36.

<sup>167</sup> Glej na primer: *M in XX* (C-391/16), tč. 73-75, 78, 82, 107, 111; *FMS* (C-924/19 PPU in C-925/19 PPU) z dne 14. maja 2020, tč. 181-192.

<sup>168</sup> Člen 10(2) Procesne direktive 2013/32/EU, 2. člen in drugi odstavek 41. člena ZMZ-1.



za status begunca zavrne, če pogojev ne izpolnjuje. V slednjem primeru bi moral upravni organ v drugi (posebni) točki izreka odločiti, da se prosilcu podeli subsidiarna zaščita, kadar prosilec izpolnjuje pogoje za subsidiarno zaščito, oziroma da se njegova prošnja za subsidiarno zaščito zavrne, če jih ne izpolnjuje. To je ključno za tiste situacije, ko pristojni organ ugotovi, da prosilec ne izpolnjuje pogojev za status begunca in mu zato zavrne prošnjo za status begunca, vendar pa izpolnjuje pogoje za subsidiarno zaščito. Zato morata biti obe odločitvi – zavrnitev prošnje za status begunca in podelitev subsidiarne zaščite – v ločenih točkah izreka upravne odločbe, saj lahko tako prosilec brez nesorazmernih in nepotrebnih omejitev pridobljene pravice do subsidiarne zaščite vloži tožbo zoper negativno odločitev o statusu begunca, torej ne da bi s tožbo v upravnem sporu zoper negativno odločitev o statusu begunca posegal v pozitivno odločitev glede subsidiarne zaščite.<sup>169</sup> V praksi pristojni organ izrekov odločb ne oblikuje tako,<sup>170</sup> kar je v preteklosti povzročalo številne spore in podaljševanje postopkov zlasti v primerih dodeljevanja statusa subsidiarne zaščite ranljivim prosilcem, kot so mladoletniki, ki so pribežali iz vojnih območij.<sup>171</sup>

Takšno oblikovanje izreka upravne odločbe bi bilo potrebno tudi, ker ukrepa vrnitve prosilca v njegovo izvorno državo ni dovoljeno izreči prosilcu, ki mu je zavrnjena prošnja za mednarodno zaščito, če bi se zaradi tega ukrepa vrnitve tvegalo, da bodo kršene njihove temeljne pravice, določene v členih 4 in 19(2) Listine EU. Tujcem je namreč mogoče izdati odločbo o preklicu statusa begunca ali subsidiarne zaščite ali odločbo o zavrnitvi priznanja mednarodne zaščite zaradi uporabe t. i. izključitvene klavzule iz 31. člena ZMZ-1, vendar sprejetje takih odločb po interpretaciji Sodišča EU ne more vplivati na »stanje begunca«. Takim osebam namreč potem pripadajo določene pravice. To so lahko pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja iz 7. člena, pravica do svobode izbire poklica in pravica do dela iz 15. člena, pravica do socialne varnosti in socialne pomoči iz 34. člena ter pravica do varovanja zdravja iz 35. člena Listine EU ter pravice, določene z Ženevsko konvencijo o status beguncev, na katere se člen 14(6) Direktive 2011/95/EU izrecno sklicuje, in pravice, določene z navedeno konvencijo, katerih uživanje ne zahteva zakonitega prebivanja, in to ne glede na morebitne pridržke, ki jih je ta država članica podala na podlagi člena 42(1) Ženevske konvencije o statusu beguncev.<sup>172</sup> V novejši upravni praksi je pristojni organ začel v izreku odločati tako, da poleg zavrnitve prošnje za mednarodno zaščito odloča tudi o roku za prostovoljno vrnitev, o morebitni odstranitvi in prepovedi vstopa. V takih primerih bi morale upravne odločbe, kadar prosilec nima očitno neutemeljenega zahtevka glede varstva pravice do prepovedi vračanja

---

<sup>169</sup> Za izpeljavo interpretacije tega pravnega stališča glej sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1630/2016 z dne 16. oktobra 2020, tč. 61-93, v povezavi s sodbo Sodišča EU v zadevi *E.G.* (C-662/17) z dne 18. oktobra 2018.

<sup>170</sup> Pristojni organ je v praksi odločal tako, da je v izreku navedel, da se prošnji za mednarodno zaščito ugodi na način, da se prosilcu dodeli subsidiarna zaščita, ne da bi bilo v izreku izrecno odločeno o zavrnitvi prošnje za status begunca. Da prosilec ne izpolnjuje pogojev za status begunca, v takih primerih izhaja zgolj iz obrazložitve upravne odločbe.

<sup>171</sup> Ustavno sodišče zahteva Upravnega sodišča za ustavno presojo zakona o mednarodni zaščiti, da bi na ta način razrešili ta problem pred domačimi sodišči (namesto s predhodnim vprašanjem po 267. členu pogodbe o delovanju EU), ni sprejelo v obravnavo oziroma jo je zavrglo (št. U-I-38/17 z dne 1. februarja 2018).

<sup>172</sup> *M in XX* (C391/16, C77/17 in C78/17), tč. 107, 109-110.

iz 3. člena EKČP oziroma 4. člena ali člena 19(2) Listine EU, vsebovati tudi obrazložitev glede dopustnosti vračanja (*non-refoulement*).<sup>173</sup>

Kadar prvostopenjski organ v izreku odločbe o mednarodni zaščiti odloči tudi o prostovoljni vrnitvi oziroma odstranitvi prosilca za mednarodno zaščito, se postopek vračanja ne izvaja, dokler ima prosilec, ki mu je bila prošnja za mednarodno zaščito zavrnjena, dovoljenje ostati do zaključka postopka s tožbo v upravnem sporu, in v tem obdobju ga ni mogoče pridržati z namenom odstranitve na podlagi 15. člena Direktive o vračanju 2008/115.<sup>174</sup> S trenutkom izdaje negativne odločbe o prošnji za mednarodno zaščito ima še vedno status prosilca za mednarodno zaščito in ima še vedno pravico ostati na ozemlju države članice, četudi se šteje, da je od tega trenutka nezakonito na ozemlju države članice.<sup>175</sup> S trenutkom, ko postane negativna odločba o prošnji za mednarodno zaščito tako glede statusa begunca kot tudi glede subsidiarne zaščite izvršljiva, se za takšnega tujca začne uporabljati zakon, ki ureja vstop, zapustitev in bivanje tujcev v Republiki Sloveniji, to je zakon o tujcih.<sup>176</sup> Po zakonu o tujcih se obravnava tudi oseba, ki je podala drugi ali vsak nadaljnji zahtevek za uvedbo ponovnega postopka za mednarodno zaščito po tem, ko ji je bil že izdan izvršljiv sklep o nedopustnosti prvega zahtevka za uvedbo ponovnega postopka ali ji je bila izdana izvršljiva odločba o zavrnitvi ponovne prošnje kot neutemeljene.<sup>177</sup>

#### 4.2. Pravica do seznanitve z razlogi za zavrnitev prošnje za mednarodno zaščito

Kriteriji in standardi za kakovost obrazložitve, izreka in pravnega pouka upravne odločbe vežejo pristojni organ že na podlagi določb splošnega zakona o upravnem postopku v zvezi z zakonom o mednarodni zaščiti in upoštevajoč splošno pravno načelo do dobrega upravljanja v smislu 41. člena Listine EU. Ta določba iz Listine EU se sicer nanaša na institucije EU, vendar je področje njene veljave Sodišče EU razširilo tudi na države članice EU, kadar izvajajo pravo EU, in sicer na podlagi argumenta, da gre za splošno pravno načelo znotraj prava EU.<sup>178</sup> Prosilec oziroma njegov pravni zastopnik ima pravico do seznanitve z razlogi zavrnitve njegove prošnje v skladu z načelom sorazmernosti v povezavi z interesi nacionalne varnosti tudi v primeru, da je pristojni organ uporabil tajne podatke.<sup>179</sup>

Kadar prosilcu ne pomaga, ali ga ne zastopa svetovalc za begunce oziroma odvetnik, organ prosilca obvesti o vsebini (bistvenih delov) odločbe v jeziku, za katerega

<sup>173</sup> Glej odločbi US RS, št. U-I-189/14, št. Up-663/14 z dne 15. oktobra 2015, tč. 40; št. Up-150/13 z dne 23. januarja 2014, tč. 8.

<sup>174</sup> *Gnandi* (C-181/16) z dne 19. junija 2018, tč. 45, 62.

<sup>175</sup> *Ibid.*, tč. 58, 63.

<sup>176</sup> Člen 34(2) ZMZ-1.

<sup>177</sup> Člen 34(3) ZMZ-1. Izjema, ko se še uporablja kakšna določba ZMZ-1 za takšnega tujca, je na primer določba člena 14(6) Direktive 2011/95/EU (glej razdelek 4.1.).

<sup>178</sup> *Boudjlida* (C-249/13), tč. 34.

<sup>179</sup> Glej na primer sodbo Upravnega sodišča, št. I U 57/2019 z dne 25. septembra 2019, sodbo Sodišča EU v zadevi *GM* (C-159/21) z dne 22. septembra 2022 ter sodbo velikega senata ESČP v zadevi *Muhammad and Muhammad v. Romania*, št. 80982/12 z dne 15. oktobra 2020. V zvezi z vprašanjem posredovanja nepopolnega ali nestrukturiranega spisa zastopniku tožnika glej: *BU* (C-564/21) z dne 1. decembra 2022.

se upravičeno domneva, da ga razume.<sup>180</sup> Pomembno je, da ob vročitvi negativnega upravnega akta pristojni organ prosilcu tudi predoči možnosti vzpostavitve stika s svetovalcem za begunce s seznama svetovalcev za begunce in da mu ta stik po potrebi tudi dejansko zagotovi, kar je posebej pomembno v primerih, ko je prosilcu odvzeta prostost.<sup>181</sup> Kajti v primerih, ko upravni organ odloči o prošnji v pospešenem postopku, je rok za vložitev tožbe samo tri dni. Brez upoštevanja teh specifičnih okoliščin zagotavljanja sodnega varstva pravic in obveznosti tujcem pravica do učinkovitega sodnega varstva ostane zgolj na papirju.<sup>182</sup>

## 5. Sodni postopek kot odločilna faza z vidika neodvisne in nepristranske uporabe prava na področju mednarodne zaščite

V pravu EU o mednarodni zaščiti velja splošno pravno načelo dobrega upravljanja oziroma pravica stranke do obrambe, ki zajema pravico vsakogar, da upravni organ njegovo zadevo obravnava nepristransko, pravično in v razumnem roku<sup>183</sup> ter objektivno.<sup>184</sup> Kljub temu imajo stranke močnejše garancije za neodvisno in nepristransko odločanje oziroma razsojanje o njihovih prošnjah šele v upravnem sporu pred sodiščem.

Po določilu člena 46(1) Procesne direktive 2013/32/EU države članice EU zagotovijo, da imajo prosilci pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem. Ob tem morajo države članice zagotoviti, da učinkovito pravno sredstvo »vsaj v pritožbenih postopkih pred sodiščem prve stopnje zagotavlja podrobno in *ex nunc* presojo dejstev in pravnih vprašanj, po potrebi vključno s presojo potreb po mednarodni zaščiti v skladu z Direktivo 2011/95/EU«. Z določbo člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU je zakonodajalec EU samo v določenem delu podrobneje uredil standarde splošne pravice do učinkovitega sodnega varstva iz 47. člena Listine EU posebej za področje mednarodne zaščite. Obe pravici – pravica iz člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU, ki je del sekundarnega prava EU, in pravica iz 47. člena Listine EU, ki je del primarnega prava EU – imata neposredni učinek.<sup>185</sup> Pravico do učinkovitega sodnega varstva iz sekundarnega prava EU je treba interpretirati in izvajati ob spoštovanju pravice iz 47. člena Listine EU, ker je ta del primarnega prava EU.<sup>186</sup> To je pomembno, ker določilo

---

<sup>180</sup> Člen 12(1)e in f Procesne direktive 2013/32/EU.

<sup>181</sup> O tem glej na primer sodbo Upravnega sodišča, št. I U 1069/2022-12 z dne 19. avgusta 2022, tč. 12-21.

<sup>182</sup> O tem glej na primer zavrženje zahteve Upravnega sodišča za presojo ustavnosti zakona o tujcih v zadevi št. U-I-134/15 (z dne 28. januarja 2016, tč. 3-11). Posledično imajo tujci, ki jim je odvzeta prostost v Sloveniji, ker se nezakonito nahajajo na ozemlju Slovenije, pravico do učinkovitega sodnega varstva zoper ukrepe pridržanja zgolj na papirju. Tovrstnih tožb na Upravnem sodišču praktično ni, z izjemo tistih nekaj primerov, ko je pridržan tujec že dalj časa nezakonito bival v Sloveniji in je tu vzpostavil določeno socialno okolje, ki mu pomaga priti do odvetnika in s tem do dostopa do sodišča.

<sup>183</sup> Člen 41 Listine EU v zvezi s sodbo Sodišča EU v zadevi *Boudjlida* (C-249/13), tč. 31-34.

<sup>184</sup> Člen 10(1)a Procesne direktive 2013/32/EU.

<sup>185</sup> *Torubarov* (C-556/17), tč. 56.

<sup>186</sup> *FMS* (C-924/19 PPU in C-925/19 PPU), tč. 127-129; *Moussa Sacko* (C-348/16), tč. 31; *Gnandi* (C181/16), tč. 52.

člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU za razliko od člena 47. Listine EU ne omenja zahtev neodvisnega in nepristranskega sojenja. Določilo člen 47(1), (2) in (3) Listine EU, ki v drugem odstavku nekako ustreza določilu 23. člena URS, namreč pravi:

»Vsakdo, ki so mu kršene pravice in svoboščine, zagotovljene s pravom Unije, ima pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem v skladu s pogoji, določenimi v tem členu.

Vsakdo ima pravico, da o njegovi zadevi pravično, javno in v razumnem roku odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom predhodno ustanovljeno sodišče.

Vsakdo ima možnost svetovanja, obrambe in zastopanja. Osebam, ki nimajo zadostnih sredstev, se odobri pravna pomoč, kolikor je ta potrebna za učinkovito zagotovitev dostopa do sodnega varstva.«

Zato je treba v tem uvodnem razdelku izpostaviti, da je Sodišče EU že zavzelo stališče, da če je organ, ki je pristojen za odločanje o azilu, pod nadzorom ministra, potem spada v okvir izvršilne veje oblasti, in da člen 47 Listine EU zahteva, da »zadevni organ svoje funkcije izvaja povsem samostojno, ne da bi bil s komerkoli kakorkoli hierarhično povezan ali mu podrejen in ne da bi prejemal kakršnekoli ukaze ali navodila, ter da je s tem zaščiten pred zunanji posegi ali pritiski, ki lahko ogrozijo neodvisnost presoje njegovih članov in vplivajo na njihove odločitve.«<sup>187</sup> Vendar pa več od te garancije za neodvisno in nepristransko sojenje ter več od splošnih standardov neodvisnosti in testov subjektivne in objektivne nepristranosti sodišč iz sodne prakse ESČP v zvezi s 6. členom EKČP prosilci za mednarodno zaščito nimajo. Ob tem je treba poudariti, da standardi nepristranosti in neodvisnosti sojenja v zadevah mednarodne zaščite ne izhajajo neposredno na podlagi 6. člena EKČP, kajti 6. člen EKČP ni uporaben v zadevah sojenja na področju mednarodne zaščite.<sup>188</sup> V poštev pride bodisi pravica do pravnega sredstva iz 13. člena EKČP, ki nepristranosti in neodvisnosti odločanja niti ne omenja niti ne zahteva, da o pravnem sredstvu odloča sodišče; ali pa ESČP uporablja t. i. procesno dimenzijo pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja iz člena 3 EKČP, v zvezi s čimer pa ESČP omenja rigorozno in »neodvisno« presojo.<sup>189</sup>

Praksa ESČP v zvezi z subjektivnim in objektivnim testom nepristranosti (in neodvisnosti) v zadevah mednarodne zaščite velja kvečjemu na podlagi 47. člena Listine EU, ker ta določba po interpretaciji Sodišča EU ustreza določilu člena 6(1) EKČP<sup>190</sup> in skladno z določbo člena 52(3) Listine EU ne preprečuje širšega varstva po pravu Unije, kot velja po EKČP.

Splošni standardi testov subjektivne in objektivne nepristranosti, upoštevajoč sodno prakso ESČP, na podlagi 47. člena Listine EU ne pokrivajo ključnih izzivov v po-

<sup>187</sup> *FMS* (C-924/19 PPU in C-925/19 PPU), tč. 134-135.

<sup>188</sup> *Maaouia v France*, št. 39652/98 z dne 5. oktober 2000, tč. 33-41.

<sup>189</sup> *M. S. S. v Belgium and Greece*, št. 30696/09, tč. 293; za primere uporabe procesne dimenzije člena 3 EKČP glej: *Ilias and Ahmed v Hungary*, št. 47287/15, tč. 151-165. *M. K. and others v Poland*, št. 40503/17, 42902/17 in 43643/17, tč. 178; *M. S. v. Slovakia and Ukraine*, št. 17189/11, tč. 121.

<sup>190</sup> *Moussa Sacko* (C-348/16), tč. 39.

stopkih razsojanja v zadevah mednarodne zaščite, ki se nanašajo na možne predsodke, vnaprejšnja prepričanja in napačno uporabo stereotipov.<sup>191</sup> Ti izzivi nepristranosti sojenja so zato prepuščeni bolj ali manj sistematičnemu in kakovostnemu kontinuiranemu usposabljanju tekom opravljanja sodniške službe in posebnemu začetnemu usposabljanju tistih sodnikov, ki začnejo soditi v zadevah mednarodne zaščite, če so ta usposabljanja na sodišču vzpostavljena.

Vsaj na papirju so torej obveznosti za usposabljanje osebja, ki vodi upravne postopke v zvezi z mednarodno zaščito, lahko bolj stroge od prakse usposabljanja za sodnike, saj na primer določilo člena 34(2) Procesne direktive 2013/32/EU določa, da lahko osebni razgovor glede dopustnosti prošnje za mednarodno zaščito vodi osebje drugega organa, ki ni organ za presojo, vendar pa je v takem primeru nujno, da se to osebje pred tem udeleži osnovnega usposabljanja o mednarodnem pravu na področju človekovih pravic, pravnem redu Unije o azilu in tehnikah vodenja razgovorov.

### 5.1. Dostop do sodnega varstva v povezavi s pravico do azila v primeru že izvršene odstranitve tožnika iz države

V upravnem sporu v Republiki Sloveniji so že bili primeri, ko je bil tujec odstranjen iz Republike Slovenije in je bodisi pred tem ali pa po odstranitvi iz Slovenije vzpostavil stik z odvetnikom in je sodišču izkazal pooblastilo odvetniku za zastopanje, četudi ni bil v stanju priti nazaj v Slovenijo tekom sodnega postopka, ker se je na primer po verižnem vračanju v BiH zatekel v begunski center v BiH<sup>192</sup> ali pa ker je bil odstranjen v izvorno državo<sup>193</sup> in je v tožbi zoper dejanje Ministrstva za notranje zadeve na meji uveljavljal kršitev pravice do azila, prepovedi nečloveškega ravnanja in kolektivnega izгона ali nezakonitega odvzema prostosti. V takih primerih gre za tožbo na podlagi prvega odstavka 4. člena ZUS-1.<sup>194</sup>

Upravno sodišče je v teh primerih izhajalo iz sodne prakse ESČP v zvezi z določilom 37(1)(a) EKČP, po kateri je pomembno, da odvetnik od stranke nima samo pooblastila za zastopanje, ampak tudi, da je kontakt med stranko in pooblaščenecem zagotovljen tekom sodnega postopka.<sup>195</sup> To ni potrebno samo zaradi ugotavljanja pravno relevantnega ugotavljanja spornega dejanskega stanja, ampak tudi zaradi ugotavljanja, ali

---

<sup>191</sup> Več o tem glej: Zalar, B.: Do Safeguards of Judicial Independence and Impartiality Sufficiently Address Challenges of Bias, Prejudice and Misuse of Stereotypes in Asylum Adjudication? Annual Meeting of the EUAA Pool of Judicial Experts: Judicial Skills Specific to International Protection Judges, 8-9 December 2022, Malta, European Union Agency for Asylum.

<sup>192</sup> Glej na primer sodbi Upravnega sodišča, št. I U 1490/19 z dne 22. junija 2020, št. I U 1686/2020 z dne 7. decembra 2020 in sodbo Vrhovnega sodišča, št. I Up 23/2021 z dne 9. aprila 2021.

<sup>193</sup> Glej sklep Upravnega sodišča, št. I U 1142/2018 z dne 21. decembra 2022.

<sup>194</sup> Gre za rezervni upravni spor po drugem odstavku 157. člena URS. Določilo prvega odstavka 4. člena ZUS-1 pravi, da v upravnem sporu odloča sodišče tudi o zakonitosti posamičnih aktov in dejanj, s katerimi organi posegajo v človekove pravice in temeljne svoboščine posameznika, če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo.

<sup>195</sup> Sodbi Upravnega sodišča, št. I U 1490/2019 z dne 22. junija 2020, tč. 208-210, št. I U 1686/2020 z dne 7. decembra 2020, tč. 199-201.

ima tožnik še vedno pravni interes za tožbo, upoštevajoč tožbeni zahtevek.<sup>196</sup> V primerljivih zadevah ESČP namreč upošteva, da se utegnejo tožniki znajti v situacijah, ki začasno onemogočajo komunikacijo med odvetnikom in tožnikom. Zato je ESČP v takih primerih sprejelo, da se kontakt lahko izvaja tudi preko tretje osebe, če gre za vzdrževani kontakt, ki je tudi dokumentiran,<sup>197</sup> oziroma ni treba, da je kontakt neprekinjeno aktiven ves čas sodnega postopka.<sup>198</sup> ESČP tako v primerih, ko pritožnik ne obdrži stika z odvetnikom in ga ne obvesti o njegovem naslovu oziroma ga na noben drug način ne informira o tem, kako lahko z njim komunicira, šteje, da pritožnik nima več namena nadaljevati s postopkom v smislu člena 37(1)(a) EKČP.<sup>199</sup> Gre za ustaljeno sodno prakso.<sup>200</sup> Kontakt med stranko in odvetniško družbo je sicer lahko tudi posreden, vendar pa mora biti dovolj pogost (aktualen) in dokumentiran.<sup>201</sup> Zgolj povezava na pritožnikovo socialno omrežje je na primer premalo izkazan stik.<sup>202</sup> ESČP sicer lahko v migracijskih sporih vzame v vsebinsko presojo tudi pritožbo, četudi odvetnik zgolj prepričljivo zatrjuje, da ima stik s stranko, ki je ni več v državi podpisnici EKČP, vendar pa mora obstajati dodaten pogoj, da gre za pomembno pravno vprašanje z vidika varstva človekovih pravic glede na vrsto in število sporov, ki potekajo pred ESČP.<sup>203</sup> V zadevah I U 1490/2019, I U 1686/2020,<sup>204</sup> I Up 23/2021 sta Upravno in Vrhovno sodišče štela, da je stik med tožnikom in odvetnikom v zadostni meri izkazan in s tem tudi pravni interes za nadaljevanje sodnega postopka, medtem ko je Upravno sodišče v zadevi I U 1142/2018 tožbo zavrglo, ker odvetnik ni uspel izkazati potrebnega stika s tožnikom, čeprav je od vložitve tožbe minilo štiri leta in je sodišče odvetnika obveščalo o tem, kako naj izkaže potreben stik s tožnikom.<sup>205</sup>

<sup>196</sup> *V. M. and others v Belgium*, št. 60125/11 z dne 17. novembra 2016, tč. 35; *N. D. and N. T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15 z dne 13. februarja 2020, tč. 72; *Asady and others v. Slovakia*, št. 24917/15 z dne 24. marca 2020, tč. 35.

<sup>197</sup> *Ibid.*, tč. 35; *Sharifi and others v. Italy and Greece*, št. 16643/09 z dne 21. oktobra 2014, tč. 131.

<sup>198</sup> *B. L. et autres c. France*, št. 48104/14 z dne 9. januarja 2020, tč. 38.

<sup>199</sup> *V. M. and others v Belgium*, št. 60125/11 z dne 17. novembra 2016, tč. 35.

<sup>200</sup> Glej na primer: *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, št. 16643/09, tč. 124; *Ali v. Switzerland* z dne 5. oktobra 1998, tč. 32; *Ibrahim Hayd v. the Netherlands (dec.)*, št. 30880/10 z dne 29. novembra 2011, tč. 10; *Kadzoev v. Bulgaria (dec.)*, št. 56437/07 z dne 1. oktobra 2013, tč. 7; *M. H. and Others v. Cyprus (dec.)*, št. 41744/10 z dne 14. januarja 2014, tč. 14; *M. Is. v. Cyprus (dec.)*, št. 41805/10 z dne 10. februarja 2015, tč. 20.

<sup>201</sup> *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, št. 16643/09, tč. 129-130; *Asady and others v. Slovakia*, št. 24917/15, tč. 36.

<sup>202</sup> *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, št. 16643/09, tč. 129; *Asady and others v. Slovakia*, št. 24917/15, tč. 40.

<sup>203</sup> Glej na primer: *N. D. and N. T. v. Spain*, št. 8675/15 in 8697/15 z dne 13. februarja 2020, tč. 69-79.

<sup>204</sup> Sodba št. I U 1686/2020 z dne 7. decembra 2020, tč. 199-202.

<sup>205</sup> Sodba št. I U 1142/2018 (ni na sodnapraksa.si), tč. 21-23. O okoliščinah, ko sorodnik lahko vloži pritožbo na ESČP zaradi varstva človekovih pravic osebe, ki je izven ozemlja države podpisnice EKČP, glej: *H. F. and others v. France*, št. 24384/19, 44234/20 z dne 14. septembra 2022, tč. 144-152.



## 5.2. Dostop do (brezplačne) pravne pomoči zaradi učinkovitega dostopa do sodnega varstva zoper negativno odločitev upravnega organa

S trenutkom vročitve upravnega akta o prošnji za mednarodno zaščito prosilec pridobi pravico do brezplačne pravne pomoči in zastopanja s strani svetovalcev za begunce, ki se financirajo iz državnega proračuna.<sup>206</sup> Zakonodajalec Republike Slovenije je to pravico razširil tudi na postopek pred Vrhovnim sodiščem.<sup>207</sup> Brez možnosti brezplačne pravne pomoči postopek v zvezi z mednarodno zaščito pred Vrhovnim sodiščem praktično ne bi bil možen oziroma ne bi imel nobenega pravega smisla, saj gre za preveč zapletene postopke oziroma prosilci za mednarodno zaščito dostikrat nimajo lastnih finančnih sredstev, da bi si zagotovili odvetnika.

V zvezi z brezplačno pravno pomočjo v sodnem postopku je pred Vrhovno sodišče rešilo pomembno vprašanje, in sicer, ali pravica do tolmačenja in prevajanja iz drugega odstavka 6. člena ZMZ-1 zajema tudi pravico osebe do pomoči tolmača pri sporazumevanju s pooblaščenecem zaradi vložitve tožbe na Upravno sodišče zoper odločbo pristojnega organa.<sup>208</sup> Med sodnimi odločbami Vrhovnega sodišča na področju mednarodne zaščite je metodologija razlogovanja v tej zadevi (I Up 226/2017) vzorčen primer, kako je metodološko treba reševati takšna ali druga procesna vprašanja. Vrhovno sodišče je to procesno vprašanje takoj postavilo v kontekst pravice do učinkovitega pravnega sredstva iz 46. člena Procesne direktive 2013/32/EU. Po sklicevanju na 288. člen Pogodbe o delovanju EU je Vrhovno sodišče nadaljevalo z načelom uporabe prava EU, da morajo sodišča od trenutka veljavnosti direktive nacionalno pravo razlagati, kolikor je to mogoče, v skladu z namenom in besedilom direktive, zato da bi lahko direktiva dosegla želeni cilj. V naslednjem koraku je Vrhovno sodišče vključilo besedilo specialne določbe prvega odstavka 20. člena (in 12(1)(b) člena) Procesne direktive 2013/32/EU, po kateri pravna pomoč in zastopanje v pritožbenih postopkih vključuje vsaj pripravo potrebnih postopkovnih dokumentov in prisotnost na zaslišanju pred sodiščem prve stopnje v imenu prosilca. Temu je nato Vrhovno sodišče naredilo navedavo na sistem brezplačne pravne pomoči na ravni zakona (v ZMZ-1, 9. člen), in sicer, da so za vložitev tožbe in zastopanje pred sodiščem prosilcem na voljo svetovalci za begunce, ki so lahko tudi odvetniki. V sklepni fazi razlogovanja je sledila še logična izpeljava, da je očitno, da pooblaščenec ne morejo varovati interesov strank (prosilcev), če je sporazumevanje prosilca za mednarodno zaščito z njimi onemogočeno ali bistveno oteženo zaradi neznanja jezika, ki bi ga razumela oba. Če pooblaščenec za pripravo tožbe v takšnem upravnem sporu ravno iz tega razloga, ki ne izvira iz njegove sfere, nima vseh potrebnih podatkov, je jasno, kot je zaključilo Vrhovno sodišče, da je poseženo v prosilčevo pravico do sodnega varstva iz 23. člena URS in pravico do učin-

---

<sup>206</sup> Člen 20 Procesne direktive 2013/32/EU.

<sup>207</sup> Člen 9(1) ZMZ-1.

<sup>208</sup> Po sodni praksi ESČP omejevanje stikov med stranko in njegovim/njenim odvetnikom lahko pomeni kršitev določila 34. člena EKČP (glej: *M. H. and others v Croatia*, št. 15670/18, 43115/18 z dne 18. novembra 2021, tč. 310-336).



kovitega pravnega sredstva iz 25. člena URS.<sup>209</sup> Pravno-tehnično bi bilo sicer še bolje, da bi Vrhovno sodišče ugotovilo poseg v pravico do učinkovitega pravnega sredstva iz člena 46(1)(a) in (3) Procesne direktive 2013/32/EU skupaj s pravico iz 47. člena Listine EU. Navedeni določbi prava EU imata namreč neposredni učinek in bi na tej podlagi veljalo v metodološkem smislu nadaljevati, da je poseg, če v navedenih okoliščinah prosilec ne bi imel pomoči tolmača za komunikacijo s pooblaščenecem, v nasprotju z načelom sorazmernosti iz člena 52(1) Listine EU v zvezi s pravico do učinkovitega sodnega varstva po pravu EU.<sup>210</sup> Vendar ta »tehnična« pomanjkljivost v predmetnem razlogovanju ne jemlje metodološke relevantnosti te sodbe niti za druge primere procesnih vprašanj. Na koncu je Vrhovno sodišče še dodalo, da se pravilna razlaga omenjenih določb Procesne direktive 2013/32/EU ponuja tako očitno, da ne pušča prostora za noben razumen dvom. Zato je Vrhovno sodišče, upoštevaje sodbo SEU v zadevi C. I. L. F. I. T. (št. 283/81 z dne 6. 10. 1982), ugotovilo, da po doktrini *acte clair* niso izpolnjeni potrebni pogoji za postavitve vprašanja za predhodno odločanje SEU na podlagi 267. člena PDEU.<sup>211</sup> V zvezi s tem je treba omeniti, da je zaradi novejših in deloma spremenjenih sodnih praks Sodišča EU namesto zadeve C. I. L. F. I. T. glede doktrine »acte clair« treba uporabiti standarde iz sodbe Sodišča EU v zadevi *Consorzio Italian Management*.<sup>212</sup>

### 5.3. Suspenzivnost tožbe v upravnem sporu

Zakonodajalec EU je v določilih členov 46(5), (6), (7), (8) in (9) Procesne direktive 2013/32/EU določil, kdaj ima tožba oziroma pravno sredstvo, vloženo na sodišče zoper odločitev pristojnega organa, avtomatični suspenzivni učinek in v katerih primerih ima tožba »lahko« suspenzivni učinek. Slovenski zakonodajalec je to uredil v določilu člena 70(3) ZMZ-1. Vendar pa je vse te določbe sekundarnega prava EU in domače zakonodaje treba razlagati in uporabiti ob upoštevanju primarnega pravila, da kadar ima tožnik zahtevek v zvezi z mednarodno zaščito, ki se zaradi opredelitve dejanj preganjanja v 9. členu in resne škode v 15. členu Kvalifikacijske direktive 2011/95 v vsakem primeru navezuje na opredelitev prepovedi nečloveškega ravnanja iz 3. člena EKČP oziroma 4. člena Listine EU, ki ni očitno neutemeljen, to pomeni, da kadar ima tožnik t. i. *arguable claim* v zvezi z določilom 4. člena Listine EU, potem mora imeti tožba v upravnem sporu avtomatični suspenzivni učinek ne glede na to, za katero vrsto postopka oziroma odločitve je šlo na prvi stopnji odločanja.<sup>213</sup> Vendar je po stališču Sodišča EU nesuspendivnost pravnega sredstva, vloženga le zoper odločitev o zavrnitvi prošnje za mednarodno zaščito, če ob tem ni bilo hkrati odločeno tudi o vrnitvi prosilca za mednarodno zaščito oziroma tujca v izvorno državo, načeloma skladna z

<sup>209</sup> Sodba Vrhovnega sodišča, št. I Up 226/2017 z dne 22. novembra 2017, tč. 12-16.

<sup>210</sup> Glej *mutatis mutandis*: J. N. (C-601/15 PPU), tč. 46-47.

<sup>211</sup> Sodba Vrhovnega sodišča, št. I Up 226/2017 z dne 22. novembra 2017, tč. 17.

<sup>212</sup> Glej: *Consorzio Italian Management* (C-561/19) z dne 6. oktobra 2021, tč. 26-66.

<sup>213</sup> B (C-233/19), tč. 46, 48-51, 57, 61-65; primerjaj s stališčem Sodišča EU v zadevi VL (C-36/20 PPU), tč. 97.

načelom ne vračanja in členom 47 Listine EU, ker izvršitev take odločbe sama po sebi ne bi smela voditi do odstranitve državljana zadevne tretje države.<sup>214</sup>

To pomeni, da mora imeti tožba avtomatični suspenzivni učinek v situaciji, ko upravni organ v izreku odloči tudi o vrnitvi prosilca, ne samo takrat, ko je na podlagi »utemeljenih razlogov mogoče domnevati, da bi bil tujec v njej izpostavljen resničnemu tveganju,« da bo obravnavan v nasprotju s členom 18 Listine EU v povezavi s členom 33 Ženevske konvencije ali v nasprotju s členom 19(2) Listine EU,<sup>215</sup> ampak že takrat, ko zahtevek tožnika glede varstva pravice iz 4. člena Listine EU ni očitno neutemeljen.

Avtomatični suspenzivni učinek pomeni, da prosilci lahko ostanejo na ozemlju države članice do izteka roka, v katerem lahko uveljavljajo pravico do učinkovitega pravnega sredstva zoper odločbo iz člena 46(1) Procesne direktive 2013/32/EU, in če je bila ta pravica uveljavljena pravočasno, do odločitve o tem pravnem sredstvu, to pa je do pravnomočne odločitve sodišča v upravnem sporu. V tem času jim pripadajo tudi vse pravice do Direktivi o sprejemu 2013/33/EU.<sup>216</sup>

#### 5.4. Roki za vložitev tožbe in za izdajo sodbe upravnega sodišča

Roki za vložitev tožbe zoper odločitev Ministrstva za notranje zadeve so sicer v zakonu o mednarodni zaščiti natančno določeni, kar bi lahko pomenilo, da so (zgolj) z vidika domačega prava za sodišče obvezujoči. Takšna ureditev se lahko izkaže za nasprotno pravici do učinkovitega pravnega sredstva iz člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU in 47. člena Listine EU v zvezi z načelom sorazmernosti iz člena 52(1) Listine EU. Sodišče EU je na primer v zadevi *Diouf* razvilo interpretacijo, da se petnajstdnevni rok za vložitev tožbe zoper negativno odločbo, sprejeto v pospešenem postopku, načeloma ne zdi nezadosten za pripravo in vložitev učinkovite tožbe glede na pravice in interese v tej zadevi. Vendar pa mora v takem primeru nacionalno sodišče, če bi se v danih okoliščinah ta rok izkazal za nezadosten, presoditi, ali je ta element sam po sebi zadosten za ugoditev tožbi.<sup>217</sup> Po ZMZ-1 v Sloveniji morajo tožniki vložiti tožbo zoper negativno odločitev Ministrstva za notranje zadeve, sprejeto v pospešenem postopku, v roku treh dni, kar je bistveno krajši rok od 15 dni, o katerem se je že leta 2011 izreklo Sodišče EU v zadevi *Diouf*.

Sodišče EU je sprejelo tudi interpretacijo, da je desetdnevni rok (vključno s prazniki in dela prostimi dnevi), ki je bil predpisan v zakonodaji določene države članice, za vložitev tožbe zoper odločbo o nedopustnosti naknadne prošnje za mednarodno zaščito načeloma mogoče šteti kot skladen z določbo člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU in s 47. členom Listine EU glede na cilje hitre obravnave prošenj za mednarodno

---

<sup>214</sup> *Gnandi* (C-181/16), tč. 55. V tej zvezi glej odločbo Ustavnega sodišča, št. U-I-189/14, št. Up-663/14 z dne 15. oktobra 2015 (tč. 40), ki se nanaša na obveznost upoštevanja načela non-refoulement tudi v postopku odločanja o podaljšanju subsidiarne zaščite, četudi zavrnitev podaljšanja statusa še ne pomeni odločitve o vrnitvi tujca v izvorno državo (glej tudi: odločba US RS, št. Up-150/13 z dne 23. januarja 2014, tč. 8).

<sup>215</sup> *Gnandi* (C-181/16), tč. 54; glej tudi tč. 56; *Abdidi* (C-562/13), tč. 52-53.

<sup>216</sup> *Komisija proti Madžarski* (C-808/18), tč. 282-284.

<sup>217</sup> *Diouf* (C-69/10) z dne 28. julija 2011, tč. 67-68.

zaščito, ki jima sledi Procesna direktiva 2013/32/EU, to pa sta: načelo pravne varnosti in učinkovit potek postopka obravnavanja prošelj za mednarodno zaščito.<sup>218</sup> Vendar Sodišče EU temu dodaja, da mora biti ta rok, da bi se spoštovale zahteve načela učinkovitosti, »dejansko zadosten« za pripravo in vložitev učinkovitega pravnega sredstva. Ob tem je Sodišče EU upoštevalo prav možnost brezplačne pravne pomoči in zastopanje ter dostop do pravnega svetovanja.<sup>219</sup> Tudi za te spore je v zakonu o mednarodni zaščiti Republike Slovenije določen bistveno krajši rok, in sicer samo tri dni.

Roki, ki jih slovenski zakonodajalec določa Upravnemu sodišču, da izda sodbo v zadevi mednarodne zaščite, so ravno tako natančno določeni. Vendar je za te že odločeno s strani Sodišča EU, da so zgolj instruksijski roki. V primeru, ko je zakonodajalec države članice določil rok osem dni ali pa 60 dni za izdajo sodne odločbe o tožbi zoper prvostopenjski akt, je Sodišče EU izpeljalo interpretacijo iz določil členov 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU in 47. člena Listine EU, da če sodišče države članic oceni, da je za podrobno in *ex nunc* presojo v smislu člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU potreben daljši čas, potem se v takem primeru aktivira obveznost sodišča države članice, da ne uporabi nacionalne ureditve oziroma lahko tak rok v zakonu šteje za instruksijski rok, ker ni združljiv z načelom učinkovitosti prava EU.<sup>220</sup>

### 5.5. Podrobna in *ex nunc* presoja dejstev in po potrebi meritorna sodna presoja pogojev za mednarodno zaščito

Za sodni postopek v upravnem sporu pred sodiščem, ki presoja zakonitost upravnega akta pristojnega organa za odločanje o prošnji za mednarodno zaščito na podlagi vlozene tožbe, je torej ključna določba člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU v povezavi s 47. členom Listine EU. Ti dve določbi je treba primarno upoštevati v sodnem postopku, skupaj z določbami petega in drugega odstavka 70. člena ZMZ-1, ki urejata postopek na prvi stopnji.<sup>221</sup> To velja, ko gre za presojo zakonitosti (negativne) odločitve upravnega organa o izpolnjevanju pogojev za status begunca, subsidiarne zaščite in/ali prepoved vračanja, pa tudi v primeru vseh drugih upravnih odločitev v zvezi z mednarodno zaščito v okviru specialnih postopkov, na primer glede naknadne prošnje za mednarodno zaščito, uporabe koncepta varne tretje države ali varne izvirne države, odvzema statusa begunca ali subsidiarne zaščite, glede odločitve, sprejete v postopku na meji idr.<sup>222</sup>

<sup>218</sup> JP (C-651/19) z dne 9. septembra 2020, tč. 65.

<sup>219</sup> *Ibid.*, tč. 66.

<sup>220</sup> LH (C-564/18), tč. 71-77; PG (C-406/18) z dne 19. marca 2020, tč. 24-37.

<sup>221</sup> Po določbi petega odstavka 71. člena ZMZ-1 se v postopku sodnega varstva po tem zakonu uporablja zakon, ki ureja upravni spor, če s tem zakonom ni drugače določeno. Drugi odstavek istega člena pa ima posebno določbo glede sojenja na glavni obravnavi, in sicer pravi, da Upravno sodišče izvede glavno obravnavo tudi v primeru, če ugotovi, da dejansko stanje ni bilo ugotovljeno pravilno in popolno ali če je bil iz ugotovljenih dejstev napravljen napačen sklep o dejanskem stanju.

<sup>222</sup> Če se spor nanaša na vprašanje, ali je prav, da je Ministrstvo za notranje zadeve zavrglo prošnjo za mednarodno zaščito, ker je za odločanje o prošnji pristojna druga država članica EU, v katero bo prosilec premeščen, je temeljna procesna določba za sodni postopek določba 27. člena Dublinske uredbe 604/2013.

Po določbi člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU morajo države članice zagotoviti, da sodišče izvede »podrobno in *ex nunc* presojo dejstev in pravnih vprašanj, po potrebi vključno s presojo potreb po mednarodni zaščiti v skladu z Direktivo 2011/95/EU«. <sup>223</sup> Značilnosti pravnega sredstva, ki je določeno v členu 46 Direktive 2013/32, pa je treba določiti v skladu s členom 47 Listine EU, ki pomeni potrditev načela učinkovitega sodnega varstva. <sup>224</sup> Obe določili, člen 46(3) Procesne direktive 2013/32 in 47. člen Listine EU o temeljnih pravicah, sta po interpretaciji Sodišča EU »dovolj sami po sebi in ju ni treba pojasnjevati z določbami prava Unije«, kar pomeni, da »imata neposredni učinek«. <sup>225</sup> Posledično to pomeni, da je treba za pravna vprašanja, ki jih pokrivata omenjeni določbi prava EU, oziroma če se je o predmetnem procesnem vprašanju že izreklo Sodišče EU, določbe v zakonu o upravnem sporu in v zakonu o mednarodni zaščiti razlagati v skladu z omenjeno določbo iz direktive ali uredbe v povezavi s sodno prakso Sodišča EU. Če to ni mogoče zaradi konflikta med domačo pravno normo in pravom EU, je potrebno določbo domačega prava ignorirati in neposredno uporabiti določbo prava EU v povezavi z interpretacijo Sodišča EU. <sup>226</sup>

Zahteva po *ex nunc* presoji pomeni obveznost sodišča, da opravi presojo, pri kateri se po potrebi upoštevajo novi elementi, ki so se pojavili po sprejetju upravnega akta, zoper katerega je vloženo pravno sredstvo. Kar zadeva pojem »podrobno«, pa ta potrjuje, da mora sodišče obravnavati tako elemente, ki jih je organ, pristojen na področju azila, upošteval ali bi jih lahko upošteval, kot elemente, ki so se pojavili po tem, ko je ta organ sprejel odločbo. <sup>227</sup>

Iz tega izhaja, da morajo države članice na podlagi člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU prilagoditi svoje nacionalno pravo tako, da bo sodišče pri obravnavanju zadevnih tožb preizkusilo vse dejanske in pravne elemente, ki mu omogočajo posodobljeno presojo obravnavanega primera, tako da bi bilo prošnjo za mednarodno zaščito mogoče izčrpno obravnavati, ne da bi bilo treba spis vrniti navedenemu organu. Po stališču Sodišča EU taka razlaga daje prednost cilju Direktive 2013/32/EU, katere namen je zagotoviti, da se take prošnje obravnavajo čim hitreje, ne da bi to vplivalo na izvedbo ustrezne in izčrpne presoje. <sup>228</sup> Vendar je treba temu dodati, da je izvor vsebine teh standardov v sekundarnem pravu EU treba iskati v dolgoletni in predhodni praksi ESČP v zvezi s procesnimi dimenzijami pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja, ki je absolutno zavarovana pravica v praksi ESČP od zadeve *Soering* iz leta 1989 naprej, torej ko EU še ni imela svojih pravil o skupnem evropskem azilnem sistemu.

Določba člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU torej pomeni, da čeprav je odločanje pristojnega organa na prvi stopnji ključna faza v celotnem postopku, ni nujno, da bi morale sodišče v vsakem primeru, ko ugotovi, da pristojni organ določenega

---

<sup>223</sup> *Alheto* (C-585/16), tč. 105-106; *Torubarov* (C-556/17), tč. 51.

<sup>224</sup> *Torubarov* (C-556/17), tč. 55.

<sup>225</sup> *Ibid.*, tč. 56, 73.

<sup>226</sup> Več o tem glej: uvodni razdelek 1.

<sup>227</sup> *Torubarov* (C-556/17), tč. 52.

<sup>228</sup> *Ibid.*, odst. 53. O omejitvah tega cilja glej razdelek 3.3.1.

pomembnega dejstva ni ugotavljal, izpodbijani akt odpraviti in zadevo vrniti organu prve stopnje v ponovno odločanje, kakor tudi ni nujno, da prvostopenjsko sodišče ne bi smelo po opravljeni podrobni in *ex nunc* presoji dejstev vrniti zadeve toženi stranki v ponovni postopek bodisi na podlagi izvedene glavne obravnave ali pa brez nje, kadar odloči na seji senata. Za ta razdelek, ki se nanaša na podrobno in *ex nunc* presojo dejstev in po potrebi meritorna sodna presoja pogojev za mednarodno zaščito, je bistveno, ker ima pravica do pravnega sredstva iz člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU in 47. člena Listine EU v pravu neposredni učinek, da ima sodišče obveznost, da preuči tako dejanske in pravne elemente, ki jih je organ, ki je sprejel to odločbo, upošteval ali bi jih lahko upošteval, kot tudi elemente, ki so se pojavili po sprejetju navedene odločbe.<sup>229</sup>

#### 5.5.1. **Pravica tožnika do zaslišanja na ustni obravnavi pred upravnim sodiščem zaradi zagotovitve podrobne in *ex nunc* presoje iz člena 46(3) procesne direktive 2013/32/EU**

Določbi člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU in 47. člena Listine EU predstavljata temeljno pravico posameznika, to je pravico prosilca za mednarodno zaščito oziroma tožnika v upravnem sporu.<sup>230</sup> Ne gre torej za pravico Ministrstva za notranje zadeve, saj je to pristojni državni organ za odločanje o prošnji za mednarodno zaščito. Zakonodajalec Republike Slovenije je pravila za izvedbo glavne obravnave predpisal tako, da bi morale Upravno sodišče izvesti glavno obravnavo vsakič, ko sodišče ugotovi, da ministrstvo dejanskega stanja ni ugotovilo pravilno in popolno, ali če je ministrstvo iz ugotovljenih dejstev napravilo napačen sklep o dejanskem stanju,<sup>231</sup> kar se razumljivo dogaja samo takrat, ko tožena stranka zavrne prošnjo za mednarodno zaščito. Ob upoštevanju pritiskov, ki jih na sodnike povzročajo zakonski roki za izdajo sodbe v zadevah mednarodne zaščite, je razumljivo, da ima sodnik na podlagi ZMZ-1 (in ZUS-1) veliko močnih spodbud za to, da ne ugotovi napak ali pomanjkljivosti glede dejanskega stanja v izpodbijani odločbi, ker je v takem primeru zadeva lahko bistveno hitreje, z manj napora in stroškov rešena na seji senata in brez glavne obravnave.

Pravo EU v povezavi tudi s sodno prakso ESČP na povsem drugačen način predpisuje okoliščine, pod katerimi mora prvostopenjsko sodišče izvesti glavno obravnavo in zaslišati tožnika oziroma mu dati možnost, da se ustno izreče pred sodiščem; predvsem pa je v pravu EU to urejeno v interesu prosilca oziroma tožnika, ne pa v interesu tožene stranke.

Sodišče EU je interpretacijo pravice do učinkovitega pravnega sredstva oziroma sodnega varstva tožnika v postopku mednarodne zaščite razvilo na podlagi predhodnega vprašanja, ki ga je postavilo sodišče iz Italije, in sicer o tem, ali mora sodišče tožnika zaslišati v sodnem postopku, če je bila prošnja v upravnem postopku zavrtnjena kot očitno neutemeljena. Sodišče EU je najprej ugotovilo, da nobena določba Procesne

<sup>229</sup> *Alheto* (C-585/16) z dne 25. julija 2018, tč. 118.

<sup>230</sup> Glej: *Moussa Sacko* (C-348/16) z dne 26. julija 2017, tč. 44.

<sup>231</sup> Drugi odstavek 71. člena ZMZ-1.

direktive 2013/32/EU izrecno ne nalaga, da mora sodišče »opraviti zaslišanje«. <sup>232</sup> Obveznost izvedbe osebnega razgovora se nanaša na postopek odločanja pred pristojnim organom. <sup>233</sup> V naslednjem koraku Sodišče EU upošteva interes hitrosti postopka, in sicer da morajo biti postopki končani v šestih mesecih od vložitve prošnje. <sup>234</sup> V nadaljevanju preide na standard podrobne in *ex nunc* presoje dejstev in pravnih vprašanj <sup>235</sup> in na to, da v okviru tega ni določeno, da se opravi zaslišanje pred sodiščem. <sup>236</sup> Na tej točki Sodišče EU preide na raven primarnega prava EU, to je pravice iz 47. člena Listine EU, in sicer da morajo države članice na podlagi lojalnega sodelovanja (člen 4(3) Pogodbe o delovanju EU) zagotoviti učinkovito sodno varstvo pravic (člen 19(1) Pogodbe EU). <sup>237</sup>

Sodišče EU je nato izpeljalo, da je pravica do učinkovitega sodnega varstva sestavljena iz več elementov. Pravica do učinkovitega sodnega varstva zajema »zlasti« pravico do obrambe, načelo enakosti orožij, pravico do dostopa do sodišč ter pravico do svetovanja, obrambe in zastopanja. <sup>238</sup> Ustne (javne) obravnava med temi sestavnimi elementi pravice do učinkovitega sodnega varstva Sodišče EU ni omenilo, kakor tudi ne zaslišanja tožnika. Nato Sodišče EU v sodbi v zadevi *Moussa Sacko* pravico do izjave prosilca za mednarodno zaščito umesti v okvir pravice do obrambe, ki velja v upravnem postopku, medtem ko glede pravice do izjave v sodnem postopku Sodišče EU pravi, da mora sodišče imeti »možnost preveriti utemeljenost razlogov, na podlagi katerih je pristojni upravni organ ugotovil, da je prošnja za mednarodno zaščito neutemeljena ali zlorabljena.« <sup>239</sup>

V naslednjem koraku je Sodišče EU prešlo na stališče, da okoliščina, da tožnik ni bil zaslišan v sodnem postopku, pomeni omejitev pravice do obrambe, ki je del načela učinkovitega sodnega varstva. <sup>240</sup> Pravica do ustne izjave oziroma do zaslišanja tožnika pred sodiščem je torej del pravice do obrambe, pri čemer pravica do obrambe ni absolutno zavarovana pravica. Gre za pravico oziroma upravičenje, ki je lahko omejeno, če omejitev dejansko ustreza ciljem splošnega interesa, ki se uresničujejo s to omejitvijo, in če glede na želeni cilj omejitev ne pomeni pretiranega in nesprejemljivega posega, ki bi ogrožal samo bistvo tako zagotovljene pravice. <sup>241</sup> Ob tem se je Sodišče EU oprlo na sodno prakso ESČP, in sicer v zadevah, ki nimajo zveze z mednarodno zaščito in pravi, da EKČP ne nalaga absolutne obveznosti, da se opravi javna obravnava. <sup>242</sup> Obstoje kršitve pravice do obrambe je treba presojati ob upoštevanju »vrste zadevnega akta« in glede

---

<sup>232</sup> *Moussa Sacko* (C-348/16) z dne 26. julija 2017, tč. 24.

<sup>233</sup> *Ibid.*, tč. 26.

<sup>234</sup> *Ibid.*, tč. 27.

<sup>235</sup> Glej razdelek 5.5.

<sup>236</sup> *Moussa Sacko* (C-348/16) z dne 26. julija 2017, tč. 28.

<sup>237</sup> *Ibid.*, tč. 29-31.

<sup>238</sup> *Ibid.*, tč. 32.

<sup>239</sup> *Ibid.*, tč. 33-36. V predmetni zadevi je šlo namreč za postopek v zvezi z očitno neutemeljeno prošnjo.

<sup>240</sup> *Ibid.*, tč. 37.

<sup>241</sup> *Ibid.*, tč. 38.

<sup>242</sup> *Ibid.*, tč. 39-40.



na »pravna pravila, ki urejajo zadevno področje.«<sup>243</sup> Na tej točki je Sodišče EU začelo izpeljevati specifično interpretacijo, da je v azilnih zadevah potrebno upoštevati »tesno povezavo« med pritožbenim postopkom pred sodiščem in postopkom na prvi stopnji, ki se opravi predhodno, in med katerim mora biti po 14. členu Procesne direktive 2013/32/EU prosilcu dana možnost osebnega razgovora o njegovi prošnji za mednarodno zaščito.<sup>244</sup> Ker morata biti v skladu s členom 17(2) Procesne direktive 2013/32/EU zapisnik ali dobesedni prepis vsakega osebnega razgovora pristojnega upravnega organa s prosilcem vključena v spis, vsebina tega zapisnika ali tega dobesednega prepisa pomenita pomemben element za sodišče, ko to podrobno in *ex nunc* presoja dejstva in pravna vprašanja v skladu s členom 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU.<sup>245</sup> Zaslisanje tožnika je torej v funkciji učinkovitega sodnega varstva pravic in interesov prosilca oziroma tožnika.<sup>246</sup> Sodišče EU nadaljuje: »Samo v primeru, da navedeno sodišče oceni«, da lahko to presojo opravi zgolj na podlagi podatkov iz spisa glede na okoliščine primera, vključno z zapisnikom ali dobesednim prepisom osebnega razgovora upravnega organa s prosilcem v postopku na prvi stopnji, lahko sodišče odloči, da ne bo zaslišalo prosilca v sodnem postopku. S tem se upošteva interes držav članic in prosilcev, da se o prošnjah odloči, kakor hitro je to mogoče in brez poseganja v ustreznost in celovitost obravnave.<sup>247</sup> Na koncu se Sodišče EU še enkrat sklicuje na sodno prakso ESČP, po kateri zaslišanje ni potrebno, če se v zadevi ne pojavljajo dejanska ali pravna vprašanja, ki jih ni mogoče ustrezno rešiti na podlagi spisa in pisnih stališč strank.<sup>248</sup> Iz člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU tudi izhaja, da »nacionalni zakonodajalec ne sme sodišču prepovedati«, da odredi zaslišanje v primeru, v katerem bi, potem ko bi informacije, ki so bile zbrane med osebnim razgovorom v postopku na prvi stopnji, štelo za nezadostne, ocenilo, da je treba organizirati to zaslišanje za podrobno in *ex nunc* presojo dejstev in pravnih vprašanj.<sup>249</sup> Tudi v drugih azilnih zadevah se Sodišče EU ni nikoli ukvarjalo z interpretacijami o tem, kdaj je oziroma ni potrebna glavna obravnava in kaj sploh pomeni ugotavljanje dejstev, ampak je šlo vedno zgolj za vprašanje, kdaj je (ustno) zaslišanje prosilca oziroma tožnika v sodnem postopku potrebno zaradi popolne in *ex nunc* sodne presoje.<sup>250</sup>

Zgoraj navedeno je pravno gledano glavna podlaga (pravni vir) za presojo, ali je v posamičnem primeru s področja mednarodne zaščite glavna obravnava zaradi zaslišanja tožnika v sodnem postopku potrebna ali ne. V dvomu so v azilnih zadevah koristni tudi kriteriji za razpis javne glavne obravnave iz sodbe Velikega senata ESČP v

<sup>243</sup> *Ibid.*, tč. 41.

<sup>244</sup> *Ibid.*, tč. 42. Že v fazi nižje stopnje harmonizacije procesnih pravil v državah članicah EU, ko so veljali zgolj minimalni procesni standardi, je veljalo, da je učinkovitost pravnega sredstva oziroma tožbe na sodišče odvisna od celotnega upravnega in sodnega postopka v posamezni državi (*Diouf* (C-69/10), tč. 46).

<sup>245</sup> *Moussa Sacko* (C-348/16) z dne 26. julija 2017, tč. 43.

<sup>246</sup> *Ibid.*, tč. 44.

<sup>247</sup> *Ibid.*, tč. 44, 45.

<sup>248</sup> *Ibid.*, tč. 47.

<sup>249</sup> *Ibid.*, tč. 48.

<sup>250</sup> Glej na primer: *PG* (C-406/18) z dne 19. marca 2020, tč. 31; *LH* (C-564/18) z dne 19. marca 2020, tč. 71.



zadevi *Ramos Nunes de Carvalho E Sá proti Portugalski*,<sup>251</sup> čeprav se ti kriteriji nanašajo na upravne spore na splošno in ne na azilne zadeve, saj določilo člena 6. člena EKČP v zadevah azila ne pride v poštev,<sup>252</sup> ampak v teh zadevah velja 13. člen EKČP ali pa procesna dimenzija člena 3. EKČP, ki ne vsebujeta zahteve za razpis javne glavne obravnave, ampak zgolj zahtevo za neodvisni (in strogi) nadzor.<sup>253</sup> V tem kontekstu je vsekakor tudi za azilne zadeve pomemben standard iz prakse ESČP, po katerem mora sodišče v obrazložitvi sodbe podati pojasnilo oziroma utemeljitev, katera dejstva sodišče šteje, da so nova in zakaj morebitni novi dokazi in dejstva niso relevantni za razsodbo.<sup>254</sup>

Kdaj je potrebno ustno zaslišanje tožnika v postopku pred sodiščem v zadevah mednarodne zaščite, dodatno pojasnjujejo interpretacije Sodišča EU v zadevah *Alheto* in *Ahmedbekova*.

V zadevi *Alheto* je predložitevno sodišče vprašalo Sodišče EU, ali lahko sodišče države članice, pri katerem je vloženo pravno sredstvo na prvi stopnji zoper upravno odločbo o prošnji za mednarodno zaščito, »upoštevata dejanske ali pravne elemente« v zvezi s pogoji za status begunca, ki jih upravni organ ni preučil.<sup>255</sup> Sodišče EU pozitivnega odgovora na to vprašanje ni pogojevalo s tem, da mora sodišče za navedeno izvesti glavno obravnavo. Sodišče EU namreč začne razlago odgovora na omenjeno vprašanje z ugotovitvijo, da v določilu člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU ni napotitve na nacionalno pravo in zato se morajo ti »izrazi razlagati in uporabljati enotno,« zato da se omeji gibanje prosilcev za mednarodno zaščito med državami članicami.<sup>256</sup> Sodišče EU v naslednjem koraku poudarja pomen hitrega sojenja brez poseganja v ustreznost in celovitost obravnave,<sup>257</sup> in zato morajo države članice temu primerno prilagoditi nacionalno pravo.<sup>258</sup> Obveznost (posodobljene) presoje *ex nunc* zajema, kadar je to primerno, da sodišče upošteva »nove elemente, ki so se pojavili po sprejetju odločbe«, zoper katero je vloženo pravno sredstvo in zato ni potrebno, da bi sodišče moralo spis vrniti upravnemu organu.<sup>259</sup> Tudi pridevnik »popolna« presoja to potrjuje, kajti sodišče mora obravnavati tako elemente, ki jih je organ za presojo upošteval, ali bi jih lahko upošteval, kot tudi elemente, ki so se pojavili po tem, ko je ta organ sprejel odločbo.<sup>260</sup> V zvezi s tem torej Sodišče EU ne govori o nobeni

---

<sup>251</sup> Glej: *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v Portugal*, št. 55391/13, 57728/13 in 74041/13 z dne 6. novembra 2018, tč. 190-191.

<sup>252</sup> *Maouiaa v. France*, št. 39652/98 z dne 5. oktobra 2000, tč. 35, 37.

<sup>253</sup> *M. S. S. v. Belgium and Greece*, št. 30696/09, tč. 293; *Ilias and Ahmed v. Hungary*, št. 47287/15, tč. 151-165; *M. K. and others v. Poland*, št. 40503/17, 42902/17 in 43643/17, tč. 178; *M. S. v. Slovakia and Ukraine*, št. 17189/11, tč. 121. Ob tem je treba opozoriti: Če država podpisnica EKČP v zakonodaji predpiše obveznost glavne obravnave tudi v primerih, ki niso predvideni v sodni praksi ESČP, potem bo ESČP na podlagi 53. člena EKČP (ne)spoštovanje pravil iz notranje zakonodaje podpisnice EKČP upoštevalo pri presoji, ali je bila kršena EKČP z vidika pravice do javne glavne obravnave.

<sup>254</sup> *Cimperšek proti Sloveniji*, št. 58512/16 z dne 30. junija 2020, tč. 45; Mirovni inštitut proti Sloveniji, št. 32303/13 z dne 30. maja 2016, tč. 44; *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v Portugal*, tč. 185.

<sup>255</sup> *Alheto* (C-585/16) z dne 25. julija 2018, tč. 102.

<sup>256</sup> *Ibid.*, tč. 107.

<sup>257</sup> *Ibid.*, tč. 109.

<sup>258</sup> *Ibid.*, tč. 110.

<sup>259</sup> *Ibid.*, tč. 111-112.

<sup>260</sup> *Ibid.*, tč. 113.

procesni avtonomiji držav članic EU in ne omenja obveznosti izvajanja glavne obravnave (zaradi zaslišanja prosilca) – še posebej seveda ne takrat, ko sodišče tožbi ugodi. Šele v primeru, ko sodišče pretehta nove elemente, ki so se pojavili po sprejetju upravne odločbe, mora sodišče zaradi 47. člena Listine EU »prosilcu dati priložnost, da se izjavi, ali lahko ti dejavniki neugodno vplivajo nanj«. <sup>261</sup> Torej v primeru možnosti negativne odločitve za prosilca mora sodišče tožniku dati možnost, da se izjavi o teh novih elementih pred izdajo sodne odločbe. Vendar tudi (celo) v tem primeru Sodišče EU ne govori o izjavi na javni glavni obravnavi.

Glavna obravnava na sodišču zaradi zaslišanja prosilca je po pravu EU obvezna v situaciji, ko gre za postopek odločanja o (ne)dopustnosti prošnje za mednarodno zaščito, sodišče pa mora preučiti razlog za (ne)dopustnost, ki ga upravni organ ni preučil. Šele v takem primeru mora sodišče omogočiti prosilcu, da »osebno in v jeziku«, ki ga obvlada, predstavi svoje mnenje o uporabi navedenega razloga za njegove osebne okoliščine – če nacionalno pravo to dopušča. <sup>262</sup> To pomeni, da zgolj v primeru postopka o (ne)dopustnosti prošnje Sodišče EU dovoljuje določeno procesno avtonomijo držav članic EU.

Ugotovitve, da določilo drugega odstavka 71. člena ZMZ-1 (v zvezi s 60. členom, drugo alinejo tretjega odstavka ter prvega in drugega odstavka 59. člena ZUS-1) mimo pravil EU in v nasprotju z njimi ureja obveznost sojenja na glavni obravnavi v postopku pred Upravnim sodiščem, potrjuje tudi sodba Sodišča EU v zadevi *Ahmedbekova*. Ta primer namreč pojasnjuje, ali imajo države članice EU procesno avtonomijo za določanje obveznosti sojenja na glavni obravnavi v zadevah mednarodne zaščite v situaciji, ko sodišče, ki odloča o tožbi zoper odločbo o zavrnitvi mednarodne zaščite, preuči razloge za priznanje mednarodne zaščite, ki so, ker se nanašajo na dogodke ali grožnje, ki so domnevno nastali pred sprejetjem te odločbe ali celo pred vložitvijo prošnje za mednarodno zaščito, prvič navedeni v postopku s tožbo. <sup>263</sup> Še bolj konkretno se je ta primer nanašal na situacijo, ko prosilec razlog za mednarodno zaščito, ki se nanaša na dogodke ali nevarnosti, ki naj bi nastali pred sprejetjem upravne odločbe ali celo pred vložitvijo prošnje, v postopku pred upravnim organom zamolči. <sup>264</sup> Sodišče EU je v tej zadevi začelo interpretacijo s stališčem, da je postopek pred upravnim organom »ključna faza« skupnih postopkov, uvedenih s Procesno direktivo 2013/32/EU. <sup>265</sup> Ta ključna faza bi se pred organom za presojo zaobšla, če bi bilo prosilcu brez kakršnihkoli postopkovnih posledic dovoljeno, da se za odpravo ali nadomestitev – s strani sodišča – odločbe o zavrnitvi, ki jo je sprejel ta organ, sklicuje na razlog za mednarodno zaščito, ki čeprav se nanaša na dogodke ali grožnje, ki so domnevno že obstajali, ni bil naveden pred navedenim organom in ga zato ta ni mogel preučiti. <sup>266</sup>

<sup>261</sup> *Ibid.*, tč. 114.

<sup>262</sup> *Ibid.*, tč. 126-127, 130.

<sup>263</sup> *Ahmedbekova* (C-652/16) z dne 4. oktobra 2018, tč. 91.

<sup>264</sup> *Ibid.*, tč. 94.

<sup>265</sup> *Ibid.*, tč. 96; glej tudi: *Alheto* (C-585/16), tč. 116.

<sup>266</sup> *Ahmedbekova* (C-652/16), tč. 97.

Kaj je mišljeno s pojmom nov »razlog« za mednarodno zaščito, je razvidno iz 98. in 95. odstavka obrazložitve sodbe v zadevi *Ahmedbekova*. Gre za razloge za preganjanje iz 10. člena Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU ali za elemente resne škode iz 15. člena Kvalifikacijske direktive 2011/95/EU. V takih primerih je treba tak nov razlog opredeliti kot »naknadno prošnjo« v smislu člena 40(1) Procesne direktive 2013/32/EU, upravni organ pa mora v okviru postopka obravnave naknadne prošnje v postopku pred sodiščem imeti »možnost«, da preuči naknadno prošnjo.<sup>267</sup> Zato mora sodišče »v skladu s pravili sodnega postopka, ki so določena v nacionalnem pravu,« preveriti, ali je razlog za mednarodno zaščito, ki je bil prvič naveden pred njim, v postopku s tožbo naveden dovolj zgodaj in je bil predložen dovolj konkretno, da se lahko ustrezno obravnava.<sup>268</sup> Na tej točki oziroma v takem primeru je torej tudi dana procesna avtonomija državam članicam EU, da uredijo posledice za prosilca, če sodišče ugotovi, da nov razlog za preganjanje ali resno škodo ni bil naveden dovolj zgodaj, ali da ni bil predložen dovolj konkretno, da bi se lahko obravnaval. Če sodišče ugotovi, da lahko ta nov razlog za preganjanje ali resno škodo vključi v svojo presojo, mora od tožene stranke »zahtevati, naj navedeni razlog preuči, o rezultatu in obrazložitvi te preučitve pa morata biti prosilec in sodišče obveščena, preden zadnje navedeno opravi zaslišanje prosilca in presojo zadeve.«<sup>269</sup> Šele v tem primeru je glavna obravnava, vendar zaradi zaslišanja prosilca nujno potrebna. Ta situacija ne pride v poštev, če je prosilec že v upravnem postopku navajal isti razlog za preganjanje kot v sodnem postopku (na primer politično prepričanje), le da je v sodnem postopku dodal dejanske elemente v podporo temu razlogu.<sup>270</sup> V zvezi z objektivnimi omejitvami za zaslišanje tožnika v sodnem postopku, če tožnik ni bil pravilno zaslišan v upravnem postopku, glej tudi sodbo Sodišča EU v zadevi *Addis*, ki je obravnavana v razdelku 3.3.1.

Sodna praksa je glede razpisovanja glavnih obravnav v zadevah mednarodne zaščite v Sloveniji zelo različna. Upravno sodišče v nekaterih primerih sledi interpretaciji Sodišča EU v zadevah *Moussa Sacko*, *Torubarov*, *Alheto*, *Ahmedbekova* in *Addis* o obveznosti izvedbe glavnih obravnav zaradi zaslišanja tožnika v sodnem postopku ob podpori relevantne sodne prakse ESČP, ki je pojasnjena v sodbi Velikega senata ESČP v zadevi *Ramos Nunes de Carvalho E Sá proti Portugalski*,<sup>271</sup> kot je predstavljeno v tem razdelku.<sup>272</sup> V drugih zadevah Upravno sodišče bolj ali manj sledi interpretaciji Vrhovnega sodišča, ki je bila izpeljana v zadevi, v kateri sicer ni šlo za mednarodno zaščito in po kateri je glavna obravnava nujna tudi za to, da se »zbere dokazno gradivo« in da se opravi presojo o tem, katere dokaze je potrebno izvesti za razjasnitev dejanskega stanja.<sup>273</sup> To stališče, ki velja na splošno za upravne spore, je sicer živelo že številne modalitete in sodna praksa na tem področju ni povsem ustaljena.

<sup>267</sup> *Ibid.*, tč. 98. V tem aspektu je zaznati zavarovanje interesa tožene stranke v sodnem postopku.

<sup>268</sup> *Ibid.*, tč. 99.

<sup>269</sup> *Ibid.*, tč. 100.

<sup>270</sup> *Ibid.*, tč. 101-102.

<sup>271</sup> *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, št. 55391/13, 57728/13 in 74041/13 z dne 6. novembra 2018, tč. 190-191.

<sup>272</sup> Glej na primer: sodba Upravnega sodišča, št. I U 1276/2019-19 z dne 13. maja 2020, tč. 85-120.

<sup>273</sup> Sklep Vrhovnega sodišča, št. X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020, tč. 14-15.

Idealno in zaželeno bi bilo, da bi Upravno sodišče lahko v vsakem primeru razsojalo na podlagi glavne obravnave in ne na zaprtih sejah za javnost. Vendar Upravno sodišče teh kadrovskih, finančnih in prostorskih pogojev nima glede na število vseh nujnih in prednostnih upravnih sporov, ki so dodeljene sodnikom na oddelku, kjer sodniki sodijo med drugim tudi v zadevah mednarodne zaščite. Zato je treba izhajati iz »prave mere«, po kateri se glavna obravnava, ki je v pravu EU v funkciji pravice do ustnega zaslišanja tožnika pred sodiščem, izvede v tistih primerih, ko je to dejansko potrebno in pod pogoji, ki so predpisani v pravu EU, ki je predmet izvajanja v teh primerih.

Ključni problem razlik v raznih interpretacijah – sodniških in zakonodajalčevih – glede obveznosti glavne obravnave v zadevah mednarodne zaščite celo ni toliko v tem, da prihaja do napačnih interpretacij sodne prakse ESČP o obveznosti glavne obravnave v upravnih sporih, v katerih veljajo določene specifičnosti in avtonomna razlaga poštene-ga postopka iz določila 6. člen EKČP glede na civilne in druge vrste sporov,<sup>274</sup> in tudi ne v tem, da se zanemarljiva jasna interpretacija pravice do ustnega zaslišanja tožnika na glavni obravnavi s strani Sodišča EU v zadevah mednarodne zaščite, čeprav imata določbi člena 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU in 47. člena Listine EU neposredni učinek. Hujši problem teh strokovnih razhajanj je v tem, da je bil v zreli fazi izgrajevanja sodne prakse na področju mednarodne zaščite glavni razlog za razveljavitve sodnih odločb Upravnega sodišča s strani Vrhovnega sodišča argument Vrhovnega sodišča, da Upravno sodišče ni izvedlo glavne obravnave, čeprav bi jo po stališču Vrhovnega sodišča moralo, ker je Upravno sodišče »ugotavljalo« dejstva iz upravnega spisa oziroma ker je Upravno sodišče naredilo drugačno dokazno oceno kot tožena stranka, ki je prošnjo prosilca zavrnila. S tem se po eni strani Vrhovno sodišče ni oziroma se je manj ukvarjalo z drugimi, bolj specifičnimi in pomembnimi procesnimi vprašanji, in se ni oziroma se je zelo redko (če sploh) ukvarjalo s pomembnimi materialnopravnimi vprašanji mednarodne zaščite; hkrati ob tem je nastal zmoten vtis, da je ključen pogoj za učinkovito sodno varstvo pravice do mednarodne zaščite in prepovedi nečloveškega ravnanja ter na sploh za utrjevanje vladavine prava izvedba glavne obravnave. Bistveno z vidika pravice do učinkovitega sodnega varstva pravic in vladavine prava je učinkovita implementacija kriterijev in standardov v zvezi z odločanjem in strogim sodniškim nadzorom v zadevah mednarodne zaščite, ki so bili obravnavani zlasti v razdelkih 5.5., 3.5., 3.4., 3.3.3., 3.3.2., 3.3.1., 5.1. in tudi 1. in 2.. Nepotrebna razhajanja o tem, kdaj je glavna obravnava z vidika EKČP in prava EU v zadevah mednarodne zaščite potrebna in kdaj ne, tako zamegljuje ključne izzive za uresničevanje pravice do učinkovitega sodnega varstva in vladavine prava v zadevah mednarodne zaščite. Nedvomno pa povečano število glavnih obravnav v letu 2022 v upravnem sporu na področju mednarodne zaščite glede na pretekla obdobja povečuje javnost sojenja in hkrati lahko vzbuja pozitivna in legitimna pričakovanja, da bodo morda glede na dognanja socialne psihologije neposredni stiki, ki jih imajo sodniki s

<sup>274</sup> *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v Portugal*, št. 55391/13, 57728/13 in 74041/13 z dne 6. novembra 2018, tč. 177, 199, 205, 211; *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, št. 32181/04 in 35122/05 z dne 21. julija 2011, tč. 152; *Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy*, št. 43509/08 z dne 27. septembra 2011, tč. 62-67; *Grande Stevens and Others v Italy*, št. 18640/10 z dne 4. marca 2014, tč. 139, 149; *Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, št. 26711/07 in 2 drugi z dne 12. maja 2016, tč. 95.

strankami na glavnih obravnavah, lahko prispevali k zmanjševanju primerov nepravilne uporabe stereotipov ali celo predsodkov,<sup>275</sup> morda bi glavne obravnave lahko prispevale tudi k zmanjševanju raznih vrst pristranosti.<sup>276</sup>

### 5.6. Vrste izrekov odločb upravnega sodišča in vezanost upravnega organa na obrazložitev sodišča v primeru vrnitve zadeve v ponovno odločanje upravnemu organu

Za razliko od pravice tožnika do zaslišanja na ustni obravnavi, za kar je Sodišče EU podalo natančno interpretacijo, sklicujoč se tudi na prakso ESČP, pri vprašanju, kaj lahko sodišče v postopku preizkusa upravne odločbe stori z napadeno odločbo, Sodišče EU prepušča to nacionalni ureditvi. Po interpretaciji Sodišča EU se namreč člen 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU nanaša zgolj na preizkus pravnega sredstva in se torej ne nanaša na morebitno razveljavitev upravnega akta, zoper katerega je vloženo to pravno sredstvo. Glede ravnanja sodišča v zvezi z izpodbijaním aktom torej zakonodajalec Unije s sprejetjem Procesne direktive 2013/32/EU ni natančno in izčrpno poenotil postopkovnih pravil za vse države članice, v skladu s katerim bi moral upravni organ iz člena 2(f) te direktive izgubiti pristojnost po razveljavitvi njegove prvotne odločbe o prošnji za mednarodno zaščito. To pomeni, da lahko države članice v skladu z načelom procesne avtonomije še naprej določajo, da je treba spis po taki razveljavitvi poslati temu organu, da sprejme novo odločbo. Države članice imajo torej glede tega vprašanja določen maneverski prostor, ki pa ga morajo uresničevati ob upoštevanju pravice do učinkovitega sodnega varstva iz 47. člena Listine EU.<sup>277</sup>

Najpogostejše vsebine izrekov sodnih odločb Upravnega sodišča v zadevah mednarodne zaščite so naslednje:

V zadevah, v katerih tožnik tekom upravnega spora samovoljno zapusti azilni dom in Slovenijo in se ne vrne, sodišče s sklepom odloči: »Tožba se zavrže.« Sodišče zavrženje tožbe obrazloži s tem, da tožnik nima več pravnega interesa. Če pa po seznanitvi pooblaščenca tožnika z informacijo, ki jo sodišču posreduje tožena stranka, da je tožnik samovoljno zapustil azilni dom in da se vanj ni vrnil, pooblaščenec tožbo umakne, sodišče v izreku odloči: »Postopek se ustavi.«

---

<sup>275</sup> Gre za t. i. hipotezo o stikih (»contact hypothesis«), ki naj bi zmanjševali predsodke oziroma vnaprejšnja prepričanja; o tem glej: Brown, R.: *Prejudice: Its Social Psychology*. 2. izdaja, Wiley-Blackwell, 2010, poglavje 9, str. 243-280.

<sup>276</sup> V zadevah mednarodne zaščite so aktualne zlasti tri oblike pristranosti glede na splošno klasifikacijo, ki jo je opravil Barry M. Brian v knjigi: Barry M., B.: *How Judges Judge: Insight into Judicial Decision-Making*. 1. izdaja, Routledge, 2020, str. 25-27. Opustitvena pristranost (ang. *Omission bias*) pomeni, da v kompleksni zadevi raje ravnam pasivno in se sklicujem na drugi odstavek 71. člena ZUS-1, kot da aktivno posežem v dokazno oceno tožene stranke, četudi vem, da ta usmeritev ni najboljša z vidika nadzora nad zakonitostjo delovanja izvršilne veje oblasti. *Status quo* pristranost pomeni, da ciljам predvsem k temu, da so moje razsodbe skladne z že sprejetimi sodnimi odločitvami, zato da ohranjam ustaljeno stanje, kljub temu da je razvoj sodne prakse na področju mednarodne zaščite dinamičen in se stalno razvija. Potrditvena pristranost (ang. *confirmation bias*) pa pomeni, da selektivno (i)zbiram samo tiste informacije oziroma elemente iz sodnega in upravnega spisa, ki potrjujejo moje morebitno vnaprejšnje prepričanje oziroma tem informacijam in elementom dajem več teže kot tistim, ki moje prepričanje ne podpirajo.

<sup>277</sup> *Torubarov* (C-556/17), tč. 54-55; *Alheto* (C-585/16), tč. 146.

Če Upravno sodišče ugotovi, da je tožba neutemeljena, v izreku sodbe navede: »Tožba se zavrne.«

Če Upravno sodišče ugotovi, da je tožba utemeljena, v izreku navede: »Tožbi se ugodi in se izpodbijani akt odpravi in zadeva vrne toženi stranki v ponoven postopek.« Če Upravno sodišče ugotovi, da je tožba utemeljena in če ob tem samo razsodi, da prosilec izpolnjuje pogoje za mednarodno zaščito, v izreku navede:

»Tožbi se ugodi in se izpodbijana odločba št. ... z dne ... odpravi ter se prošnji za mednarodno zaščito prosilca z imenom ..., državljana ... ugodi in se mu prizna status begunca z dnem ... [izdaje izpodbijane odločbe tožene stranke – op. a.]. Sodna odločitev o priznanju statusa begunca iz prve točke izreka te sodbe učinkuje z njeno pravnomočnostjo kot dovoljenje za stalno prebivanje tožnika v Republiki Sloveniji.«

Možni so tudi drugačni izreki sodne odločbe, kadar tožnik vloži tožbo zoper določena dejanja (na podlagi prvega odstavka 4. člena ZUS-1), na primer, ko je šlo za spor zavračanja tožnika po prehodu državne meje in za neposredno predajo tujca Hrvaški brez izdaje upravne odločbe. Upravno sodišče je v izreku razsodilo:

»Tožbi se ugodi, in sicer tako, da se ugotovi, da je tožena stranka s tem, ko je po skrajšanem postopku na podlagi Sporazuma med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške o izročitvi in sprejemu oseb, katerih vstop ali prebivanje je nezakonito, tožnika po imenu ..., državljan ... dne 16. 8. 2019 na mejnem prehodu Vinica ob 10.00 uri izročila Republiki Hrvaški, kršila tožnikovi pravici do prepovedi vračanja iz drugega odstavka in kolektivnega izгона iz prvega odstavka 19. člena ter pravico do dostopa do azilnega postopka iz 18. člena Listine EU o temeljnih pravicah. Tožena stranka mora brez odlašanja po pravnomočnosti te sodbe tožniku dovoliti vstop v Republiko Slovenijo in vložitev prošnje za mednarodno zaščito. V preostalem delu drugega podrednega tožbenega zahtevka se tožba zavrne. Tožnika se z zahtevkom za povrnitev škode napoti na pravdo.«

Kadar Upravno sodišče tožbi ugodi, izpodbijani akt odpravi in vrne zadevo upravnemu organu v ponovno odločanje, je po določbi četrtega odstavka 64. člena ZUS-1 upravni organ vezan na pravno mnenje sodišča glede uporabe materialnega prava in na njegova stališča, ki se tičejo postopka.

V zadevah oziroma situacijah (ki jih na področju mednarodne zaščite ni bilo malo), ko je Upravno sodišče tožbi ugodilo, izpodbijani akt odpravilo in zadevo vrnilo toženi stranki v ponovni postopek, je poseben problem z vidika kakovosti in stabilnosti sodne prakse ter razumevanja vladavine prava, pomena in vloge, ki jo ima sodišče v upravnih sporih nasploh, predstavljalo dolgo časa uveljavljeno stališče Vrhovnega sodišča, da vezanost upravnega organa na stališča Upravnega sodišča »ni absolutna, saj ima upravni organ, ki je pristojen za odločanje, možnost odločiti tudi v nasprotju s pravnim mnenjem in stališči sodišča, če ima za to utemeljene razloge, kar mora tudi posebej utemeljiti«.<sup>278</sup> Problem

<sup>278</sup> Glej na primer sodne odločbe Vrhovnega sodišča: št. X Ips 519/2007 z dne 14. novembra 2007; št. Ips 706/2008 z dne 20. novembra 2008; št. X Ips 169/2010 z dne 25. maja 2011, tč. 9.



tega stališča, ki je bil očitno napačno razumljen, je bil v tem, da iz njega ni bilo razvidno, da je utemeljen razlog za neupoštevanje stališč Upravnega sodišča lahko samo, če so se pravno relevantna dejstva v zvezi z utemeljenim strahom pred preganjanjem ali resno škodo od presoje sodišča do odločitve pristojnega organa v ponovljenem postopku bistveno spremenila ali če je prišlo do spremembe pravnih pravil oziroma drugačne interpretacije prava s strani Sodišča EU ali če je Upravno sodišče sploh spregledalo kakšno pravno relevantno interpretacijo Sodišča EU ali ESČP. Dodaten argument Vrhovnega sodišča, da je tudi zakonodajalec predvidel možnost, da sodišče odloči v sporu polne jurisdikcije v primeru, če upravni organ v novem postopku odloči nasprotno že izraženemu mnenju in stališčem sodišča, je napačno razumevanje bistva neodvisnosti sodstva, delitve oblasti in vladavine prava povečalo.<sup>279</sup> Do tega zapleta je v slovenski upravno-sodni praksi prišlo, ker je bilo to vprašanje obravnavano zgolj z vidika določb ZUS-1, namesto z vidika Ustave oziroma pravice do učinkovitega sodnega varstva iz 47. člena Listine EU.

Ta problem je na ravni EU do neke mere razčistilo Sodišče EU, ki je izpeljalo, da bi bila pravica do učinkovitega sodnega varstva »iluzorna, če bi bilo dovoljeno, da pravno-močna in zavezujoča sodna odločba ostane brezpredmetna.<sup>280</sup> Členu 46(3) Procesne direktive 2013/32/EU bi bil popolnoma odvzet polni učinek, če bi se dovolilo, da ta organ po razglasitvi sodbe, s katero je prvostopenjsko sodišče v skladu s to določbo opravilo popolno in *ex nunc* presojo potrebe prosilca po mednarodni zaščiti v smislu Direktive 2011/95, sprejme odločbo, ki bi bila v nasprotju s to presojo, ali pusti, da preteče precej časa, kar bi lahko povečalo tveganje, da se pojavijo elementi, ki zahtevajo ponovno posodobljeno presojo«. <sup>281</sup> Da gre za širšo vezanost uprave na izražena stališča sodišča v upravnem sporu, pa izhaja iz naslednjih dveh odstavkov obrazložitve sodbe v zadevi *Alheto*, kjer Sodišče EU vezanost uprave na stališča sodišča ne postavlja samo za situacijo, ko sodišče napravi popolno in *ex nunc* presojo potrebe po mednarodni zaščiti, ampak pravi, da mora upravni organ »sprejeti odločbo v kratkem času in v skladu s presojo iz sodbe, s katero je bila razglašena razveljavitev.«<sup>282</sup> Sodba v zadevi *Alheto* je bila objavljena julija 2018, Vrhovno sodišče pa je že pred tem, v letu 2016, in ravno v sporu v zvezi z mednarodno zaščito samo vsebinsko dopolnilo svoje stališče glede razlage 4. odstavka 64. člena ZUS-1.<sup>283</sup> V tem primeru je za razliko od prej omenjenih sodb pri razlagi 4. odstavka 64. člena ZUS-1 izhajalo iz URS, in sicer iz načela pravne države iz 2. člena URS.

S tem v zvezi je pomembna tudi ustaljena praksa ESČP, po kateri standardi neodvisnosti in nepristranosti ne vežejo zgolj sodišča, ampak tudi organe izvršilne in zakonodajne veje oblasti, da spoštujejo pravno-močne sodbe tudi, če se z njimi ne strinjajo.

---

<sup>279</sup> *Ibid.*, tč. 9.

<sup>280</sup> *Torubarov* (C-556/17), tč. 57.

<sup>281</sup> *Alheto* (C-585/16), tč. 147; glej tudi: *Torubarov* (C-556/17), tč. 58.

<sup>282</sup> *Alheto* (C-585/16), tč. 148-149.

<sup>283</sup> Glej sodno odločbo Vrhovnega sodišča, št. I Up 183/2016 z dne 29. junija 2016, tč. 15.



Tudi v tem smislu morajo biti standardi neodvisnosti in nepristranosti učinkovito integrirani v upravno prakso in v upravna ravnanja.<sup>284</sup>

Glede natančnosti obrazložitve sodnih odločb v zadevah mednarodne zaščite veljajo z vidika URS splošni standardi za kakovost obrazložitve sodb prvostopenjskega sodišča. Ustavno sodišče je tudi v kontekstu mednarodne zaščite izpeljalo argumentacijo, da je ustavna zahteva po obrazloženosti sodnih odločb instančnih sodišč praviloma nižja od siceršnje zahteve po obrazloženosti sodnih odločb, vendar le, kadar instančno sodišče pritrdi pravnemu naziranju nižjih sodišč in je zato mogoče že iz sodb nižjih sodišč razbrati razloge za sprejeto pravno stališče. V primerih, ko Vrhovno sodišče spremeni odločitev Upravnega sodišča in v pritožbenem postopku samo odločilo o tožbi, pa vsebina obveznosti do obrazložitve ne more biti bistveno ožja od obveznosti sodišča prve stopnje. Iz sodbe instančnega sodišča mora biti zato v takih primerih razvidno, ali je sodišče pri odločanju upoštevalo vse bistvene navedbe pritožnika v postopku. Vrhovno sodišče mora v primeru, ko samo odloči o tožbi, v obrazložitvi sodbe odgovoriti ne samo na pritožbene navedbe, temveč tudi na vse upoštevne tožbene očitke.<sup>285</sup> Z vidika standardov iz prakse ESČP pa v zvezi z odločitvami, ki se nanašajo na prepoved nečloveškega ravnanja, velja, da mora biti v luči načela subsidiarnosti utemeljitev ocene tveganja s strani državnih organov in sodišč »ustrezna in zadosti podprta« z relevantnimi informacijami;<sup>286</sup> kaj ta ustreznost in zadostna podprtost presoje z relevantnimi informacijami natančneje in dejansko pomeni, pa je razvidno zlasti iz razdelkov 3.3.2., 3.3.3., 3.4., 3.5., 5.3., 5.5., in 5.5.1.

### 5.7. Dileme o potrebnosti pritožbe zoper prvostopenjsko sodbo na vrhovno sodišče

Ob sprejemu prvega zakona o azilu v Republiki Sloveniji v letu 1999 je zakonodajalec predvidel pritožbo zoper sodbo Upravnega sodišča.<sup>287</sup> To je bila glede na novo pravno področje, s katerim so se začeli ukvarjati slovenski upravni sodniki, razumna in logična odločitev zakonodajalca, čeprav z vidika standardov iz 13. člena EKČP dvo-stopenjski sodni postopek tudi, ko gre za varstvo pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja, ni potreben.<sup>288</sup> Leta 2011 je Sodišče EU v zadevi *Diouf* sprejelo interpretacijo, da načelo učinkovitega sodnega varstva zagotavlja posamezniku pravico do dostopa do sodišča in ne do večstopenjskega sodnega varstva.<sup>289</sup> Sodišče EU tega stališča ni spremenilo. Zavzelo pa je stališče, da v primeru, če ima država članica predviden dvo-

<sup>284</sup> *Dolińska-Ficek and Oziumek v. Poland*, št. 49868/19 z dne 8. novembra 2021, tč. 316.

<sup>285</sup> Odločba US RS, št. Up-613/16 z dne 1. septembra 2016, tč. 20. O primeru t. i. navidezne uporabe sodne prakse Sodišča EU in na tej podlagi ugotovljeni kršitvi obveznosti ustrezne obrazložitve sodne odločbe glej: odločba US RS, št. Up-150/13 z dne 23. januarja 2014, tč. 15-16.

<sup>286</sup> *J.K. and others v. Sweden*, št. 59166/12 z dne 23. avgusta 2016, tč. 84.

<sup>287</sup> Zakon o azilu (ZAzil-D), Ur. l. RS, št. 17/06.

<sup>288</sup> Določilo 13. člena EKČP niti ne zahteva, da o pravnem sredstvu zoper odločitev, v zvezi s katerokoli pravico iz EKČP odloča neodvisno in nepristransko sodišče, ampak zahteva samo, da ima vsakdo, čigar pravice in svoboščine, ki jih priznava EKČP, so kršene, pravico do učinkovitih pravnih sredstev pred »domaćimi oblastmi«, in to tudi če je kršitev storila uradna oseba pri opravljanju uradne dolžnosti.

<sup>289</sup> *Diouf* (C-69/10), tč. 69; glej tudi: *Gnandi* (C-181/16), tč. 57.

stopenjski sodni postopek v zadevah mednarodne zaščite, ni potrebno, da ima pritožba zoper prvostopenjsko sodbo avtomatični suspenzivni učinek.<sup>290</sup> Enako stališče je zavzelo tudi ESČP v zvezi z varstvom pravice iz 3. člena EKČP.<sup>291</sup>

Načeloma takšno stališče ni problematično z vidika 4. člena Listine EU oziroma 3. člena EKČP, vendar pa so možne tudi izjeme. Zaradi spremenjenih razmer po izdaji sodbe prvostopenjskega sodišča lahko pride do situacije, ko pritožba zavrženega prošilca za mednarodno zaščito na sodišču druge stopnje ni očitno neutemeljena z vidik varstva pravice do prepovedi nečloveškega ravnanja, kar pomeni, da bi tudi v tem primeru pravno sredstvo na drugostopenjsko sodišče moralo imeti suspenzivni učinek.

Ureditev, po kateri ima Ministrstva za notranje zadeve možnost, tožnik pa pravico vložiti pritožbo zoper sodno odločbo Upravnega sodišča na Vrhovno sodišče, je zakonodajalec Republike Slovenije obdržal do aprila 2016, ko je glede pritožbe zoper sodbo Upravnega sodišča na Vrhovno sodišče začela veljati splošna določba prvega odstavka 73. člena ZUS-1.<sup>292</sup>

Zakonodajalec Republike Slovenije je v letu 2021 kljub nasprotovanju Upravnega in Vrhovnega sodišča zopet uvedel pritožbo zoper sodbo Upravnega sodišča v zadevah mednarodne zaščite.<sup>293</sup> V letu 2022, je nova politična usmeritev vlade zopet začela priprave na spremembo zakona o mednarodni zaščiti, tako da naj bi glede pritožbe na Vrhovno sodišče zoper sodbe Upravnega sodišča ponovno začela veljati zgolj splošna določba 73. člen iz ZUS-1.

Ob tem periodičnem in deloma političnem nihanju med tem, ali naj bo zoper sodbo dovoljena pritožba na Vrhovno sodišče ali ne, se zdi, da predlagatelj pred spremembami zakona glede pritožbe na Vrhovno sodišče v zadevah mednarodne zaščite nikoli ni upošteval več stvari, ki bi morale biti pomembne za zakonodajalca.

Prvič, predlagatelj pred spreminjanjem zakona o mednarodni zaščiti v prid ali proti redni pritožbi ni upošteval, ali pritožba na Vrhovno sodišče po izkušnjah, gledano v daljših časovnih obdobjih, zagotavlja kakovost in stabilnost upravno-sodne prakse, tako da upravne in sodne prakse na ravni Upravnega in Vrhovnega sodišča ni bilo potrebno spreminjati zaradi stališč v odločbah Ustavnega sodišča in da tudi ni bilo treba pogosto spreminjati upravne in sodne prakse omenjenih dveh slovenskih sodišč zaradi stališč in interpretacij Sodišča EU ali ESČP. Kajti če je moralo Vrhovno sodišče večkrat spreminjati svoja stališča in interpretacije zaradi prakse Ustavnega sodišča, Sodišča EU in ESČP, kot je to moralo storiti Upravno sodišče, potem je povsem dovolj in ustrezno, če je zoper sodbe Vrhovnega sodišča možna samo revizija, ne pa tudi redna pritožba. To bi bilo na-

---

<sup>290</sup> X (C-175/17) z dne 26. septembra 2018, tč. 47.

<sup>291</sup> *A.M. v. the Netherlands*, št. 29094/09 z dne 5. julija 2019, tč. 64-71.

<sup>292</sup> Zakon o mednarodni zaščiti, Ur. l. RS, št. 22/2016. Po določbi prvega odstavka 73. člena ZUS-1 je pritožba na Vrhovno sodišče dovoljena zoper sodbo, ki jo izda upravno sodišče, če je sodišče samo ugotovilo drugačno dejansko stanje, kot ga je ugotovila tožena stranka, ter je na tej podlagi spremenilo izpodbijani upravni akt, pri čemer morata biti oba pogoja izpolnjena kumulativno (sklep Vrhovnega sodišča, št. I Up 53/2020 z dne 30. septembra 2020, tč. 8), ali če je sodišče odločilo na podlagi 66. člena tega zakona. Po določbi drugega odstavka 82. člena ZUS-1 pa je zoper sklep sodišča prve stopnje, s katerim se onemogoči nadaljnji postopek, dovoljena pritožba. To pomeni, da je pritožba dovoljena tudi, če Upravno sodišče zavrže tožbo, ker je tožnik zapustil Slovenijo in nima pravnega interesa za tožbo.

<sup>293</sup> ZMZ-1A, Ur. l. RS, št. 54/2021.

mreč povsem skladno s pravom EU in EKČP in z načelom pravne varnosti, zanesljivosti in predvidljivosti sodne prakse in učinkovitega vodenja in končanja azilnih postopkov.

Drugič, zakonodajalec tudi nikoli v dosedanem reguliranju pritožbe zoper prvostopenjsko sodbo ni upošteval, da pritožba zoper sodbo Upravnega sodišča v zadevah pridržanj prosilcev za mednarodno zaščito, v situaciji, ko Upravno sodišče tožbi ugodi in izpodbijani akt odpravi, ker je pridržanje nezakonito, ni v skladu z določbo člena 5(4) EKČP in ni v skladu z neposrednim učinkom določbe člena 9(3) Direktive o sprejemu 2013/32/EU v zvezi s 6. členom Listine EU. Kajti če sodišče na prvi stopnji razsodi, da je ukrep pridržanja prosilca za mednarodno zaščito nezakonit, mora biti prosilec nemudoma izpuščen na prostost, česar pa pritožba na sodbo Upravnega sodišča ne omogoča.<sup>294</sup>

Tretjič, predlagatelj sprememb zakona o mednarodni zaščiti tudi nikoli ni upošteval, da določba drugega odstavka 82. člena ZUS-1 povsem nepotrebno obremenjuje Vrhovno sodišče s številnimi pritožbami zoper sklepe, s katerim Upravno sodišče zavrže tožbo, kar se zgodi v situaciji, ko prosilec samovoljno zapusti azilni dom in Slovenijo, in na podlagi česar se tudi po pravu EU šteje, da nima več pravnega interesa oziroma da je vloga umaknil. Te zadeve povsem nepotrebno obremenjujejo Vrhovno sodišče in po nepotrebem podaljšujejo postopke.

Četrtrič, v obdobju, ko je bila pritožba na Vrhovno sodišče urejena zgolj z določbo prvega odstavka 73. člena ZUS-1, nihče ni problematiziral dejstva, da je ureditev pravnega sredstva (pritožbe) zoper sodbo Upravnega sodišča v nasprotju z ustavnim načelom enakosti orožij, ki je tudi sestavni del določila 47. člena Listine EU z vidika učinkov pravnega sredstva.<sup>295</sup> Če namreč Upravno sodišče tožbo zavrne kot neutemeljeno, prosilec za mednarodno zaščito oziroma tožnik nima pravice do pritožbe na podlagi prvega odstavka 73. člena ZUS-1. Če pa Upravno sodišče tožbi ugodi in prizna prosilcu status begunca ali subsidiarne zaščite, se tožena stranka zoper takšno sodbo lahko pritoži na podlagi prvega odstavka 73. člena ZUS-1. S tega vidika torej aktualna ureditev, ki dopušča pritožbo zoper sodbo Upravnega sodišča v vsaki zadevi, odpravlja neenakost med toženo stranko in tožnikom, ki velja na podlagi prvega odstavka 73. člena ZUS-1. Če bo torej zakonodajalec kdaj prišel do spoznanja ob upoštevanju vseh legitimnih interesov, da pritožba na Vrhovno sodišče ni potrebna, potem bo moral spremeniti prvi odstavek 73. člena ZUS-1, tako da bosta tožnik in tožena stranka izenačena v možnosti oziroma pravici do pravnega sredstva zoper sodbo Upravnega sodišča.<sup>296</sup>

Če bo v prihodnosti na Vrhovnem sodišču dovoljena zgolj revizija kot izredno pravno sredstvo, pa bo zaradi učinkovitosti in smiselnosti revizije potrebno pomembno skrajšati roke za vložitev revizije, podobno kot je to storil zakonodajalec za vložitev ustavne pritožbe v zadevah mednarodne zaščite.

<sup>294</sup> Natančneje o razlogih, zakaj sodna praksa ESČP v povezavi z določilom 6. člena Listine EU utrjuje nujnost lojalne razlage določbe drugega odstavka 333. člena ZPP v situacijah, ko je dovoljena pritožba zoper sodbo, s katero je odpravljena odločitev tožene stranke o odvzemu prostosti prosilcu za mednarodno zaščito, glej zahtevo za presojo ustavnosti Upravnega sodišča v zadevi št. I U 1239/2013-13 z dne 9. avgusta 2013.

<sup>295</sup> Glej: *Gnandi* (C-181/16), tč. 61; *E.G.* (C-662/17), tč. 48.

<sup>296</sup> Na določen vidik neenakosti glede pravnih sredstev na podlagi prvega odstavka 73. člena ZUS-1, ki bi pomenil prednost za Ministrstvo za notranje zadeve, je opozorilo Vrhovno sodišče v sklepu št. I Up 53/2020 z dne 30. septembra 2020 (tč. 13), kjer je šlo za spor o odvzemu prostosti prosilcu za mednarodno zaščito.

# X.

## Delitev odgovornosti za mednarodno zaščito med državami članicami EU

*Urša Regvar*

1. Uvod	186
2. Dublinska uredba	188
2.1. Postopek določitve odgovorne države članice	188
2.2. Odvzem prostosti v dublinskem postopku	191
2.3. Merila za določitev odgovorne države članice	192
2.4. Odstop od meril	196
2.5. Obstoj sistemskih pomankljivosti	197
2.6. Dublinski sistem v praksi	200

### 1. Uvod

Države članice se po številu prihodov beguncev in oseb, ki v državah dejansko ostanejo, bistveno razlikujejo. Pri tem igrata veliko vlogo geografska lega držav članic in sekundarna gibanja beguncev. Države, kot so Grčija, Španija in Italija zaradi svoje lege na zunanji meji EU kot prve države vstopa v EU sprejmejo največje število beguncev. V praksi s strani beguncev prihaja do t. i. sekundarnih gibanj.<sup>1</sup> Razlogov za sekundarna gibanja je veliko – različni azilni sistemi, razmere v državah članicah, možnosti pridobitve mednarodne zaščito za določeno skupino prosilcev, družinske in socialne vezi v drugih državah članicah itd. Osebe tako lahko, preden pridejo v ciljno državo, prečkajo več držav članic in v njih tudi zaprosijo za mednarodno zaščito ali pa imajo v različnih državah članicah družinske člane in sorodnike, s katerimi bi se rade združile. V EU tako

---

<sup>1</sup> Sekundarna gibanja so gibanja migrantov, beguncev in prosilcev za azil, ki zaradi različnih razlogov zapustijo državo, v katero so najprej prispeli, da bi iskali zaščito ali trajno bivanje drugje. Za terminološke definicije izrazov s področja migracij in azila glej EMN Asylum and Migration Glossary 6.0.

prihaja do neenakomerne razporeditve števila oseb, ki v države članice vstopijo, v njih zaprosijo za mednarodno zaščito ali se v njih ustalijo. Zato se je v EU hitro pojavila težnja, da bi med državami uredili pravila glede delitve odgovornosti za obravnavo oseb, ki prihajajo.

Prvi poskus ureditve meril za določitev države, ki je odgovorna za podajo posamezne prošnje za mednarodno zaščito, predstavlja Dublinska konvencija,<sup>2</sup> ki je bila sprejeta leta 1990.<sup>3</sup> Iz preambule konvencije je razvidno, da je želela nasloviti dve od težav, do katerih je prihajalo v praksi. Zaradi sekundarnega gibanja beguncev je namreč začelo prihajati do t. i. »asylum shoppinga«<sup>4</sup> in »prosilcev v orbiti«.<sup>5</sup> Namen Dublinske konvencije je bil tako zagotoviti vsakemu prosilcu, da bo njegova prošnja obravnavana v eni izmed držav članic, s tem pa čim hitrejši dostop do azilnega postopka.<sup>6</sup>

Dublinsko konvencijo je z oblikovanjem skupne azilne politike, s tem pa Skupnega evropskega azilnega sistema, nadomestila Dublinska uredba II,<sup>7</sup> ki naj bi zagotovila pravno podlago za višjo stopnjo harmonizacije na ravni EU.<sup>8</sup> Prvo Dublinsko uredbo (Dublin-II)<sup>9</sup> iz leta 2003 je nadomestila trenutno veljavna Dublinska uredba III<sup>10</sup> (v nadaljevanju: Dublinska uredba).<sup>11</sup> Tako kot pri njenih predhodnicah je njen namen med državami članicami pravno urediti vprašanje odgovornosti za obravnavo oseb, ki zaprosijo za mednarodno zaščito. Dublinska uredba naj bi tako odgovarjala na vprašanje, katera država članica je odgovorna za obravnavo prošnje za mednarodno zaščito, in urejala način predaje prosilca odgovorni državi članici.

<sup>2</sup> Konvencija o določanju države, odgovorne za obravnavanje prošenj za azil, vloženi v eni od držav članic Evropskih skupnosti.

<sup>3</sup> Več v Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, 2016, poglavje 5. 8. 1.

<sup>4</sup> Termin »asylum shopping« se v kontekstu Dublinske uredbe nanaša na pojav, v katerem državljani tretje države zaprosijo za mednarodno zaščito v več kot eni državi članici ne glede na to, ali jo je že pridobil v eni izmed teh držav članic. Za terminološke definicije izrazov s področja migracij in azila glej EMN *Asylum and Migration Glossary* 6.0.

<sup>5</sup> Termin »prosilci v orbiti« se nanaša na premeščanje prosilcev iz ene države članice v drugo, ne da bi bila njihova prošnja za mednarodno zaščito v njih obravnavana, saj nobena od držav članic za obravnavo ne prevzame odgovornosti. Za terminološke definicije izrazov s področja migracij in azila glej EMN *Asylum and Migration Glossary* 6.0.

<sup>6</sup> Preambula Dublinske konvencije.

<sup>7</sup> Uredba Sveta (ES) št. 343/2003 z dne 18. februarja 2003 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za azil, ki jo v eni od držav članic vložijo državljani tretje države, Ur. l. EU, št. L 50.

<sup>8</sup> EPRS, *Dublin Regulation on international protection applications, European Implementation Assessment*, February 2020.

<sup>9</sup> Dublinsko konvencijo pogosto imenujemo »Dublin-1«, zato se je za prvo Dublinsko uredbo iz leta 2003 uveljavilo poimenovanje »Dublin-2«, za drugo Dublinsko uredbo iz leta 2013 pa »Dublin-3«. V razpravah o morebitni reformi Skupnega evropskega azilnega sistema naletimo na poimenovanje »Dublin-4« za predlagane rešitve, ki bi jih denimo sprejeli v obliki tretje Dublinske uredbe.

<sup>10</sup> Več o razvoju Dublinske uredbe Peers, S., nav. delo, poglavje 5.8.1 – 5.8.4.

<sup>11</sup> Uredba (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 (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 180.

## 2. Dublinska uredba

Dublinska uredba je integralni del Skupnega evropskega azilnega sistema, saj med državami članicami ureja vprašanje odgovornosti za obravnavo določene prošnje za mednarodno zaščito. Azilni sistemi držav članic se kljub Skupnemu evropskemu azilnemu sistemu med seboj bistveno razlikujejo. Pri tem ne govorimo le o nacionalnih zakonih na področju azila in migracij, ampak tudi o načinu vodenja postopka, postopkovnih pravilih, sprejemnih in nastanitvenih pogojih, dostopu do pravne pomoči, politik držav glede odvzema prostosti, oblik statusov zaščite, ki so osebam na voljo, možnosti pridobitve drugih oblik statusov, vključevanju v družbo, dostopu do trga dela...

Kot je bilo že omenjeno zgoraj, se države članice tako soočajo z različnim številom oseb, ki prihajajo v državo članico ali v njej tudi dejansko ostanejo. Države članice so se navedenega ob sprejemanju Dublinske uredbe zavedale. To je razvidno iz preambule Dublinske uredbe, ki na več mestih omenja solidarnostne ukrepe za pomoč tistim državam članicam, ki se soočajo z večjim prihodom prosilcev za mednarodno zaščito, skupaj s preventivnimi ukrepi za prepoznavo in pomoč državam, katerih azilni sistemi zaradi previsokega števila prihodov prosilcem ne morejo več zagotoviti ustrezne obravnave.<sup>12</sup> Cilj Dublinske uredbe naj bi bil tako uravnotežiti merila odgovornosti v duhu solidarnosti ter oblikovati objektivna in poštena merila za države članice in prosilce za mednarodno zaščito.<sup>13</sup>

### 2.1. Postopek določitve odgovorne države članice

Uporaba Dublinske uredbe je tesno povezana z delovanjem sistema Eurodac.<sup>14</sup> Eurodac je namenjen odvzemu prstnih odtisov z namenom določitve odgovorne države članice na podlagi meril, ki so urejene v Dublinski uredbi. V praksi to pomeni, da so države ob podaji prošnje za mednarodno zaščito vsakemu prosilcu za mednarodno zaščito dolžne odvzeti prstne odtise.<sup>15</sup> Ob odvzemu so prstni odtisi posredovani v centralni sistem. Odvzem prstnih odtisov ima dve funkciji: posredovanje podatkov o prosilcu za mednarodno zaščito v centralni sistem ter hkrati prejem podatkov o prosilcu za mednarodno zaščito, katerega prstni odtisi so bili odvzeti. Države članice tako v sistemu hkrati posredujejo informacijo, da je prosilec za mednarodno zaščito v predmetni

---

<sup>12</sup> Glej npr. točke 8, 21 in 22 preambule Dublinske uredbe.

<sup>13</sup> Preambula Dublinske uredbe, točki 5 in 25.

<sup>14</sup> Delovanje sistema Eurodac ureja t. i. Uredba Eurodac oziroma Uredba (EU) št. 603/2013 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o vzpostavitvi sistema Eurodac za primerjavo prstnih odtisov zaradi učinkovite uporabe Uredbe (EU) št. 604/2013 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, ki jo v eni od držav članic vloži državljani tretje države ali oseba brez državljanstva, in o zahtevah za primerjavo s podatki iz sistema Eurodac, ki jih vložijo organi kazenskega pregona držav članic in Europol za namene kazenskega pregona, ter o spremembi Uredbe (EU) št. 1077/2011 o ustanovitvi Evropske agencije za operativno upravljanje obsežnih informacijskih sistemov s področja svobode, varnosti in pravice (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 180.

<sup>15</sup> 9. člen Eurodac uredbe.

državi članici, zaprosil za mednarodno zaščito ter iz sistema prejmejo informacijo, ali je za mednarodno zaščito zaprosil v kateri drugi državi članici oziroma ali so mu bili prstni odtisi odvzeti za kakšen drug namen.<sup>16</sup> Centralni sistem državam članicam na podlagi odvzetih prstnih odtisov avtomatično posreduje zadetek, če so bili prstni odtisi prosilcu odvzeti in vneseni v sistem Eurodac v kateri drugi državi članici ali pa negativen rezultat.<sup>17</sup> Države članice na podlagi rezultata določajo nadaljnjo obravnavo prosilca v postopku mednarodne zaščite. Če so odgovorne ali pa pripravljene prevzeti odgovornost za obravnavo prošnje prosilca za mednarodno zaščito, se postopek mednarodne zaščite nadaljuje. Če menijo, da je za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito odgovorna druga država, pa morajo izpeljati t. i. dublinski postopek.<sup>18</sup>

Zadetek v bazi Eurodac še ni dovolj, da bi prišlo do predaje odgovorni državi članici. Država, v kateri se prosilec nahaja, mora drugi državi, za katero meni, da je odgovorna za obravnavo prošnje, posredovati zahtevo za sprejem ali zahtevo za ponovni sprejem prosilca za mednarodno zaščito.<sup>19</sup> Katero izmed teh dveh zahtev bo država, v kateri se nahaja prosilec, posredovala drugi državi članici, je odvisno od podatkov, ki jih je prejela iz baze Eurodac. V primeru, da je iz baze Eurodac razvidno, da prosilec predhodno ni podal prošnje za mednarodno zaščito v nobeni drugi državi članici, lahko država, v kateri se nahaja, drugi državi članici posreduje zahtevo za sprejem, če meni, da bi bila lahko ta na podlagi meril pristojna za obravnavanje njegove prošnje. Če je iz baze Eurodac razvidno, da je prosilec za mednarodno zaščito zaprosil že v drugi državi članici, država, v kateri se nahaja, tej posreduje zahtevo za ponovni sprejem. Z namenom čim hitreje izvedbe dublinskega postopka Dublinska uredba določa roke, v katerih mora država članica posredovati zahtevo za sprejem ali ponovni sprejem prosilca.<sup>20</sup> Če tega ne naredi v predpisanih rokih, se odgovornost za obravnavanje prošnje prenese nanjo.<sup>21</sup>

Ko država članica prejme zahtevo za sprejem ali ponovni sprejem prosilca, mora nanjo odgovoriti v določenem roku.<sup>22</sup> Če država zavrne zahtevo za sprejem ali ponovni sprejem prosilca, mora navesti razloge za zavrnitev.<sup>23</sup> Država članica, katere zahteva je bila zavrnjena, ima možnost, da prosi za ponovno preučitev njenega zahtevka.<sup>24</sup> Če je tudi po ponovni preučitvi zahteva zavrnjena in na podlagi meril ali zaradi poteka

<sup>16</sup> EPRS, Dublin Regulation on international protection applications, European Implementation Assessment, February 2020.

<sup>17</sup> Peti odstavek 9. člena Eurodac uredbe.

<sup>18</sup> EPRS, Dublin Regulation on international protection applications, European Implementation Assessment, February 2020.

<sup>19</sup> 21., 23. in 24. člen Dublinske uredbe.

<sup>20</sup> Glej 21., 23. in 24. člen Dublinske uredbe.

<sup>21</sup> Glej prvi odstavek 21. člena in tretji odstavek 23. člena Dublinske uredbe.

<sup>22</sup> 22. in 25. člen Dublinske uredbe.

<sup>23</sup> Prvi odstavek 5. člena Uredbe Komisije (ES) št. 1560/2003 z dne 2. septembra 2003 o podrobnih pravilih za uporabo Uredbe Sveta (ES) No 343/2003 o določitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za azil, ki jo v eni od držav članic vložijo državljani tretje države, Ur. l. EU, št. L 222.

<sup>24</sup> *Ibid.*, drugi odstavek 5. člena.



rokov<sup>25</sup> ni mogoče določiti druge odgovorne države članice, je za obravnavo prošnje odgovorna država članica, v kateri se prosilec nahaja.<sup>26</sup> Dublinski postopek je s tem končan. Dublinski postopek se nadaljuje samo v primeru, če druga država članica sprejme ali ponovno sprejme odgovornost za obravnavo prošnje prosilca ali pa je odgovornost nanjo prenesena. Do prenosa pristojnosti pride v primeru, da država članica v določenem roku ne odgovori na zahtevo za sprejem<sup>27</sup> ali ponovni sprejem prosilca.<sup>28</sup>

Prosilca, ki se nahaja v dublinskem postopku, mora država članica o tem obvestiti.<sup>29</sup> Pravica do obveščенosti je ena temeljnih procesnih pravic, ki jih ima prosilec v dublinskem postopku. Informacije lahko država članica zagotovi prosilcu pisno ali ustno, v jeziku, ki ga prosilec razume ali za katerega se razumno domneva, da ga razume.<sup>30</sup>

Pred sprejemom kakršnekoli odločitve v dublinskem postopku mora država članica, v kateri se nahaja prosilec, z njim opraviti osebni razgovor.<sup>31</sup> Namen osebnega razgovora je prosilca poučiti o dublinskem postopku ter mu omogočiti, da poda vse ustrezne informacije, ki bi lahko vplivale na odločitev pristojnega organa o določitvi odgovorne države članice in odločitvi o predaji tej državi. Na osebnem razgovoru mora pristojni organ prosilcu dati možnost, da se izjasni o vseh dejstvih in okoliščinah, povezanih z določitvijo odgovorne države članice. To vključuje tudi ugotovitev sistemskih pomanjkljivosti oziroma razlogov, zaradi katerih morebitna predaja prosilca v drugo državo članico ni mogoča. Po opravljenem osebnem razgovoru država sprejme odločitev o morebitni predaji prosilca v drugo državo članico.<sup>32</sup> Pristojni organ za sprejem odločitve je Ministrstvo za notranje zadeve.<sup>33</sup>

Zoper sprejeto odločitev oziroma t. i. dublinski sklep mora imeti prosilec možnost vložiti pravno sredstvo.<sup>34</sup> Pravno sredstvo mora omogočati presojo uporabe uredbe v dublinskem postopku ter pravno in dejansko stanje v državi članici, v katero naj bi bil prosilec predan.<sup>35</sup> SEU je v zadevi *Ghezelbash*<sup>36</sup> odločilo, da to vključuje tudi presojo, ali je država članica pravilno uporabila merila o odgovornosti. V Sloveniji je to upravni spor.<sup>37</sup> Prosilcu mora biti pri tem zagotovljen dostop do pravne pomoči in zastopanja.<sup>38</sup> Če prosilec v upravnem sporu ni uspešen, lahko država članica izpelje njegovo dejansko predajo v drugo državo članico.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Drugi odstavek 3. člena Dublinske uredbe.

<sup>27</sup> Glej sedmi odstavek 22. člena Dublinske uredbe.

<sup>28</sup> Glej drugi odstavek 25. člena Dublinske uredbe.

<sup>29</sup> 4. člen Dublinske uredbe.

<sup>30</sup> Drugi in tretji odstavek 4. člena Dublinske uredbe.

<sup>31</sup> Tretji odstavek 5. člena Dublinske uredbe.

<sup>32</sup> Potek Dublinskega postopka v praksi je podrobneje opisan v poročilu AIDA, Country report Slovenia, 2021 update.

<sup>33</sup> Sedma točka drugega člena Zakona o mednarodni zaščiti (ZMZ-1), Ur. l. RS, št. 16/17.

<sup>34</sup> 27. člen Dublinske uredbe.

<sup>35</sup> Preambula Dublinske uredbe, točka 19.

<sup>36</sup> Zadeva *Ghezelbash*, (C-63/15) z dne 7. junija 2019, točka 61.

<sup>37</sup> Drugi odstavek 70. člena ZMZ-1 v povezavi s prvim odstavkom 70. člena ZMZ-1.

<sup>38</sup> 27. člen Dublinske uredbe.

Postopek predaje se mora izpeljati v najhitrejšem možnem času in najkasneje v šestih mesecih od odobritve zahteve za sprejem ali ponovni sprejem s strani odgovorne države. Če se predaja na opravi v roku, se odgovornost za obravnavo prošnje za mednarodno zaščito prenese na državo članico, v kateri se nahaja prosilec za mednarodno zaščito. Rok šestih mesecev se lahko podaljša na največ eno leto, če predaja ni možna, ker je prosilec v zaporu, in največ na osemnajst mesecev, če je prosilec pobegnil.<sup>39</sup> Predaja prosilca se lahko opravi prostovoljno, torej da prosilec v odgovorno državo članico odide sam, nadzorovano ali v spremstvu. Nadzorovana predaja v praksi pomeni, da policija oziroma uradna oseba prosilca spremlja do letališča in vstopa na letalo. Predaja v spremstvu v praksi pomeni, da policija oziroma uradna oseba prosilca spremlja vso pot do odgovorne države članice, kjer ga preda pristojnim organom.

## 2.2. Odvzem prostosti v dublinskem postopku

Med dublinskim postopkom lahko pristojni organ z namenom zagotovitve njegove predaje prosilca za mednarodno zaščito pridržati. Pri tem država članica prosilca ne sme pridržati le zato, ker je obravnavan v dublinskem postopku.<sup>40</sup> Pridržanje se lahko uporabi le kot skrajni ukrep, kadar je njegova uporaba nujna, razumna in sorazmerna ter zasleduje legitimen cilj.<sup>41</sup>

Pridržanje je dopustno, če obstaja znatna nevarnost, da bo oseba pobegnila, in pod pogojem, da je pridržanje sorazmerno ter da ni mogoče učinkovito uporabiti manj prisilnih sredstev.<sup>42</sup> Tovrstna ocena mora temeljiti na individualni presoji posamičnega primera.<sup>43</sup> Manj prisilna sredstva predstavljajo alternative odvzemu prostosti oziroma pridržanju,<sup>44</sup> kot je javljanje organom, predložitev finančnega jamstva ali obveznost zadrževanja na določenem mestu,<sup>45</sup> države članice pa morajo zagotoviti, da so pravila o alternativah pridržanju določena v nacionalnem pravu.<sup>46</sup>

Oseba mora biti pridržana za čim krajše možno obdobje ob spoštovanju načela nujnosti in sorazmernosti.<sup>47</sup> S tem namenom Dublinska uredba predpisuje krajše roke za posredovanje zahteve za sprejem ali ponovni sprejem, za odgovor na prejeto zahtevo ter za dejansko predajo prosilca v odgovorno državo članico.<sup>48</sup>

<sup>39</sup> Prvi in drugi odstavek 29. člena Dublinske uredbe.

<sup>40</sup> Prvi odstavek 28. člena Dublinske uredbe.

<sup>41</sup> Zadeva *J. N. proti Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (C-601/15 PPU) z dne 15. februarja 2016, točka 63.

<sup>42</sup> Drugi odstavek 28. člena Dublinske uredbe.

<sup>43</sup> Drugi odstavek 8. člena Dublinske uredbe.

<sup>44</sup> Več o alternativah odvzemu prostosti v De Bruycker, P., Bloomfield, A., Tsourdi, E. L., Petin, J.: *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU – Time for Implementation*, 2015.

<sup>45</sup> Četrty odstavek 8. člena Dublinske uredbe.

<sup>46</sup> Zadeva *J. N. proti Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (C-601/15 PPU), točka 61.

<sup>47</sup> Preambula Dublinske uredbe, točka 20.

<sup>48</sup> Tretji odstavek 28. člena Dublinske uredbe.

Osebi mora biti izdana odločba o pridržanju,<sup>49</sup> ki mora izpolnjevati več procesnih in sodnih varovalk. V odločbi morajo biti pisno navedeni dejanski in pravni razlogi, ki so podlaga za pridržanje, prosilca pa je potrebno v jeziku, ki ga razume ali za katerega se razumno domneva, da ga razume, pisno seznaniti z določenimi informacijami.<sup>50</sup> Prosilec mora imeti dostop do brezplačne pravne pomoči in zastopanja<sup>51</sup> ter sodnega varstva.<sup>52</sup>

### 2.3. Merila za določitev odgovorne države članice

Države članice se morajo pri določitvi odgovorne države držati meril, ki so določena v Dublinski uredbi. Ta ureja hierarhijo njihove uporabe. Merila, določena v uredbi, se uporabljajo po vrstnem redu, v katerem so navedena.<sup>53</sup> Katera država članica je odgovorna za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, se določi na podlagi položaja, ki je obstajal, ko je prosilec prvič vložil prošnjo za mednarodno zaščito v katerikoli državi članici.<sup>54</sup>

#### 2.3.1. Načelo ohranjanja enotnosti družine

Prvi skop meril ureja situacije, ko imajo prosilci v različnih državah članicah svoje družinske člane ali sorodnike. Njihov namen naj bi bil zagotoviti spoštovanje načela enotnosti družine in največje koristi otrok.<sup>55</sup> Merila se, po vrstnem redu, nanašajo na:

- mladoletnike brez spremstva,
- družinske člane, ki imajo v drugi državi članici priznano mednarodno zaščito,
- družinske člane, ki so v drugi državi članici prosilci za mednarodno zaščito,
- družinski postopek.

Pri presoji zgoraj navedenih meril je posebno pozornost potrebno nameniti razlikovanju med definicijo družinskih članov in sorodnikov. Od navedenega je namreč odvisno, katero merilo se bo v konkretnem primeru uporabilo. Družinski člani, v grobem, zajemajo zakonca, zunajzakonskega partnerja, mladoletnega otroka ali posvojenca ter v primeru mladoletnega neporočenega prosilca njegovega očeta, mamo ali drugo osebo, ki je zanj odgovorna. V kontekstu Dublinske uredbe je za obstoj družinskih vezi pomembno, da je družina obstajala že v državi izvora.<sup>56</sup> Sorodniki zajemajo odrasle strice, tete ter stare starše prosilca.<sup>57</sup>

---

<sup>49</sup> Drugi odstavek 9. člena Direktive 2013/33/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. junija 2013 o standardih za sprejem prosilcev za mednarodno zaščito (prenovitev), Ur. l. EU, št. L 180 (v nadaljevanju: Sprejemna direktiva).

<sup>50</sup> Zadeva *J. N. proti Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (C-601/15 PPU), točka 62.

<sup>51</sup> Četrty odstavek 9. člena Sprejemne direktive. Direktiva v nadaljevanju določa, da lahko države članice zagotovijo brezplačno pravno pomoč in zastopanje samo tistim, ki nimajo zadosti sredstev, in/ali samo prek storitev, ki jih zagotavljajo posebni pravni svetovalci ali zagovorniki.

<sup>52</sup> Tretji odstavek 9. člena Sprejemne direktive.

<sup>53</sup> 7. člen Dublinske uredbe.

<sup>54</sup> Drugi odstavek 7. člena Dublinske uredbe.

<sup>55</sup> Preambula Dublinske uredbe, točka 16.

<sup>56</sup> 2(g). člen Dublinske uredbe.

<sup>57</sup> 2(h). člen Dublinske uredbe.

Prvo merilo, zajeto v Dublinski uredbi, se nanaša na obravnavo mladoletnikov brez spremstva. Mladoletniki brez spremstva so posebej občutljiva skupina oseb,<sup>58</sup> ki ima v postopku mednarodne zaščite posebna procesna in materialna jamstva. Ta med drugim vključujejo postavitve zakonitega zastopnika, ustrezno nastanitev, informiranje in vodenje postopka na otroku prijazen način, dostop do zdravstva in izobraževanja.<sup>59</sup> V kontekstu meril Dublinske uredbe to pomeni, da za njih veljajo posebna pravila v primerjavi s tistimi, ki veljajo za polnoletne osebe ali otroke s spremstvom.

Pri določitvi odgovorne države članice za obravnavo prošnje, ki jo je podal mladoletnik brez spremstva, je potrebno ugotoviti: kje se nahajajo njegovi družinski člani oziroma sorodniki ter največjo korist otroka,<sup>60</sup> ki naj bi bila primarna skrb držav članic pri uporabi Dublinske uredbe.<sup>61</sup> Države članice morajo pri oceni največje koristi otroka upoštevati predvsem: možnost ponovne združitve družine, dobro počutje in družbeni razvoj mladoletnika, vprašanje varnosti in varovanja, zlasti v primerih, ko obstaja tveganje, da bo mladoletnik postal žrtev trgovine z ljudmi, in mnenje mladoletnika v skladu z njegovo starostjo in zrelostjo.<sup>62</sup>

Za obravnavo prošnje mladoletnika brez spremstva je primarno odgovorna tista država članica, v kateri se nahaja mladoletnikov družinski član, brat ali sestra. Če mladoletnik nima v nobeni državi članici ožjih družinskih članov, je lahko pristojna tudi tista država članica, v kateri se nahaja njegov sorodnik. To poenostavljeno pomeni, da lahko na podlagi Dublinske uredbe pride do združitve z družinskim članom ali sorodnikom, ki biva v drugi državi članici. Prevzem<sup>63</sup> odgovornosti za obravnavo mora biti tako v največjo korist otroka.<sup>64</sup> Če se družinski člani, bratje, sestre ali drugi sorodniki nahajajo v več kot eni državi članici, se odgovorno državo določi na podlagi največje koristi otroka.<sup>65</sup>

V primerjavi z odraslimi osebami je največja razlika pri obravnavi mladoletnikov brez spremstva ta, da se zanje ne uporablja pravilo, v skladu s katerim je za obravnavo pristojna tista država članica, v kateri je mladoletnik prvič vložil prošnjo za mednarodno zaščito.

<sup>58</sup> Zadeva *The Queen na zahtevo MA in drugih proti Secretary of State for the Home Department* (C-648/11) z dne 6. junija 2013, točka 55.

<sup>59</sup> 16. člen ZMZ-1. Glej tudi določbe Postopkovne in Sprejemne direktive ter smernice glede obravnave otrok brez spremstva UNHCR: Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (February 1997), EASO Practical guide on the best interests of the child in asylum procedures, EASO Guidance on reception conditions for unaccompanied children: operational standards and indicators.

<sup>60</sup> 8. člen Dublinske uredbe.

<sup>61</sup> Preambula Dublinske uredbe, točka 13.

<sup>62</sup> Tretji odstavek 6. člena Dublinske uredbe.

<sup>63</sup> Država članica, v kateri se mladoletnik brez spremstva nahaja, se lahko odloči, da bo v drugo državo članico posredovala zahtevek za sprejem mladoletnika brez spremstva, ker se v njej nahaja njegov družinski član ali sorodnik. Država članica, v kateri se nahaja mladoletnik, se lahko na podlagi ugotovljenih dejstev in presoje dokazov odloči, da zahtevka ne bo posredovala. Druga država članica, v kateri se nahaja mladoletnikov družinski član ali sorodnik, se lahko odloči, da bo na podlagi prejetega zahtevka prevzela odgovornost za obravnavanje mladoletnikove prošnje za mednarodno zaščito ali pa prevzem odgovornosti zavrne.

<sup>64</sup> Prvi in drugi odstavek 8. člena Dublinske uredbe.

<sup>65</sup> Tretji odstavek 8. člena Dublinske uredbe.

To pomeni, da mora, če za obravnavo prošnje mladoletnika brez spremstva na podlagi nahajanja družinskih članov ali sorodnikov ni pristojna nobena druga država, njegovo prošnjo obravnavati tista država članica, v kateri se mladoletnik nahaja, ne glede na to, da je prošnjo za mednarodno zaščito predhodno podal že v drugi državi članici.<sup>66</sup>

Drugo merilo se nanaša na situacije, v katerih ima prosilec, mladoleten ali polnoleten, v drugi državi članici družinskega člana, ki ima že priznano mednarodno zaščito in s tem dovoljenje za prebivanje. V tem primeru je za obravnavanje prošnje prosilca odgovorna država članica, v kateri se nahaja njegov družinski član, pod pogojem, da se vse osebe, ki se jih določba zadeva, s tem pisno strinjajo.<sup>67</sup>

Tretje merilo se nanaša na situacije, ko ima prosilec, mladoleten ali polnoleten, v drugi državi članici družinskega člana, ki še nima priznane mednarodne zaščite oziroma je v postopku mednarodne zaščite. Tudi v tem primeru je za obravnavanje prošnje odgovorna država, v kateri se nahaja družinski član, pod pogojem, da se vse osebe, ki jih določba zadeva, s tem pisno strinjajo.<sup>68</sup>

Četrto merilo se nanaša na situacije, ko več družinskih članov v isti državi članici poda mednarodno zaščito hkrati oziroma v krajšem časovnem zamiku, za obravnavanje njihovih prošenj pa so v skladu z merili odgovorne različne države članice, kar bi v praksi pomenilo njihovo ločitev. V tem primeru je z namenom ohranjanja enotnosti družine za obravnavanje vseh prošenj odgovorna tista država članica, ki je v skladu z merili odgovorna za obravnavo največjega števila družinskih članov. Če na podlagi tega merila odgovorne države ni mogoče določiti, je odgovorna tista država, ki je glede na merila odgovorna za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito najstarejšega od družinskih članov.<sup>69</sup>

Če na podlagi prvih štirih meril ni mogoče določiti odgovorne države, se po vrsti uporabijo naslednja merila, zajeta v Dublinski uredbi.

### 3.3.2. Predhodna dovoljenja za prebivanje ali vizumi

Drugi sklop ureja odgovornost za obravnavo v primeru, da je bilo prosilcu izdano dovoljenje za prebivanje ali vizum. V skladu s petim merilom je v primeru, da ima prosilec veljavno dovoljenje za prebivanje, ki mu ga je izdala ena izmed držav članic, za obravnavo njegove prošnje odgovorna država članica, ki mu je veljavno dovoljenje za prebivanje izdala. V primeru, da je prosilcu izdan veljaven vizum, je za obravnavo njegove prošnje odgovorna država članica, ki mu je vizum izdala oziroma država članica, v imenu katere je bil vizum izdan. Za primere, ko prosilec poseduje več dovoljenj za prebivanje ali več veljavnih vizumov, ki so jih izdale različne države članice, Dublinska uredba določa nadaljnja merila za določitev odgovorne države članice.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Četrty odstavek 8. člena Dublinske uredbe, glej tudi sodbo SEU v zadevi *The Queen na zahtevo MA in drugih proti Secretary of State for the Home Department*.

<sup>67</sup> 9. člen Dublinske uredbe.

<sup>68</sup> 10. člen Dublinske uredbe.

<sup>69</sup> 11. člen Dublinske uredbe.

<sup>70</sup> Glej tretji odstavek 12. člena Dublinske uredbe.

Dublinska uredba prav tako ureja situacije, ko so dovoljenja za prebivanje ali vizumi, ki so bili izdani prosilcu, potekla.

### 2.3.3. Nezakonit vstop

V skladu s šestim merilom je lahko za obravnavanje odgovorna država članica, ki jo je prosilec nezakonito prečkal oziroma v katero je nezakonito vstopil iz tretje države. V tem primeru je odgovornost države članice časovno omejena in preneha dvanajst mesecev po tem, ko je prosilec nezakonito prečkal njeno mejo.<sup>71</sup> To merilo ne velja v primeru, da je prosilec v državi članici, v kateri prošnjo poda, pred podajo prošnje živel pet mesecev. V tem primeru je odgovorna država članica, v kateri se prosilec nahaja. Če je prosilec več kot pet mesecev živel v več državah članicah, je za obravnavo njegove prošnje odgovorna tista, v kateri je živel nazadnje.<sup>72</sup>

Z vprašanjem, kaj šteje za nezakonito prečkanje meje v kontekstu Dublinske uredbe, se je ukvarjalo SEU v zadevi *A. S. proti Republiki Sloveniji*.<sup>73</sup> Pri omenjenemu primeru se je postavilo vprašanje uporabe merila, ki se nanaša na nezakonito prečkanje države članice, za določitev odgovorne države članice v kontekstu koridorja, ki je bil vzpostavljen leta 2016, znotraj katerega so države članice tolerirale vstop in prečkanje oseb, ne da bi te izpolnjevale pogoje za vstop.<sup>74</sup> SEU je potrdilo, da se tudi v kontekstu koridorja tovrsten vstop šteje za nezakonito prečkanje meje v kontekstu Dublinske uredbe.<sup>75</sup> Pri tem je opozorilo, da predaje v drugo državo članico ni mogoče opraviti, če zaradi izjemno velikega števila prihodov prosilcev v tej državi obstaja nevarnost, da bo oseba podvržena nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju.<sup>76</sup> Več o tem, kdaj predaja v drugo državo članico ni mogoča zaradi obstoja sistemskih pomanjkljivosti ali nevarnosti, da bo v primeru predaje oseba podvržena nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju, si lahko preberete v poglavju *Obstoj sistemskih pomanjkljivosti*.

Sedmo merilo določa, da je za obravnavanje prošnje odgovorna tista država članica, v katero je prosilec vstopil brez vizumske obveznosti.<sup>77</sup>

Osmo in zadnje merilo določa, da kadar prosilec poda prošnjo za mednarodno zaščito na mednarodnem tranzitnem območju letališča, je za obravnavanje prošnje odgovorna država članica, v kateri je prošnja podana.<sup>78</sup>

Če na podlagi vseh zgoraj omenjenih pravil, ni mogoče določiti države članice, ki bi bila odgovorna za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, je za njeno obravnavo odgovorna država, v kateri se nahaja prosilec in v kateri je prošnjo za mednarodno zaščito tudi vložil.<sup>79</sup>

<sup>71</sup> Prvi odstavek 13. člena Dublinske uredbe.

<sup>72</sup> Drugi in tretji odstavek 13. člena Dublinske uredbe.

<sup>73</sup> Zadeva *A. S. proti Republiki Sloveniji* (C-490/16) z dne 26. julija 2017.

<sup>74</sup> *Ibid.*, točka 36.

<sup>75</sup> *Ibid.*, točka 42.

<sup>76</sup> *Ibid.*, točka 41.

<sup>77</sup> 14. člen Dublinske uredbe.

<sup>78</sup> 15. člen Dublinske uredbe.

<sup>79</sup> Drugi odstavek 3. člena Dublinske uredbe.

## 2.4. Odstop od meril

### 2.4.1. Vzdrževane osebe

Dublinska uredba ureja poseben položaj v primerih, ko je potrebno zaradi posebne ranljivosti prosilca ali njegovega otroka, brata, sestre ali starša zagotoviti združitev ali ohranitev družine.<sup>80</sup> Pri tem iz sodbe SEU v zadevi *K* izhaja, da se lahko država članica izogne obveznosti združitve ali ohranitve družine le v izjemnih primerih.<sup>81</sup>

Krog družinskih članov, na katere se nanaša določba, zajema otroke, brate, sestre ali starše prosilca. Za uporabo določbe, ki se nanaša na vzdrževane osebe, je potrebno izkazati, da je prosilec ali njegov otrok, brat, sestra ali starš odvisen od pomoči drugega zaradi nosečnosti, skrbi za novorojenega otroka, resne bolezni, hude invalidnosti ali starosti. Za uporabo določbe je potrebno izkazati, da je oseba zmožna nuditi pomoč vzdrževani osebi, ki je od nje odvisna. Obe osebi pa se morata pisano strinjati z ohranitvijo oziroma združitvijo družine. Pri tem uporaba določbe ni mogoča, če družinska vez ni obstajala že v izvorni državi.<sup>82</sup>

V primeru uporabe določbe o vzdrževanih osebah je za obravnavanje prošnje odgovorna država članica, v kateri se nahajata družinska člana, če gre za ohranitev družine. Če se družinska člana nahajata v različnih državah članicah, je za obravnavo prošnje odgovorna država članica, v kateri se zakonito nahaja otrok, brat, sestra ali starš prosilca. Če prosilec v to državo članico zaradi svojega zdravstvenega stanja ne more potovati, pa je odgovorna država članica, v kateri se prosilec nahaja. V tem primeru država članica, v kateri se prosilec nahaja, ni dolžna pripeljati njegovega otroka, brata, sestre ali starša na svoje ozemlje.<sup>83</sup>

Čeprav se določba o vzdrževanih družinskih članih nahaja v ločenem poglavju od preostalih meril, je iz preambule Dublinske uredbe<sup>84</sup> razvidno, da je njen namen vzpostaviti zavezujoče merilo odgovornosti in ne diskrecijsko klavzulo. Določba o vzdrževanih družinskih članih tako ni vezana na hierarhijo meril, ki so zajeta v tretjem poglavju Dublinske uredbe. Določbo je potrebno ne glede na preostala merila, ki bi lahko pripeljala do ločitve družine, uporabiti vedno, ko so za to izpolnjeni pogoji. Pogoji, ki morajo biti izpolnjeni, so:

- obstoj družinske vezi z enim od naštetih družinskih članov,
- obstoj družinske vezi pred vstopom v državo,
- zakonito prebivanje družinskega člana v državi članici,
- obstoj okoliščin, zaradi katerih obstaja odvisnost od pomoči drugega,
- zmožnost nuditi pomoč drugemu,
- osebe se morajo z uporabo določbe pisno strinjati.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> O združitvi družine govorimo, ko se osebi nahajata v različnih državah članicah. O ohranitvi pa govorimo, ko se osebi nahajata v isti državi članici.

<sup>81</sup> Zadeva *K proti Bundesasylamt* (C-245/11) z dne 6. novembra 2012, točka 46.

<sup>82</sup> Prvi odstavek 16. člena Dublinske uredbe.

<sup>83</sup> Drugi odstavek 16. člena Dublinske uredbe.

<sup>84</sup> Preambula Dublinske uredbe, točka 16.

<sup>85</sup> Maiani, F.: *The Protection of Family Unity in Dublin Procedures: Towards a Protection-Oriented Implementation Practice*, Oktober 2019.



#### 2.4.2. Diskrecijske klavzule

Dublinska uredba ne določa le, katera država članica je odgovorna za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, ampak daje državam članicam tudi možnost odstopanja od meril v primeru, da uporabijo t. i. diskrecijsko klavzulo.

Diskrecijska klavzula omogoča odstopanje od pravil v dveh primerih:

V skladu s t. i. »suverenostno klavzulo«<sup>86</sup> lahko vsaka država članica obravnava prošnjo za mednarodno zaščito, ki je bila v njej vložena, ne glede na to, da v skladu z merili iz Dublinske uredbe za obravnavo ni pristojna.<sup>87</sup> Iz sodne prakse SEU v zadevi *Halaf*<sup>88</sup> je razvidno, da za uporabo te določbe ne velja noben poseben pogoj. To pomeni, da se lahko država članica v kateremkoli primeru odloči, da bo prevzela obravnavo prošnje, tudi če za to ne obstajajo nobene druge okoliščine, saj gre za diskrecijsko pravico države.<sup>89</sup>

V skladu s t. i. »humanitarno klavzulo«<sup>90</sup> lahko vsaka država članica od druge države članice zahteva, naj sprejme prosilca, da se zagotovi združitev katerihkoli sorodnikov iz humanitarnih razlogov, zlasti na podlagi družinskih in kulturnih vidikov. Zahtevo za sprejem mora posredovati drugi državi članici pred sprejemom prve vsebinske odločitve o prošnji za mednarodno zaščito. Zahtevo za sprejem lahko posreduje tudi državi članici, ki v skladu z merili Dublinske uredbe ni odgovorna za obravnavo prošnje. Določba se lahko uporabi le v primeru, da se osebe, ki se jih določba zadeva, s tem pisno strinjajo.<sup>91</sup>

#### 2.5. Obstoj sistemskih pomankljivosti

Iz preambule Dublinske uredbe<sup>92</sup> je razvidno, da je bil cilj uredbe vzpostaviti objektivna merila, ki so poštena za državo članico in prosilca, ter hkrati omogočajo hitro določitev odgovorne države članice in zagotavljajo učinkovit dostop do postopkov mednarodne zaščite brez posega na hitro obravnavo prošenj za mednarodno zaščito.

Uspešno delovanje t. i. dublinskega sistema predpostavlja, da je prosilcem za mednarodno zaščito zagotovljen enak dostop do pravic. Vendar pa imajo znotraj Skupnega evropskega azilnega sistema države članice diskrecijo glede nacionalne ureditve postopkov mednarodne zaščite. Omejene so le z minimalnimi standardi, ki jih določa Skupni evropski azilni sistem.<sup>93</sup> Skupni evropski azilni sistem temelji na načelu medsebojnega zaupanja, ki je sicer temelj območja svobode, varnosti in pravice, ter domnevi,

<sup>86</sup> Suverenostna klavzula je zajeta v prvem odstavku 17. člena Dublinske uredbe.

<sup>87</sup> Prvi odstavek 17. člena Dublinske uredbe.

<sup>88</sup> Zadeva *Zuheyr Frayeh Halaf proti Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet (C-528/11)* z dne 30. maja 2013.

<sup>89</sup> *Ibid.*, točke 36. – 39.

<sup>90</sup> Humanitarna klavzula je zajeta v drugem odstavku 17. člena Dublinske uredbe.

<sup>91</sup> Drugi odstavek 17. člena Dublinske uredbe.

<sup>92</sup> Preambula Dublinske uredbe, točka 5.

<sup>93</sup> EPRS, Dublin Regulation on international protection applications, European Implementation Assessment, February 2020.

da države, ki v njem sodelujejo, spoštujejo temeljne človekove pravice, vključno s pravicami iz Ženevske konvencije in EKČP.<sup>94</sup>

Vendar pa v praksi države članice pogosto minimalnih standardov, zajetih v Skupnem evropskem azilnem sistemu, prosilcem za mednarodno zaščito ne želijo ali ne morejo zagotoviti. Vrnitev prosilca za mednarodno zaščito v tako državo bi bila v nasprotju s ciljem Dublinske uredbe. Dublinska uredba zato prepoveduje predajo prosilca v državo članico, če obstaja utemeljena domneva, da v njej obstajajo sistemske pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom in pogoji za sprejem, ki bi lahko povzročili nevarnost nečloveškega in poniževalnega ravnanja.<sup>95</sup>

Prva država, za katero je bil na ravni EU ugotovljen obstoj sistemskih pomanjkljivosti, zaradi katerih predaja prosilcev vanjo ni bila več mogoča, je bila Grčija. Obstoj sistemskih pomanjkljivosti v Grčiji je leta 2011 ugotovilo ESČP v zadevi *M. S. S proti Belgiji in Grčiji*,<sup>96</sup> temu pa je sledila sodba SEU v zadevi *N. S in M. E.*<sup>97</sup>

Na podlagi odločitve ESČP v zadevi *M. S. S. proti Belgiji in Grčiji*<sup>98</sup> so bile v Dublinsko uredbo III vključene določbe glede prepovedi predaje prosilca v primeru utemeljene domneve, da v njej obstajajo sistemske pomanjkljivosti v zvezi z azilnim postopkom ali pogoji za sprejem. Poleg tega je bil v Dublinsko uredbo III vpeljan mehanizem za zgodnje opozarjanje in pripravljenost na krize ter njihovo obvladovanje, ki je namenjen zaznavanju preobremenjenosti azilnega sistema določene države članice in posledično kršitvam temeljnih človekovih pravic prosilcev.<sup>99</sup>

Kot je razvidno iz sodbe SEU v zadevi *N. S in M. E.*, države članice prosilca ne smejo vrniti v drugo državo članico, če ni mogoče, da ne bi vedele, da sistematične pomanjkljivosti azilnega postopka in pogojev za sprejem v tej državi pomenijo utemeljene razloge za prepričanje, da bo v primeru vrnitve prišlo do kršitve prepovedi mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja.<sup>100</sup>

Čeprav iz dikcije Dublinske uredbe<sup>101</sup> izhaja, da mora biti za preprečitev dublinske vrnitve ugotovljen obstoj sistematičnih pomanjkljivosti azilnega postopka ali pogojev za sprejem, je ESČP v zadevi *Tarakhel*<sup>102</sup> odločilo, da je dovolj obstoj »utemeljenih razlogov za prepričanje«, da osebi v primeru vrnitve grozi »resna nevarnost«, da bo podvržena mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju. Prosilcu za mednarodno zaščito tako ni potrebno izkazati obstoja sistematičnih pomanjkljivosti za preprečitev predaje.<sup>103</sup>

---

<sup>94</sup> Združeni zadevi *N.S. proti Združenemu Kraljestvu in M.E. proti Irski* (C-411/10 in C-493/10) z dne 21. decembra 2011, točke 78-83.

<sup>95</sup> Drugi odstavek 3. člena Dublinske uredbe.

<sup>96</sup> Zadeva *M.S.S. proti Belgiji in Grčiji*, št. 30696/09 z dne 21. januarja 2011.

<sup>97</sup> Združeni zadevi *N. S. proti Združenemu Kraljestvu in M. E. proti Irski*.

<sup>98</sup> Sodba je bila izdana na podlagi določb in v času veljavnosti Dublinske uredbe III.

<sup>99</sup> 33. člen Dublinske uredbe.

<sup>100</sup> Združeni zadevi *N. S. proti Združenemu Kraljestvu in M. E. proti Irski*, točka 94.

<sup>101</sup> Drugi odstavek 3. člena Dublinske uredbe.

<sup>102</sup> Zadeva *Tarakhel proti Švici*, št. 29217/12 z dne 4. novembra 2014, točka 104.

<sup>103</sup> EPRS, Dublin Regulation on international protection applications, European Implementation Assessment, February 2020.

Navedeno je potrdilo tudi SEU v zadevi *C. K. in drugi*,<sup>104</sup> v kateri je navedlo, da je mogoče predajo opraviti samo v primeru, da ta ne bo povzročila dejanske in izkazane nevarnosti, da bo oseba v primeru predaje podvržena kršitvi 4. člena Listine, pri čemer ni potrebno izkazati utemeljene domneve o obstoju sistemskih pomanjkljivosti. V omenjeni zadevi je SEU odločilo, da predaja pomeni nečloveško ali ponižujoče ravnanje tudi v primeru, ko bi predaja prosilca s posebej hudo duševno ali fizično boleznijo povzročila dejansko in izkazano nevarnost za znatno in nepopravljivo poslabšanje njegovega zdravstvenega stanja.<sup>105</sup> Čeprav v zadevi *Tarakhel* ESČP glede sprejema ni ugotovilo sistemskih pomanjkljivosti, ki bi same po sebi preprečevale predajo prosilca v Italijo, je na podlagi preučeni informacij presodilo, da obstaja resen dvom v nastanitvene zmožnosti sistema in možnost, da številni prosilci za mednarodno zaščito ostanejo brez ustrezne nastanitve. Sodišče je zato poudarilo, da je predaja prosilcev, ki potrebujejo »posebno zaščito« zaradi svoje ranljivosti, mogoča le pod pogojem, da država članica, v kateri se prosilci nahajajo, od odgovorne države članice pridobi zagotovila, da bodo prosilci v primeru predaje ustrezno nastanjeni in da družina ne bo razdružena.<sup>106</sup>

Če predaja prosilca ni mogoča, pa to ne pomeni, da je država članica, v kateri se nahaja, avtomatično pristojna za obravnavanje njegove prošnje za mednarodno zaščito. Država članica lahko še vedno uporabi merila iz Dublinske uredbe za določitev druge države članice, ki bi lahko bila odgovorna za obravnavanje prošnje.<sup>107</sup> Navedeno ne sme nerazumno podaljšati postopka, saj bi bile s tem kršene temeljne pravice prosilca. Zato mora država članica v kateri se nahaja prosilec v primeru, da bi bil postopek določitve odgovorne države nesorazmerno dolg, prevzeti odgovornost in sama obravnavati prošnjo za mednarodno zaščito.<sup>108</sup> S tem se zasleduje cilj učinkovitega dostopa do azilnega postopka.

Na podlagi *M. S. S proti Belgiji in Grčiji in N. S in M. E* so države članice leta 2011 suspendirale vračanje prosilcev za mednarodno zaščito v Grčijo.<sup>109</sup> Čeprav Grčiji ni uspelo odpraviti sistemskih pomanjkljivosti azilnega sistema in pogojev za sprejem,<sup>110</sup> je Evropska Komisija leta 2016 državam članicam predlagala, naj ponovno pričnejo z dublinskimi predajami prosilcev v Grčijo.<sup>111</sup>

<sup>104</sup> Zadeva *C. K., H. F., A. S. proti Republiki Sloveniji* (C-578/16) z dne 16. februarja 2017, točki 93 in 96.

<sup>105</sup> *Ibid.*, točka 96.

<sup>106</sup> Zadeva *Tarakhel proti Švici*, točke 115, 119 in 122.

<sup>107</sup> Drugi odstavek 3. člena Dublinske uredbe.

<sup>108</sup> Združeni zadevi *N. S. proti Združenemu Kraljestvu in M. E. proti Irski*, točka 98.

<sup>109</sup> Evropska komisija, Priporočilo Komisije (EU) 2016/2256 z dne 8. decembra 2016 o ponovni vzpostavitvi predaj Grčiji v skladu z Uredbo (EU) št. 604/2013 Evropskega parlamenta in Sveta, Ur. l. EU, št. L 340, naslovljeno na države članice..

<sup>110</sup> Več o azilnem sistemu v Grčiji v AIDA Country report: Greece, 2021 update.

<sup>111</sup> Evropska komisija, Priporočilo Komisije (EU) 2016/2256 z dne 8. decembra 2016 o ponovni vzpostavitvi predaj Grčiji v skladu z Uredbo (EU) št. 604/2013 Evropskega parlamenta in Sveta, naslovljeno na države članice.

## 2.6. Dublinski sistem v praksi

Dublinska uredba je ob svojem sprejetju stremela k vzpostavitvi objektivnih meril, ki so poštena, omogočajo hitro določitev odgovorne države članice in zagotavljajo učinkovit dostop do postopkov mednarodne zaščite.

Merila iz Dublinske uredbe pri presoji odgovorne države članice ne upoštevajo mnenja ali želja prosilcev za mednarodno zaščito, na katere se nanašajo. Ne glede na število meril, ki jih zajema Dublinska uredba, je odgovornost za obravnavo prošnje za mednarodno zaščito v večini primerov določena na podlagi prve države vstopa oziroma podaje prošnje za mednarodno zaščito.<sup>112</sup> V praksi to pomeni, da so v skladu z merili v večini primerov za obravnavo prošnje za mednarodno zaščito odgovorne države članice, ki ležijo na obrobju EU. Merila odgovornosti tako niso razbremenila držav članic, ki se zaradi svoje geografske lege soočajo z visokim številom novih prihodov oseb. Zaradi nedelujočega azilnega sistema so bile vse predaje v Grčijo od leta 2011, ko je bila izdana sodba *M. S. S. proti Grčiji*, pa do leta 2016, ko je Komisija državam članicam podala nova priporočila, suspendirane.<sup>113</sup> Na podlagi sodbe ESČP v zadevi *Tarakhel*<sup>114</sup> morajo zaradi pomanjkljivosti pri sprejemu in nastanitvi prosilcev države članice v primeru predaje ranljivih prosilcev pridobiti zagotovila Italije, saj drugače predaja ni mogoča.<sup>115</sup>

Dublinski sistem v praksi predstavlja kompleksne in dolgotrajne administrativne postopke, ki jih pogosto spremlja odvzem prostosti prosilcev, ki se v njih nahajajo.<sup>116</sup> Pri tem se pojavlja vprašanje smiselnosti samih postopkov, saj v večini primerov dublinski postopek ne pripelje do dejanske predaje prosilca v odgovorno državo članico.<sup>117</sup> Za primerjavo: Nemčija je v letu 2021 posredovala 42.284 zahtevkov za sprejem in ponovni sprejem drugim državam članicam ter izvedla 2.656 predaj. V istem letu je prejela 15.744 zahtevkov za sprejem ali ponovni sprejem, v Nemčijo pa je bilo izvedenih 4.272 predaj. Slovenija je v istem času posredovala 1.351 zahtevkov za sprejem ali ponovni sprejem drugim državam članicam in izvedla sedem predaj. Prejela je 2.107 zahtevkov za sprejem ali ponovni sprejem, v Slovenijo pa je bilo izvedenih 112 predaj.<sup>118</sup> V letu 2021 je bilo na ravni EU izdanih 114.300 odločitev o predaji drugi državi članici, izvedenih pa je bilo 13.500 predaj.<sup>119</sup>

---

<sup>112</sup> EPRS, Dublin Regulation on international protection applications, European Implementation Assessment, February 2020.

<sup>113</sup> Evropska komisija, Priporočilo Komisije (EU) 2016/2256 z dne 8. decembra 2016 o ponovni vzpostavitvi predaj Grčiji v skladu z Uredbo (EU) št. 604/2013 Evropskega parlamenta in Sveta, naslovljeno na države članice.

<sup>114</sup> Zadeva *Tarakhel proti Švici*.

<sup>115</sup> Statistika, iz katere je razvidno število podanih zahtevkov in dejanskih predaj prosilcev, je dostopna na spletni strani Eurostat. Polletne in letne analize dublinskega sistema pripravlja tudi ECRE v sklopu delovanja AIDA baze podatkov. Dostopne so na strani AIDA/Briefings/Statistical Briefings.

<sup>116</sup> Prakse različnih držav članic so podrobno opisane v AIDA letnih poročilih, ki so dostopna na spletni strani ECRE/AIDA Asylum Information Database.

<sup>117</sup> Statistika, iz katere je razvidno število podanih zahtevkov in dejanskih predaj prosilcev, je dostopna na spletni strani Eurostat. Polletne in letne analize dublinskega sistema pripravljata tudi ECRE v sklopu delovanja AIDA baze podatkov. Dostopne so na strani AIDA/Briefings/Statistical Briefings.

<sup>118</sup> AIDA, The implementation of the Dublin III Regulation in 2021, September 2022.

<sup>119</sup> EUAA, Asylum Report 2022: Executive Summary.

Osebe tako v času trajanja dublinskega postopka ostajajo v negotovosti glede predaje. Ker se njihova prošnja o mednarodni zaščiti vsebinsko ne presoja, za čas trajanja dublinskega postopka nimajo dostopa do mednarodne zaščite. Obravnava oseb, vrnjenih po Dublinski uredbi, se v državah članicah razlikuje, in ni nujno, da bodo v vseh primerih imele zagotovljen hiter dostop do azilnega postopka. Glavno vlogo pri presoji, ali je predaja prosilca v določeno državo članico mogoča, imajo tako sodišča.<sup>120</sup>

Pomanjkljivosti dublinskega sistema se zavedajo tudi same države članice. Zato je potreba po celoviti reformi dublinskega sistema že leta predmet diskusije na ravni EU. Leta 2016 je bila tako v okviru prenove Skupnega evropskega azilnega sistema predlagana reforma Dublinske uredbe – Dublin IV,<sup>121</sup> ki pa ni bila sprejeta.

## Priporočena literatura

Maiani, Francesco: *The Protection of Family Unity in Dublin Procedures: Towards a Protection-Oriented Implementation Practice*, 2019.

Peers, Steve: *Eu Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, 2016.

---

<sup>120</sup> Sodne prakse nacionalnih sodišč različnih držav članic glede presoje azilnih sistemov drugih držav članic in možnosti predaje vanje so opisane v statističnih poročilih AIDA na temo implementacije Dublinske uredbe, ki so dostopna na: [AIDA/Briefings/Statistical](#).

<sup>121</sup> Predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta 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 (prenovitev), COM(2016) 270 final.

# XI.

## Načelo nevračanja in vračanje tujcev

*Saša Zagorc*

<b>1. Uvod</b>	202
<b>2. Vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav</b>	204
2.1. Pravne podlage	204
2.2. Temeljna izhodišča za vračanje tujcev	205
2.3. Postopki vračanja tujcev v Republiki Sloveniji	206
2.4. Posebni ukrepi, postopki in statusi v zvezi z vračanjem tujcev	209
<b>3. Načelo nevračanja</b>	213
3.1. Uvodno o načelu nevračanja	213
3.2. Modalitete načela nevračanja	215
3.3. Prepoved kolektivnega izгона	217

### 1. Uvod

V tem poglavju bomo predstavili vračanje državljanov tretjih držav, ki nimajo kakršnegakoli zakonitega bivalnega naslova v državah Evropske unije, in eno od najpomembnejših pravnih načel v pravu migracij in mednarodne zaščite, na podlagi katerega je v specifičnih primerih vračanje takšne osebe v državo izvora prepovedano, in sicer načelo nevračanja (ang. *principle of non-refoulement*). Vračanje državljanov EU iz ene države članice v državo članico, v kateri ima ta oseba zakoniti bivalni naslov ali katere državljanica je, ni predmet tega poglavja in se ureja po pravilih, ki urejajo omejitve svobode gibanja teh državljanov.

V skladu z uveljavljenim mednarodnim pravom imajo države ob upoštevanju svojih pogodbenih obveznosti pravico nadzorovati vstop, prebivanje in izgon tujcev. Zgodovinski vir tega stališča naj bi bile znane, a tudi kritizirane, sodbe VS ZDA o izgonih

Kitajcev (doktrina *Chinese Exclusion*).<sup>1</sup> To stališče, s katerim se konkretizira načelo suverenosti države, so prevzela tudi najpomembnejša evropska sodišča<sup>2</sup> in je obenem podlaga za ukrepe države, s katerimi je tujcu omejena ali celo odvzeta možnost prostega gibanja ne glede na državne meje. Tovrstno etatično stališče ni bilo sprejeto v polni meri v preteklosti in še sedaj ni sprejeto v nekaterih delih sveta. Šele pojav moderne zahodne države in polno sprejetje koncepta razmejitve ozemeljske suverenosti na podlagi oblikovanja državnih meja sta v našem kulturnem prostoru vzpostavila razmere, v okviru katerih oblastni organi sploh ne dovolijo vstopa posamezniku ali ga odstranijo iz države, če ta ne spoštuje pravil glede vstopa ali bivanja.

EU med drugim temelji na prostem pretoku delavcev in državljanov ter v določeni meri tudi državljanov tretjih držav, ki zakonito bivajo v eni od držav članic. V ta namen je bilo z Amsterdamsko pogodbo vzpostavljeno območje svobode, varnosti in pravice. To po eni strani zagotavlja, kar se da svobodno uživanje svobode gibanja in bivanja znotraj tega območja, po drugi strani pa vzpostavlja mehanizme, s katerimi se uveljavljajo skupni interesi držav članic, kot so javna in nacionalna varnost, preprečevanje terorizma, tudi na račun individualne svobode. Države članice niso bile pripravljene slediti le prvemu od obeh ciljev, zato so, deloma s stisnjenimi zobmi, prepustile EU izvajanje določenih zakonodajnih pristojnosti s ciljem harmonizacije določenih postopkov in vzpostavitve skupnih standardov, s katerimi bi se uresničevala predvsem javna varnost. Kar se tiče pristojnosti izгона državljanov tretjih držav iz EU, je ključni pravni instrument Direktiva o vračanju.<sup>3</sup> Omenjeni komplementarni instrumenti so predvsem bilateralni ali multilateralni mednarodni sporazumi, katerih vsebina se nanaša na ponovni sprejem nezakonito bivajočih državljanov tretjih držav<sup>4</sup> v njihovo državo izvora.

Načelo nevračanja (ang. *principle of non-refoulement*) je pomembno pravno načelo v mednarodnem pravu, iz katerega izvira glavna obveznost države, da se vzdrži vrnitve katerekoli osebe v državo, v kateri bi bila, poenostavljeno povedano, izpostavljena resničnemu tveganju kršitve človekovih pravic. To načelo omejuje državno suverenost pri kontroli migracij s ciljem varovanja temeljnih pravic posameznika, vključno s pravico do življenja. Zaradi svoje inherentno humane vrednosti to načelo ne ščiti le prosilcev za mednarodno zaščito – čeprav ga zmotno povezujejo le s pravom mednarodne zaščite –, ampak vse tujce (in tudi državljane) pred prepovedanim vračanjem.

Zaradi številnih razlogov se države po svetu, tudi države članice EU, poslužujejo ukrepov, s katerimi na kar se da enostaven način dosežejo svoj strateški cilj, da na njevo ozemlje sploh ne bi vstopili posamezniki, ki tam niso zaželeni. Eden od tovrstnih

<sup>1</sup> *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893). Več Spijkerboer, T.: *The Geopolitics of Knowledge Production in International Migration Law*. v: Dauvergne, C. (ur.): *Research Handbook on the Law and Politics of Migration*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2021, str. 172-188.

<sup>2</sup> Ena zgodnejših sodb je sodba ESČP v zadevi *Vilvarajah in ostali proti Združenemu kraljestvu*, št. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, z dne 30. oktobra 1991, točka 102.

<sup>3</sup> Direktiva 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, Ur. l. EU, št. L 348.

<sup>4</sup> V nadaljevanju tega poglavja bosta pojma državljan tretje države in tujec uporabljena za osebe, ki nimajo državljanstva EU, če ni izrecno drugače določeno.



ukrepov je naložitev odgovornosti letalskim družbam, če bi prevažale tujce v EU, za katere bi se nato ugotovilo, da nimajo zakonitega bivalnega naslova.<sup>5</sup> Tako letalske družbe postanejo *de facto* agenti države v izvajanju restriktivne migracijske politike, saj – v izogib odgovornosti – že same v tretji državi preprečijo letalski prevoz teh oseb v EU. Pri uresničevanju politike *non-entrée* nekatere med njimi uporabijo tudi nezakonite ukrepe vračanja, kot je nezakonito takojšnje vračanje na meji (*pushback*) in ki jih je zelo težko dokazati, čeprav je tujec upravičen do bivanja v državi. Resnost napetosti med prepovedjo vračanja in zasledovanjem strateških ciljev držav je v pritrdilnem ločenem mnenju povsem jasno osvetlil sodnik Pinto de Albuquerqueja v zadevi M. A. in ostali proti Litvi:

»Danes v evropski politiki zagotovo ni bolj perečega vprašanja, kot je vračanje migrantov na kopenskih mejah ali na tranzitnih območjih in posledična odgovornost držav za kršitve človekovih pravic pri ukrepih priseljevanja in mejnega nadzora.«<sup>6</sup>

## 2. Vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav

### 2.1. Pravne podlage

Vračanje nezakonito bivajočih državljanov tretjih držav je zakonsko urejen postopek, ki se praviloma izvede na podlagi izdane odločbe državnega upravnega organa. Z zahtevo po posebnem postopku in izdaji odločbe se preprečuje stihijsko ali arbitrarno odločanje, kdo sme ali ne sme ostati na ozemlju Slovenije ali druge države članice EU. Iz uvodnih izjav v Direktivi o vračanju je razvidna usmeritev k učinkoviti politiki odstranitve in repatriacije, s poudarkom na varovanju humanosti, polnem spoštovanju njihovih temeljnih pravic in dostojanstva ter načela zakonitosti pri izvajanju postopkov vračanja. Občutljivo iskanje ravnovesja med temi včasih tudi izključujočimi si interesi in vrednotami je zelo zahtevno že na ravni splošnih pravil, še toliko bolj pa pri izvajanju v praksi.

Prva naddržavna pravila v zvezi z vračanjem nezakonito bivajočih tujcev v EU so bila urejena že prej, in sicer s Schengensko konvencijo iz leta 2000, ki je narekovala dolžnost nemudoma zapustiti EU, če državljan tretje države ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev za kratkotrajno bivanje v eni od držav članic. Ker se je favoriziral prostovoljni odhod tujca, ni prihajalo do doslednega izvrševanja omenjene obveznosti držav, da ga izženejo. Zlasti Španija je v skladu z integrativno politiko večkrat masovno regularizirala pravni položaj nezakonito bivajočih državljanov tretjih držav, kar je šlo v nos drugim, zlasti severnim, državam članicam EU.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Direktiva Sveta 2001/51/ES z dne 28. junija 2001 o dopolnitvi določb člena 26 Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985, Ur. l. EU, št. L 187.

<sup>6</sup> Sodba ESČP v zadevi *M.A. in ostali proti Litvi*, št. 59793/17 z dne 11. decembra 2018.

<sup>7</sup> Arango, J.: *Exceptional in Europe? Spain's Experience with Immigration and Integration*. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2013, str. 1-17.

Zakonodajna pristojnost za ureditev tovrstnega vračanja je po Lizbonski pogodbi opredeljena kot deljena med EU in državami članicami. EU se je odločila za harmonizacijo in sprejem skupnih standardov in postopkov v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav. Ker ti standardi niso enoznačni in je v Direktivi o vračanju predvidenih veliko izjem, je zakonska ureditev držav članic ključnega pomena in se med seboj lahko znatno razlikuje. Poleg omenjene direktive je EU sprejela še nekaj pravnih aktov, ki podpirajo temeljno usmeritev na področju vračanja, in sicer Direktivo Sveta 2001/40/ES o medsebojnem priznavanju odločb o izgonu državljanov tretjih držav, Odločbo Sveta o organiziranju skupnih letov zaradi odstranitve državljanov tretjih držav, ki so predmet posameznih odredb o odstranitvi, z ozemlja dveh ali več držav članic itd., ter zagotovila obsežno finančno in organizacijsko podporo za izvajanje vračanja.<sup>8</sup> Korpus zakonodajnih aktov dopolnjujejo še številni sporazumi med EU in tretjimi državami (na primer s Srbijo) o ponovnem sprejemu oseb, ki prebivajo brez dovoljenja (ang. *EU readmission agreements*), katerih namen je predvsem poenostavitev postopkov vrnitev v tretjo državo.

V slovenski ureditvi so postopki vračanja in drugi s tem povezani postopki ter statusi pretežno urejeni v zakonu o tujcih, deloma pa tudi v zakonu o nadzoru državne meje.<sup>9</sup> Od mednarodnih sporazumov s tega področja je treba izpostaviti predvsem bilateralni mednarodni sporazum med Slovenijo in Hrvaško o ponovnem sprejemu oseb, ki prebivajo brez dovoljenja. Čeprav je bil sporazum sklenjen pred vstopom Hrvaške v EU, še sedaj velja kot dogovor, s katerim se poenostavljajo postopki vračanja med dvema državama članicama EU.

## 2.2. Temeljna izhodišča za vračanje tujcev

Direktiva o vračanju vzpostavlja vrsto horizontalnih ukrepov, ki se uporabljajo za vse državljane tretjih držav, ki ne izpolnjujejo ali ne izpolnjujejo več pogojev za vstop, bivanje ali prebivanje v državi članici. Okoliščina, da je državljan tretje države že imel zakoniti naslov za prebivanje v državni članici EU, a ga nima več, na primer zaradi poteka veljavnosti dovoljenja oziroma t. i. *overstayer*, ne preprečuje dolžnosti vrnitve tega tujca iz EU. Takšno stališče je skladno s temeljno premiso v Direktivi o vračanju, da nezakonitost vstopa, bivanja ali prebivanja tujca načeloma sproži dolžnost države članice, da poskrbi za vrnitev tega tujca. Masovne ureditve (regularizacije) statusov nezakonito bivajočih državljanov tretjih držav so tako v nasprotju s pravom EU. Očitno je, da obstaja velika napetost med proklamiranim ciljem vračanja vseh nezakonito bivajočih tujcev in dejansko stopnjo uspešnosti vračanja, ki redko preseže 30 odstotkov na letni ravni.<sup>10</sup> Razlogi zanje so predvsem v dejanski nezmožnosti vrnitve tujcev oziroma njihovem izogibanju vrnitvi, nepripravljenosti držav izvora, da sprejmejo vrnjene drža-

<sup>8</sup> Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law*, 3. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 575-585.

<sup>9</sup> Zakon o tujcih (ZTuj-2), Ur. l. RS, št. 91/21-UPB4, 95/21, 105/22; Zakon o nadzoru državne meje (ZNDM-2), Ur. l. RS, št. 35/10-UPB1, 15/13, 5/17, 68/17, 47/19, 139/20, 161/21, 29/22.

<sup>10</sup> Eurostat, *Enforcement of immigration legislation statistics*, maj 2022, več: <<http://tiny.cc/t1d2vz>>.

vljane in občasno tudi v strateškem interesu držav članic EU, ki na račun popustljivosti pri izvajanju politike vračanj želijo doseči druge cilje v sodelovanju z državami izvora.<sup>11</sup>

Kot rečeno, je domet Direktive o vračanju omejen. Iz oportunističnih razlogov države članice niso pristale, da bi se varovalni ukrepi v njej, ki sicer ščitijo položaj nezakonito nahajajočega se državljanu tretje države, avtomatično uporabljali za določene primere, na primer takrat, ko je bil tujcu zavržen vstop ali ko so ga pristojni organi prijeli ali prestregli pri nezakonitem prestopu meje države članice in po tem ni pridobil dovoljenja ali pravice do prebivanja v tej državi članici. Država se lahko odloči, da bo te situacije uredila drugače. Slovenija je takšno izjemo določila, saj v skladu z zakonom ni treba izdati odločbe o vrnitvi, ko je tujec prijeto pri nezakonitem prehajanju državne meje in je bil na podlagi sporazumov, ki jih je sklenila EU, ali mednarodne pogodbe uspešno vrnjen, predan ali izročen.<sup>12</sup> Ker so procesne varovalke posledično slabše opredeljene, se v teh poenostavljenih postopkih vračanja povečajo tveganja, da so tujci, ki bi sicer imeli pravico, da se nahajajo na ozemlju države članice EU (na primer zaradi vlozene prošnje za mednarodno zaščito), vrnjeni v sosednjo ali drugo državo. Prav zaradi te izjeme glede uporabe Direktive o vračanju se je državam članicam odprl prostor za morebitne zlorabe pospešenih postopkov vračanja. Mnogo manj sporna je podobna izjema, ki jo dopušča Direktiva o vračanju in jo je na istem mestu uredil tudi slovenski zakonodajalec, in sicer glede prilagojenih pravil vračanja tujcev zaradi izrečenih sankcij v kazenskih zadevah.

Države članice ne smejo stremeti le k popolni učinkovitosti vračanja tujcev, saj morajo poleg načela nevračanja upoštevati v postopkih vračanja tujcev še največje koristi otroka, družinsko življenje, zdravstveno stanje tujca.<sup>13</sup>

### 2.3. Postopki vračanja tujcev v Republiki Sloveniji

Postopek vračanja pri nas ni enoten za vse skupine tujcev. K različni obravnavi prispevajo številni dejavniki, kot so zlasti mesto in čas ugotovitve nezakonitega vstopa tujca v Slovenijo, ocena njegove grožnje javni varnosti in nekatere druge osebne okoliščine. Dolžnost spoštovanja načela nevračanja razumljivo velja ne glede na vrsto postopka vračanja.

Zakon o tujcih ureja tri ključne in v praksi najpogostejše postopke vračanja:

- poenostavljeni mejni postopek vračanja,<sup>14</sup>
- redni postopek vračanja z izdajo odločbe o vrnitvi,<sup>15</sup>
- posebni postopek vračanja tujcev, ki so imeli nek zakoniti bivalni naslov.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Več Gines Martin, D.: When deportation fails: non-removable migrants in the European Union, doktorska disertacija. Firenze, European University Institute 2022.

<sup>12</sup> 2. alineja prvega odstavka 64. člena Zakona o tujcih (ZTuj-2).

<sup>13</sup> 5. člen Direktive o vračanju.

<sup>14</sup> 2. alineja prvega odstavka 64. člena ZTuj-2.

<sup>15</sup> 64.-84. člen ZTuj-2.

<sup>16</sup> 1. alineja prvega odstavka 64. člena ZTuj-2 v povezavi zlasti s tretjim odstavkom 60.a člena ZTuj-2.

### 2.3.1. Mejni postopek vračanja

Mejni postopek vračanja tujcev, prijetih pri nezakonitem prehajanju državne meje, je poenostavljen, skrajšan in manj formalen kot redni postopek, a je tudi najbolj občutljiv z vidika varstva človekovih pravic. Ta postopek se lahko izvede, če obstaja na podlagi sporazumov, ki jih je sklenila EU, ali mednarodne pogodbe Slovenije in drugih držav, možnost, da bo tujec uspešno vrnjen, predan ali izročen v drugo državo.

Za Slovenijo je že vrsto let ključen sporazum med vladama Slovenije in Hrvaške,<sup>17</sup> saj se večina nezakonitih vstopov v Slovenijo zgodi s prečkanjem kopenske meje iz Hrvaške v našo državo. Bistvena je obveznost, da mora država pogodbenica na zahtevo druge države brez pretiranih formalnosti v t. i. skrajšanem postopku na podlagi zapisnika in v zelo kratkih rokih sprejeti tujca, ki ne izpolnjuje ali ne izpolnjuje več pogojev za vstop ali prebivanje na njenem območju, če se dokaže ali domneva, da je oseba vstopila na njeno državno območje preko prehoda druge države pogodbenice. Namen te določbe je pragmatičen, saj določa, da naj obravnavo tujca prevzame tista država, iz katere nezakonito bivajoči tujec prihaja, in ne tista, na katere ozemlju se nahaja zelo kratek čas.

Ključna težava tega neformalnega skrajšanega postopka je, da ni povsem gotovo, ali policija kot izvrševalec kontrole državne meje v ustrezni meri upošteva določene osebne okoliščine, ki preprečujejo vrnitev tujca. Zlasti je težko naknadno dokazati, da je tujec zaprosil za mednarodno zaščito oziroma da je policija izvedla vse obveznosti informiranja v primeru, ko obravnava osebo, za katero bi se lahko štelo, da želi podati prošnjo za mednarodno zaščito. Zato so pomembne številne pravne domneve, ki še kako pridejo prav v okoliščinah, v katerih je dokazovanje oteženo. Iz sodne prakse izhaja, da dokler pristojni organi v postopku na meji ne ugotovijo, ali gre za prosilca za mednarodno zaščito, se uporablja PD, zlasti glede nekaterih procesnih upravičenj posameznika, in šele če ne gre za prosilca, se lahko uporabi Direktiva o vračanju.<sup>18</sup> Dodatno, upravičenost osebe, da zaprosi za zaščito, vzpostavlja zahtevo po učinkovitih, resničnih možnosti tujca, da to željo tudi izrazi.<sup>19</sup>

Šele, če je ugotovljeno, da tujec nima nobenega upravičenja, da ostane v Sloveniji, lahko policija opravi postopek vrnitve tujca v sosednjo državo. Če policija tega ne upošteva, je postopek nezakonit (ang. *pushback*). Nezakonita vračanja na meji so, kot so ugotovila že najvišja državna in tudi naddržavna sodišča,<sup>20</sup> pogost pojav v številnih državah in kažejo na resno krnitev spoštovanja pravne države in prevzetih mednarodnih obveznosti držav kot tudi varovanja človekovih pravic ter spoštovanja demokratičnega nadzora nad delovanjem represivnih organov.

<sup>17</sup> Sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške o izročitvi in sprejemu oseb, katerih vstop ali prebivanje je nezakonito, Ur. l. RS – Mednarodne pogodbe, št. 8/06.

<sup>18</sup> Sodba in sklep UprS I U 1686/2020, z dne 7. decembra 2020.

<sup>19</sup> Sodba VS I Up 23/2021, z dne 9. aprila 2021.

<sup>20</sup> Na primer sodba ESČP v zadevi *M. K. in ostali proti Poljski*, št. 40503/17, 42902/17, 43643/17 z dne 23. julija 2020.

### 2.3.2. Redni postopek vračanja z izdajo odločbe o vrnitvi

Redni postopek vračanja je formaliziran upravni postopek s številnimi procesnimi in vsebinskimi varovalkami za tujca, ki mora zapustiti Slovenijo. Zagotovljena sta tako sodno varstvo kot pravna pomoč in svetovanje tujcu, po potrebi pa tudi prevajalska pomoč. Formalnostim navkljub zakonska ureditev vzpodbuja tujca, da zahtevana ravnanja opravi v čim večji meri prostovoljno in pravočasno. V ta namen so v zakon vgrajene številne rešitve, predvsem v skladu s konceptom korenčka in palice, ki pristojnemu organu omogočajo več maneverskega prostora pri sprejemanju konkretnih odločitev. Končni cilj je vselej, da tujec zapusti ozemlje Slovenije. V izjemnih primerih je mogoča tudi ureditev statusa tujca v državi.<sup>21</sup>

Policija izda odločbo o vrnitvi tujcu, ki nezakonito prebiva v Republiki Sloveniji. Tujec, ki nezakonito prebiva v Sloveniji in ima v drugi državi članici EU veljavno dovoljenje za prebivanje ali drugo dovoljenje, ki mu daje pravico do prebivanja, mora takoj zapustiti našo državo in oditi v to državo članico. Če tujec tega ne stori ali če mora nemudoma zapustiti Republiko Slovenijo zaradi ogrožanja javnega reda in miru ali varnosti države, se mu izda odločba o vrnitvi.

V odločbi o vrnitvi, ki je standardizirana, so določeni:

- rok za prostovoljni odhod,
- ukrep odstranitve tujca,
- prepoved vstopa v Slovenijo.

Pritožbeni organ za pritožbo zoper odločbo je ministrstvo za notranje zadeve. Sodno varstvo je zagotovljeno s tožbo v upravnem sporu pred upravnim sodiščem. Roki za vložitev pravnih sredstev so zelo kratki, prav tako morajo pristojni organi odločati pospešeno zaradi kratkih rokov za sprejem odločitve. Če postane odločba o vrnitvi oziroma druga relevantna odločba izvršljiva, se vsi potrebni podatki nemudoma vnesejo v Schengenski informacijski sistem, ki je najbolj razširjen in največji sistem za izmenjavo informacij za varnost in upravljanje meja v Evropi.

Načeloma policija določi tujcu desetdnevni rok za prostovoljni odhod, v katerem mora tujec zapustiti Slovenijo in praviloma tudi katerokoli drugo državo EU oziroma Schengensko območje. Iz utemeljenih razlogov, kot so dokončanje šolanja, zdravstveno stanje, neobstoj veljavnih potnih listin in drugo, se lahko rok podaljša na prošnjo tujca ali po uradni dolžnosti. Rok za prostovoljni odhod se ne določi tujcu, katerega bivanje v Sloveniji pomeni nevarnost za javni red, javno varnost ali varnost države ali pri katerem obstaja nevarnost pobega.

Če tujec ne zapusti Slovenije prostovoljno in pravočasno, ga policija odstrani iz Slovenije. Odstranitev tujca je prisilni ukrep, ki se opravi tudi proti volji tujca. Zaradi številnih konfliktnih primerov in nastalih škodljivih posledic v postopku odstranitve tujca v nekaterih državah, vključno s smrtnimi izidi, je postopek odstranitve v evropskih državah sedaj mnogo bolj natančno urejen in upošteva človekovo dostojanstvo tujca. Postopek v Sloveniji najpogosteje poteka tako, da policija tujca privede do državne meje in napoti čez mejo ali izroči organom te države. Če ga je treba odstraniti z območja

---

<sup>21</sup> Drugi odstavek 51. člena ZTuj-2.

držav članic EU oziroma Schengenskega območja, se ga vrne v državo izvora ali državo tranzita v skladu z mednarodnimi sporazumi ali sporazumi, ki jih je sklenila Evropska unija, ali v drugo tretjo državo, v katero se tujec vrne prostovoljno pod pogojem, da ga ta država sprejme. V luči zagotavljanja civilnega nadzora in spoštovanja strokovnosti in humanosti odstranitve tujca policija z izbrano nevladno organizacijo ali drugo neodvisno institucijo sklene pisni dogovor o spremljanju odstranjevanja tujcev iz Slovenije. Ta organizacija spremlja odstranitev tujca ob vseh aktivnostih policije, ki so namenjene odstranitvi tujca iz države, vključno z obdobjem pred odhodom, v času poleta oziroma drugega načina potovanja, postankom v tranzitu, prihodom in sprejemom tujca v državo vrnitve.

Ker je policija zadnji pristojni organ, ki sprejema in izvršuje odločitve, ki vodijo k odstranitvi tujca iz države, je njeno dosledno spoštovanje načela nevračanja še toliko bolj pomembno. Policija ne sme odstraniti tujca v državo, v kateri bi bilo njegovo življenje ali njegova svoboda ogrožena zaradi rase, vere, narodnosti, pripadnosti posebni družbeni skupini ali političnega prepričanja, ali v državo, v kateri bi lahko bil izpostavljen mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju.

### 2.3.3. Posebni postopek vračanja tujcev, ki so imeli zakoniti bivalni naslov

Pogosto se zgodi, da se tujec, ki je imel dovoljenje za prebivanje ali drug začasni zakoniti bivalni naslov, iz malomarnosti ali drugih razlogov še vedno nahaja na ozemlju Slovenije, ne da bi bil do tega upravičen. V tem primeru mora zapustiti državo, ker nezakonito biva na ozemlju Slovenije, četudi bi po vsej verjetnosti dobil dovoljenje za prebivanje v primeru pravočasne vložitve prošnje.

Ta posebni postopek vračanja je v bistvu enak rednemu z nekaj izjemami:

- pristojni organ za izdajo odločbe ni policija, ampak upravna enota,
- tujcu se ne izda odločba o vrnitvi,
- o migracijskih ukrepih v zvezi z zapustitvijo države pristojni organ odloči z odločbo, s katero odloči o prvotnem zahtevku, na primer prošnji za podaljšanje dovoljenja za začasno prebivanje.

Drugače od navedenih pa je treba obravnavati primere, v katerih želi tujec podaljšati svoje dovoljenje za prebivanje in pravočasno vloži prošnjo, a odločitev pristojnega organa še ni bila sprejeta v času, ko je dovoljenje poteklo. Tak tujec sme ostati v državi, dokler o njegovi prošnji ni odločeno, o čemer se mu izda posebno potrdilo, ki pa mu praviloma ne dovoljuje prehajanja državne meje.

## 2.4. Posebni ukrepi, postopki in statusi v zvezi z vračanjem tujcev

### 2.4.1. Prepoved vstopa (ang. *entry ban*) v Slovenijo

Z odločbo o vrnitvi se tujcu določi prepoved vstopa ne samo v Slovenijo, ampak tudi v območje držav članic Evropske unije in Schengensko območje. Direktiva o vračanju v določeni meri harmonizira izrekanje tega ukrepa v državah članicah, tako glede dolžnosti izrekanja in trajanju izrečenega ukrepa kot tudi možnosti preklica ukrepa.

Izjemoma je tak ukrep lahko izrečen brez časovne omejitve v primeru velike nevarnosti tujca za državo.<sup>22</sup>

Dolžina trajanja prepovedi je v Sloveniji določena v razponu med najmanj enim letom in največ petimi leti in je odvisna od pričakovanega aktivnega sodelovanja tujca, ocene njegove nevarnosti za pobeg in siceršnje nevarnosti za javni red, javno varnost ali varnost države. Čas, v katerem je tujcu prepovedan vstop, začne teči z dnem izvršitve odločbe, s katero je bila tujcu izrečena prepoved vstopa.

Politika korenčka in palice je povsem jasno vidna v določbi, da se prepoved vstopa, ki je bila izrečena za čas enega leta, ne izvrši, če tujec zapusti relevantna območja držav v roku za prostovoljni odhod. Iz nekaterih humanih razlogov in v primeru obstoja specifičnih bivalnih naslovov sme pristojni organ prepoved vstopa tujca z odločbo preklicati, skrajšati ali začasno odložiti.

Ena izmed posledic neaktivnosti tujca, ki na primer vstopi v Slovenijo kljub veljavni prepovedi vstopa ali ne zapusti relevantnega območja v rokih, določenih za prostovoljni odhod, je, da se mu v obdobju treh let od odstranitve zavrne izdaja vizuma in dovoljenja za prebivanje, razen dovoljenja za prebivanje zaradi združitve družine.

Slovenija v primerjavi z nekaterimi drugimi državami članicami EU ni uvedla še bolj strogih posledic kršitve prepovedi vstopa, kot je tudi izrek zaporne kazni. Direktiva o vračanju načeloma ne nasprotuje zakonodaji države članice, ki določa izrek zaporne kazni tujcu, ki prebiva nezakonito in ki po tem, ko je bil v okviru predhodnega postopka vračanja vrnjen v svojo državo izvora, v nasprotju s prepovedjo vstopa ponovno nezakonito vstopi na ozemlje navedene države.<sup>23</sup> Takšno stališče je načeloma v nasprotju s ciljem EU, da se nezakonito bivajočega tujca čim prej vrne v državo izvora, a očitno so v danem primeru prevladali kaznovalni premisleki in stopnjevanje sankcij zoper serijske kršitelje.

#### 2.4.2. Dovolitev zadrževanja

Dovolitev zadrževanja (ang. *leave to remain*; nem. *Duldung*) je ukrep države, s katerim se tujcu, ki se ga sicer mora odstraniti, omogoči, da začasno ostane v Republiki Sloveniji.<sup>24</sup> S tem dovoljenjem, ki se izda po uradni dolžnosti, vzpostavljena dolžnost zapustiti državo ne preneha. To dovoljenje je v svojem bistvu poskus preseči razpetost med doslednim pravnim uresničevanjem politike vračanja tujcev in objektivno škodljivo realnostjo posledic vračanja v določenih primerih.

Razlogi za izdajo dovoljenja so lahko humanitarni (prepoved nevračanja), zdravstveni (življenjsko ogroženo zdravstveno stanje) ali birokratski (neobstoje potnih listin; predvidena država sprejemnica ni pripravljena sprejeti tujca; prevoz ni možen).

Dovolitev zadrževanja je začasna, vendar se lahko podaljša po uradni dolžnosti, dokler trajajo razlogi. V tem času se lahko tujcu naložijo določeni dodatni varovalni

---

<sup>22</sup> 11. člen Direktive o vračanju.

<sup>23</sup> Sodba SEU v zadevi *Celaj* (C-290/14) z dne 1. oktobra 2015.

<sup>24</sup> 73.-75. člen ZTuj-2.



ukrepi, ki posegajo v svobodo gibanja, na primer obveznost rednega javljanja na policijski postaji in drugi.

Prekaren položaj tujca je razviden tudi v obsegu pravic, ki mu v času zadrževanja pripadajo (nujno zdravstveno varstvo, osnovna oskrba). Mladoletni otroci uživajo višji nivo pravic kot odrasli.

Ključna težava z dovolitvijo zadrževanja je v negotovem trajanju tega statusa, ki je odvisen od zunanjih dejavnikov, na katere tujec nima vpliva. Zato je pomembno, da je predvidena neka možnost regularizacije njegovega statusa. Tujcu, katerega istovetnost ni sporna in ki mu je bilo v Sloveniji dovoljeno zadrževanje za čas najmanj 24 mesecev, ker njegova odstranitev iz države ni dovoljena ali njegova odstranitev iz države še vedno ni možna in pri njem obstajajo drugi utemeljeni razlogi in posebne osebne okoliščine, ki utemeljujejo njegovo prebivanje v Sloveniji, lahko pristojni organ izda dovoljenje za začasno prebivanje z veljavnostjo dveh let.<sup>25</sup>

#### 2.4.3. **Odvzem prostosti v času od ugotovitve nezakonitosti bivanja do odstranitve tujca iz države**

Odvzem prostosti je najhujši zakoniti poseg v človekove pravice v migracijskih postopkih. Nevarnost tujca ne temelji na domnevani neposredni in konkretni družbeni škodi, ki naj bi jo povzročil, kot je to značilno za odvzeme prostosti v kazenskih postopkih, ampak na dejstvu, da tujec naj ne bi spoštoval pravil o vstopu v državo in bivanju v njej. Tudi v luči znane Churchillove izjave<sup>26</sup> mora biti odgovor na ključno vprašanje, ali sme biti tujcu odvzeta prostost iz golega razloga nezakonitega vstopa ali bivanja v državi, nikalen. Poleg očitka o nezakonitem ravnanju glede migracijskih pravil je treba za odvzem prostosti tujcu še očitati neko drugo ravnanje, na primer oviranje postopka vrnitve, da bi bil tako hud poseg v osebno svobodo sploh dopusten.

Direktiva o vračanju v 15. členu harmonizira pogoje za odvzem prostosti na ravni EU. Države članice lahko pridržijo tujca, ki je v postopku vračanja, le, da pripravijo vrnitev in/ali izvedejo postopek odstranitve, zlasti če obstaja nevarnost pobega (ang. *risk of absconding*), ali se zadevni državljani tretje države izogiba, ali ovira pripravo vrnitve, ali postopek odstranitve (ang. *avoiding or hampering the removal process*). Drugih razlogov, kot so na primer javna ali nacionalna varnost, Direktiva o vračanju za razliko od PD ne dopušča.

Ukrep odvzema prostosti je v skladu z načelom sorazmernosti možno izreči le kot *ultima ratio*, če v določenem primeru ni možno učinkovito uporabiti drugih zadostnih, vendar manj prisilnih ukrepov (na primer javljanje na policijski postaji, predaja potnih listin itd.). Ključne varovalke v Direktivi so sodno varstvo v primeru odreditve tega ukrepa, omejitev najdaljšega trajanja ukrepa, določitev pogojev za podaljšanje ukrepa in čas trajanja tega podaljšanja ter zagotovitev posebnega položaja določenim kategorijam ranljivih oseb, kot so mladoletne osebe. Države morajo zagotoviti tudi pregled v razumnih časovnih presledkih, ali so še podani pogoji za izvrševanje ukrepa.

<sup>25</sup> Drugi odstavek 51. člena ZTuj-2.

<sup>26</sup> Churchill, W. S.: *The Second World War*. London, Cassell 1952: »Nič ni bolj odvratnega za demokracijo kot to, da nekoga zapremo ali zadržujemo v zaporu, ker je nepriljubljen. To je resnična preizkušnja civilizacije«.

V slovenski ureditvi sta predvideni dve pravni podlagi za odvzem prostosti, in sicer v zvezi z nezakonitim prestopom meje in v vseh drugih primerih, kot sta na primer nezakonito bivanje v državi ali zavrnjena prošnja za mednarodno zaščito. Pri pravni obravnavi obeh ukrepov ne sme biti odločilno njihovo poimenovanje (pridrhanje, omejitev gibanja in nastanitev v centru), ampak intenzivnost in vsebina ukrepov, ki se presojujejo.<sup>27</sup> Primeroma, med bivanjem v centru za tujce v Postojni je gibanje tujca omejeno na območje centra, kjer mora tujec upoštevati pravila bivanja. Glede na navedeno je treba oba predvidena ukrepa obravnavati kot ukrepa odvzema prostosti, katerega presoja zakonitosti in ustavnosti terja presojo s strogim testom sorazmernosti.<sup>28</sup>

#### 2.4.3.1. **Odvzem prostosti v zvezi z nezakonitim prestopom meje**

Pri nadzoru državne meje sme policist za nujno potreben čas, vendar največ za 48 ur, zadržati osebo, ki namerava ali je že prestopila mejno črto in obstaja razlog za sum, da je oseba nedovoljeno prestopila državno mejo in je zadržanje potrebno zaradi ugotovitve vseh potrebnih dejstev in okoliščin prehajanja državne meje ali zaradi zavrnitve tujca, ki ne izpolnjuje pogojev za vstop v državo in ga zaradi utemeljenih razlogov iz države ni mogoče napotiti takoj.<sup>29</sup> Odvzem prostosti se izvrši na primerni najbližji policijski postaji.

#### 2.4.3.2. **Odvzem prostosti v zvezi z nezakonitim bivanjem v Sloveniji**

V vseh ostalih primerih se glede odvzema prostosti tujca uporabljajo določbe zakona o tujcih,<sup>30</sup> ki je v tem oziru predviden tudi za postopke predaje po pravu EU ali izročitve po mednarodnem pravu. Odvzem prostosti se praviloma izvrši v policijskem centru za tujce v Postojni, če ni za posebne ranljive skupine predpisano in odrejeno drugače.

Z namenom ugotovitve istovetnosti tujca se lahko tujcu, katerega istovetnost ni ugotovljena ali obstaja utemeljen sum glede njegove izkazane istovetnosti, izreče ukrep omejitev gibanja in nastanitev v centru za tujce, če obstaja nevarnost, da bo tujec zapustil ozemlje Slovenije. Slovenski predpis nejasno opredeljuje razloge za odvzem prostosti, ker prepleta razloga nevarnosti pobega in oviranja postopka vrnitve zaradi nejasne ali neznanе identitete tujca. Dodaten razlog za odreditev odvzema prostosti je predviden, če tujec krši odredbe v zvezi z milejšimi ukrepi. Omejitev gibanja in nastanitev v centru za tujce se namreč lahko odredi tudi tujcu, ki ne upošteva obveznosti, ki so mu naložene z odločbo o dovolitvi zadrževanja ali odločbo, s katero mu je namesto omejitve gibanja in nastanitve v centru za tujce izrečen milejši ukrep.

---

<sup>27</sup> Treba je »upoštevati celo vrsto kriterijev, kot so vrsta, trajanje, učinki in način izvrševanja ukrepa, ki omejuje posameznikovo prostost. Razlika med odvzomom prostosti in omejitvijo svobode gibanja je lahko zgolj v stopnji oziroma intenzivnosti odrejenega ukrepa in ne nujno v naravi oziroma vsebini tega ukrepa.«. Več odločba US Up-1116/09 z dne 3. marca 2011 in sodba ESČP v zadevi *Guzzardi proti Italiji*, št. 7367/76 z dne 6. novembra 1980.

<sup>28</sup> V nadaljevanju poglavja je treba izraze pridržanje, omejitev svobode gibanja in nastanitev v centru razumeti kot odvzem prostosti oziroma omejitev osebne svobode.

<sup>29</sup> 32. člen ZNDM-2.

<sup>30</sup> 76.-83. ter 68. člen ZTuj-2.

V skladu z načelom sorazmernosti policija namesto ukrepa omejitve gibanja in nastanitve v centru uporabi enega ali več milejših ukrepov (določitev kraja prebivanja na določenem naslovu; naložitev obveznosti rednega javljanja na policijski postaji; predložitev osebnih dokumentov), če oceni, da se lahko namen odvzema prostosti doseže z njimi. Problem slovenske ureditve je, da se ocena sorazmernosti in uporabljivosti milejših ukrepov opravi šele po tem, ko je odvzem prostosti že odrejen, pa čeprav Direktiva o vračanju in sodba praksa zahtevata presojo sorazmernosti že pri odločanju o odvzemu prostosti.

Odvzem prostosti lahko traja le toliko časa, kolikor je potrebno, da se doseže namen ukrepa, vendar ne dlje kot šest mesecev. Odvzem prostosti odredi policija z odločbo, zoper katero ima tujec pravico do vložitve tožbe, ki ne zadrži izvršitve odločbe na UprS v treh dneh po vročitvi odločbe. O tožbi mora upravno sodišče odločiti v šestih dneh. Zlasti izjemno kratek rok za vložitev tožbe bi lahko bil sporen z vidika pravice do učinkovitega pravnega sredstva.

Policija sme ukrep odvzema prostosti podaljšati še za največ šest mesecev zaradi nesodelovanja tujca v postopku odstranitve ali zamude pri pridobivanju potrebne dokumentacije iz tretjih držav ali če je postopek ugotavljanja istovetnosti še v teku, če je utemeljeno pričakovati, da bo mogoče tujca v tem času odstraniti iz države in če ta cilj ne more biti dosežen z milejšim ukrepom dovolitve zadrževanja. Sodno varstvo je zagotovljeno tudi v primeru odločbe o podaljšanju.

V času trajanja ukrepa odvzema prostosti je v skladu z Direktivo o vračanju treba opravljati preizkus utemeljenosti omejitve gibanja v rednih intervalih. V praksi se zaenkrat ti preizkusi ne izvajajo v polni meri in v skladu z njihovim namenom.

Omejitev gibanja žensk, družin, otrok, mladoletnikov brez spremstva, ostarelih, huje bolnih in drugih ranljivih oseb se v centru zagotovi ločeno, tako da je zagotovljena njihova ustrezna zasebnost. Z vidika pravic mladoletnih oseb po mednarodnem in evropskem pravu je nedopustno, da so v Sloveniji te osebe sploh lahko nastanjene v centru za tujce.

### 3. Načelo nevračanja

#### 3.1. Uvodno o načelu nevračanja

Načelo nevračanja se je razvilo za potrebe povezane z zaščito beguncev in še danes predstavlja temelj pravice do azila. Čeprav Splošna deklaracija o človekovih pravicah izrecno omenja pravico do azila: »vsakdo ima pravico v drugih državah iskati in uživati pribežališče pred preganjanjem,«<sup>31</sup> te pravice ne najdemo v nekaterih splošnih mednarodnih dokumentih, kot sta EKČP ali MPDPP. Ženevska konvencija o statusu beguncev v 33. členu določa obveznost, da nobena država pogodbenica na nikakršen

<sup>31</sup> Splošna deklaracija o človekovih pravicah, sprejeta in razglašena z resolucijo Generalne skupščine ZN št. 217 A (III), 10. december 1948, 14. člen; deklaracija ni pravno zavezujoča.

način begunca ne bo izgnala ali prisilno vrnila na meje ozemlja, kjer bi bila njegovo življenje ali svoboda ogrožena zaradi njegove rase, vere, državljanstva, pripadnosti neki določeni družbeni skupini ali določenega političnega prepričanja. Po konvenciji je dovoljena izjema, in sicer se na to pravico ne more sklicevati begunec, ki zaradi resnih razlogov velja za nevarnega za varnost države, v kateri je, ali ki glede na to, da je bil pravnomočno obsojen za posebno težko kaznivo dejanje, predstavlja nevarnost za skupnost te države.

Domet prepovedi vračanja se je s sprejemom nekaterih univerzalnih in regionalnih mednarodnih sporazumov in z razvojem sodne prakse razširil tudi na zaščito ogroženega posameznika pred vrnitvijo v državo izvora, če obstajajo tehtni razlogi za prepričanje, da bi osebi ob vrnitvi grozila nepopravljiva škoda, vključno s preganjanjem, mučenjem, nehumanim ali krutim ravnanjem ali drugimi hudimi kršitvami človekovih pravic. V prvem migracijskem primeru pred ESČP<sup>32</sup> v zvezi z načelom *non-refoulement* je sodišče zapisalo:

»Čeprav se obravnavana zadeva nanaša na izgon, v nasprotju z zgoraj omenjeno odločitvijo Soering sodišče meni, da zgornje načelo (prepoved izročitve), ko obstajajo utemeljeni razlogi, da bo oseba v tem primeru podvržena ravnanjem prepovedanim s 3. členom EKČP, velja tudi za odločbe o izgonu.«

S tem je načelo vračanja dobilo splošno naravo, saj v skladu z mednarodnim pravom človekovih pravic velja za vse oblike odstranitve ali vrnitve oseb ne glede na njihov status, če obstajajo omenjena tveganja. V zvezi s statusom posameznikov to pomeni, da pripada pravica vsem ne glede na njihovo državljanstvo, narodnost, apatriotnost ali tujski status in velja povsod, kjer država izvaja jurisdikcijo ali dejanski nadzor, tudi zunaj ozemlja te države.<sup>33</sup> Prav tako je zaradi absolutne narave temeljnih pravic, katerih del je, nedopustno določati, upravičevati ali uresničevati kakršnokoli izjemo od te prepovedi.

Na evropskih tleh regionalni pravni dokumenti dolgo časa niso povzeli te dokaj samoumevne prepovedi. Resda je Parlamentarna skupščina Sveta Evrope že leta 1965 sprejela Priporočilo, v katerem je zapisala, da »3. člen EKČP, ki prepoveduje nečloveško ravnanje, zavezuje države pogodbenice, da ne bodo vrnille beguncev, kjer bi bila njihova življenja ogrožena.«<sup>34</sup> To stališče je zapisalo tudi ESČP in načelo nevračanja neolčljivo povezalo najprej s 3. členom EKČP, nato pa še z nekaterimi drugimi pravicami iz konvencije. Enake učinke določa pravo EU glede prosilcev za mednarodno zaščito, saj se državljana tretje države, ki je v državi članici zaprosil za mednarodno zaščito, ne sme obravnavati kot nezakonito prebivajočega na ozemlju te države članice, dokler ne začne veljati odločba o zavrnitvi prošnje ali odločba o prenehanju pravice te osebe

---

<sup>32</sup> Sodba ESČP v zadevi *Cruz Varas in ostali proti Švedski*, št. 15576/89 z dne 20. marca 1991.

<sup>33</sup> Sodba ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in ostali proti Italiji* [GC], št. 27765/09 z dne 23. februarja 2012.

<sup>34</sup> Parlamentarna skupščina Sveta Evrope, Recommendation (434) on the granting of the right of asylum to European refugees (1965), tč. 3.

do statusa prosilca za azil. Še širše varstvo pa od leta 2009 dalje nudi listina Nihče se ne sme odstraniti, izgnati ali izročiti državi, v kateri obstaja zanj resna nevarnost, da bo podvržen smrtni kazni, mučenju ali drugemu nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju.

*Ratio* prepovedi vračanja, kot se je postopoma razvilo, je v zaščiti posameznika, ker bi bil lahko v ciljni državi, t. j. državi izvora ali v državi, v katero bi bil vrnjen, izpostavljen ravnanjem, ki jih bolj varno okolje pripozna kot *a priori* nedopustna. Država, pod katere jurisdikcijo je tujec, ni tista, ki bi materializirala omenjena tveganja, ampak je za pričakovati, da bo to storila ciljna država. Bistven je torej odgovor na vprašanje, ali je lahko država odgovorna za (potencialna) ravnanja druge države, ki po vsebini nedopustno posegajo v temeljne pravice posameznika. Moralna podstat prepovedi vračanja je v tem, da že kakršnokoli dejanski in učinkovit prispevek države – četudi le z izročitvijo ali vrnitvijo tujca ciljni državi –, k temu, da bo posameznik izpostavljen predstavljenim tveganjem, ni dovoljen. Čeprav so izročitve in vrnitve tujcev sicer instrument suverenih pristojnosti države za učinkovito kontrolo migracij, pa tako v večini primerov celo spodbujano ravnanje države v določenih primerih izpodkopava absolutno naravo prepovedi mučenja, krutega ali ponižujočega ravnanja. Drugi razlog za prepoved mučenja je v tem, da se posamezniku nudi zaščita v državi zaradi odsotnosti nacionalne zaščite v državi izvora. To stališče predpostavlja, da obstaja minimalni nabor človekovih pravic, predvsem v luči človekovega dostojanstva, ne glede na to, v kateri državi se tujec nahaja. Država, v kateri se tujec nahaja, tako solidarno trpi posledice umanjkanja zaščite v drugi državi, zlasti državi izvora, pa čeprav sama sicer ni primarno odgovorna, da nudi takšno zaščito.

V drugih državah po svetu načelo nevračanja ni v polni meri sprejeto. V ZDA je vrhovno sodišče odločilo, da so državne in mednarodne obveznosti ZDA, vključno z načelom *non-refoulement*, omejene na ravnanja na ozemlju ZDA.<sup>35</sup> Sodišče je s tem legitimiralo prestrezanja tujcev na morju in prisilne repatriacije, ne glede na morebitne posledice vračanja ali na tveganje mučenja in nečloveškega ali ponižujočega ravnanja s prosilci za azil. Poskusi obvoda načela nevračanja so tudi dogovori med državami o nastanitvi prosilcev za mednarodno zaščito v oddaljeni državi (ang. *offshoring*), kar počne Avstralija, ki finančno podpira postopke in nastanitev na podlagi dogovora z oddaljenimi ali otoškimi državami, kot sta Nauru in Papua Nova Gvineja.<sup>36</sup>

## 3.2. Modalitete načela nevračanja

### 3.2.1. Neposredno in posredno vračanje

Načelo nevračanja preprečuje neposredno vračanje v državo izvora, v kateri bi bilo prisotno prepovedano tveganje za tujca. Ker so postopki vračanja praviloma bolj kompleksni in se redko izvajajo neposredno med državo, v kateri se tujec nahaja, in državo izvora, bi bilo to načelo lahko izigrano z izgovorom, da je država predala tujca državi,

<sup>35</sup> Sodba VS ZDA v zadevi *Sale v. Haitian Centers Council*, 509 U.S. 155 (1993).

<sup>36</sup> Več o ukrepu na strani avstralskega parlamenta: <<http://tiny.cc/vte2vz>>.

v kateri tveganje ne obstaja. A veriga uspešnih vračanj iz države v državo do končne države izvora bi tujca izpostavila dejansko enakemu učinku kot neposredno vračanje. Zato načelo nevračanja zajema tudi prepoved posrednega oziroma verižnega vračanja.<sup>37</sup> Vsebinski razlogi za prepoved posrednega oziroma verižnega vračanja (ang. *indirect or chain refoulement*) so enaki kot pri neposrednem vračanju, predvsem gre za zaščito pred tveganjem kršitve 3. člena EKČP.<sup>38</sup> Prepoved posrednega vračanja velja ne glede na to, ali so vmesna država ali več njih pogodbenice EKČP ali pa sodelujejo v postopku določanja pristojne države po DU.<sup>39</sup>

### 3.2.2. Gotovost ali verjetnost nastanka prepovedanih posledic vračanja

Dolžnost nevračanja je vzpostavljena že zaradi potencialnih možnih posledic v državi izvora, za katere ni nujno, da bi se dejansko kasneje tudi materializirale. Dokazni standard, ki mora biti rigorozno obravnavan, je, ali »obstaja utemeljena podlaga za domnevo, da bo oseba (v primeru odstranitve iz države) soočena z resničnim tveganjem mučenja ali nečloveškega oziroma ponižujočega ravnanja ali kaznovanja«. <sup>40</sup> Če država spoštuje prepoved vračanja, pravzaprav odgovora, ali je bil strah pred resničnim tveganjem upravičen ali ne, sploh ne moremo dobiti z gotovostjo. Če bi pa do vrnitve dejansko prišlo, bi bila država odgovorna ne glede na to, ali so se prepovedana tveganja uresničila ali ne. Sodna praksa v tej luči pravi, da se obstoj dejanskega tveganja, da bo posameznik izpostavljen nedovoljenemu ravnanju, presoja ob upoštevanju okoliščin, ki so obstajale v času izvedbe ukrepa, in so bile državnim organom znana ali bi jim morala biti znana.<sup>41</sup> Tak način presoje velja tudi v primerih, v katerih je bil ukrep izvršen, saj v okviru obravnavanega načela država odgovarja za to, da je posameznika izpostavila predvidljivemu tveganju nedopustnega ravnanja. To je odraz absolutne narave pravice iz 3. člena EKČP, zaradi katere njeno uresničevanje ne more biti prepuščeno naključju. Država je zato dolžna upoštevati in ocenjevati tudi tveganja, ki bi lahko ogrozila spoštovanje vrednot, ki jih zagotavlja omenjena določba EKČP. Iz tega pa izhaja, da svojo dolžnost v zvezi z zagotavljanjem spoštovanja prepovedi mučenja, nečloveškega ali poniževalnega ravnanja krši že, če ob odstranitvi osebe s svojega ozemlja v drugo državo na podlagi dostopnih informacij napačno oceni tveganje za izpostavljenost ravnanjem, ki nasprotujejo 3. členu EKČP, ali če te ocene sploh ne napravi.<sup>42</sup>

### 3.2.3. Dodatne pravne podlage za sklicevanje na načelo nevračanja

---

<sup>37</sup> Battjes, H.: *European Asylum Law and International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2006, str. 438.

<sup>38</sup> Sodba VS I Up 23/2021, z dne 9. aprila 2021.

<sup>39</sup> UNHCR: *The Case Law of the European Regional Courts: the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights Refugees, asylum-seekers, and stateless persons*, prva izdaja. UNHCR, junij 2015, str. 190.

<sup>40</sup> Sodba ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in ostali proti Italiji* [GC].

<sup>41</sup> Sodba VS I Up 23/2021, z dne 9. aprila 2021.

<sup>42</sup> Sodba VS I Up 23/2021, z dne 9. aprila 2021.

Z razvojem sodne prakse in naslanjanjem na dinamično razlago EKČP se je varovalni obseg pravic in svoboščin, ki preprečujejo vračanje tujca v državo izvora, postopoma širil, čeprav ESČP še vedno šteje, da je bistvo varovanja zajeto z absolutno naravo pravice iz 3. člena EKČP. Tako pravica do življenja (2. člen EKČP), če se tujec sklicuje nanjo zaradi resne grožnje, da bo v državi izvora izvršena smrtna kazen, lahko prepreči vračanje.<sup>43</sup> V poštev lahko izjemoma pride tudi resno tveganje kršitve 6. člena EKČP, če bi bil tujec izpostavljen očitnemu zanikanju pravičnega sojenja v državi izvora, na primer uporabi dokazov, pridobljenih z mučenjem,<sup>44</sup> ali popolnoma arbitrarnega odvzema prostosti po 5. členu EKČP.<sup>45</sup>

#### 3.2.4. Ravnanja ali opustitve držav izvora, ki so podlaga za uveljavitev načela nevračanja

Načelo nevračanja ne more ščititi tujcev pred vsako napako, kršitvijo ali zlorabo, ki jo stori neka druga država. Prepoved vračanja se načeloma uporablja za preprečitev izpostavitve tujca hudim kršitvam človekovih pravic. V ta krog ne spadajo le tveganja za preganjanje, pred katerimi ščiti že Ženevska konvencija, ampak tudi še nekatere druge okoliščine, kot so sodelovanje v politični opoziciji, telesno kaznovanje, kot je pohabljanje ženskih spolnih organov, hude oblike spolnega nasilja, hude kršitve socialno-ekonomskih pravic, kot je nezmožnost države zagotoviti zdravstveno oskrbo resno bolni osebi, ki bi preprečila smrt itd.

#### 3.2.5. Pravice, ki so neločljivo povezane z načelom nevračanja

Poleg same prepovedi vračanja, katere materialni cilj je, da oseba, ki potrebuje zaščito, ostane v državi, ki ji to zaščito lahko nudi, je treba izpostaviti še procesno obveznost države, da po uradni dolžnosti pazi na spoštovanje pravice do prepovedi vračanja, kadar javno dostopna poročila o tveganjih v državi izvora to zahtevajo.<sup>46</sup>

Država je dolžna zagotoviti še določena procesna jamstva, kot sta individualna presoja zahtevka (še posebej zaradi izogibanja kršitve prepovedi kolektivnega izгона), na primer do mednarodne zaščite, in dostop do postopka, pri čemer država tudi ne sme uvesti nobenih neupravičenih stvarnih ali pravnih omejitev za tak dostop. V luči zagotavljanja minimalnih socialnih pravic je država dolžna urediti tudi status osebe, ki zaradi načela vračanja ostaja na ozemlju države, ki nudi zaščito.

### 3.3. Prepoved kolektivnega izгона

#### 3.3.1. Uvodno

<sup>43</sup> Sodbi ESČP v zadevi *Bader in ostali proti Švedski*, št. 13284/04 z dne 8. novembra 2005; *Al-Saadoon in Mufdhi proti Združenemu kraljestvu*, št. 61498/08 z dne 2. marca 2010.

<sup>44</sup> Sodba ESČP v zadevi *Omar Othman (Abu Qatada) proti Združenemu kraljestvu*, št. 8139/09 z dne 17. januarja 2012.

<sup>45</sup> Sodba ESČP v zadevi *El-Masri proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji*, št. 9630/09 z dne 13. decembra 2012, tč. 238-239.

<sup>46</sup> Sodba in sklep UprS I U 1686/2020, z dne 7. decembra 2020.



Prepoved kolektivnega izгона je pravica, ki je bila prvič opredeljena s 4. členom 4. Protokola k EKČP. Čeprav slovenska ustava te pravice ne ureja izrecno, seveda v Sloveniji velja na podlagi petega odstavka 15. člena URS. Prepoved kolektivnega izгона se razlikuje od načela *non-refoulement*, ki prav tako vsebuje procesno komponento, predvsem v tem, da je prva pravica od obeh povsem procesnega značaja in da mnogo bolj izrazito varuje elemente pravice do poštenega sojenja. Sklicevanje na prepoved kolektivnega izгона bo uspešno le, če je bila izdana odločba o vrnitvi ali je do vrnitve tujca dejansko prišlo. Ni pa nujno, da bi se vsi posamični sporni primeri hkrati nanašali na spoštovanje načela *non-refoulement* in prepovedi kolektivnega izгона, čeprav bo pogosto res tako. Posledično, če v sporu ne gre tudi za vprašanje varstva načela nevračanja, potem ima lahko odločitev o vrnitvi oziroma odstranitvi tudi relativno enostavno in standardizirano naravo.<sup>47</sup>

Osnovni namen te pravice je preprečiti, da bi države lahko odstranile določeno število tujcev, ne da bi preučile njihove osebne okoliščine in jim posledično omogočile predložiti argumente zoper ukrep, ki ga je sprejel pristojni organ.<sup>48</sup> Kolektivni izgon je treba razumeti kot »vsak ukrep, ki tujce kot skupino prisili, da zapustijo državo, razen če je tak ukrep sprejet na podlagi razumnih in objektivnih razlogov«. <sup>49</sup> Z vidika pravice tujca je bistveno, da ima vsaka oseba možnost predložiti argumente v svoj prid. K oceni o obstoju kršitve lahko prispeva tudi ozadje, ki je pripeljalo do izvršitve izгона skupine tujcev, in tudi krivdno ravnanje tujcev, na primer nepripravljenost razkriti identiteto ali uporaba sile pri vstopu na ozemlje države.

Zaradi poudarjenega elementa »kolektivnosti« je dala sodna praksa števila pojasnila, in sicer da stopnja homogenosti skupine in število kolektivno izgnanih oseb nista pomembna. Prav tako ne igra vloge siceršnji pravni položaj tujca, saj lahko kolektivni izgon prizadene tudi zakonito bivajočo osebo v državi kot tudi osebe v tranzitu in osebe, ki jih pristojni organi prestrežejo, preden vstopijo na državno ozemlje.<sup>50</sup>

Procesni vidik prepovedi kolektivnega izгона se dopolnjuje tudi s splošnim pravnim načelom oziroma pravico biti slišan po pravu EU, ki velja v postopkih vračanja, čeprav ni izrecno omenjena v Direktivi o vračanju.<sup>51</sup> Ta pravica, ki ni povsem absolutna, ne sme biti le teoretična v postopkih vračanja, ampak dejansko učinkovita.<sup>52</sup>

Ta pravica ne zahteva, da je z vsakim tujcem nujno treba opraviti zaslišanje oziroma poseben intervju. Izjema od dolžnosti izvesti osebni pogovor pred vrnitvijo bo skladna s sodno prakso ESČP, če:

- ima vsak tujec, četudi ni zaprosil za mednarodno zaščito, resnično in učinkovito možnost predložiti argumente proti vrnitvi v državo izvora;
- da pristojni organi te argumente ustrezno preučijo;

---

<sup>47</sup> Sodba ESČP v zadevi *Khlaifia in ostali proti Italiji* [GC], št. 16483/12 z dne 15. decembra 2016.

<sup>48</sup> Sodba ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in ostali proti Italiji* [GC], tč. 177.

<sup>49</sup> Sodba ESČP v zadevi *Khlaifia in ostali proti Italiji* [GC], tč. 237.

<sup>50</sup> Sodna praksa ESČP in SEU, povzeta v sodbi in sklepu UprS I U 1686/2020, z dne 7. decembra 2020, tč. 247-248.

<sup>51</sup> Sodbi SEU v zadevah *M.G. in N.R.* (C-383/13 PPU) z dne 10. septembra 2013, tč. 32; in *Sophie Mukarubega* (C-166/13) z dne 5. novembra 2014, tč. 42-45.

<sup>52</sup> Sodba SEU v zadevi *Khaled Boudjlida* (C 249/13) z dne 11. decembra 2014, tč. 3-6.

– je tujec dejansko identificiran in je ugotovljeno njegovo državljanstvo.<sup>53</sup>

### 3.3.2. Nezakonita vračanja (*pushbacks*)

Pojem *pushback* ni splošno sprejet pravni pojem, saj je za kaj takega nedoločen in ima močno vrednostno konotacijo. Opisuje pa določena ravnanja držav, zlasti organov mejne kontrole na mejah, s katerimi brez individualne obravnave potrebe tujca po zaščiti, tega vrnejo v sosednjo državo ali mu zavrnejo vstop.

Kot že omenjeno, nadzor meje zasleduje potencialno konfliktne cilje, saj mora preprečevati nedovoljene prehode meje ter preprečevati in odvracati osebe od izogibanja kontrolam na mejnih prehodih, pri čemer je treba spoštovati načelo nevračanja.<sup>54</sup>

Nezakonita vračanja, ki jih države praviloma zanikajo, so postala vse bolj dokumentiran fenomen na evropskih mejah. Ker so vse bolj pogosta, ne moremo govoriti o posamičnih nesrečnih dogodkih, ampak o posebnem vidiku nacionalnih migracijskih politik.<sup>55</sup> Podobno definicijo pojma *pushback* je podala Evropska agencija za temeljne pravice: »Če je oseba prijeta po nezakonitem prehodu meje in na hitro vrnjena v sosednjo državo, ne da bi pristojni organi za vsak primer posebej obravnavali njene osebne okoliščine«. <sup>56</sup> To še zlasti velja, če je do vrnitve prišlo zaradi namerne zavrnitve dostopa do mednarodne zaščite. Tveganje za nezakonita vračanja, zlasti verižna, so povečana v primeru sporazumov o ponovnem sprejemu tujcev, ki se nezakonito nahajajo v državi.

ESČP je tudi pojasnilo, da je nepomembno za načelo nevračanja, če država ne dovoli vstopa oziroma zavrne vstop tujcu (ang. *refoulement*) ali ga izžene oziroma odstrani iz države, saj je bistveno izvrševanje jurisdikcije nad posameznikom.<sup>57</sup> Nezakonita nevračanja so resda bolj pogosta na zunanjih mejah držav članic EU, a prepoved teh ravnanj velja tudi na notranjih mejah, kar nekatere države članice tudi kršijo, na primer na prelazu Ventimiglia na meji med Italijo in Francijo.

## Priporočena literatura

Peers, Steve: EU Justice and Home Affairs Law. Volume I: EU Immigration and Asylum Law, 4. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2016.

<sup>53</sup> Sodba ESČP v zadevi *Khlaifia in ostali proti Italiji* [GC], tč. 248.

<sup>54</sup> Smiselno iz členov 13, 3 in 4 Uredbe (EU) 2016/399 EP in Sveta z dne 9. marca 2016 o Zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah), Ur. l. EU, št. L 77.

<sup>55</sup> Resolution 2299 (2019) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Pushback policies and practice in Council of Europe member States, 28. 6. 2019.

<sup>56</sup> FRA and Council of Europe: Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration, izdaja letnik 2020. Luxembourg, Publications Office 2020, razdelek 1.9.

<sup>57</sup> Sodba ESČP v zadevi *Khlaifia in ostali proti Italiji* [GC].

# XII.

## Osnovni pojmi Zakona o tujcih

*Martina Greif*

1. Uvod: O državni suverenosti	220
2. Na splošno o ZTuj-2	221
3. Vstop in mejne kontrole	222
4. Vizumi	226
4.1. Letališki tranzitni vizum in vizum za kratkoročno prebivanje	227
4.2. Vizum za dolgoročno prebivanje	229
5. Dovoljenje za prebivanje	230
5.1. Dovoljenje za začasno prebivanje	231
5.2. Dovoljenje za stalno prebivanje	232
5.3. Zavrnitev izdaje dovoljenja za prebivanje, razveljavitev dovoljenja, odpoved prebivanja	234

### 1. Uvod: O državni suverenosti

Že v uvodnem poglavju smo navedli, da v mednarodnem pravu in teoriji kot bistvene prvine države štejemo (1) ozemlje, (2) prebivalstvo in (3) oblast, tj. učinkovit nadzor nad državnim ozemljem oziroma osebami, ki se tam nahajajo. V tem poglavju se bomo v večji ali manjši meri dotaknili prav vseh treh prvin. Prav tako smo v uvodnem poglavju omenili, da so osebe, ki imajo posebno močno (pravno) vez z državo, njeni državljani. V RS so vsi, ki niso njeni državljani, tujci, kar izhaja že iz Ustave.<sup>1</sup> Prav tako že URS določa, da se tujcem na podlagi zakona lahko omeji vstop v državo in čas bivanja v njej.<sup>2</sup> Vendar imajo

---

<sup>1</sup> V 13. členu URS določa, da imajo tujci v Sloveniji v skladu z mednarodnimi pogodbami vse pravice, zagotovljene s to ustavo in z zakoni, razen tistih, ki jih imajo po ustavi ali po zakonu samo državljani Slovenije. Tudi ZTuj-2 v 1. točki 2. člena določa, da je tujec vsakdo, ki ni državljan RS.

<sup>2</sup> Tretji odstavek 32. člena URS.

med tujci državljani držav članic EU (ter njihovi družinski člani in celo državljani EGP in Švice ter njihovi družinski člani) v mnogih pogledih privilegiran status, kar bo obravnavano v XVI. poglavju. Na tem mestu se bomo osredotočili predvsem na splošni pregled položaja državljanov tretjih držav v RS, torej tujcev, ki niso državljani EU (oziroma niso niti njihovi družinski člani, za katere bi zaradi tega dejstva veljal poseben status).

Obravnavali bomo nadzor nad vstopom in prebivanjem, kar je tradicionalen in pomemben izraz (notranje) državne suverenosti. To priznava tudi ESČP, ki v tovrstnih zadevah skoraj vselej primarno potrdi, da imajo države pravico nadzorovati vstop, prebivanje in izgon tujcev,<sup>3</sup> pogostejše na tem področju je tudi odločanje po prostem preudarku. Vendar je ta suverenost odločanja nujno omejena s pravom človekovih pravic ter za države članice EU tudi s pravom EU. Pri obravnavanju azilnega prava smo spoznali, da omejitev predstavlja absolutna pravica do prepovedi mučenja. Drugače je v primerih, ko razmere v izvorni državi niso v ospredju, tujec pa si je v državi gostiteljici ustvaril družinske, socialne in druge vezi. V teh primerih bo glede vprašanja vstopa v državo in predvsem glede pravice do (nadaljnega) prebivanja v državi pomembna pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP in 7. člena Listine EU,<sup>4</sup> ki bo podrobneje obravnavana v XIV. in XV. poglavju te knjige.

Na koncu uvoda velja še opozorilo, da so tako nacionalna kot evropska pravna pravila na tem področju številna in zapletena, polna izjem, zato so instituti predstavljeni zelo na splošno in le kot oris veljavnega prava. Za natančno in popolno vsebino je treba proučiti določbe samih pravnih aktov, ki so ravno zato v opombah skrbno citirani, ter upoštevati relevantno sodno prakso SEU in ESČP.

## 2. Na splošno o ZTuj-2

Zakon, ki v RS ureja nekatera najbolj temeljna vprašanja v zvezi s tujci, kot so vstop v državo, pridobivanje vizumov in dovoljenj za prebivanje, zapustitev države, njihovo prostovoljno in prisilno vračanje ter vključevanje, je Zakon o tujcih (ZTuj-2).<sup>5</sup> Številka dve kaže na že tretjo verzijo zakona, kar je predvsem posledica prenašanja mnogih

<sup>3</sup> Takšen standardni »obrazec« npr. v zadevi *Vilvarajah in drugi proti Združenemu kraljestvu*, št. 13163/87 z dne 30. oktobra 1991, tč. 102; in v zadevi *F.G proti Švedski*, št. 43611/11 z dne 23. marca 2016, tč. 111. Zanimivo, ni pa ga najti v pomembni sodbi velikega senata *Tarakhel proti Švici*, št. 29217/12 z dne 4. novembra 2014, tč. 93.

<sup>4</sup> Primeri glede vstopa v državo v zvezi z 8. členom EKČP so še vedno precej redki (Thym, D. v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law*, A Commentary, druga izdaja, 2016, str. 47, 295-297 in Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, 4. izdaja, Oxford 2016; online edn, str. 333, 334). Nedavno npr. odločitev o nedopustnosti *M.N in ostali proti Belgiji* (veliki senat), št. 3599/18 z dne 5. maja 2020, kjer je družina iz Sirije zaprosila za izdajo vize za vložitev prošnje za azil in odločitev v zadevi *M.A. proti Danski* (veliki senat), št. 6697/18 z dne 9. julija 2021, glede obvezne 3-letne čakalne dobe za združitev z družino upravičenca do začasne zaščite (kjer torej ni šlo zgolj za vstop v državo, podobno tudi *Tuquabo-Tekle in drugi proti Nizozemski*, št. 60665/00 z dne 1. decembra 2005; ter *Sen proti Nizozemski*, št. 31465/96 z dne 21. decembra 2001). Glede izdaje vizumov gl. tudi sodbo SEU *X in X proti État belge* (C-638/16, veliki senat) z dne 7. marca 2017, predstavljena v nadaljevanju.

<sup>5</sup> Ur. l. RS, št. 91/21 – uradno prečiščeno besedilo, 95/21 – popr. in 105/22 – ZZNŠPP.

direktiv v slovenski pravni red, glede določenih uredb (npr. Zakonik o schengenskih mejah, Vizumski zakonik) pa zakon napotuje neposredno nanje.

ZTuj-2 velja za vse tujce, razen za prosilce za mednarodno zaščito in tiste, ki jim je bila priznana mednarodna zaščita, začasno zatočišče<sup>6</sup> ali začasna zaščita, ter za osebe, ki so po mednarodnem pravu upravičene do privilegijev ali imunitet. Za osebe brez državljanstva (ang. *stateless persons*), to so osebe, ki jih nobena država v skladu s svojim pravom ne šteje za svoje državljane,<sup>7</sup> veljajo določbe Konvencije o pravnem položaju oseb brez državljanstva,<sup>8</sup> če so zanje ugodnejše, kadar pa se zahteva pogoj vzajemnosti, se ta zanje lahko oprosti, če prebivajo v RS najmanj tri leta.<sup>9</sup> Poleg tega zaradi prenosa DPD ZTuj-2 v posebnem XIII. poglavju za državljane držav EU ter državljane držav EGP (in njihove družinske člane) določa celo vrsto izjem in ugodnejših pogojev glede vstopa in prebivanja ter celo določa, da se druge določbe ZTuj-2 zanje uporabljajo le, če ZTuj-2 tako določa.<sup>10</sup> DPD bo podrobneje predstavljena v poglavju XVI. te knjige, tukaj posebej poudarjamo le, da je ZTuj-2 enako ugodno ureditev določil tudi za družinske člane slovenskih državljanov.<sup>11</sup>

### 3. Vstop in mejne kontrole

Najhitreje se je na področju migracij v državah članicah EU razvilo ravno skupno pravo glede vstopa in mejnih kontrol (posledično deloma tudi vizumov). Oblikovanje območja, na katerem je zagotovljeno prosto gibanje oseb prek notranjih meja, je eden od največjih dosežkov EU.<sup>12</sup> To območje je dobro poznano kot schengenski prostor, ki je dobil ime po kraju Schengen (Luksemburg) na tromeji z Nemčijo in Francijo, kjer je bil že leta 1985 podpisan t. i. Schengenski sporazum<sup>13</sup> med državami Beneluksa, Nemčije in Francije o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah. Leta 1990 je sledil podpis Konvencije o izvajanju schengenskega sporazuma (v nadaljevanju Schengenska konvencija),<sup>14</sup> z Amster-

---

<sup>6</sup> Po Zakonu o začasem zatočišču, ki je sicer prenehal veljati.

<sup>7</sup> 2. točka 2. člena ZTuj-2 in 1. točka 1. člena Konvencije o pravnem položaju oseb brez državljanstva. Ta konvencija skupaj s Konvencijo o zmanjšanju števila oseb brez državljanstva predstavlja ključni mednarodni dokument za zaščito ljudi brez državljanstva in za preprečevanje apatridnosti in je kratko predstavljena v III. poglavju te knjige.

<sup>8</sup> Ur. l. RS – MP, št. 9/92.

<sup>9</sup> 3. člen ZTuj-2.

<sup>10</sup> 117. člen ZTuj-2: (1) Določbe tega poglavja se uporabljajo za državljane EU, njihove družinske člane in družinske člane slovenskih državljanov. Druge določbe tega zakona se za njih uporabljajo le, če ta zakon tako določa. (2) Državljan EU je po tem zakonu tujec z državljanstvom druge države članice Evropske unije. (3) Določbe tega zakona, ki se uporabljajo za državljane EU, se uporabljajo tudi za državljane držav članic Evropskega gospodarskega prostora.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> 22. uvodna izjava k Zakoniku o schengenskih mejah.

<sup>13</sup> Sporazum med vladami držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah, Ur. l. EU, št. L 239.

<sup>14</sup> Konvencija o izvajanju schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985 med vladami držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah, Ur. l. EU, št. L 239. Veljati je začela 26. marca 1995.

damsko pogodbo pa je to področje postalo del prava EU.<sup>15</sup> Danes je poleg Schengenske konvencije temeljni pravni akt Uredba 2016/399 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah).<sup>16</sup> Ta v 3. členu določa, da se uporablja za vse osebe, ki prehajajo notranje ali zunanje meje držav članic, brez poseganja v, kar je zelo pomembno, (a) pravice oseb, ki imajo po pravu Unije pravico do prostega gibanja,<sup>17</sup> in (b) pravice beguncev in oseb, ki zaprosijo za mednarodno zaščito, zlasti glede nevrčanja.<sup>18</sup> Schengenski prostor brez mejnih kontrol<sup>19</sup> na notranjih mejah danes sestavlja večina članic EU ter Norveška, Islandija, Švica in Lihtenštajn. V nasprotju s prehodom notranjih mej je prehod zunanjih mej predmet mejne kontrole in je dovoljen le na mejnih prehodih.<sup>20</sup>

Tujci morajo za vstop v RS praviloma imeti (1) veljavno potno listino<sup>21</sup> in (2) določen pravni naslov za vstop, tj. bodisi vizum bodisi dovoljenje za prebivanje, ki ga je

<sup>15</sup> Epiney/Egbouna-Joss v Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 63, in Peers, S., Guild. E. in Tomkin, J.: EU Immigration and Asylum Law, 2. pregledana izdaja, Volume 1: Visas and Border Controls, str. 1-3, 33-37. Sledila je Uredba št. 562/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah), Ur. l. EU, št. L 105, ki jo je nadomestila Uredba 2016/399 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o zakoniku Unije o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah, kodificirano besedilo). Slednjo v nadaljevanju imenujemo Zakonik o schengenskih mejah.

<sup>16</sup> Ur. l. EU, št. L 77/1, s spremembami in dopolnitvami.

<sup>17</sup> To so: (a) državljani Unije v smislu člena 20(1) PDEU in državljani tretjih držav, ki so družinski člani državljanov Unije in uveljavljajo svojo pravico do prostega gibanja, za katere se uporablja DPD in (b) državljani tretjih držav in njihovi družinski člani ne glede na njihovo državljanstvo, ki imajo v skladu s pogodbami med Unijo in njenimi državami članicami na eni strani in temi tretjimi državami na drugi strani pravico do prostega gibanja, ki je enakovredna pravici državljanov Unije (to so Norveška, Islandija, Lihtenštajn in Švica) (5. točka 2. člena Zakonika o schengenskih mejah in Epiney/Egbouna-Joss v Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 68, ter Peers, S., nav. delo, str. 101). Zakonik o schengenskih mejah v 6. točki 2. člena kot državljane tretje države definira osebe, ki niso državljani EU in ki niso zajete s pravkar omenjeno definicijo iz 5. točke 2. člena. Za slednje torej velja, da ima njihova pravica do prostega gibanja prednost pred »schengenskimi pravili« (Peers, S., nav. delo, str. 118).

<sup>18</sup> Pomembna je še določba 4. člena, ki pravi, da države članice to uredbo uporabljajo popolnoma skladno z ustreznim pravom Unije, vključno z Listino EU, ustreznim mednarodnim pravom, vključno z ŽK, obveznostmi za zagotavljanje mednarodne zaščite, zlasti načelom nevrčanja, in temeljnimi pravicami.

<sup>19</sup> Mejna kontrola pomeni kontrolo, opravljeno na mejnih prehodih, s katero se zagotovi, da se osebam, vključno z njihovimi vozili in predmeti v njihovi posesti, dovoli vstop na ozemlje držav članic ali izstop iz njega (11. točka 2. člena Zakonika). Gl. tudi 5. točka 2. člena ZTuj-2. Varovanje meje pomeni varovanje meje med mejnimi prehodi in varovanje mejnih prehodov izven določenega delovnega časa, da se osebam prepreči izognitev mejni kontroli (12. točka 2. člena Zakonika). Oboje skupaj je »nadzor meje«, tj. dejavnost, ki se izvaja na meji v skladu z in za namene Zakonika o schengenskih mejah zgolj kot odziv nameravanega ali dejanskega prehoda meje (10. točka 2. člena Zakonika). V RS to materijo ureja Zakon o nadzoru državne meje ZNDM-2, Ur. l. RS, št. 35/10. Glede pooblastil, ki jih ima lahko policija v okviru kontrole identitete in izpolnjevanja pogojev za zakonito prebivanje v pasu 20 kilometrov od meje, da ta ne bi predstavljala kršitve »načela neobstoja kontrol na notranjih mejah« gl. sodbi SEU *Melki in Abdeli* (C-188/10 in C-189/10, veliki senat) z dne 22. junija 2010 in *Adil* (C-278/12) z dne 19. julija 2012.

<sup>20</sup> 5. in 8. člen Zakonika o schengenskih mejah, prvi odstavek 6. člena in 11. člen ZTuj-2. Glede namena nadzora zunanjih meja 6. uvodna izjava k Zakoniku o schengenskih mejah določa, da nadzor meje ni samo v interesu države članice, na katere zunanjih meja se opravlja, temveč tudi v interesu vseh držav članic, ki so odpravile nadzor meje na svojih notranjih mejah. Nadzor meje bi moral pomagati v boju proti nezakonitemu priseljevanju in trgovini z ljudmi in preprečiti katerokoli grožnjo notranji varnosti, javnemu redu, javnemu zdravju in mednarodnim odnosom držav članic.

<sup>21</sup> 7. člen ZTuj-2. Več izjem je določenih že v tem členu, za državljane EU pa še v drugem odstavku 118. čl. ZTuj-2.

izdala RS ali država pogodbenica Schengenske konvencije.<sup>22</sup> Neizpolnjevanje teh dveh pogojev je razlog za zavrnitev vstopa,<sup>23</sup> enako (poenostavljeno navedeno), če oseba ne upraviči namena bivanja,<sup>24</sup> nima zadostnih sredstev za preživljanje, če je zanj v SIS<sup>25</sup> razpisan ukrep zavrnitve vstopa<sup>26</sup> ali če predstavlja grožnjo javnemu redu, notranji varnosti, javnemu zdravju ali mednarodnim odnosom katerekoli države članice.<sup>27</sup> Izjema je določena za tujca, ki vstopa na podlagi veljavnega dovoljenja za prebivanje ali veljavnega vizuma za dolgoročno bivanje, saj se mu lahko vstop zavrne samo, če nima veljavne potne listine.<sup>28</sup> Vsaka zavrnitev mora biti obrazložena z natančnimi razlogi, zagotovljena je pravica do pritožbe, ki pa ne zadrži izvršitve odločitve.<sup>29</sup> Povsem specifično situacijo zavrnitve vstopa tujcem urejata še 10.a in 10.b člen ZTuj-2, ki smo ju obravnavali že v okviru načela *non-refoulement*.

Za nedovoljen vstop tujca v RS se šteje, če: (1) se tujec izogne mejni kontroli na mejnem prehodu, ko ta obratuje; (2) se tujec izogne mejni kontroli izven območja mejnega prehoda ali na mejnem prehodu, ko ta ne obratuje; (3) če pri vstopu v RS uporabi tuje, ponarejene ali kako drugače spremenjene potne in druge listine ali navede lažne podatke; (4) če vstopi v RS na notranji meji v nasprotju s 7. in 8. členom ZTuj-2<sup>30</sup> ali (5)

---

<sup>22</sup> Prvi odstavek 8. člena ZTuj-2.

<sup>23</sup> Prvi odstavek 10. člena ZTuj-2, ki glede razlogov za zavrnitev v celoti napotuje na Zakonik o schengenskih mejah (gre za 14. člen v zvezi s 6. členom Zakonika). Če oseba izpolnjuje pogoje za vstop, ji mora biti vstop dovoljen (sodba SEU *Air Baltic Corporation AS* (C-575/12) z dne 4. septembra 2014, tč. 69 in Peers, S., nav. delo, str. 120-121). Glede proslincev za mednarodno zaščito je pomembna določba prvega odstavka 14. člena Zakonika, ki glede obveznosti zavrnitve vstopa določa, da ta ne posega v uporabo posebnih določb, ki se nanašajo na pravico do azila in mednarodne zaščite ali izdaje vizuma za daljše bivanje, pa tudi določba 6(5)c člena Zakonika.

<sup>24</sup> V prilogi I Zakonika so kot primeri dokazov za upravičenost namena bivanja navedeni povabilo podjetja k udeležbi na srečanjih, konferencah ali dogodkih, vstopnice za sejme in kongrese, potrdilo o vpisu na izobraževalno ustanovo, študentske izkaznice ali potrdila o vpisu, povabilo gostitelja, če bo državljani bival pri njem, dokazilo o zagotovljeni nastanitvi, potrdilo rezervacije organiziranega potovanja ipd.

<sup>25</sup> SIS (oziroma druga generacija SIS II) je kratica za »schengenski informacijski sistem«, v katerem se zbirajo določeni podatki in ukrepi glede oseb (ki jim ne bi smel biti dovoljen vstop v schengenski prostor) in predmetov z namenom vzdrževanja javnega reda in javne varnosti.

<sup>26</sup> Na podlagi sodbe SEU *Komisija proti Kraljevini Španiji* (C-503/03, veliki senat) z dne 31. januarja 2006 samo zaradi tega razloga ni dopustno zavrniti vstopa državljanu tretje države, zakoncu državljana Unije, ne da bi država prej preverila, ali prisotnost te osebe pomeni resnično, dejansko in dovolj hudo grožnjo, ki prizadene ključni družbeni interes.

<sup>27</sup> 10. člen ZTuj-2 ter 14. člen v zvezi s 6. členom Zakonika o schengenskih mejah. Podzakonski akt, ki podrobneje ureja ta razlog, je Navodilo o razlogih za zavrnitev vstopa v Republiko Slovenijo državljanu tretje države, Ur. l. RS, št. 59/12. Pri tem je treba upoštevati stališče SEU iz sodbe *E. P.* (C-380/18) z dne 12. decembra 2019, da je treba člen 6(1)e Zakonika o schengenskih mejah razlagati tako, da ne nasprotuje nacionalni praksi, v skladu s katero lahko pristojni organi sprejmejo odločbo o vrnitvi državljana tretje države, za katerega ne velja obveznost vizuma in se nahaja na ozemlju držav članic z namenom kratkoročnega bivanja, iz razloga, da pomeni grožnjo javnemu redu, ker je osumljen storitve kaznivega dejanja, pod pogojem, da se ta praksa uporablja le, če, prvič, je to kaznivo dejanje dovolj resno glede na njegovo naravo in zagroženo kazen, da upraviči, da se prebivanje tega državljana na ozemlju držav članic nemudoma konča, in drugič, če ti organi razpolagajo s skladnimi, objektivnimi in natančnimi elementi, ki potrjujejo njihov sum.

<sup>28</sup> Tretji odstavek 10. člena ZTuj-2. Za tujce, ki imajo po pravu Unije pravico do prostega gibanja, veljajo še strožji pogoji za zavrnitev vstopa, gl. XIII. poglavje ZTuj-2.

<sup>29</sup> Drugi in tretji odstavek 14. člena Zakonika o schengenskih mejah.

<sup>30</sup> Obveznost posedovanja potne listine in dovoljenja za vstop (vizum ali dovoljenje za prebivanje).



če vstopi v RS na notranji meji, čeprav še ni potekel čas, za katerega mu je prepovedan vstop v državo.<sup>31</sup> Nedovoljen vstop je prekršek,<sup>32</sup> vendar se za nezakonit prehod državne meje ne obravnava vlagatelja namere za vložitev prošnje za mednarodno zaščito.<sup>33</sup>

Ko je tujcu vstop v RS dovoljen, lahko v RS prebiva toliko časa, kolikor mu je dovoljeno (z vizumom, dovoljenjem za prebivanje, sklepom Vlade RS, zakonom ali mednarodno pogodbo). Tujec, ki ne potrebuje vizuma, lahko v RS vstopa in v njej biva največ 90 dni v katerem koli obdobju 180 dni, kar zajema vsak dan bivanja v zadnjem 180-dnevem obdobju.<sup>34</sup>

Državo lahko tujec zapušča svobodno (potrebuje le potno listino), vendar ne, če je zoper njega uveden kazenski postopek, postopek za prekršek ali kakšen drug postopek, v katerem je potrebna njegova navzočnost, in to zahteva organ, ki vodi postopek.<sup>35</sup>

V skladu z Zakonikom o schengenskih mejah lahko države članice v primeru resne grožnje svojemu javnemu redu ali notranji varnosti izjemoma ponovno uvedejo nadzor na notranjih mejah za določeno obdobje z možnostjo podaljšanja.<sup>36</sup> Predviden je postopek predhodne najave in utemeljitve ukrepa, razen je če nujno takojšnje ukrepanje.<sup>37</sup> Uvedbo nadzora lahko državi članici predlaga tudi Svet v izjemnih okoliščinah, ko je ogroženo splošno delovanje schengenskega območja zaradi trajnih resnih pomanjkljivosti pri nadzoru na zunanjih mejah ali ko posamezna država članica ne ravna v skladu z njegovim sklepom, v katerem so opredeljeni ukrepi za zmanjšanje tveganja, da bo ogroženo delovanje schengenskega območja,<sup>38</sup> in če te okoliščine resno ogrožajo javni red ali notranjo varnost na celotnem schengenskem območju ali le na njegovih delih.<sup>39</sup> Pregled do sedaj uvedenih ponovnih nadzorov ni kratek, razlogi pa

<sup>31</sup> 12. člen ZTuj-2.

<sup>32</sup> 145. člen ZTuj-2 in tretji odstavek 5. člena Zakonika o schengenskih mejah.

<sup>33</sup> 35. člen ZMZ-1 in 31. čl. ŽK.

<sup>34</sup> 14. člen ZTuj-2 in 6. člen Zakonika o schengenskih mejah. Če je takšen tujec že prej vstopil v katero drugo »schengensko« državo, skupno prebivanje ne sme presežati 90 dni (tretji odstavek 14. člena ZTuj-2). Posebna ureditev velja še za tujce, ki jim je vizum ali dovoljenje izdala druga država (četrti odstavek 14. člena ZTuj-2), za rezidente za daljši čas in njihove družinske člane, ki imajo dovoljenje za prebivanje v drugi državi članici (šesti odstavek 14. člena Ztuj-2), in za tujce, ki ne potrebujejo vizuma za čas po prenehanju veljavnosti dovoljenja za prebivanje ali vizuma za dolgoročno prebivanje (peti odstavek 14. člena ZTuj-2). V praksi so možne zapletene kombinacije dejanskih stanov v zvezi z osebami in njihovimi družinskimi člani, ki uživajo pravico do prostega gibanja, kar ponazarja priročnik Komisije »Practical Handbook for Border Guards«, gl. poglavje 2. 1. 2.

<sup>35</sup> 13. člen ZTuj-2.

<sup>36</sup> 25. člen Zakonika o schengenskih mejah.

<sup>37</sup> 28. člen Zakonika o schengenskih mejah. Tipičen takšen razlog bi bil izveden teroristični napad.

<sup>38</sup> 42. člen Uredbe št. 2019/1896 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2019 o evropski mejni in obalni straži ter razveljavitvi Uredb št. 1052/2013 in 2016/1624, Ur. l. EU, št. L 295/1.

<sup>39</sup> 29. člen Zakonika o schengenskih mejah in nadalj. Tako je bil npr. sprejet Izvedbeni sklep Sveta (EU) 2016/894 z dne 12. maja 2016 o priporočilu za začasni nadzor na notranjih mejah v izrednih okoliščinah, ki ogrožajo splošno delovanje schengenskega območja, Ur. l. EU, št. L 151/8, in sicer zaradi rekordnega števila migrantov, ki so prihajali v EU od leta 2015, ter pomanjkljivosti na delih zunanje meje Unije (tj. Grčije, op. MG), kar naj bi privedlo do pomembnih sekundarnih gibanj migrantov brez statusa in resne grožnje javnemu redu ali notranji varnosti v več državah članicah (10. in 11. uvodna izjava Izvedbenega sklepa).

so različni, od pomembnih političnih in športnih dogodkov, izvedenih ali grozečih terorističnih dejanj, zatiranja organiziranega kriminala in tihotapljenja, do preprečevanja sekundarnih migracij, zamejitve širjenja novega koronavirusa in razlogov povezanih z vojno v Ukrajini.

Ravno avstrijsko podaljševanje nadzora na meji z RS (konkretno v letu 2019) je bilo predmet predhodnega vprašanja v zadevi *NW proti Landespolizeidirektion Steiermark in Bezirkshauptmannschaft Leibnitz* (C-368/20 in C-369/20, veliki senat) z dne 26. aprila 2022. Gre za šolski primer strateškega pravnega (ang. *strategic litigation*) očitno dobro pravno podkovanega pritožnika,<sup>40</sup> ki je dosegel ugotovitev SEU, da Avstrija ni izkazala nove grožnje, ki bi upravičevala začetek teka novega šestmesečnega obdobja (kolikor lahko v skladu s četrtem odstavkom 25. člena Zakonika o schengenskih mejah najdlje traja ponovni nadzor na notranjih mejah), zaradi česar je bil nadzor na notranjih mejah v nasprotju s pravom EU.<sup>41</sup>

## 4. Vizumi

Z razvojem prostora brez notranjih meja je bil neločljivo povezan tudi nastanek skupne vizumske politike, saj je lahko tujec, ki mu je izdala vizum ena država članica schengenskega prostora, potoval tudi v druge države, ki mu vizuma niso izdale.<sup>42</sup>

Vizum je dovoljenje, na podlagi katerega lahko tujec (če ni razlogov za zavrnitev vstopa) vstopi v državo in v njej biva toliko časa, kolikor je dovoljeno z vizumom, ali s katerim se mu omogoči tranzit preko državnega ozemlja, če izpolnjuje za tranzit določene pogoje.<sup>43</sup> To je eden izmed t. i. vstopnih naslovov, ki jih mora praviloma imeti tujec (poleg potne listine) za vstop v RS.<sup>44</sup>

Ločimo tri vrste vizumov: (1) letališko tranzitni vizum (vizum A), (2) vizum za kratkoročno bivanje (vizum C) in (3) vizum za dolgoročno bivanje (vizum D).<sup>45</sup> Pogoje in postopek za izdajo prvih dveh vizumov določa Uredba št. 810/2009 Evropskega parla-

---

<sup>40</sup> To je razvidno že iz dejanskega stanja zadeve glede na to, da je NW dvakrat v letu 2019 na mejnem prehodu Šentilj želel vstopiti na avstrijsko ozemlje in je, ko je bil pozvan, da predloži potni list, vprašal, ali gre za mejno kontrolo ali ugotavljanje identitete. Ko mu je nadzornik odgovoril, da gre za mejno kontrolo, je NW prvič zavrnil predložitev potnega lista in se identificiral s svojim vozniškim dovoljenjem, saj je menil, da je bil mejni nadzor tega dne v nasprotju s pravom Unije. NW je bil kasneje spoznan za krivega, da je ob vstopu na avstrijsko ozemlje prečkal avstrijsko mejo brez veljavne potne listine, naložena mu je bila globa v višini 36 EUR. Drugič NW ni želel izkazati svoje istovetnosti in je moral svoje vozilo premestiti na rob ceste. Uradni osebi sta postopek končali, NW pa je nato zahteval in dobil njuni identifikacijski številki in pri predložitvenem sodišču vložil tožbo, s katero je izpodbijal neposredno pristojnost za izdajo odredb in uporabo prisile avstrijskih nadzornih organov.

<sup>41</sup> Avstrija je po tej sodbi mejni nadzor obdržala, sicer s sklicevanjem na deloma drugačne razloge (tudi na tveganja povezana z vojno v Ukrajini), bistveno vprašanje pa je, ali gre za »novo grožnjo« v smislu sodbe *NW* (tč. 79-81 obrazložitve sodbe).

<sup>42</sup> Peers, S., nav. delo, str. 165.

<sup>43</sup> 17. člen ZTuj-2.

<sup>44</sup> Predlog Zakona o tujcih, prva obravnava, EVA 2010-1711-0004, obrazložitev k 33. členu.

<sup>45</sup> *Ibid.*

menta in Sveta z dne 13. julija 2009 o vizumskem zakoniku Skupnosti (Vizumski zakonik),<sup>46</sup> za vizum D, ki je nacionalni vizum,<sup>47</sup> pa pogoje in postopek za izdajo določa ZTuj-2, pri čemer v nekaterih primerih izdajo vizuma za dolgoročno prebivanje predvideva že pravo EU (začasna zaščita, modra karta, raziskovalci, združitev družine, premestitev znotraj podjetja).<sup>48</sup> Področje izdaje vizumov je torej le delno harmonizirano.

#### 4.1. Letališki tranzitni vizum in vizum za kratkoročno prebivanje

Vizumski zakonik, ki ureja letališki tranzitni vizum in vizum za kratkoročno prebivanje, se uporablja za vse državljane tretjih držav, ki morajo pri prečkanju zunanjih meja držav članic imeti vizum.<sup>49</sup> Posebna uredba določa tretje države, katerih državljani morajo imeti vizum (t. i. črni seznam držav oziroma ang. *blacklist*), in tiste, katerih državljani so izvzeti iz vizumske obveznosti (t. i. beli seznam držav ali ang. *whitelist*).<sup>50</sup>

Letališki tranzitni vizum velja za tranzit skozi mednarodna tranzitna območja letališč držav članic, in ga morajo imeti državljani držav s posebnega seznama, določenih pa je tudi več izjem.<sup>51</sup>

Vizum za kratkoročno prebivanje se izda za načrtovano bivanje na ozemlju držav članic, ki ne presega 90 dni v kateremkoli obdobju 180 dni.<sup>52</sup> Ločimo enotni vizum (veljaven za celotno ozemlje držav članic; lahko velja za enkratni, dvakratni ali večkratni vstop<sup>53</sup>) in vizum z ozemeljsko omejeno veljavnostjo<sup>54</sup> (velja na ozemlju ene oziroma več držav članic, če so v to privolile<sup>55</sup>). Tega izda država članica zgolj izjemoma, in sicer zaradi (a) humanitarnih razlogov, nacionalnega interesa ali spoštovanja mednarodnih obveznosti<sup>56</sup> ali (b) če se iz upravičenih razlogov novi vizum za isto 180-dnevno ob-

<sup>46</sup> Ur. l. EU, št. L 243/1, z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami.

<sup>47</sup> 1. člen Uredbe (EU) 265/2010 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 25. marca 2010 o spremembi Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma in Uredbe (ES) št. 562/2006 v zvezi z gibanjem oseb z vizumom za dolgoročno prebivanje, Ur. l. EU, št. L 85/1.

<sup>48</sup> Peers, S., nav. delo, 436-437.

<sup>49</sup> Vendar brez poseganja v (a) pravice do prostega gibanja, ki jih uživajo državljani tretjih držav, ki so družinski člani državljanov Unije; in (b) enakovredne pravice, ki jih uživajo državljani tretje države in njihovi družinski člani, ki po sporazumih med Skupnostjo in njenimi državami članicami na eni strani ter temi tretjimi državami na drugi strani, uživajo pravice do prostega gibanja, ki so enakovredne pravicam državljanov Unije in članov njihovih družin (drugi odstavek 1. člena Vizumskega zakonika).

<sup>50</sup> Gre za Uredbo št. 2018/1806 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. novembra 2018 o seznamu tretjih držav, katerih državljani morajo pri prehodu zunanjih meja imeti vizume, in držav, katerih državljani so izvzeti iz te obveznosti (kodificirano besedilo), Ur. l. EU, št. L 303/39. Več o seznamih (sicer na podlagi prejšnje uredbe) gl. Peers, S., Guild, E. in Tomkin, J.: EU Immigration and Asylum Law, 2. pregledana izdaja, Volume 1: Visas and Border Controls, str. 227-231 in Peers, S., nav. delo, str. 186-194.

<sup>51</sup> 3. člen Vizumskega zakonika.

<sup>52</sup> Prvi odstavek 1. člena Vizumskega zakonika.

<sup>53</sup> 24. člen Vizumskega zakonika.

<sup>54</sup> Za tovrstne vizume se je v angleščini uveljavila kratica »LTV visas«, tj. *limited territorial validity visas*.

<sup>55</sup> Drugi odstavek 25. člena Vizumskega zakonika.

<sup>56</sup> Če je treba: (i) odstopiti od načela izpolnitve pogojev za vstop iz člena 5(1)a, c, d in e Zakonika o schengenskih mejah; (ii) izdati vizum, čeprav država članica, s katero je v skladu z 22. členom Vizumskega zakonika potekalo posvetovanje, nasprotuje izdaji enotnega vizuma ali (iii) izdati vizum zaradi nujnosti, čeprav ni bilo predhodnega posvetovanja v skladu z 22. členom Vizumskega zakonika (člen 25(1)a Vizumskega zakonika).

dobje ponovno izda prosilcu, ki je v tem 180-dnevnem obdobju že uporabil enotni vizum ali vizum z omejeno ozemeljsko veljavnostjo, v skladu s katerim je dovoljeno 90-dnevno bivanje.

Ravno glede izdaje omenjenega vizuma z ozemeljsko omejeno veljavnostjo iz humanitarnih razlogov je bilo v zadevi *X in X proti État belge* (sodba velikega senata C-638/16 z dne 7. marca 2017) postavljeno predhodno vprašanje, ali mora država članica takšen vizum izdati, če je dokazano tveganje kršitve 4. člena oziroma 18. člena Listine ali druge mednarodne obveznosti, ki jo je država dolžna spoštovati. Družina iz Sirije je namreč vložila vlogo za izdajo tovrstnega humanitarnega vizuma na veleposlaništvu Belgije v Libanonu zato, da bi zapustila oblegano mesto Alep in v Belgiji zaprosila za mednarodno zaščito. Veliki senat je (drugače kakor generalni pravobranilec) presodil, da ne gre za vlogo za kratkoročni vizum, ker je bil končni cilj družine vložiti prošnjo za azil in nato pridobiti dovoljenje za prebivanje, katerega veljavnost ni omejena na 90 dni, zaradi česar odločanje o takšni vlogi ne spada na področje uporabe Vizumskega zakonika, temveč na področje uporabe nacionalnega prava.<sup>57</sup> Ne glede na to je treba poudariti, da države članice tudi pri uporabi nacionalnega prava zavezuje EKČP;<sup>58</sup> redno izdajanje takšnih vizumov pa bi pomenilo velik premik pri uresničevanju pravice do azila in zagotavljanju varnih in zakonitih poti v EU. Prosilcem za mednarodno zaščito se namreč tako v splošni javnosti kot v upravnem odločanju pogosto očita nezakonito prehajanje mej, pri čemer je razlog za to pogosto dejanska nezmožnost zakonitega vstopa zaradi, med drugim, omenjene vizumske politike in črnega seznama držav kot tudi zaradi kontroverzne obveznosti prevoznikov, da predhodno preverijo, ali ima tujec pravico do vstopa na ozemlje države članice, sicer prevoznikom grozi denarna kazen.<sup>59</sup>

O vlogah za izdajo vizumov praviloma odločajo konzulati, izjemoma pa se lahko vložijo tudi na zunanjih mejah.<sup>60</sup> Pri obravnavi vloge za enotni vizum se preveri, ali prosilec izpolnjuje pogoje za vstop iz Zakonika o schengenskih mejah,<sup>61</sup> ter še posebej, ali prosilec predstavlja tveganje nezakonitega priseljevanja ali tveganje za varnost držav članic in ali namerava zapustiti ozemlje držav članic pred datumom izteka zaprosenega vizuma.<sup>62</sup> Pregledajo se tudi podatki v vizumskem informacijskem sistemu,<sup>63</sup> t. i. VIS, ki je namenjen izmenjavi podatkov o vizumih med državami članicami za izvajanje

---

<sup>57</sup> 42-51. tč. obrazložitve. Za kritiko sodbe gl. npr. Zoetewey, M. H. in Progin-Theuerkauf, S.: CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe.

<sup>58</sup> Gl. npr. sodbo velikega senata SEU *Dereci in ostali* (C-256/11) z dne 15. novembra 2011, 72. in 73. tč.

<sup>59</sup> Gre za 26. člen Schengenske konvencije in Direktivo Sveta 2001/51/ES z dne 28. junija 2001 o dopolnitvi določb člena 26 Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985, *Ur. l. EU, št. L 187*. Za kritiko gl. npr. Peers, S. in drugi: *EU Immigration and Asylum Law*, 2. pregledana izdaja., Volume 2: *EU Immigration Law*, str. 375-380, ter ECRE: *Protection in Europe: Safe and Legal Access Channels* ECRE's Vision of Europe's Role in The Global Refugee Protection Regime: Policy Paper 1, Februar 2017, str. 8-9.

<sup>60</sup> 4. člen Vizumskega zakonika.

<sup>61</sup> Pogoje iz člena 5(1)a, c, d in e.

<sup>62</sup> 21. člen Vizumskega zakonika.

<sup>63</sup> Drugi odstavek 21. člena Vizumskega zakonika.

skupne vizumske politike,<sup>64</sup> ter se praviloma zberejo prosilčevi biometrični podatki (fotografija obraza in prstni odtisi).<sup>65</sup>

Iz razlogov, naštetih v 32. členu Vizumskega zakonika, se lahko izdaja vizuma zavrne,<sup>66</sup> iz razlogov iz 34. člena pa razveljavi oziroma prekliče. V vseh primerih mora biti odločitev obrazložena ter zagotovljena pravica do pritožbe in sodnega varstva.<sup>67</sup>

#### 4.2. Vizum za dolgoročno prebivanje

Vizum za dolgoročno bivanje se izda za čas nameravanega bivanja tujca v RS, ki je daljše od 90 dni, vendar najdlje za eno leto in tujcu dovoljuje vstop in bivanje v RS ves čas veljavnosti vizuma (v nasprotju z vizumom za kratkoročno prebivanje, ki dovoljuje bivanje le za določeno časovno obdobje, določeno z vizumom).<sup>68</sup> Razlogi za njegovo izdajo so poenostavljeno povedano naslednji: če je tujec družinski član državljana EU ali slovenskega državljana in namerava v RS prebivati zaradi združitve družine; zaradi opravljanje mandata v diplomatskem predstavništvu ali konzulatu druge države oziroma mednarodni organizaciji; zaradi udeležbe na tečaju ali drugih podobnih oblikah izobraževanja (če traja najmanj 20 ur mesečno<sup>69</sup>); zaradi obstoja gospodarskega, izobraževalnega oziroma raziskovalnega ali kulturnega interesa RS; če je tujec športni trener, poklicni športnik, zasebni športni delavec, ali poročevalec za tuje medije, ali zaradi opravljanja duhovniškega oziroma redovniškega poklica, ali sodelovanja pri karitativni in humanitarni dejavnosti. Poleg tega se tovrstni vizum lahko izda tudi tujcu, ki že biva v RS in ki za vstop ni potreboval vizuma, v primeru nujnih razlogov (bolnišnično zdravljenje, smrt ali hujša bolezen družinskega člana, naravna nesreča ipd.).<sup>70</sup> Tujec mora imeti veljavno potno listino, ustrezno potovalno zdravstveno zavarovanje ter zadostna

<sup>64</sup> VIS ureja Uredba (ES) št. 767/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. julija 2008 o vizumskem informacijskem sistemu (VIS) in izmenjavi podatkov med državami članicami o vizumih za kratkoročno prebivanje (Uredba VIS), Ur. l. EU, št. 218, z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami.

<sup>65</sup> 13. člen Vizumskega zakonika.

<sup>66</sup> Če npr. prosilec predloži lažne dokumente ali ni zanesljiv glede namena, da bo zapustil ozemlje države članice; ne upraviči namena in ne izpolni pogojev za načrtovano bivanje; ne predloži dokazila o zadostnih sredstvih za preživljanje ali ustreznem zdravstvenem zavarovanju; je v SIS razpisan ukrep zavrnitve vstopa; prosilec predstavlja grožnjo javnemu redu, javnemu zdravju, notranji varnosti ipd. Glede namena, da bo tujec zapustil ozemlje države članice, gl. tudi sodbo velikega senata SEU *Koushkaki* (C-84/12) z dne 19. decembra 2013.

<sup>67</sup> Gl. sodbo *El Hassani* (C-403/16) z dne 13. decembra 2017, v kateri je SEU presodilo, da je treba tretji odstavek 32. člena Vizumskega zakonika v povezavi s 47. členom Listine razlagati tako, da morajo države članice zagotoviti postopek s pravnim sredstvom zoper odločbe o zavrnitvi izdaje vizuma, katerega podrobna pravila ureja pravni red vsake države članice ob upoštevanju načel enakovrednosti in učinkovitosti, in da mora ta postopek zagotavljati tudi možnost sodnega varstva. Glede možnosti pravnega sredstva, če je izdaja vizuma zavrnjena, ker je druga država članica izdala nasprotno, gl. tudi sodbo velikega senata SEU *R. N. S. in K. A.* (C-225/19 in C-226/19) z dne 24. novembra 2020.

<sup>68</sup> 19. člen ZTuj-2 in Predlog Zakona o tujcih, prva obravnava, EVA 2010-1711-0004, obrazložitev k 19. členu.

<sup>69</sup> Ta omejitev je posledica predhodne prakse, kjer so tujci pridobili vizume za tečaje, ki so trajali le nekaj ur., gl. Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o tujcih (ZTuj-2E), prva obravnava, EVA 2016-1711-0007.

<sup>70</sup> 20. člen ZTuj-2.

sredstva za preživljanje.<sup>71</sup> Oseba (t. i. garant), ki tujca vabi na zasebni ali poslovni obisk, mora v t. i. garantnem pismu potrditi, da mu bo zagotovil nastanitev in kril stroške njegove vrnitve oziroma odstranitve oziroma njegovega morebitnega bivanja v centru za tujce ali azilnem domu.<sup>72</sup> Razlogi za zavrnitev izdaje so praktično enaki tistim za zavrnitev izdaje dovoljenja za prebivanje,<sup>73</sup> kar bo obravnavano v nadaljevanju.

## 5. Dovoljenje za prebivanje

EU je sprejela vrsto direktiv, ki harmonizirajo pravila glede možnosti prebivanja posameznih skupin tujcev v državah članicah (npr. begunci in upravičenci do subsidiarne oblike zaščite, žrtve trgovine z ljudmi, raziskovalci, študenti, sezonski delavci, rezidenti za daljši čas in njihovi družinski člani ter družinski člani državljanov EU, kar bo prikazano v nadaljnjih poglavjih) in ki državam članicam nalagajo izdajo vizumov za dolgoročno prebivanje in raznih dovoljenj za prebivanje. V tem poglavju se bomo osredotočili na dovoljenja za prebivanje, ki so ostala pretežno v domeni nacionalnega prava.

Če smo rekli, da so vizumi t. i. vstopni naslovi, potem so dovoljenja za prebivanje t. i. bivalni naslovi, pri čemer je dovoljenje za prebivanje hkrati tudi vstopni naslov, saj daje pravico do vstopa v državo.<sup>74</sup> Po ZTuj-2 je torej dovoljenje za prebivanje: (1) dovoljenje za vstop v RS in prebivanje za določen čas in (praviloma) za določen namen (dovoljenje za začasno prebivanje) ali (2) dovoljenje za prebivanje za nedoločen čas brez vezave glede namena prebivanja (dovoljenje za stalno prebivanje).<sup>75</sup>

Splošne pogoje za izdajo dovoljenja določa 33. člen ZTuj-2, in sicer mora imeti tujec veljavno potno listino, katere veljavnost je najmanj tri mesece daljša od nameravanega prebivanja v RS, ustrezno zdravstveno zavarovanje, ki krije vsaj nujne storitve, in zadostna sredstva za preživljanje oziroma mu mora biti preživljanje kako drugače zagotovljeno (mesečno najmanj v višini, kolikor znaša osnovni znesek minimalnega dohodka v RS).<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> 22. in 23. člen ZTuj-2.

<sup>72</sup> 24. člen ZTuj-2. Če ima tujec dovolj sredstev za preživetje in vrnitev, gre za t. i. povabilno pismo, ki vsebuje zgolj izjavo glede stroškov odstranitve in nastanitve v azilnem domu ali centru za tujce.

<sup>73</sup> Dodani so razlogi: če se tujec ne zgleda osebno na vabilo pristojnega organa, če je podano negativno mnenje policije ali če je tujec namenoma navedel netočne ali napačne podatke o svoji identiteti in drugih okoliščinah, pomembnih za izdajo vizuma, kar pa je tudi razlog za razveljavitev vizuma (enako tudi dovoljenja za prebivanje). Glede razloga za zavrnitev, ker utegne biti tujec v času svojega prebivanja žrtev trgovine z ljudmi, gl. tudi opombo 102.

<sup>74</sup> Predlog Zakona o tujcih, prva obravnava, EVA 2010-1711-0004, obrazložitev k 33. členu.

<sup>75</sup> Gl. 31. in 32. člen ZTuj-2. Gre za razlikovanje med t. i. vezanimi in nevezanimi dovoljenji.

<sup>76</sup> ZTuj-2 glede tega pogoja v tretjem odstavku 33. člena nadalje določa, da lahko za izdajo prvega dovoljenja za začasno prebivanje, za podaljšanje dovoljenja za prebivanje, izdajo nadaljnjega dovoljenja za prebivanje ali za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje tujec izpolnjevanje pogoja zadostnih sredstev za preživljanje dokazuje s sredstvi, ki si jih zagotavlja sam z delom, s pravicami iz dela ali zavarovanja, razen s povračili stroškov v zvezi z delom, z dohodki iz premoženja, z dohodki iz kapitala in drugih virov ali s pomočjo tistih, ki so ga dolžni preživljati, s štipendijo ali s sredstvi na računu, odprtem pri banki ali hranilnici v Republiki Sloveniji ali tujini. Še podrobnejša pravila vsebuje Pravilnik o načinu ugotavljanja zadostnih sredstev za preživljanje v postopku izdaje dovoljenja za prebivanje, Ur. l. RS, št. 103/22. Ta pogoj je tudi razmeroma pogosto predmet presoje v upravnih sporih.



Zakon nato za izdajo posameznih vrst dovoljenj določa še druge, posebne pogoje.

Omeniti je treba še določbo 109. člena ZTuj-2, ki določa obveznost tujca, ki ima dovoljenje za prebivanje ali vizum za dolgoročno bivanje v RS, da pristojnemu organu prijavi svoje stalno ali začasno prebivališče v skladu z zakonom, ki ureja prijavo prebivališča (tj. Zakonom o prijavi prebivališča – ZPPreb-1<sup>77</sup>).

### 5.1. Dovoljenje za začasno prebivanje

Dovoljenje za začasno prebivanje se torej izda za določen namen in za določen čas, možna pa je tudi izdaja t. i. nevezanega dovoljenja, torej dovoljenja za začasno prebivanje brez vezave na določen namen (npr. dovoljenje, ki se zaradi združitve z družino izda tujcem slovenskega rodu, žrtvam trgovine z ljudmi).<sup>78</sup> Tujec, ki mu je bilo izdano dovoljenje za začasno prebivanje za določen namen, lahko praviloma prebiva v RS samo v skladu z namenom, zaradi katerega mu je bilo izdano dovoljenje,<sup>79</sup> sicer se lahko dovoljenje razveljavi.

Dovoljenje za začasno prebivanje se izda tujcu, ki namerava prebivati v RS iz naslednjih namenov: zaposlitve ali dela; združitve družine; študija, izobraževanja, strokovnega izpopolnjevanja, praktičnega usposabljanja, specializacije ali sodelovanja v mednarodnih študijskih izmenjavah; opravljanja prostovoljskega dela in sodelovanja v projektih prostovoljske službe v okviru programa EU ali iz drugih upravičenih in z zakonom, mednarodnimi akti ali mednarodnimi načeli in običaji utemeljenih razlogov ali zaradi interesa RS.<sup>80</sup> Enako dovoljenje se izda tudi: tujcem, ki imajo status rezidenta za daljši čas v drugi državi članici EU; tujcem slovenskega rodu do drugega kolena v ravni vrsti; otrokom tujcev, rojenih v RS; žrtvam trgovine z ljudmi; žrtvam nezakonitega zaposlovanja; žrtvam družinskega nasilja in tujcem, ki jim je bilo v RS dovoljeno zadrževanje.

Prvo dovoljenje za začasno prebivanje mora tujec praviloma pridobiti pred vstopom v RS in pri diplomatskem predstavništvu ali konzulatu,<sup>81</sup> izda pa se za čas, ki je potreben za izpolnitev namena bivanja, ter praviloma le do enega leta.<sup>82</sup> Novo prvo dovoljenje za začasno prebivanje lahko pridobi tudi tujec, ki mu je dovoljenje za prebivanje v RS prenehalo, ter tujec, ki mu je (poenostavljeno povedano) prenehal status mednarodne zaščite.<sup>83</sup> Dovoljenje za začasno prebivanje se lahko podaljša pod enakimi pogoji, kot se izda (tj. podaljšanje dovoljenja), če pa želi tujec spremeniti namen prebivanja, mora zaprositi za izdajo t. i. nadaljnega dovoljenja.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> Ur. l. RS, št. 52/16, 36/21 in 3/22 – Zdeb.

<sup>78</sup> Drugi in tretji odstavek 32. člena ZTuj-2 in Predlog Zakona o tujcih, prva obravnava, EVA 2010-1711-0004, obrazložitev k 34. členu.

<sup>79</sup> Peti odstavek 35. člena ZTuj-2.

<sup>80</sup> Prvi odstavek 35. člena ZTuj-2.

<sup>81</sup> Drugi in tretji odstavek 34. člena ZTuj-2.

<sup>82</sup> Peti odstavek 34. člena in tretji odstavek 35. člena ZTuj-2. Izjemo predstavljata npr. drugi in tretji odstavek 51. člena ZTuj-2.

<sup>83</sup> Šesti, sedmi in osmi odstavek 34. člena ZTuj-2.

<sup>84</sup> 36. člen ZTuj-2.



ZTuj-2 ima še posebne določbe glede dovoljenj za začasno prebivanje zaradi združitve z družino, študija, pripravništva, sezonskega dela, modre karte EU ipd. Med tovrstnimi je eno od najpogostejših<sup>85</sup> (tudi z vidika upravnih sporov) t. i. enotno dovoljenje za prebivanje in delo.<sup>86</sup> Enotno zato, ker ni treba pridobivati posebej dovoljenja za delo in posebej dovoljenja za prebivanje v različnih postopkih in pri različnih organih, pač pa se za oboje zaprosi z eno vlogo v enem postopku in pri enem organu – upravni enoti (načelo »vse na enem mestu«, ang. »one-stop shop«). K izdaji dovoljenja mora podati soglasje Zavod RS za zaposlovanje v skladu z Zakonom o zaposlovanju, samozaposlovanju in delu tujcev (ZZSDT).

Posebna vrsta dovoljenja za začasno prebivanje je tudi dovoljenje iz 51. člena ZTuj-2, ki se lahko izda tujcu, (1) ki v skladu z zakonom, mednarodnimi akti ali mednarodnimi načeli ali običaji izkaže utemeljen razlog, zaradi katerega je njegovo bivanje v RS upravičeno; (2) tujcu, ki mu je bilo v RS dovoljeno zadrževanje<sup>87</sup> za čas najmanj 24 mesecev, ker njegova odstranitev iz države ni možna oziroma ni dovoljena (tukaj povsem razumljivo ni pogoj, da ima tujec zagotovljena sredstva za preživetje, temveč je v primeru nezadostnih sredstev zagotovljena tudi pravica do finančne pomoči) ali (3) tujcu, katerega prebivanje v državi je v interesu RS (o čemer izda sklep Vlada RS na predlog zainteresiranega ministrstva ali drugega državnega organa).

## 5.2. Dovoljenje za stalno prebivanje

Dovoljenje za stalno prebivanje se izda brez omejitev glede trajanja in namena bivanja<sup>88</sup> in je urejeno v 52. členu ZTuj-2. Na splošno se ta lahko izda tujcu, ki (1) pet let neprekinjeno zakonito prebiva v RS na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje,<sup>89</sup> (2) ima znanje slovenskega jezika na osnovni ravni (A2 Skupnega evropskega jezikovnega okvira) in (3) izpolnjuje druge zakonske pogoje za izdajo dovoljenja (ter seveda, če ni razlogov za zavrnitev izdaje dovoljenja).

Našteti pogoji so posledica prenosa Direktive Sveta 2003/109/ES z dne 25. novembra 2003 o statusu državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas,<sup>90</sup> v slovensko zakonodajo, vendar ta status pridobijo le tisti tujci, ki so dovoljenje za stalno prebivanje pridobili po ZTuj-2 po petletnem neprekinjenem bivanju v RS na podlagi

---

<sup>85</sup> Gl. npr. Poročilo o delu Direktorata za migracije MNZ za leto 2021, str. 15.

<sup>86</sup> 37. člen ZTuj-1. Gre za implementacijske določbe Direktive št. 2011/98/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. decembra 2011 o enotnem postopku obravnavanja vloge za enotno dovoljenje za državljane tretjih držav za prebivanje in delo na ozemlju države članice ter o skupnem nizu pravic za delavce iz tretjih držav, ki zakonito prebivajo v državi članici. Drugi odstavek 31. člena ZTuj-2 določa, da se določbe tega zakona, ki se nanašajo na dovoljenje za prebivanje, uporabljajo tudi za enotno dovoljenje za prebivanje in delo, razen če zakon ne določa drugače.

<sup>87</sup> Institut dovolitve zadrževanja iz 73. člena ZTuj-2.

<sup>88</sup> Četrty odstavek 32. člena ZTuj-2.

<sup>89</sup> Ali potrdila o vloženi prošnji za podaljšanje ali izdajo nadaljnega dovoljenja za začasno prebivanje ali potrdila o vloženi prošnji za izdajo prvega dovoljenja za začasno prebivanje, ki tujcu v času odločanja o njegovi prošnji za izdajo prvega dovoljenja za začasno prebivanje dovoljuje prebivanje v RS.

<sup>90</sup> Ur. l. EU, št. L 16/44, s spremembami in dopolnitvami.

dovoljenja za začasno prebivanje<sup>91</sup> (oziroma na podlagi dolgoročnega vizuma – čas prebivanja tujca v RS na podlagi vizuma za dolgoročno bivanje se namreč v šteje v dobo 5 let, če tujec pred potekom vizuma zaprosi za izdajo dovoljenja za začasno prebivanje in mu je to izdano<sup>92</sup>). Tisti, ki so dovoljenje za stalno prebivanje pridobili pod ugodnejšimi pogoji, tj. pred izpolnitvijo pogoja petletnega prebivanja, ne postanejo rezidenti za daljši čas.<sup>93</sup> Da gre za rezidenta za daljši čas, se na dovoljenju za stalno prebivanje posebej označi.

Glede pogoja petletnega neprekinjenega zakonitega prebivanja veljajo nadaljnja posebna pravila oziroma izjeme: pogoj je izpolnjen tudi, če so bile odsotnosti krajše od šestih zaporednih mesecev in če skupaj ne presegajo desetih mesecev; (kot že rečeno) čas prebivanja tujca v RS na podlagi vizuma za dolgoročno bivanje se v šteje, če tujec pred potekom vizuma zaprosi za izdajo dovoljenja za začasno prebivanje; čas prebivanja na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje zaradi študija in poklicnega usposabljanja se v obdobje za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje šteje polovično; čas prebivanja na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje zaradi sezonskega dela, kot napoteni delavec, oseba, premeščena znotraj gospodarske družbe, ali kot dnevni delovni migrant, in čas prebivanja v RS kot osebe z začasno zaščito ali na prestajanju kazni se ne v šteje. Imetnik modre karte EU izpolnjuje pogoj tudi, če je na območju EU kot imetnik modre karte EU prebival neprekinjeno zakonito pet let, od tega v RS neprekinjeno zadnji dve leti pred vložitvijo prošnje, vendar v tem primeru tujec ni rezident za daljši čas, ker ni mogoče seštevanje obdobji prebivanja v različnih državah članicah.<sup>94</sup> Enako velja za tujce, katerih prebivanje v RS je v interesu RS; ki so slovenskega rodu; družinske člane tujca, ki ima v RS dovoljenje za stalno prebivanje ali status begunca; tujce, ki jim je dovoljenje za stalno prebivanje prenehalo zaradi izselitve ali predolge odsotnosti izven območja EU ali Slovenije.<sup>95</sup> Glede teh je namreč prav tako mogoče skrajšanje petletnega roka za pridobitev dovoljenja za stalno prebivanje, zato v takšnem primeru statusa rezidenta za daljši čas ne dobijo (lahko pa ga pridobijo naknadno, ko izpolnijo zahtevan pogoj petletnega prebivanja<sup>96</sup>). Dovoljenje za stalno prebivanje pa ne gre tujcu, ki v RS zakonito pet let neprekinjeno prebiva na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje zaradi študija ali poklicnega usposabljanja, in tujcu, ki v času odločanja o prošnji za izdajo dovoljenja v RS prebiva na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje zaradi študija, poklicnega usposabljanja, sezonskega dela, kot napoteni delavec ali kot dnevni delovni migrant.

Posebej ZTuj-2 ureja še pridobitev statusa rezidenta za daljši čas za osebe s priznano mednarodno zaščito<sup>97</sup> in pridobitev dovoljenja za stalno prebivanje ter statusa

<sup>91</sup> Četrty odstavek 32. člena ZTuj-2 in sedmi odstavek 52. člena ZTuj-2.

<sup>92</sup> Prvi odstavek 52. člena ZTuj-2 v zvezi s 30. členom ZTuj-2.

<sup>93</sup> Gl. tudi Predlog Zakona o tujcih, prva obravnava, EVA 2010-1711-0004, obrazložitev k 54. členu.

<sup>94</sup> Sedmi odstavek v zvezi z drugim odstavkom 52. člena ZTuj-2.

<sup>95</sup> Tretji odstavek 52. člena ZTuj-2 v zvezi s šesto, sedmo in osmo alinejo petega odstavka 57. člena ZTuj-2.

<sup>96</sup> Gl. 53. člen ZTuj-2, ki ureja naknadno pridobitev statusa rezidenta za daljši čas tudi za t. i. izbrisane.

<sup>97</sup> 53.a in 53.b člen ZTuj-2.

rezidenta za daljši čas za osebe, ki jim status mednarodne zaščite preneha (ne pa, če jim je status odvzet zaradi izključitvenih razlogov ali zaradi napačnega prikazovanja dejstev).<sup>98</sup>

### 5.3. **Zavrnitev izdaje dovoljenja za prebivanje, razveljavitev dovoljenja, odpoved prebivanja**

V 55. členu ZTuj-2 določa celo vrsto razlogov za zavrnitev izdaje dovoljenja za prebivanje, ker obstajajo okoliščine, ki kažejo na določeno zlorabo oziroma na to, da izdano dovoljenje ni v interesu RS oziroma njenega prebivalstva. Ta določba vsebuje veliko nedoločnih pravnih pojmov (npr. v sodni praksi večkrat sporno »nepodrejanje pravnemu redu RS« iz šeste alineje prvega odstavka 55. člena), katerih vsebino v prvi vrsti napolnijo upravni organi. Pri tem morajo paziti, da uporaba ni preširoka<sup>99</sup> in da zavrnitev ne pomeni nesorazmernega posega v pravico do zasebnega in predvsem družinskega življenja.<sup>100</sup> Razlogi za zavrnitev izdaje dovoljenja za prebivanje so torej (poenostavljeno prikazano): (1) če se domneva, da tujec ne bo prebival na ozemlju RS; (2) če je tujcu prepovedan vstop v državo; (3) če se domneva, da tujec po izteku veljavnosti dovoljenja ne bo prostovoljno zapustil RS; (4) če obstaja sum, da utegne pomeniti nevarnost za javni red in varnost ali mednarodne odnose RS ali da bo njegovo prebivanje povezano z izvajanjem terorističnih ali drugih nasilnih dejanj, nezakonitimi obveščevalnimi dejavnostmi, z drogami ali izvrševanjem drugih kaznivih dejanj<sup>101</sup> oziroma mu je bila iz tega razloga v zadnjih šestih mesecih zavrtnjena izdaja vizuma; (5) če se domneva, da se tujec ne bo podrejal pravnemu redu RS; (6) če se v postopku izdaje prvega dovoljenja za prebivanje domneva, da utegne biti tujec v času svojega prebiva-

---

<sup>98</sup> Gl. četrty in peti odstavek 52. člena in četrty odstavek 56. člena ZTuj-2 v zvezi z 68. členom ZMZ-1 in določbo člena 4(1a) in 9(3a) Direktive o rezidentih za daljši čas.

<sup>99</sup> Gl. npr. sodbe UprS št. I U 1012/2017 z dne 1. julija 2020; št. II U 97/2019 z dne 19. maja 2021 in št. I U 1673/2018 z dne 14. junija 2021.

<sup>100</sup> S tega vidika je še posebej pomembna določba petega odstavka 55. člena ZTuj-2, na katero se je sklicevalo tudi UprS v sodbi št. I U 672/2015 z dne 21. novembra 2016, tč. 15-16 obrazložitve: »Zavrnitev prošnje za podaljšanje dovoljenja za začasno prebivanje lahko pomeni kršitev določila petega odstavka 55. člena ZTuj-2, če je poseg v pravico tožnika do družinskega življenja iz prvega odstavka 54. člena (in iz 35. člena) Ustave RS in 8. člena EKČP nesorazmeren. Zato je za presojo zakonitosti izpodbijane odločbe bistveno, ali je prvostopenjski organ na pravilen način ugotavljal sprva obstoj tožnikovega družinskega življenja ter nato še dopustnost (upravičenost) posega v omenjeno ustavno pravico tožnika zaradi zavrtnite prošnje za podaljšanje dovoljenja za začasno prebivanje z vidika načela sorazmernosti. [...] V obravnavanem upravnem sporu gre posredno tudi za tožnikova zelo majhna otroka [...], glede katerih je treba odločitve, ki se nanašajo tudi na njuno bivanje, sprejemati s posebno občutljivostjo, pri tem pa upoštevati zlasti morebitne njihove težave, s katerimi bi se morali soočiti zaradi odhoda tožnika iz Republike Slovenije, ter trdnost socialnih, kulturnih in družinskih vezi v Republiki Sloveniji in na Kosovu. [...] Prvostopenjski organ mora pri tej presoji upoštevati tudi 56. člen Ustave in prvi odstavek 3. člena Konvencije ZN o otrokovih pravicah. Gre za splošno pravno načelo, ki pravi, naj bodo pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki, bodisi da jih vodijo državne bodisi zasebne ustanove [...], sodišča, upravni organi ali zakonodajna telesa, otrokove koristi glavno vodilo.«

<sup>101</sup> Glede pojma »drugih kaznivih dejanj« je UprS zavzelo stališče, da glede na to, da so preostala izrecno naštetá kazniva dejanja »hujša« kazniva dejanja, takšno »drugo kaznivo dejanje« ne more biti ponarejanje listin (št. II U 97/2019 z dne 19. maja 2021, tč. 20 obrazložitve).

nja žrtev trgovine z ljudmi;<sup>102</sup> (7) če je očitno, da je bila zakonska zveza sklenjena predvsem z namenom pridobitve dovoljenja za prebivanje ali če se v postopku podaljšanja dovoljenja za začasno prebivanje ali izdaje dovoljenja za stalno prebivanje ugotovi, da družinski član dejansko ne živi v družinski skupnosti s tujcem, ki mu pripada pravica do združitve družine; (8) če se v postopku izdaje prvega dovoljenja za začasno prebivanje ugotovi, da tujec dejansko že živi v RS iz drugačnih razlogov, kot je to mogoče na podlagi vizuma; (9) če se v postopku izdaje prvega dovoljenja za začasno prebivanje ugotovi, da prihaja z območij, kjer razsajajo nalezljive bolezni z možnostjo epidemije ali ki bi lahko ogrozile zdravje ljudi; (10) če se v postopku izdaje ali podaljšanja dovoljenja za prebivanje ugotovi, da je bilo katerokoli dokazilo prirejeno ali ponarejeno; ali (11) če se v postopku izdaje ali podaljšanja dovoljenja za prebivanje ugotovi, da je bil subjekt gostitelj ustanovljen zlasti zaradi omogočanja vstopa osebam, premeščenim znotraj gospodarske družbe.

Če se naknadno ugotovi, da tujec ne izpolnjuje več pogojev za izdajo dovoljenja za začasno prebivanje ali če so podani razlogi za zavrnitev iz 55. člena ZTuj-2 (vključno z dajanjem napačnih podatkov o istovetnosti ali drugih okoliščinah, kar je razlog tudi za odvzem dovoljenja za stalno prebivanje<sup>103</sup>), se lahko dovoljenje tudi razveljavi. Enako, če ni (več) potrebnega soglasja pristojnega organa po zakonu, ki ureja zaposlovanje in delo tujcev.<sup>104</sup>

Dovoljenje za začasno prebivanje preneha veljati tudi, če je tujcu v RS izrečena stranska kazen ali stranska sankcija izgona ali če je tujec zaradi pravne posledice kazenske obsodbe izgubil pravico do prebivanja; če tujec umre; če se dovoljenju odreče, če pridobi državljanstvo RS ali dovoljenje za stalno prebivanje; če se tujcu pred pretekom veljavnosti dovoljenja to podaljša ali izda nadaljnje dovoljenje za začasno prebivanje ali potrdilo o prijavi prebivanja ter če je tujcu prebivanje odpovedano.<sup>105</sup> Iz teh razlogov preneha tudi dovoljenje za stalno prebivanje (seveda ne iz razlogov, ki so vezani izključno na začasno prebivanje, kot npr., če poteče veljavnost dovoljenja ali če tujec pridobi dovoljenje za stalno prebivanje), poleg tega pa še, če se tujec izseli, razen v primeru, ko je v RS pridobil status rezidenta za daljši čas; če ostane izven območja držav članic EU neprekinjeno eno leto ali dlje (razen v primeru, če je poslan na delo, študij ali zdravljenje); če tujec ostane izven območja RS neprekinjeno šest let ali dlje (občasna, kratkotrajna vračanja v RS za čas do 90 dni ne prekinejo

<sup>102</sup> ESČP je v sodbi *Rantsev proti Cipru in Rusiji*, št. 25965/04 z dne 7. januarja 2010 obsodilo Ciper zaradi kršitve 4. člena EKČP (prepoved suženjstva in prisilnega dela), ker gospe Rantsevi ni zagotovil praktične in učinkovite zaščite pred trgovino z ljudmi in izkoriščanjem na splošno in ker ni sprejel potrebnih posebnih ukrepov za njeno zaščito. Hči pritožnice je na Cipru pridobila »cabaret-artiste« vizo, nato pa umrla v nepojasnjenih okoliščinah padca skozi okno. Policija je imela možnost, da bi jo zaščitila, pa je ni, kljub temu, da ji je bilo znano, da so Rusinje v nevarnosti, da bodo postale žrtve trgovine z ljudmi oziroma prisilne prostitucije.

<sup>103</sup> Gl. četrti in peti odstavek 56. člena ZTuj-2.

<sup>104</sup> 56. člen ZTuj-2.

<sup>105</sup> Prvi odstavek 57. člena ZTuj-2. Gl. nadaljnje odstavke za še nekatere specifične razloge prenehanja dovoljenja za imetnike posameznih dovoljenj (modre karte, opravljanja raziskovalnega dela, premestitev znotraj gospodarske družbe itd.)

navedenega obdobja) ali če v drugi državi članici EU pridobi status rezidenta za daljši čas.

Tako glede dovoljenja za začasno kot za stalno prebivanje smo lahko opazili, da zakon določa poseben razlog za prenehanje, tj., če je bilo tujcu prebivanje odpovedano. Gre za zelo strog ukrep, ki omogoča organu, da po prostem preudarku s posebno odločbo presodi, da je postalo tujčevo bivanje v RS nezaželeno. Rok za pritožbo zoper odločitev je le tri dni.<sup>106</sup> V poštev pride za vse, ki v RS prebivajo zakonito (torej tudi za tiste, ki prebivajo na podlagi vizuma ali veljavne listine za vstop). Tujcu, ki ima v RS dovoljenje za stalno prebivanje, se lahko prebivanje odpove, če je bil pravnomočno obsojen zaradi kaznivega dejanja na nepogojno zaporno kazen, daljšo od treh let, ali če ogroža varnost države, javno varnost ali javni red. Razlogi za odpoved prebivanja vsem ostalim tujcem so še milejši: dovolj je že, med drugim, če tujec prebiva v RS v nasprotju z namenom, zaradi katerega mu je bivanje dovoljeno; če zavrača izpolnjevanje odločitev državnih organov ali če ostane brez zadostnih sredstev za preživljanje in mu preživljanje ni kako drugače zagotovljeno.<sup>107</sup> Odpoved prebivanja in posledično (predčasno) prenehanje dovoljenja za prebivanje ima lahko za tujca in njegovo družino hude posledice, še posebej, ker je predviden celo obvezen izrek prepovedi ponovnega vstopa v RS v trajanju od enega do pet let.<sup>108</sup> Za presojo, ali je bila odločitev v mejah pooblastila in v skladu z njegovim namenom,<sup>109</sup> je zato zelo pomemben tretji odstavek 62. člena ZTuj-2, ki določa (podobno kot peti odstavek 55. člena), da je treba pri odločanju o odpovedi prebivanja upoštevati dolžino prebivanja tujca v državi, njegove osebne, družinske, gospodarske in druge vezi, ki ga vežejo na RS, in posledice, ki bi jih odpoved prebivanja povzročila tujcu ali njegovi družini. Upoštevanje načela sorazmernosti je torej pri tako strogem ukrepu izjemnega pomena.

---

<sup>106</sup> Četrty odstavek 62. člena ZTuj-2. Gre za izjemno kratek rok, ki je v interesu države in ne tujca, pri čemer čas odločanja pritožbenega organa ni ustrezno skrajšan, kar postavlja pod vprašaj sorazmernost takšnega posega v pravico do pravnega sredstva (in posledično sodnega varstva).

<sup>107</sup> Drugi odstavek 61. člena ZTuj-2.

<sup>108</sup> Gl. drugi odstavek 62. člena ZTuj-2.

<sup>109</sup> Drugi odstavek 6. člena ZUP določa: V upravnih zadevah, v katerih je organ po zakonu ali po predpisu lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano. Namen in obseg pooblastila določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku.

## Priporočena literatura

ECtHR: Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: Immigration, 31. August 2022.

Hailbronner, K., Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law, A Commentary.

Peers, S., Guild. E. in Tomkin, J.: EU Immigration and Asylum Law, 2. pregledana izdaja, Volume 1: Visas and Border Controls

Peers, S. in drugi: EU Immigration and Asylum Law, 2. pregledana izdaja, Volume 2: EU Immigration Law

Peers, S.: EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law, 4. izdaja, Oxford, 2016; online edn.

# XIII.

## Uvodno o pravilih prava EU o priseljevanju iz tretjih držav

*Saša Zagorc*

1. Uvod	238
2. Pravne podlage v primarnem pravu Evropske unije	239
3. Priseljevanje in pristojnosti Evropske unije	241
4. Osnovno o zakonodajnem urejanju priseljevanja	241
5. Različen pomen varstva človekovih pravic na področju priseljevanja v Evropsko unijo	243

### 1. Uvod

Evropske države so bile skozi zgodovino nenehno izpostavljene znatnim tokom izseljevanja (emigracije) in priseljevanja (imigracije) prebivalstva. Krepitev globalnega pomena EU je te procese le še dodatno vzpodbudilo. Že sam pravni in politični ustroj EU pomembno prispeva k temu. Tako svoboščina prostega pretoka delavcev kot svoboda gibanja državljanov EU med njenimi državami članicami pritegneta marsikaterega tujca iz tretjih držav k načrtovanju selitve v EU. Ta je zveza držav, ki se vse bolj povezujejo (ang. *ever closer union*), a hkrati ohranjajo pomembno stopnjo nacionalne suverenosti in identitete. To poudarjeno vpliva na njihovo soodvisnost pri političnem načrtovanju in zakonodajnem urejanju priseljevanja ter izvrševanju teh pravil v praksi. Obseg in intenzivnost priseljevanja sta pogojena tudi z vrsto drugih dejavnikov. Ker je EU v geografskem stičišču z bolj nestabilnimi območji z azijske in afriške celine in je ekonomsko nadpovprečno razvita, pa še politična svoboda je zagotovljena, je tok priseljevanja v EU močnejši kot tok iz nje (močnejši kot t. i. *push* dejavniki so t. i. *pull* dejavniki). Politika priseljevanja v EU pridobiva na pomenu tudi zaradi demografskega trenda staranja prebivalstva v njenih članicah.



V tem poglavju obravnavamo izhodišča pravne ureditve in politike EU, ki velja za državljane tretjih držav. Mobilnost in preseljevanje znotraj držav članic EU je obravnavana v posebnem poglavju.

## 2. Pravne podlage v primarnem pravu Evropske unije

Zgodovinsko gledano se je pravo priseljevanja lahko oblikovalo šele, ko proklamirane ali dejanske politike priseljevanja, ki so bile pogosto sovražne, izključevalne ali izkoriščevalske<sup>1</sup>, postanejo nevzdržne, neučinkovite ali nezaželene.

V ustanovnih pogodbah Evropskih skupnosti v petdesetih letih prejšnjega stoletja posebne pravne ureditve priseljevanja ni bilo, še najbolj je nanjo vplivala določba o prostem pretoku delavcev. Omejen nabor pravic državljanov tretjih držav je temeljil predvsem na ekonomskih in tržnih načelih.<sup>2</sup> Šele proces finalizacije skupnega notranjega trga, ki je bil začrtan z Enotno evropsko listino, je v naslednjih letih skupaj z »laboratorijskim« oblikovanjem Schengenskega območja brez notranjih meja<sup>3</sup> spodbudil k bolj koherentni in celoviti pravni ureditvi priseljevanja. To je bilo deloma uresničeno že z Maastrichtsko pogodbo iz leta 1992, s katero so se zadeve s področja migracij in azila prvič začele urejati na naddržavni ravni v okviru t. i. tretjega stebra, poimenovanega Pravosodje in notranje zadeve. A ključna preskoka sta se zgodila najprej z Amsterdamsko pogodbo leta 1998, ko se pravna ureditev migracij in azila premesti v prvi, komunitarni steber, nato pa še s politično zavezo o oblikovanju območja svobode, varnosti in pravice na zasedanju Evropskega sveta v Tampereju leta 1999. Skupno politiko priseljevanja v EU, kot jo je začrtala Lizbonska pogodba leta 2009 in velja še danes, moramo tako vselej razumeti in obravnavati v širšem kontekstu pravnega urejanja tega območja, na primer v soodvisnosti z begunskim pravom, urejanjem kontrole notranjih in zunanjih meja, zasledovanjem javne varnosti, pravične delitve bremena med državami članicami, preprečevanja terorizma in trgovine z ljudmi itd.

Izhodišča za pravo priseljevanja v zvezi z območjem svobode, varnosti in pravice so deljena zakonodajna pristojnost med EU in državami članicami, prevlada netržnih oziroma političnih ciljev urejanja, uvedba novih pravnih instrumentov in drugih regulatornih ukrepov, pri čemer ti niso vselej enotno uveljavljeni v vseh državah članicah.<sup>4</sup> Občutljivost in previdnost nekaterih držav članic, Irske in Danske ter tudi Združenega kraljestva do izstopa iz EU, preprečuje enovito teritorialno uporabo številnih evropskih pravil o priseljevanju.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Clayton, G. in Firth, G.: *Immigration & Asylum Law*, 9. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2021, str. 3-13.

<sup>2</sup> Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law*, 3. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2011, str. 9-17.

<sup>3</sup> Bulmer, S., in drugi: *Politics in the European Union*, 5. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2020, str. 432-433.

<sup>4</sup> Bulmer, S., in drugi: *Politics in the European Union*, 5. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2020, str. 341.

<sup>5</sup> Protokola (št. 21 in 22) k PDEU o stališču Združenega kraljestva in Irske glede območja svobode, varnosti in pravice in o stališču Danske.

Vsebinsko pravna ureditev temelji na poudarjenem in učinkovitem nadzoru zunanjih meja držav članic EU v luči odprave notranjih meja, na solidarnosti in pravičnem deljenju bremen med državami članicami pri urejanju priseljevanja in pravični obravnavi državljanov tretjih držav, ki ji ni treba biti povsem enaka kot obravnava državljanov drugih držav članic EU (člen 67(2) in člen 80 PDEU). V tej luči je cilj EU, da oblikuje skupno politiko priseljevanja, s katero v vseh fazah zagotovi učinkovito upravljanje migracijskih tokov in poleg zgoraj navedenega še preprečevanje nezakonitega priseljevanja in trgovine z ljudmi ter okrepljene ukrepe za boj proti temu (člen 79(1) PDEU). Ta politika opredeljuje uravnoteženi pristop k priseljevanju, ki pa je nenehno dinamičen in spreminjajoč se proces, ki vključuje številne deležnike, tudi tiste izven EU. Tako se, tudi preko zunanje politike, spodbuja tesnejše sodelovanje z državami nečlanicami EU na vseh področjih priseljevanja. Če se na te nečlanice prenašajo vse številčnejše obveznosti za preprečevanje ali omejevanje priseljevanja v EU, vzporedno z zategovanjem prehoda državnih meja, te pojave označujemo kot eksternalizacijo imigracijskih politik in kontrole oziroma *politics of non-entrée*.<sup>6</sup>

Čeprav je kontrola priseljevanja zgodovinsko gledano eden najbolj opaznih elementov državne suverenosti, se je znotraj EU ta paradigma spremenila tudi v procesnem pogledu. Sklopi ukrepov skupne politike priseljevanja, ki so določeni v členu 79(2) PDEU, se sprejmejo v rednem zakonodajnem postopku, ki omogoča veljaven sprejem tudi s preglasovanjem posameznih držav članic, pri čemer ima Evropski parlament kot varuh interesov državljanov EU praviloma izenačeno vlogo s Svetom EU. Na ta način se krepi demokratični nadzor ali vsaj spremljanje izvajanja politik na področju, ki je bilo tradicionalno poverjeno izvršilnim organom brez pretirano transparentnega delovanja. Prav tako se vse bolj povečujeta vloga in pomen sodne prakse SEU, ki razlaga primarno in sekundarno zakonodajo s področja priseljevanja. Vloga tega sodišča je še toliko bolj pomembna, ker kot najvišji sodni organ EU pravzaprav opredeljuje meje zakonitosti zelo občutljive politike priseljevanja v luči varovanja drugih interesov, kot je varstvo človekovih pravic.

Skupna politika priseljevanja v EU se nanaša tako na ureditev določenih, a ne vseh, vidikov vstopa državljanov tretjih držav v države članice EU, bivanja in prebivanja v njih, vključno z integracijo, ter zapustitev ozemlja EU (člen 79(2), (3) in (4) PDEU). Dokaj natančna razmejitev področij in ukrepov priseljevanja, ki spadajo v deljeno pristojnost EU in držav članic, izkazuje občutljivo iskanje ravnovesja med učinkovitim in koordiniranim delovanjem na naddržavni ravni in ohranjanjem državne suverenosti, kar je še posebej vidno v posebej izpostavljeni pristojnosti držav članic, da določijo število državljanov tretjih držav, ki lahko iz teh držav prihajajo na njeno ozemlje, da bi si poiskali delo kot zaposleni ali samozaposleni (člen 79(5) PDEU).

---

<sup>6</sup> Spijkerboer, T.: The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control. v: *European Journal of Migration and Law*, 20 (2018) 4, str. 452-469.

### 3. Priseljevanje in pristojnosti Evropske unije

Zaradi zasledovanja različnih strateških ciljev EU vsaj v kontekstu t. i. prostovoljnih migracij ostro razlikuje med rednim priseljevanjem in nezakonitim priseljevanjem. Na področju rednega priseljevanja je EU pristojna za določanje pogojev za vstop in zakonito prebivanje državljanov tretjih držav v državi članici, tudi za namene združitve družine. Na ta način se uresničuje cilj EU po vzpostavitvi enotne ravni pravic in obveznosti za zakonite priseljence, primerljive – a ne enakovredne – s pravicami in obveznostmi državljanov EU. Preostale pristojnosti so pridržane državam članicam, vključno z že omenjeno, da določijo obseg sprejema oseb, ki prihajajo iz tretjih držav zaradi iskanja dela.

Vključevanje oziroma integracija tujcev je po pravu EU omogočena le za zakonito priseljevanje. A njena pristojnost je na tem področju zgolj dopolnilna, saj lahko zgolj zagotovi spodbude in podporo ukrepom, ki jih sprejmejo države članice za spodbujanje vključevanja državljanov tretjih držav. Harmonizacija nacionalnih predpisov na ravni EU glede integracije tujcev namreč ni dovoljena.

Za razliko od rednega priseljevanja so vse oblike nezakonitega priseljevanja v EU nezaželene. Zato direktiva o vračanju določa, da države članice izdajo odločbo o vrnitvi vsakemu državljanu tretje države, ki nezakonito prebiva na njihovem ozemlju. Pri tem je treba izpostaviti dva zadržka. Prvič, neregularen vstop prosilca za mednarodno zaščito v državo članico EU se v skladu z ŽK ne šteje za nezakonitega. Drugič, države članice lahko zakonito vrnejo nezakonito prebivajoče državljane tretjih držav, če obstajajo pravični in učinkoviti azilni sistemi, ki v celoti upoštevajo načelo nevračanja. EU torej mora preprečevati in zmanjševati nezakonito priseljevanje, zlasti z učinkovito politiko vračanja na način, ki je skladen s temeljnimi pravicami. Za uresničitev tega cilja je EU zaupana pristojnost sklepanja sporazumov s tretjimi državami o ponovnem sprejemu nezakonito bivajočih državljanov tretjih držav v njihovo državo izvora.

### 4. Osnovno o zakonodajnem urejanju priseljevanja

Zakonodajna aktivnost EU na področju priseljevanja je zelo pestra in se razvija postopoma. Rezultati te potrjujejo zahtevnost sprejemanja kar se da harmoniziranih rešitev, včasih pa razkrivajo, da določene zakonodajne rešitve še niso zrele za sprejem. Tako so leta 2001 države članice v Svetu EU zavrnile predlog direktive o pogojih vstopa in bivanja državljanov tretjih držav za namene zaposlitve ali samozaposlitve.<sup>7</sup> Od takrat je prevladujoč pristop sprejemanje sektorske zakonodaje po kategorijah migrantov (na primer visoko-usposobljeni delavci [t. i. modra karta], napotene osebe, sezonski delavci, dnevni delovni migranti, raziskovalci, študenti, prostovoljci, učenci, žrtve trgo-

<sup>7</sup> Shaw J., in drugi: *Economic and Social Law of the European Union*. Palgrave Macmillan, London 2007, str. 327; Geddes, A., Hadj Abdou, L. in Brumat, L.: *Migration and Mobility in the European Union*, 2. izdaja. Red Globe Press, London 2020, str. 74-75.

vine z ljudmi, osebe, premeščene znotraj podjetja). Nekaterih kategorij rednega priseljevanja zakonodaja EU še ne ureja, čeprav obstaja interes institucij EU, ne pa držav članic. Predvsem to velja za nizko in srednje kvalificirane delavce, katerih čas dela v EU bi presegel čas za sezonsko delo ter vlagatelje in samozaposlene državljane tretjih držav.

Družbena veljava posamezne kategorije se izkazuje s številom in obsegom pogojev za pridobitev statusa in z različnim obsegom pravic in obveznosti glede na status, ki ji ga podeljuje posamezna direktiva EU. Ta obseg je najpogosteje razviden po naslednjih kriterijih, ki so za posamezne statuse različni: dostop do zaposlitve in samozaposlitve; dostop do izobraževanja in poklicnega usposabljanja, štipendij za študij in priznavanja poklicnih diplom; obseg in pogoji socialnega zavarovanja in socialne pomoči; davčne ugodnosti; dostop do blaga in storitev; zahtevnost postopkov za pridobitev nastanitve; dostop do članstva v sindikatih in prost dostop do celotnega ozemlja.

Zaradi visoke dodane gospodarske vrednosti določa Direktiva 2009/50/ES o pogojih za vstop in prebivanje državljanov tretjih držav zaradi zaposlitve za visokokvalificirane delavce, s katero je bila uvedena »modra karta EU«, mnogo hitrejši postopek za izdajo posebnega dovoljenja za prebivanje in delo visoko izobraženih oseb pod privlačnejšimi pogoji, kot to velja za druge kategorije državljanov tretjih držav. A tudi ta pravila so bila premalo privlačna in učinki te direktive niso dosegli pričakovanj. Nova pravila bodo določala še prožnejša merila za sprejem, hkrati pa bodo znižala finančne zahteve ob vstopu in imetnikom modre karte omogočila še vrsto ugodnosti.<sup>8</sup>

Pomembna je še Direktiva o enotnem dovoljenju (2011/98/EU), ki določa skupen, poenostavljen postopek za državljane tretjih držav, ki zaprosijo za dovoljenje za prebivanje in delo v državi članici, ter skupen sklop pravic, ki se podelijo rednim priseljencem. Kot že omenjeno, so pogoji za vstop v državo zaposlenih in samozaposlenih še vedno pretežno v rokah držav članic. Zavedati se moramo, da nekateri drugi mednarodnopravni pogodbeni mehanizmi, na primer Splošni dogovor o trgovini s storitvami in določeni prostotrgovinski sporazumi s tretjimi državami, lahko dopuščajo popolnoma ali vsaj znatno olajšan vstop in kratkotrajno bivanje določenih kategorij izvajalcev storitev, kot so investitorji, zastopniki podjetij, samozaposleni v tretjih državah, eksperti, itd.

Direktiva 2014/36/EU ureja pogoje za vstop in prebivanje državljanov tretjih držav zaradi zaposlitve kot sezonski delavci. Sezonski delavci migranti lahko zakonito in začasno prebivajo v EU največ pet do devet mesecev, da opravljajo dejavnost, ki je odvisna od menjave letnih časov, pri čemer ohranijo glavno prebivališče v tretji državi.

Direktiva 2014/66/EU o pogojih za vstop in prebivanje državljanov tretjih držav v okviru premestitve znotraj podjetja podjetjem in multinacionalnim skupinam olajšuje začasno premestitev vodstvenih delavcev, strokovnjakov in zaposlenih pripravnikov v njihove podružnice, ki se nahajajo v EU.

Položaj nekaterih priseljenih državljanov tretjih držav podrobneje obravnavamo na drugih mestih, in sicer položaj in pravice rezidentov za daljši čas v EU (glej XV. poglavje) ter članov družine za namen združitve z družino (glej XIV. poglavje).

---

<sup>8</sup> Zakonodajna resolucija Evropskega parlamenta z dne 15. septembra 2021 o predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o pogojih za vstop in prebivanje državljanov tretjih držav za namene visoko usposobljene zaposlitve (COM(2016)0378 – C8-0213/2016 – 2016/0176(COD)).

V zvezi z bojem proti nezakonitemu priseljevanju je EU sprejela nekaj zakonodajnih aktov, in sicer je najpomembnejša Direktiva o vračanju (2008/115/ES), o kateri bo govora na drugem mestu (glej XI. poglavje). To dopolnjuje predvsem t. i. facilitacijski sveženj aktov, katerih stičišče je odvratanje ali kaznovanje posameznikov ali drugih subjektov, ki bi s svojimi ravnanji prispevali k nastanku nezaželene posledice nezakonitega priseljevanja in bivanja. V ta paket spadata predvsem Direktiva Sveta 2002/90/ES, ki določa skupno opredelitev kaznivega dejanja omogočanja nedovoljenega vstopa, tranzita in prebivanja, in Direktiva 2011/36/EU o preprečevanju trgovine z ljudmi in boju proti njej ter zaščiti njenih žrtev. Direktiva o sankcijah za delodajalce (2009/52/ES) določa sankcije in ukrepe, ki jih države članice uporabljajo proti delodajalcem državljanov tretjih držav, ki nezakonito prebivajo v EU.

Za vzpodbujanje bolj učinkovitega vračanja nezakonito bivajočih državljanov tretjih držav v državo izvora države članice medsebojno priznavajo svoje odločitve o izgonu na podlagi Direktive 2001/40, povrh pa se EU lahko pogaja in sklepa sporazume o ponovnem sprejemu z državami izvora in tranzita, da bi vrnila nezakonite migrante in sodelovala v boju proti trgovini z ljudmi. Pristojnost držav članic, da samostojno sklepajo takšne sporazume s tem ni omejena.

## 5. Različen pomen varstva človekovih pravic na področju priseljevanja v Evropsko unijo

Države imajo znatno, a ne popolnoma neovirano, polje proste presoje, v kateri sme in na kakšen način bodo uresničile svojo politiko priseljevanja. V imigracijskem pravu se pogosto pojavi navzkrižje interesov med sledenjem splošnemu javnemu interesu, ki se razkriva skozi določeno bolj ali manj naklonjeno politiko priseljevanja, in interesi posameznih državljanov tretjih držav, ki zasledujejo svoj ekonomski ali drugi interes. Ta napetost je mnogo manj prisotna v tistih primerih, v katerih se splošni in individualni interes prekrivata. Posledično ni veliko sodne prakse glede uveljavljanja pravic v zvezi z modro karto, saj je ekonomski interes držav, delodajalcev in delojemalcev sinhron. Podobno, a v manjši meri, velja tudi za druge oblike rednega priseljevanja v Evropsko unijo. Nasprotno pa je interes EU in držav članic za uspešno zagotavljanje boja proti nezakonitemu priseljevanju izrazito nenaklonjen upoštevanju tipičnih interesov državljanov tretjih držav, razen glede varstva temeljnih pravic. Zahtevno uravnoteženje teh interesov opravijo že zakonodajna telesa Evropske unije. Tako lahko v uvodni izjavi 2 Direktive 2008/115 razberemo, da je »cilj te direktive vzpostavitev učinkovite politike odstranitve in repatriacije, ki temelji na skupnih standardih, da se osebe vrnejo na human način in ob polnem spoštovanju njihovih temeljnih pravic in dostojanstva«. Zaradi pogostih restriktivnih nacionalnih politik priseljevanja in izvajanja zakonodaje v praksi pa so nacionalna sodišča in SEU relativno bolj učinkoviti varuh pravic posameznikov kot izvršilni organi držav članic. Tudi EKČP, kolikor ta opredeljuje pravice v zvezi s priseljevanjem (zlasti 3. člen EKČP glede prepovedi vračanja, 8. člen glede pravice do

družinskega in zasebnega življenja, drugi in četrti člen 4. protokola k EKČP glede svobode gibanja zakonito bivajočih tujcev ter prepovedi kolektivnega izгона ter prvi člen 7. protokola k EKČP glede procesnih jamstev v primeru izгона tujcev), in sodna praksa ESČP pomembno prispevata k varovanju pravic posameznikov.

## Priporočena literatura

Peers, S.: EU Justice and Home Affairs Law. Volume I: EU Immigration and Asylum Law, 4. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2016.

Bulmer, S., in drugi: Politics in the European Union, 5. izdaja. Oxford University Press, Oxford 2020

# XIV.

## Pravica do družinskega življenja in pravica do združitve družine

*Ana Samobor*

1. Uvod	246
2. Migracije in pravica do zasebnega in družinskega življenja v sodni praksi ESČP	247
2.1. Pojem družinskega življenja	247
2.2. Pozitivne in negativne obveznosti države	248
2.3. Primeri izgonov iz države	249
2.4. Združitev družine	252
3. Direktiva o pravici do združitve družine	255
3.1. Uvod: izhodišča in cilji harmonizacije pravil o združitvi družine na ravni EU	255
3.2. Področje uporabe <i>ratione personae</i> (3. člen DPZD)	257
3.3. Družinski člani (4. člen DPZD)	259
3.4. Dodatne zahteve za uveljavljanje pravice do združitve družine	262
3.5. Čakalna doba	263
3.6. Pravice družinskih članov	265
3.7. Posebne določbe, ki veljajo za begunce	266
4. Sklepno o pravici do družinskega življenja in pravici do združitve družine	268



## 1. Uvod

Nadzor nad vstopom in prebivanjem tujcev je eden najpomembnejših odrazov državne suverenosti.<sup>1</sup> Zlasti regulacija t. i. prostovoljnih migracij državljanov tretjih držav je kljub pristojnostim EU na tem področju (79. člen PDEU) še vedno v veliki meri prepuščena državam članicam EU. EU namreč to področje ureja manj celostno kot področje prisilnih migracij ter pri tem državam članicam prepušča relativno široko možnost urejanja v notranjih pravnih redih. V slovenskem pravnem redu je to ZTuj-2, ki določa pogoje in načine vstopa, zapustitve in bivanja tujcev v Republiki Sloveniji.<sup>2</sup>

Pri izvrševanju suverene pravice nadzora nad vstopom in bivanjem tujcev so države kljub temu zavezane s pravom človekovih pravic, zlasti z obveznostmi, ki jim jih na tem področju nalagajo mednarodni in regionalni dokumenti prava človekovih pravic.

Ena izmed najpomembnejših pravic, ki lahko državam nalagajo določene obveznosti (oziroma ožijo njeno suverenost) na področju nadzora nad migracijami, je pravica do zasebnega in družinskega življenja, ki izhaja iz 8. člena EKČP (ter 7. člena Listine EU o temeljnih pravicah). Ta namreč – kot bo prikazano v nadaljevanju tega poglavja – učinkuje kot protiutež siceršnji suvereni pravici države, da nadzoruje, kdo vstopi na njeno ozemlje in komu (ter na kakšni podlagi) bo na njenem tudi dovolila ostati.

Prvi del poglavja (glej razdelek 2 tega poglavja) namenjamo analizi pravice do družinskega življenja v kontekstu migracij, kot jo v svoji sodni praksi razvija ESČP, drugi del poglavja (glej razdelek 3) pa obravnava Direktive o pravici do združitve družine (DPZD), katere cilj je harmonizacija standardov za uveljavljanje pravice do združitve družine državljanov tretjih držav, ki zakonito prebivajo v eni izmed držav članic. DPZD določa pogoje, pod katerimi so države članice dolžne dovoliti vstop in prebivanje družinskih članov (sekundarna migracija) tujca, ki že prebiva v državi članici (primarna migracija).

Poglavje, ki je primarno namenjeno predstavitvi DPZD, začnemo s predstavitvijo sodne prakse ESČP na področju družinskega življenja na področju migracij, saj je ta iz več razlogov pomembna za celostno razumevanje pravice do združitve družine. Prvič, vse države članice EU so podpisnice EKČP in so dolžne pri nadzoru migracij spoštovati sodno prakso ESČP. Drugič, sodna praksa ESČP je močno vplivala na razvoj prava EU na področju pravice do združitve družine. Tretjič, Sodišče EU pri interpretaciji 7. člena Listine EU o temeljnih pravicah (pravica do zasebnega in družinskega življenja) v bistvenem sledi sodni praksi ESČP, čeprav EU ni podpisnica EKČP in je sodna praksa formalno ne zavezuje.<sup>3</sup> Četrtič, DPZD se v preambuli sklicuje na standarde, ki jih v zvezi s pravico do zasebnega in družinskega življenja postavlja 8.

---

<sup>1</sup> Roos, C.: *The EU and Immigration Policies: Cracks in the Walls of Fortress Europe?*, Palgrave Macmillan 2013, str. 1. Glej tudi sodbo ESČP v zadevi *Gül proti Švici*, št. 23218/94 z dne 10. oktober 1994, tč. 38.

<sup>2</sup> 1. člen ZTuj-2.

<sup>3</sup> Glej tretji odstavek 52. člena Listine EU o temeljnih pravicah, ki določa, da sta vsebina in obseg listinskih pravic enaka kot vsebina in obseg, ki ju določa EKČP, če pravice iz Listine ustrezajo pravicam, zagotovljenim z EKČP. Iz Pojasnil k Listini o temeljnih pravicah (UL C 303/17), ki sicer niso obvezujoča, predstavljajo pa pomembno interpretativno vodilo, izhaja, da navedeni sklic ni omejen zgolj na besedilo EKČP, temveč obsega tudi sodno prakso ESČP.

člen EKČP.<sup>4</sup> Da morajo biti določbe DPZD interpretirane v luči 8. člena EKČP in pripadajoče sodne prakse ESČP, je poudarilo tudi Sodišče EU v zadevi *Chakroun*.<sup>5</sup>

## 2. Migracije in pravica do zasebnega in družinskega življenja v sodni praksi ESČP

Kot smo že pojasnili, lahko pravica do zasebnega in družinskega življenja pomeni pomembno protiutež siceršnji suverenosti držav na področju nadzora nad vstopom in prebivanjem tujcev. Pravica do družinskega življenja je lahko močen oziroma celo odločilen argument v dveh potencialnih situacijah. Prvič, v določenih okoliščinah je zaradi družinskih vezi tujca v državi gostiteljici tega tujca nedopustno izgnati iz države. Drugič, tujec, ki že prebiva v državi (primarna migracija), lahko zaradi izvrševanja pravice do družinskega življenja v določenih okoliščinah od države gostiteljice zahteva, naj njegovim družinskim članom dovoli vstop in prebivanje na ozemlju (sekundarna migracija).

### 2.1. Pojem družinskega življenja

Prvo vprašanje, ki se zastavi pri obravnavi pravice do spoštovanja družinskega življenja, je, kaj pravzaprav ta pravica zajema oziroma kakšna razmerja gre razumeti kot družinska v smislu 8. člena EKČP. Iz ustaljene sodne prakse ESČP izhaja, da 8. člen EKČP ne varuje zgolj razmerij, ki so formalizirana in pravno sklenjena, temveč je obstoj družinskega življenja dejansko vprašanje, odvisno od obstoja tesnih osebnih vezi v praksi.<sup>6</sup> Varstvo družinskega življenja po 8. členu EKČP tako nikakor ni omejeno samo na razmerja, ki temeljijo na zakonski zvezi, pač pa zajema tudi druge družinske vezi, obstoj katerih ESČP ugotavlja glede na preplet različnih dejavnikov (denimo trajanje razmerja, skupno prebivanje, skupni otroci ipd.).<sup>7</sup>

Poudariti velja, da ESČP pojem družine v kontekstu (prostovoljnih) migracij ter izgonov iz države interpretira bistveno ožje kot v drugih kontekstih, v katerih se je mogoče sklicevati na pravico do družinskega življenja. Tako je denimo ESČP potrdilo široko polje proste presoje državi, kadar gre za vprašanje obstoja družinskih vezi v primeru zakonskih zvez, ki jih sklenejo mladoletne osebe.<sup>8</sup> Enako restriktivno ESČP razlaga obstoj družinskih vezi med starši in njihovimi polnoletnimi otroki – te vezi ESČP v kontekstu migracij šteje za družinske v smislu 8. člena EKČP zgolj v primeru, da polnoletni otroci še nimajo svojih otrok.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Preambula k DPZD, tč. 2.

<sup>5</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi *Chakroun* (C-578/08) z dne 4. marca 2010, tč. 44.

<sup>6</sup> Glej sodbo ESČP v zadevi *Şerife Yiğit proti Turčiji*, št. 3976/05 z dne 20. januarja 2009, tč. 25-26, in v tej zadevi navedene odločitve.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Glej denimo zadevo *Z. H in R. H proti Švici*, št. 60119/12 z dne 8. decembra 2015.

<sup>9</sup> Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M.: *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. izdaja, Oxford University Press 2018, str. 555.

Prav zaradi ozke interpretacije pojma družinskega življenja je izjemno pomembno, da je ESČP v sodni praksi razvilo stališče, po katerem se državljan tretje države lahko v primeru izгона sklicuje tudi na pravico do zasebnega življenja, ki se kaže v obstoju tesnih vezi s skupnostjo v državi gostiteljici.<sup>10</sup>

## 2.2. Pozitivne in negativne obveznosti države

Po stališču ESČP je bistvena vsebina pravice do družinskega življenja pravica družinskih članov, da skupaj prebivajo oziroma ohranjajo neposredne stike.<sup>11</sup> Tako je ESČP v zadevi *Abdulaziz, Cabales in Balkandali proti Združenemu kraljestvu* že leta 1985 izpostavilo, da »izraz družinsko življenje v primeru poročenega para običajno vključuje skupno prebivanje« ter da si je »težko predstavljati, da pravica do družinskega življenja ne bi zajemala tudi pravice do skupnega življenja«.<sup>12</sup>

Do kršitve pravice do družinskega življenja lahko pride tako zaradi neposrednega posega države v družinsko življenje (t. j. zaradi kršitve negativnih obveznosti države) kot zaradi neizpolnjevanja pozitivnih obveznosti, ki jih ta pravica nalaga državi. Kot zapiše ESČP v zadevi *Gül proti Švici*:

Osnovni cilj 8. člena EKČP je varstvo posameznika pred arbitrarnimi posegi oblasti. A poleg tega učinkovito 'spoštovanje' družinskega življenja zajema tudi pozitivne obveznosti. [...] Meje med pozitivnimi in negativnimi obveznostmi ni mogoče jasno opredeliti, a so si načela presoje podobna. V obeh kontekstih je treba vzpostaviti pravično ravnovesje med konkurenčnimi interesi posameznika in skupnosti kot celote; v obeh kontekstih ima država določeno polje proste presoje.<sup>13</sup>

Pri obravnavi pravice do družinskega življenja v kontekstu migracij je tako nujno razlikovati med dvema različnima scenarijema, ki sprožata različna tipa obveznosti države v razmerju do posameznika (tujca). Prvič, tujec se lahko na pravico do družinskega življenja sklicuje v primeru izгона iz države, torej v situaciji, ko država z odstranitvijo enega člana družine iz države neposredno poseže v pravico do družinskega življenja, ki se kaže v obliki obstoja družinskih vezi tega posameznika v državi. V takšnem primeru govorimo o (potencialni) kršitvi negativnih obveznosti države. Drugič, tujec lahko pravico do družinskega življenja oziroma obstoj družinskih vezi v državi navaja tudi kot razlog za dovolitev vstopa v državo sorodniku tujca, ki prebiva na ozemlju države (združitve družine). V primeru, da država vstopa na njeno ozemlje ne dovoli, govorimo o (potencialni) kršitvi pozitivnih obveznosti države.

Kljub temu da EKČP tujcem ne zagotavlja pravice do vstopa ali pravice do bivanja v državi in je to področje tradicionalno pridržano suverenosti držav, lahko torej pravica

---

<sup>10</sup> Glej denimo zadevo *Silvenko proti Latviji*, št. 48321/99 z dne 9. oktobra 2003. V zvezi s tem glej tudi XV. poglavje.

<sup>11</sup> Glej denimo zadevo *Kutzner proti Nemčiji*, št. 46544/99 z dne 26. februarja 2002.

<sup>12</sup> *Abdulaziz, Cabales in Balkandali proti Združenemu kraljestvu*, št. 15/1983/71/107-109 z dne 24. april 1985, tč. 62.

<sup>13</sup> Zadeva *Gül proti Švici*, št. 23218/94 z dne 19. februarja 1996, tč. 38. Prevod: Ana Samobor.

do družinskega življenja v določenih okoliščinah vendarle (četudi posredno) vzpostavi dolžnost države dovoliti tujcu vstop ali bivanje ne njenem ozemlju. V središču presoje bo tako vselej pravica države, da nadzoruje vstop in prebivanje tujcev, ki pa se mora v določenih primerih »umakniti« pravici do zasebnega in družinskega življenja tujca.<sup>14</sup> Test sorazmernosti, ki ga ESČP uporablja pri presoji zatrjevanih kršitev 8. člena EKČP, terja iskanje pravičnega ravnovesja med nasprotujočimi si interesi posameznika in družbe,<sup>15</sup> pri čemer država razpolaga s širokim poljem proste presoje.<sup>16</sup> ESČP presoja, ali bi glede na okoliščine primera država morala dati prednost uresničevanju pravice do zasebnega in družinskega življenja tujca ali pravici države do nadzora nad migracijami, ki je praviloma povezana z interesi državne varnosti ter vzdrževanjem ekonomske blaginje v državi.<sup>17</sup>

### 2.3. Primeri izgonov iz države

Daleč največ primerov iz sodne prakse ESČP v zvezi s pravico do družinskega življenja v kontekstu migracij se nanaša na izgon tujca, ki je v državi prebival dlje časa in si tam ustvaril družinske vezi. Pravica države do nadzora nad migracijami v teh primerih trči v pravico do družinskega življenja tujcev, ki v mnogih primerih že celo življenje prebivajo v eni od držav podpisnic EKČP. Pri tehtanju interesov države na eni ter pravicami tujca na drugi strani ESČP upošteva različne okoliščine, kot so denimo čas prebivanja v državi, stopnja integracije tujca v družbo, intenzivnost družinskih in socialnih vezi, možnost integracije tujca in njegove družine v matični državi ter resnost razlogov, zaradi katerih mu grozi izgon iz države.<sup>18</sup>

Seznam elementov presoje sorazmernosti, ki jih je ESČP postopoma oblikovalo v svoji sodni praksi, seveda ni končen, saj bo vselej odvisen od konkretnih okoliščin primera, a nam je vendarle lahko v pomoč pri analizi pravice do družinskega življenja v kontekstu nadzora nad migracijami.

<sup>14</sup> Pristop, ki ga pri obravnavi pravice do družinskega življenja v kontekstu migracij zavzame ESČP, je torej v samem izhodišču bistveno drugačen od siceršnjega pristopa ESČP k presoji zatrjevanih kršitev človekovih pravic. Dembour, ki ta pojav poimenuje tudi strasbourški preobrat (ang. *Strasbourg reversal*), drugačno izhodišče pojasni z naslednjim primerom. Kadar ESČP denimo presoja pravico do sodnega varstva (6. člen EKČP), ne bo presoje nikdar začelo s pojasnitvijo, da ima država pravico kaznovati storilce kaznivih dejanj, temveč bo v središče svoje presoje postavilo človekovo pravico (t. j. pravico posameznika do sodnega varstva). Nasprotno pa je v zadevah, ki so povezane z migracijami, logika ESČP obrnjena – v središče presoje je postavljena suverenost države, da nadzoruje migracije, in ne človekove pravice tujcev. Glej Dembour, M-B.: *The Migrant Case Law of the European Court of Human Rights: Critique and Way Forward*, v: Çalı, B., Bianku, L. in Motoc, I. (ur.): *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2021.

<sup>15</sup> Do tehtanja nasprotujočih si interesov seveda pride le, če poseg države prestane vse preostale korake presoje. Skladno z drugim odstavkom 8. člena EKČP in ustaljeno sodno prakso ESČP mora biti poseg »skladen z zakonom«, zasledovati enega izmed izrecno navedenih ciljev iz drugega odstavka 8. člena ter biti »nujen v demokratični družbi« za doseg tega cilja.

<sup>16</sup> Zadeva *Sen proti Nizozemski*, št. 31465/96 z dne 21. decembra 2001, tč. 31.

<sup>17</sup> Glej drugi odstavek 8. člena EKČP, ki ta dva razloga navaja kot ena izmed dopustnih razlogov za omejevanje pravic iz prvega odstavka 8. člena EKČP.

<sup>18</sup> *Boultif proti Švici*, št. 54273/00 z dne 2. avgusta 2001, tč. 48; *Üner proti Nizozemski*, št. 46410/99 z dne 18. oktobra 2006, tč. 57-58; *Nunez proti Norveški*, št. 55597/09 z dne 28. junija 2011, tč. 84; *Maslov proti Avstriji*, št. 1638/03 z dne 23. junija 2008, tč. 71.

Prvi primer, v katerem je ESČP odločilo, da je izgon tujca v neskladju z 8. členom EKČP, je zadeva *Berrehab proti Nizozemski*.<sup>19</sup> Pritožnik, državljani Maroka, se je leta 1977 na Nizozemskem – po tem, ko je tam že nekaj časa prebival – poročil z nizozemsko državljanko ter na podlagi zakonske zveze pridobil dovoljenje za prebivanje. Zakonca sta se dve leti po poroki ločila, tik preden se jima je rodila hči. Pritožnik je hčeri plačeval preživnino in imel z njo redne stike. Ko je želel podaljšati dovoljenje za prebivanje, je bila njegova vloga zavrnjena, saj naj zaradi ločitve za izdajo dovoljenja ne bi bilo več podlage. Pritožnik je v vlogi med drugim navajal, da bi mu morali izdati dovoljenje za prebivanje na podlagi njegovih družinskih vezi v državi. Decembra 1983 je bil pridržan, januarja 1984 pa izgnan v Maroko.<sup>20</sup> ESČP je moralo v postopku odločiti, ali je bila odločitev države o zavrnitvi izdaje dovoljenja za prebivanje ter izгона iz države v neskladju z 8. členom EKČP. Poudarilo je, da EKČP državam sicer res ne preprečuje nadzora nad vstopom in bivanjem tujcev, a morajo biti vsi posegi v pravice sorazmerni s cilji, ki jih zasledujejo.<sup>21</sup> Pri presoji sorazmernosti presojanega posega v družinsko življenje pritožnika je ESČP upoštevalo več elementov in ugotovilo kršitev 8. člena EKČP. Zapisalo je:

[...] poudariti je treba, da ne gre tujca, ki bi šele vstopal na ozemlje Nizozemske, temveč za posameznika, ki v državi biva že vrsto let, ima tam službo in dom ter ni v sporu z državo. Poleg tega ima [...] v državi prave družinske vezi – poročen je bil z Nizozemko, s katero imata otroka. [...] Opozoriti je treba, da sta gospod Berrehab in njegova hči že več let tesno povezana ter da sta zavrnitev dovoljenja za prebivanje in izgon ogrozila njune vezi. Učinek posega je bil za njun odnos glede na nizko starost hčerke, pri kateri je vzdrževanje stikov z očetom izjemnega pomena, še toliko hujši. [...]<sup>22</sup>

Eden izmed pomembnejših elementov pri presoji ESČP je tudi razlog izгона tujca iz države. Presoja sorazmernosti posega v pravico do zasebnega in družinskega življenja bo namreč drugačna, če tujcu izgon grozi zaradi izvršitve kaznivega dejanja, kot če gre za kakšen drug razlog izgube pravne podlage za prebivanje (kot na primer v opisani zadevi *Berrehab proti Nizozemski*). A tudi izgon zaradi izvršitve kaznivega dejanja ne pomeni, da se »tehtnica« avtomatično nagne v smer »državne varnosti« kot legitimnega cilja za poseg v pravico do družinskega življenja.

To je razvidno iz odločitve ESČP v zadevi *Boultif proti Švici*.<sup>23</sup> Pritožnik, alžirski državljani, je v Švico prišel leta 1992 na podlagi turistične vize, leta 1993 pa se je poročil s švicarsko državljanko. Leto kasneje je bil pridržan zaradi posedovanja orožja, kasneje pa obtožen kaznivega dejanja rop in poškodovanja tuje lastnine ter obsojen na osemnajstmesečno zaporno kazen. Švicarske oblasti mu niso podaljšale dovoljenja za prebivanje. V pritožbenem postopku zoper odločitev o zavrnitvi podaljšanja dovoljenja za prebivanje je švicarsko sodišče odločilo, da odločitev sledi cilju varovanja jav-

---

<sup>19</sup> *Berrehab proti Nizozemski*, št. 3/1987/126/177, 10730/84 z dne 28. maja 1988.

<sup>20</sup> *Ibid.*, tč. 7-13.

<sup>21</sup> *Ibid.*, tč. 28.

<sup>22</sup> *Ibid.*, tč. 29. Prevod: Ana Samobor.

<sup>23</sup> Zadeva *Boultif proti Švici*, št. 54273/00 z dne 2. avgusta 2001.

ne varnosti ter v pravico do družinskega življenja ne posega prekomerno. Po presoji sodišča naj bi namreč pritožnik in njegova žena lahko skupaj živela v drugi državi ali pa se obiskovala in tako ohranjala družinske vezi.<sup>24</sup> ESČP je presodilo, da bi izgon v konkretnem primeru pretirano posegel v pravico do družinskega življenja pritožnika in njegove žene ter ugotovilo kršitev 8. člena EKČP. Pri presoji sorazmernosti posega je vzpostavilo nabor kriterijev, ki jih upošteva pri presoji takšnih zadev, in sicer:

- naravo in resnost kaznivega dejanja;
- trajanje pritožnikovega bivanja v državi, iz katere naj bi bil izgnan;
- čas, ki je pretekel od izvršitve kaznivega dejanja, ter pritožnikovo ravnanje v tem času;
- državljanstvo vpletenih oseb;
- družinske razmere pritožnika, kot je denimo trajanje zakonske zveze, ter drugi dejavniki, ki kažejo na pristnost družinskih vezi;
- ali je zakonec vedel za kaznivo dejanje v trenutku vstopa v družinsko razmerje s pritožnikom;
- ali so v družinsko življenje vpleteni tudi otroci ter kakšna je njihova starost;
- resnost težav, s katerimi bi se v prosilčevi izvorni državi srečal zakonec.<sup>25</sup>

V primerih, ki se nanašajo na t. i. drugo generacijo priseljencev, torej na posameznike, ki so se v državi, iz katere naj bi bili izgnani, rodili in tam preživeli večino svojega življenja, ima dejavnik trajanja bivanja v državi, ki se povezuje z vprašanjem intenzivnosti vezi posameznika z okoljem, posebno težo. V zadevi *Maslov proti Avstriji* je ESČP zapisalo:

Čeprav 8. člen EKČP nobeni kategoriji tujcev ne zagotavlja absolutne zaščite pred izgonom [...] vključno s tistimi tujci, ki so se v državi gostiteljici rodili ali so se tja preselili v zgodnjem otroštvu, je [...] treba upoštevati poseben položaj tujcev, ki so v državi gostiteljici preživeli večino svojega otroštva, če ne celo celotnega, bili tam vzgojeni in se tam izobraževali [...]. [...] za izgon priseljence, ki je večino svojega otroštva in mladosti zakonito preživel v državi gostiteljici, morajo obstajati posebno resni razlogi.<sup>26</sup>

Pri presoji posegov v družinsko življenje, del katerega so tudi mladoletni otroci, ESČP poseben pomen pripisuje presoji koristi otroka.<sup>27</sup> Čeprav je sodna praksa jasna, da zgolj dejstvo, da ima v državi gostiteljici otroka, samo po sebi tujca ne varuje pred izgonom iz države in torej državi ne odreka pravice nadzora nad migracijami,<sup>28</sup> v tovrstnih primerih vendarle namenja posebno težo dobrobiti vpletenih otrok. Tako je v

<sup>24</sup> *Ibid.*, tč. 7-22.

<sup>25</sup> *Ibid.*, tč. 48.

<sup>26</sup> *Maslov proti Avstriji*, št. 1638/03 z dne 23. junija 2008, tč. 74-75. Prevod: Ana Samobor.

<sup>27</sup> Načelo največje koristi otroka izhaja iz Konvencije ZN o otrokovih pravicah, na katero se ESČP sklicuje tudi pri interpretaciji mnogih pravic iz EKČP.

<sup>28</sup> Glej denimo odločitve v zadevah *Antwi in ostali proti Norveški*, št. 26940/10 z dne 14. februarja 2012; *Kissiwa Koffi proti Švici*, št. 38005/07 z dne 15. novembra 2012, ter *Nacic in ostali proti Švedski*, št. 16567/10 z dne 15. maja 2012.



zadevi *Üner proti Nizozemski*<sup>29</sup> ESČP poudarilo, da je poleg kriterijev, vzpostavljenih v zadevi *Boultif proti Švici*, pri presoji sorazmernosti posega nujno upoštevati tudi:

- največjo korist in dobrobit otrok, še posebej resnost težav, s katerimi bi se otroci soočali v državi, v katero naj bi bil pritožnik izgnan;
- stabilnost socialnih, kulturnih in družinskih vezi v državi gostiteljici ter državi, v katero naj bi bil pritožnik izgnan.<sup>30</sup>

#### 2.4. Združitev družine

Doslej obravnavani primeri so se nanašali na situacije izгона iz države, t. j. situacije, v katerih država z izgonom tujca poseže v izvrševanje njegove pravice do zasebnega in družinskega življenja in s tem – če ukrep ni skladen s pogoji iz drugega odstavka 8. člena EKČP – krši svoje negativne obveznosti v razmerju do posameznika.

Bolj restriktivno je ESČP pri interpretaciji 8. člena EKČP v situacijah, ko želi eden izmed družinskih članov šele vstopiti v državo z namenom prebivanja z družinskim članom, torej v situacijah, ki potencialno sprožajo pozitivne obveznosti države. Pravica do zasebnega in družinskega življenja namreč sama po sebi ne vzpostavlja pravice do združitve družine.<sup>31</sup> Kot v več zadevah zapiše ESČP:

[...] ni mogoče šteti, da 8. člen [EKČP] državi nalaga splošno obveznost, da spoštuje izbiro države prebivališča zakonskih parov in da dovoli združitev družine na svoje ozemlju. Za določitev obsega [pozitivnih] obveznosti je treba upoštevati dejstva primera.<sup>32</sup>

Le v izjemnih primerih se namreč vzpostavi pozitivna obveznost države, da zaradi uresničevanja pravic iz 8. člena EKČP dovoli vstop in prebivanje družinskemu članu tujca, ki v državi že prebiva. Govorimo lahko torej zgolj o »posredni pravici do združitve družine«, ki izhaja iz pozitivnih obveznosti države, da zagotavlja »učinkovito spoštovanje pravice do družinskega življenja«. <sup>33</sup> Obseg te obveznosti države bo vselej odvisen od konkretnih okoliščin primera in vzpostavljenega ravnovesja med interesom posameznika na eni ter interesom države po nadzoru migracij na drugi strani.<sup>34</sup>

Izhodiščna načela presoje primerov, povezanih z združitvijo družine, ki jih je ESČP razvilo v svoji sodni praksi, je strnjeno povzelo v zadevi *Sen proti Nizozemski*,<sup>35</sup> in sicer:

- a) Obseg obveznosti države, da na svoje ozemlje sprejme sorodnike priseljencev, je odvisen od položaja zadevnih oseb in javnega interesa;

---

<sup>29</sup> *Üner proti Nizozemski*, št. 46410/99 z dne 18. oktobra 2006.

<sup>30</sup> *Ibid.*, tč. 58. O pomenu in teži presoje koristi otrok v postopku presoje dopustnosti izгона iz države glej tudi zadevo *Nunez proti Norveški*, tč. 84.

<sup>31</sup> Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M.: *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. izdaja, Oxford University Press 2018, str. 554. *Gül proti Švici*, tč. 38.

<sup>32</sup> *Gül proti Švici*, tč. 38. Glej tudi druge navedene zadeve v sodbi. Prevod: Ana Samobor.

<sup>33</sup> Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M.: nav. delo, str. 311.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Zadeva *Sen proti Nizozemski*, št. 31465/96 z dne 21. decembra 2001.



- b) Uveljavljeno načelo mednarodnega prava je, da imajo države brez poseganja v svoje pogodbene obveznosti pravico nadzorovati vstop tujcev na svoje ozemlje;
- c) Na področju priseljavanja 8. člena ni mogoče razlagati tako, da državi nalaga splošno obveznost, da spoštuje izbiro poročenih parov, da prebivajo skupaj, in omogoča združitev družine na svojem ozemlju.<sup>36</sup>

ESČP pri presoji primerov združitve družine običajno ugotavlja, ali bi vpletene osebe družinsko življenje lahko učinkovito uživale tudi v kakšni drugi državi. Če okoliščine kažejo, da bi ga lahko, država praviloma ni dolžna zagotoviti vstopa sorodniku tujca ter s tem zagotoviti skupnega prebivanja na njenem ozemlju. Ta pristop, ki ga v teoriji imenujemo tudi *elsewhere approach*,<sup>37</sup> je ESČP razvilo leta 1996 v zadevah *Gül proti Švici* in *Ahmut proti Nizozemski*<sup>38</sup> ter v grobem temelji na presoji, ali je združitev družine na ozemlju zadevne države edini možni način za zagotovitev učinkovitega uresničevanja pravice do družinskega življenja.<sup>39</sup>

V zadevi *Gül proti Švici* je ESČP ugotovilo, da zavrnitev dovoljenja za vstop dvanajstletnemu fantu Ersinu, ki se je želel pridružiti družini, ki je v Švici prebivala na podlagi humanitarne vize, izdane zaradi zdravstvenega stanja matere, ne predstavlja kršitve 8. člena EKČP. ESČP je presodilo, da »glede na trajanje bivanja zakoncev Gül v Švici vrnitev v Turčijo res ne bi bila lahka, a jima, strogo gledano, nič ne preprečuje, da bi tam razvijala družinsko življenje. Ta možnost je še toliko bolj realna, ker Ersin že od nekdaj živi tam in je odraščal v kulturnem in jezikovnem okolju svoje države.«<sup>40</sup> Odločitev kaže na izjemno težo, ki jo ESČP v primerih združevanja družine pripisuje pravici države do nadzora nad vstopom in bivanjem tujcev ter strogosti presoje možnosti uživanja družinskega življenja *drugje*. Čeprav bi bila vrnitev v Turčijo za pritožnikovo družino že zaradi zdravstvenega stanja žene izjemno težavna, kljub temu da sta zakonca v Švici prebivala že osem oziroma deset let, in kljub temu da se jima je tam rodila hči, ESČP ni ugotovilo kršitve pravice do družinskega življenja.

Na podobno strogost pri presoji kaže tudi odločitev v zadevi *Ahmut proti Nizozemski*. Pritožnik, državljan Nizozemske in Maroka, je želel po smrti matere na Nizozemsko pripeljati svojega mladoletnega sina. ESČP je zapisalo, da je ločeno življenje pritožnikov posledica »zavestne odločitve prvega pritožnika, da bo živel na Nizozemskem in ne v Maroku«, da »ni ovire za njegovo vrnitev v Maroko« ter da »8. člen ne zagotavlja pravice do izbire najprimernejšega kraja za razvoj družinskega življenja.«<sup>41</sup>

V kasnejši sodni praksi je ESČP t. i. *elsewhere approach* nekoliko omililo, zlasti v primerih združevanja otrok in njihovih staršev. Zdi se namreč, da ESČP z leti vse večjo interpretativno težo pripisuje načelu največje koristi otroka in dobrobiti otrok. Prvi

<sup>36</sup> *Sen proti Nizozemski*, tč. 36. Prevod: Ana Samobor.

<sup>37</sup> Hailbronner, K., Arévalo, C.: *Family Reunification Directive 2003/86/EC, Article 1*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 312.

<sup>38</sup> Zadeva *Ahmut proti Nizozemski*, št. 73/1995/579/665 z dne 26. oktobra 1996.

<sup>39</sup> *Gül proti Švici*, tč. 39.

<sup>40</sup> *Ibid.*, tč. 42.

<sup>41</sup> *Ahmut proti Nizozemski*, tč. 70-71.

takšen primer je zadeva *Sen proti Nizozemski*, v katerem sta se na ESČP obrnila zakonca, turška državljanca, ki sta se jima na Nizozemskem rodila dva otroka, nizozemske oblasti pa so zavrnile prošnjo za združitve družine z njunim prvim otrokom, ki je ostal v Turčiji. ESČP se je pri presoji oprlo na stališča, vzpostavljena v zadevah *Gül proti Švici* in *Ahmut proti Nizozemski*, a poudarilo, da je treba pri presoji upoštevati starost vpletenih otrok, njihov položaj v izvorni državi ter stopnjo njihove odvisnosti od staršev.<sup>42</sup> Pri tem je izpostavilo, da bi se družina – za razliko od družine v zadevi *Ahmut proti Nizozemski* – v primeru selitve v Turčijo k prvemu otroku srečala z izjemno velikimi ovirami. Zapisalo je:

Prva dva prosilca [...] sta svoje zakonsko življenje vzpostavila na Nizozemskem, kjer že več let zakonito prebivata [...] in kjer se jima je leta 1990 rodil drugi otrok, leta 1994 pa še tretji. Ta dva otroka sta vedno živela na Nizozemskem, v kulturnem okolju te države in tam tudi hodila v šolo [...]. Zaradi tega imajo le malo ali nič drugih vezi razen državljanstva s svojo izvorno državo [...], zato obstajajo velike ovire za prenos družinskega življenja v Turčijo [...]. V teh okoliščinah bi bila [otrokova] selitev na Nizozemsko najprimernejši način za razvoj družinskega življenja, zlasti ker je treba zaradi njene mladosti še posebej spodbujati njeno vključitev v družinsko skupnost [...], ki je sposobna in pripravljena skrbeti zanjo. [...].<sup>43</sup>

Zdi se, da ESČP z uporabo dikcije »najprimernejši način za razvoj družinskega življenja« nekoliko odstopa od stroge presoje v starejši sodni praksi, kjer se ni spraševalo po primernosti kraja bivanja, temveč o tem, ali je bivanje v državi gostiteljici res edini način zagotavljanja družinskega življenja. Podoben pristop k presoji je razviden tudi iz zadeve *Tuquabo-Tekle proti Nizozemski*<sup>44</sup> in zadeve *Berisha proti Švici*,<sup>45</sup> ki se obe prav tako nanašata na združevanje mladoletnih otrok z družino, ki biva v državi gostiteljici.

Vsekakor pa element mladoletnosti enega izmed družinskih članov še ne vzpostavlja avtomatične pravice do združitve družine. Tako je ESČP že večkrat poudarilo, da »je otrokova korist sicer res ‚najpomembnejši‘ vidik presoje, a nikakor ne more biti odločilni element, ki bi zahteval, da država dovoli vstop in prebivanje otrok, za katere se izkaže, da bi bolje živeli v državi pogodbenici.«<sup>46</sup> Obstoj pozitivne obveznosti države, da dovoli vstop sorodnikom tujca, bo torej vselej – tudi v primeru mladoletnikov – odvisen od vseh okoliščin primera oziroma ravnovesja med nasprotujočimi si interesi.

Opisanega pristopa ESČP, ki kljub opisanim premikom sodne prakse še vedno pretežno temelji na uporabi (omiljenega) pristopa *elsewhere* ter poudarjanju pomena nadzora nad priseljevanjem, ni mogoče v celoti uporabiti za upravičence do mednarodne zaščite. Od posameznikov, ki v državi gostiteljici uživajo katerokoli izmed oblik mednarodne zaščite, namreč ni mogoče pričakovati, da bodo družinsko življenje učinkovito uživali v izvorni državi. Tako je ESČP v zadevah *Tanda-Muzinga proti Franciji* zapisalo:

---

<sup>42</sup> *Sen proti Nizozemski*, tč. 37.

<sup>43</sup> *Ibid.*, tč. 40. Prevod: Ana Samobor.

<sup>44</sup> *Tuquabo-Tekle proti Nizozemski*, št. 60665/00 z dne 1. decembra 2005.

<sup>45</sup> *Berisha proti Švici*, št. 948/12 z dne 30. julija 2013.

<sup>46</sup> *I. A. A. in ostali proti Združenemu Kraljestvu*, tč. 46.

[...] pritožnikovo družinsko življenje [je bilo] prekinjeno izključno zaradi njegove odločitve, da pobegne iz svoje izvirne države zaradi resničnega strahu pred preganjanjem v smislu Ženevske konvencije [...]. V skladu s tem [...] pritožnik ni mogel biti odgovoren za ločitev od svoje družine. Prihod njegove žene in otrok, ki so bili ob vložitvi prošnje za združitev družine stari tri, šest in trinajst let in so bili sami begunci v tretji državi, je bil tako edino sredstvo, s katerim se je lahko družinsko življenje nadaljevalo. [...] Sodišče ponovno poudarja, da je enotnost družine bistvena pravica beguncev in da je združitev družine bistven element, ki osebam, ki so pobegnile pred preganjanjem, omogoča, da ponovno zaživijo normalno življenje [...]. Poleg tega ponavlja, [...] da pridobitev takšne mednarodne zaščite dokazuje ranljivost [...] strank [...]. [...] na mednarodni in evropski ravni obstaja soglasje o tem, da morajo biti begunci deležni ugodnejšega postopka združitve družine, kot je predviden za druge tujce [...]. V tem okviru Sodišče meni, da je bilo bistveno, da nacionalni organi upoštevajo ranljivost pritožnika in njeno posebno težko osebno zgodovino, da so pozorni na njene argumente, pomembne za izid spora, da jo seznanijo z razlogi, ki preprečujejo združitev družine, in končno, da hitro odločijo o prošnjah za izdajo vizuma.<sup>47</sup>

Na drugačno presojo v primerih, ki zadevajo upravičence do mednarodne zaščite, nakazuje tudi zadeva *I. A. A. in ostali proti Združenemu Kraljestvu*. ESČP je presojalo, ali je zavrnitev vstopa petim otrokom somalijske državljanke, ki je v Združenem kraljestvu prebivala s svojim drugim možem, beguncem, v neskladju z 8. členom EKČP. Otroci so prebivali v Etiopiji, kjer je zanje skrbela teta. ESČP je odločilo, da ni večjih oziroma nepremostljivih ovir, ki bi materi preprečevale vrnitev k otrokom v Etiopijo.<sup>48</sup> Hkrati je poudarilo, da je pritožnica sicer res poročena z beguncem, a da niti ona niti njeni otroci ne izkazujejo potrebe po tovrstni zaščiti.<sup>49</sup> Zdi se, da bi bila presoja ESČP drugačna, če bi mati izkazovala potrebo po mednarodni zaščiti.

### 3. Direktiva o pravici do združitve družine

#### 3.1. Uvod: izhodišča in cilji harmonizacije pravil o združitvi družine na ravni EU

Direktiva o pravici do združitve družine je bila sprejeta septembra 2003, čeprav je zamisel o harmonizaciji pravil na tem področju bistveno starejša. Začetki pogovorov in priprave dokumentov skupnega evropskega pristopa k urejanju področja priseljevanja z namenom združitve družine segajo že v leto 1991,<sup>50</sup> pa čeprav so bile pristojnosti

<sup>47</sup> *Tanda-Muzinga proti Franciji*, št. 2260/10 z dne 10. julija 2014, tč. 74-75. Prevod: Ana Samobor.

<sup>48</sup> *I. A. A. in ostali proti Združenemu Kraljestvu*, tč. 44.

<sup>49</sup> *Ibid.*, tč. 45.

<sup>50</sup> Leta 1991 so ministri, pristojni za področje priseljevanja in azila, na zahtevo Evropskega sveta pripravili poročilo, ki je vsebovalo delovni program, ki je med drugim predvideval harmonizacijo nacionalnih politik priseljevanja z namenom združevanja družine. Leta 1993 je bila sprejeta Resolucija o harmonizaciji nacionalnih standardov združitve z družino, sicer nezavezujoč akt, ki je vseboval načela na področju priseljevanja za namen združitve z družino. Hailbronner, K., Arévalo, C.: *Family Reunification Directive*

za sprejem ukrepov na področju priseljevanja in azilne politike na EU (prej ES) prenese-  
ne šele z začetkom veljave Amsterdamske pogodbe leta 1999.<sup>51</sup> Za obravnavano vpra-  
šanje je bistven člen 61(1) PES (zdaj člen 79(2) PDEU), ki EU med drugim pooblašča za  
sprejem ukrepov v zvezi s »pogoji vstopa in prebivanja ter standardi glede postopkov  
držav članic za izdajo vizumov in dovoljenj za prebivanje za daljši čas, tudi tistih zaradi  
združitve družine«.

Potrebo po uskladitvi zakonodaj na področju sprejema in bivanja državljanov  
tretjih držav poudarjajo tudi sklepi srečanja v Tampereju leta 1999, kjer je Evropski svet  
zastavil temelje razvoja EU kot »območja svobode, varnosti in pravice«. Eden izmed  
poglavitnih ciljev, ki naj bi jim sledil evropski zakonodajalec pri pripravi sekundarnega  
prava EU na področju priseljevanja in azilne politike,<sup>52</sup> je zagotavljanje poštene obrav-  
nave državljanov tretjih držav, ki zakonito bivajo na ozemlju držav članic. Odločnejša  
politika vključevanja bi morala skladno s sklepi iz Tampereja sloneti na zagotavljanju  
pravic in obveznosti, ki bi bile primerljive s tistimi, ki jih uživajo državljani EU,<sup>53</sup> kar se-  
veda vključuje uresničevanje pravice do družinskega življenja.

Temelj snovanja DPZD je bila pravica do družinskega življenja, varovana v med-  
narodnem pravu človekovih pravic, zlasti v 8. členu EKČP.<sup>54</sup> A ta, kot smo pojasnili v  
prejšnjem razdelku tega poglavja, ne vzpostavlja samostojne pravice do združitve  
družine. To je namreč vselej mogoče omejiti za zavarovanje drugih interesov (deni-  
mo interesov državne varnosti), pri čemer država uživa široko polje proste presoje. Na  
konceptu državne suverenosti in polja proste presoje na področju nadzora nad pri-  
seljevanjem v veliki meri sloni tudi DPZD, pa čeprav stremi k čim večji harmonizaciji  
pravil na tem področju. Tako so mnoge odločitve v zvezi z obsegom in uresničevanjem  
pravice do združitve družine v imenu ohranjanja proste presoje prepuščene državam  
članicam, ki ta (odprta) vprašanja različno urejajo v nacionalnih zakonodajah. DPZD je  
v slovenski pravni red prenesena z določbami ZTuj-2, ki celovito urejajo to področje.<sup>55</sup>

Stališče, da 8. člen EKČP (in 7. člen Listine EU o temeljnih pravicah) v nekaterih oko-  
liščinah *lahko* (ni pa to nujno) vzpostavlja pozitivno obveznost države, da dovoli vstop  
in prebivanje tujcu z namenom združitve družine, je poudarilo tudi Sodišče EU v zadevi  
*Parlament proti Svetu*.<sup>56</sup> Po presoji Sodišča EU DPZD s tem, ko v določenih primerih  
državam članicam nalaga pozitivno obveznost, da dovolijo združitev družine in s tem  
ureja *pravico* do združitve družine, presega varstvo, ki ga zagotavlja pravo človekovih  
pravic.<sup>57</sup> Določbe DPZD, ki pa dopuščajo odstopanja od splošnega načela združitve

---

2003/86/EC, Article 1, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 303-305.

<sup>51</sup> Amsterdamska pogodba, OJ 1997 C349/1, 2. oktober 1997, začetek veljave: 1. maj 1999.

<sup>52</sup> T. j. sekundarnega prava EU, ki temelji na 78. in 79. členu PDEU.

<sup>53</sup> Preambula k DPZD, tč. 3.

<sup>54</sup> Pravico do zasebnega in družinskega življenja varuje tudi 7. člen Listine EU o temeljnih pravicah, ki pa  
tedaj še ni bila pravno zavezujoča.

<sup>55</sup> Glej člene 47-47.b ZTuj-2.

<sup>56</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi *Parlament proti Svetu* (C-540/03) z dne 27. junija 2006, tč. 60.

<sup>57</sup> *Ibid.*

družine,<sup>58</sup> naj tako same po sebi še ne bi posegale v pravico do družinskega življenja, temveč le ohranjale polje proste presoje držav članic.<sup>59</sup> Manevrskega prostora oziroma diskrecije, ki jim jo daje pravo EU pri urejanju nekaterih vprašanj združitve družine, države članice ne bi smele uresničevati na način, ki bi bil nezdržljiv s cilji DPZD, t. j. s cilji spodbujanja ter zagotavljanjem polnega uresničevanja pravice do združitve družine.<sup>60</sup> Vse določbe nacionalnega prava, ki omejujejo pravico do združitve družine, je tako treba razlagati ozko in v luči temeljnih načel in ciljev direktive.<sup>61</sup>

Eden izmed ciljev harmonizacije pravil držav članic za področju sprejema in bivanja tujcev z namenom združitve družine naj bi bilo tudi ustvarjanje socialne in kulturne stabilnosti. Ta naj bi olajšala vključevanje tujcev v državo gostiteljico in s tem zagotavljala ekonomsko in socialno kohezijo znotraj EU. Ta je skladno s Pogodbami tudi eden izmed temeljnih ciljev ES (EU).<sup>62</sup>

### 3.2. Področje uporabe *ratione personae* (3. člen DPZD)

#### 3.2.1. Kdaj se DPZD uporablja?

Prvi odstavek 3. člena DPZD določa, da se »direktiva [...] uporablja, če ima sponzor dovoljenje za prebivanje države članice, ki velja za obdobje enega leta ali več in ima realne možnosti, da pridobi pravico do stalnega prebivanja [...]«<sup>63</sup>

DPZD ne pojasni, kako točno gre razumeti pojem »realnih možnosti« za pridobitev pravice do stalnega prebivanja, ki jih mora izkazovati sponzor (t. j. državljan tretje države, ki zakonito prebiva v državi članici),<sup>64</sup> če želi zaprositi za združitev družine. Države članice so pojem v notranjih pravnih redih implementirale zelo različno, vsaj nekaj jasnosti pa je v množico različnih izpeljav vneslo Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o smernicah za uporabo DPZD (Smernice).<sup>65</sup> Skladno s Smernicami naj bi države članice o realnih možnosti za pridobitev dovoljenja za stalno prebivanje presojale v vsakem konkretnem primeru. Nikakor pa pojma »realne možnosti« ni dopustno razlagati tako, da bi moral imeti državljan tretje države že izpolnjene vse pogoje za pridobitev dovoljenja za stalno prebivanje – gre za namreč šele za napoved, da bodo ti pogoji najverjetneje izpolnjeni.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> Parlament je v postopku pred Sodiščem EU izpodbijal 1. odstavek 4. člena v zvezi s šestim odstavkom 4. člena ter 8. člen DPZD. Prvi dopušča, da »države članice zahtevajo, da je prošnje, ki zadevajo združitev družine za mladoletne otroke, treba predložiti pred njihovim petnajstim letom [...], drugi pa dopušča uvedbo triletno čakalne dobe od trenutka vložitve prošnje za združitev družine do izdaje dovoljenja za prebivanje.

<sup>59</sup> *Parlament proti Svetu*, tč. 60.

<sup>60</sup> *Chakroun*, tč. 43.

<sup>61</sup> Hailbronner, K., Arévalo, C.: *Family Reunification Directive 2003/86/EC*, Article 1, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 308.

<sup>62</sup> Glej Preambulo k DPZD, tč. 4.

<sup>63</sup> Poudarki dodani.

<sup>64</sup> Člen 2(1)c DPZD.

<sup>65</sup> Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o smernicah za uporabo Direktive 2003/86/ES o pravici do združitve družine, 3. 4. 2014, COM (2014) 210 final.

<sup>66</sup> *Ibid.*, str. 4.

ZTuj-2 določa, da je sponzor lahko:

- tujec, ki v Sloveniji prebiva na podlagi dovoljenja za stalno prebivanje, ali;
- tujec, ki v Sloveniji zadnji dve leti prebiva na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje ter je to dovoljenje izdano z veljavnostjo najmanj enega leta.<sup>67</sup>

»Realne možnosti« za pridobitev dovoljenja za stalno prebivanje so po slovenski zakonodaji torej izpolnjene, če je tujcu izdano dovoljenje za začasno prebivanje za najmanj eno leto in hkrati na podlagi DPZD v Sloveniji prebiva zadnji dve leti.

### 3.2.2. Kdaj se Direktiva o pravicah do združitve družine ne uporablja?

DPZD se ne uporablja, če:

- a) je sponzor prosilec za azil

DPZD s področja uporabe *ratione personae* izključuje prosilce za azil, torej tiste posameznike, ki so vložili prošnjo za status begunca, pa o njej še ni bilo odločeno. Za begunce veljajo posebna pravila za združitve družine, ki jih DPZD ureja v poglavju V ter bodo predstavljena v nadaljevanju poglavja (glej odsek 3.7. tega poglavja).

- b) sponzor uživa začasno zaščito ali zanjo zaproša

DPZD se ne uporablja za upravičence do začasne zaščite. Zanje se uporabljajo posebna pravila, ki jih določa Direktiva o začasni zaščiti razseljenih oseb in ZZZRO, s katerim je bila prenesena v slovenski pravni red. ZZZRO tako v 36. členu določa, da »imajo pravico do začasne zaščite po tem zakonu [...] tudi ožji družinski člani osebe, ki je pridobila začasno zaščito«. Ureditev, ki velja za upravičence do začasne zaščite, se pomembno razlikuje od ureditve, ki jo vzpostavlja DPZD, saj z opredelitvijo družinskih članov<sup>68</sup> vzpostavlja pravilo, da je morala družinska vez obstajati že pred pridobitvijo začasne zaščite.<sup>69</sup>

- c) sponzor uživa subsidiarno zaščito ali zanjo zaproša

DPZD se ne uporablja za upravičence do subsidiarne zaščite. Ti so bili s področja uporabe izključeni v zaključnih fazah priprave DPZD, saj naj bi odsotnost skupnega evropskega koncepta komplementarne zaščite (KD, ki je uvedla subsidiarno zaščito, tedaj še ni bila sprejeta) onemogočala harmonizacijo pravil na področju združevanja družine. Od sprejema KD dalje sicer osebe s statusom subsidiarne zaščite uživajo pravico do ohranjanja enotnosti družine (23. člen KD), a še vedno ne uživajo pravice do združitve družine po DPZD. To pomeni, da izrecne zahteve po zagotavljanju združitve družine za upravičence do subsidiarne zaščite v pravu EU ni. Kljub temu Komisija v Smernicah poudarja, da se potrebe oseb s subsidiarno zaščito ne razlikujejo od potreb beguncev ter poziva k poenotenju »paketa pravic«, ki pripadajo eni in drugi kategoriji oseb z

---

<sup>67</sup> Prvi odstavek 47. člena ZTuj-2.

<sup>68</sup> Drugi odstavek 36. člena ZZZRO.

<sup>69</sup> Iz definicije združitve družine iz člena 2(1)d DPZD pa izhaja, da ni bistveno, ali je družinska vez nastala pred ali po vstopu v državo članico.



mednarodno zaščito.<sup>70</sup> Temu stališču sledi ZTuj-2, ki pravico do združitve družine ureja tudi za osebe s priznano subsidiarno zaščito (glej 47.b člen ZTuj-2).<sup>71</sup>

d) je sponzor državljan EU

DPZD se ne uporablja za sponzorje, ki so državljani EU, in njihove družinske članke, ki so državljani tretjih držav. Zanje se namreč uporabljajo določbe prava EU o prostem pretoku oseb ter derivativnih pravicah njihovih družinskih članov.<sup>72</sup>

### 3.3. Družinski člani (4. člen DPZD)

DPZD pojem družine in družinskih članov, ki se na podlagi združitve družine lahko pridružijo sponzorju v državi članici EU, omejuje na člane nuklearne družine, t. j. na partnerja in mladoletne otroke. Hkrati DPZD dopušča, da države članice definicijo družinskih članov razširijo. Kot bo prikazano v nadaljevanju, ZTuj-2 definicijo nekoliko razširja in s tem omogoča združevanje družinskih članov onkraj nuklearne družine. DPZD istočasno državam članicam omogoča tudi uvedbo določenih dodatnih omejitev v zvezi z določenimi kategorijami družinskih članov – tudi te bodo predstavljene v nadaljevanju poglavja.

#### 3.3.1. Opredelitev družinskih članov v DPZD

DPZD v prvem odstavku 4. člena določa, da morajo države članice z namenom združitve družine dovoliti vstop in bivanje sponzorjevemu zakoncu ter njegovim mladoletnim neporočenim otrokom.<sup>73</sup> Drugi odstavek istega člena dopušča, da države članice vstop in prebivanje dovolijo tudi (a) sorodnikom sponzorja ali njegovega zakonca v prvem kolenu v ravni vrsti (t. j. staršem sponzorja ali njegovega zakonca), če jih sponzor in zakonec vzdržujeta<sup>74</sup> in v državi izvora nimajo ustrezne družinske podpore,<sup>75</sup> ter (b) odraslim neporočenim otrokom sponzorja ali njegovega zakonca, če so zaradi svojega zdravstvenega stanja objektivno nesposobni poskrbeti za svoje potrebe. Tretji

<sup>70</sup> Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o smernicah za uporabo Direktive 2003/86/ES o pravici do združitve družine, COM (2014) 210 final, 3. april 2014, str. 24-25.

<sup>71</sup> 47.b člen ZTuj-2.

<sup>72</sup> V zvezi s tem glej XVI. poglavje.

<sup>73</sup> V zvezi s pogoji za združitev sponzorja z otroki, ki so pod deljenim skrbništvom, glej celotno besedilo prvega odstavka 4. člena DPZD.

<sup>74</sup> Pojem »vzdrževanje« je avtonomen pojem prava EU. Sodišče EU je ta pojem, sicer v kontekstu Direktive 2004/38/ES (direktiva o pravici državljanov Unije do prostega gibanja), razložilo kot dejanski položaj, v katerem sponzor ali njegov zakonec družinskemu članu zagotavljata pravno, finančno, čustveno ali materialno podporo. Glej po analogiji zadeve *Lebon* (C-316/85) z dne 18. junija 1987, tč. 21-22; *Zhu in Chen* (C-200/02) z dne 9. oktobra 2004, tč. 43; *O.&S.* (C-356/11 in C-357/11) z dne 6. decembra 2012, tč. 56. Na to razlago pojma »vzdrževanje« se sklicuje tudi Komisija v Sporočilu Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o smernicah za uporabo Direktive 2003/86/ES o pravici do združitve družine, COM(2014) 210 final, 3. april 2014, str. 6.

<sup>75</sup> Pojem »ustrezne družinske podpore« po stališču Komisije ne bi smel imeti izključno materialnega pomena. Odločitev, kakšno raven družinske podpore gre šteti za ustrezno, je prepuščena državam članicam, pri čemer je treba upoštevati okoliščine vsakega konkretnega primera. Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o smernicah za uporabo Direktive 2003/86/ES o pravici do združitve družine, COM (2014) 210 final, 3. april 2014, str. 7.



odstavek daje državam članicam možnost, da opredelitev družinskih članov razširijo tudi na neporočene partnerje<sup>76</sup> ali registrirane partnerje sponzorja ter na njihove mladoletne neporočene otroke ali polnoletne neporočene otroke, ki zaradi zdravstvenega stanja niso sposobni poskrbeti za svoje potrebe.

Slovenski zakonodajalec pri implementaciji DPZD opredelitve družinskih članov sponzorja ni omejil zgolj na t. i. nuklearno družino, temveč je definicijo razširil skladno z možnostmi, ki jih dopušča DPZD. ZTuj-2 tako določa, da se za družinske člane štejejo:

- zakonec, partner v partnerski skupnosti oziroma partnerski zvezi ali partner, s katerim tujec živi v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti;
- mladoletni neporočeni otroci tujca;
- mladoletni neporočeni otroci zakonca, partnerja v partnerski skupnosti oziroma partnerski zvezi ali partnerja, s katerim tujec živi v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti;
- starši mladoletnega tujca, s katerim je pred prihodom v Republiko Slovenijo prebival v družinski skupnosti;
- polnoletni neporočeni otroci in starši tujca, zakonca, partnerja v partnerski skupnosti oziroma partnerski zvezi ali partnerja, s katerim tujec živi v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti, katere je tujec, zakonec, partner v partnerski skupnosti oziroma partnerski zvezi ali partner, s katerim tujec živi v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti po zakonu države, katere državljan je, dolžan preživljati.<sup>77</sup>

Hkrati ZTuj-2 določa, da lahko pristojni organ za družinskega člana šteje tudi drugega sorodnika tujca, če posebne okoliščine govorijo v prid združitvi družine v Republiki Sloveniji.<sup>78</sup>

### 3.3.2. Poligamija

Četrty odstavek 4. člena DPZD določa, da države članice v primeru poligamnega zakona ne smejo dovoliti združitve družine z drugim zakoncem, če sponzor že ima zakonca, s katerim prebiva na ozemlju države članice.<sup>79</sup> Prepoved izrecno zajema zgolj poligamne, ne pa tudi poliandrih zakonskih zvez, in naj bi odražala inkompatibilnost poligamnih zvez s temeljnimi načeli pravnih redov držav članic.<sup>80</sup> Izključevanje možnosti združevanja družin iz poligamnih gospodinjstev naj ne bi pomenila etične ali

---

<sup>76</sup> Neporočeni partnerji sponzorja se v smislu DPZD štejejo kot družinski člani, če je sponzor z njimi v »potrjenem trdnem dolgoročnem razmerju«. Glej tretji odstavek 4. člena DPZD.

<sup>77</sup> Tretji odstavek 47. člena ZTuj-2.

<sup>78</sup> Četrty odstavek 47. člena ZTuj-2. S tem je slovenski zakonodajalec skladno s petim odstavkom 3. člena sprejel ugodnejše določbe, kot jih določa DZPD. Nekateri teoretiki sicer zastopajo stališče, da standard ugodnejših določbe državam članicam ne dopušča širitve definicije družinskih članov onkraj tistega, kar omogoča že 4. člena DZPD. Glej npr. Hailbronner, K., Arévalo, C.: Family Reunification Directive 2003/86/EC, Article 3, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 329-331.

<sup>79</sup> ZTuj-2 to prepoved implementira v četrtem odstavku 47. člena, ki določa, da se v primeru poligamne zakonske zveze »dovoljenje za prebivanje zaradi združitve družine lahko izda in podaljšuje le enemu zakoncu«.

<sup>80</sup> Commission, Proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification, COM(1999) 638 final, 1. 12. 1999, explanations on Article 4.

pravne obsodbe poligamnih zvez kot takšnih, temveč naj bi stremela predvsem k zaščiti pravic žensk in otrok.<sup>81</sup>

Države članice *lahko* uvedejo tudi dodatne omejitve glede združevanja mladoletnih otrok sponzorja in drugega zakonca iz poligamne zakonske zveze,<sup>82</sup> pri čemer bi morala – tudi v primeru uvedbe tovrstne omejitve – središče presoje predstavljati presoja največje koristi zadevnega otroka.<sup>83</sup> Mogoče je namreč, da bo združitev z očetom (sponzorjem) v državi članici v največjo korist otroka, pa čeprav država članica zaradi omejitev v zvezi s poligamijo ne sme dovoliti vstopa otrokovi materi.<sup>84</sup>

### 3.3.3. Minimalna starost zakoncev

Skladno s petim odstavkom 4. člena DPZD države članice lahko zahtevajo, da sponzor in njegov zakonec dosežeta neko minimalno starost, ki pa ne sme biti višja od 21 let, preden se zakonec lahko pridruži sponzorju.

Po stališču Komisije je določbo dopustno uporabljati le, kadar država članica zasleduje cilja zagotavljanja boljše integracije ter preprečevanja prisilnih porok.<sup>85</sup> To pomeni, da bi morali pristojni organi upravičenost morebitne starostne omejitve presojski v vsakem konkretnem primeru. Če bi se pri presoji jasno izkazalo, da obravnavana prošnja za združitev z družino ne pomeni zlorabe, bi morale države članice dovoliti združitev zakonca in sponzorja – še zlasti na primer, kadar imata skupnega otroka.<sup>86</sup> Kot opozarja Wiesbrock, ureditev v večini držav, ki so uvedle pogoj minimalne starosti zakoncev, ne omogoča presoje vseh relevantnih faktorjev v vsakem posameznem primeru – to pa lahko vodi v nesorazmerne omejitve pravice do družinskega življenja konkretnega sponzorja in njegovega zakonca.<sup>87</sup>

### 3.3.4. Pogoj integracije ter starostna meja za vlaganje prošenj za združitev z mladoletnim otrokom

Prvi odstavek 4. člena DPZD določa, da lahko države članice, če je otrok starejši od 12 let in pripotuje neodvisno od preostale družine, pred dovolitvijo vstopa in prebivanja

<sup>81</sup> Glej Preambulo DPZD, tč. 11. Glej tudi Hailbronner, K., Arévalo, C.: Family Reunification Directive 2003/86/EC, Article 4, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 346-347.

<sup>82</sup> Četrty odstavek 4. člena DPZD.

<sup>83</sup> Peti odstavek 5. člena DPZD. Glej tudi Hailbronner, K., Arévalo, C.: Family Reunification Directive 2003/86/EC, Article 4, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 347-348.

<sup>84</sup> Commission, Proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification, COM(1999) 638 final, 1. 12. 1999, explanations on Article 4.

<sup>85</sup> Glej peti odstavek 4. člena DPZD. Po stališču Sodišča EU v zadevi *Noorzia* naj bi določitev minimalne starosti zakoncev kot pogoj za združitev družine zasledovala cilj preprečevanja prisilnih porok, saj naj bi posamezniki s starostjo pridobivali na zrelosti, kar naj bi oteževalo pritiske na posameznika, povezane s sklepanjem prisilnih porok. Zadeva *Noorzia* (C-338/13) z dne 17. julija 2014, tč. 16.

<sup>86</sup> Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o smernicah za uporabo Direktive 2003/86/ES o pravici do združitve družine, COM (2014) 210 final, 3. april 2014, str. 7-8. Prim. tudi Hailbronner, K., Arévalo, C.: Family Reunification Directive 2003/86/EC, Article 4, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 349.

<sup>87</sup> Wiesbrock, A.: The Right to Family Reunification of Third-Country Nationals under EU Law – is Directive 2003/86/EC in Compliance with the ECHR?, v: Human Rights & International Legal Discourse 5 (2011) 2, str. 155-156.

preverijo, ali otrok izpolnjuje pogoj za integracijo (na primer ustrezno znanje jezika države članice). Pogoj integracije lahko države članice preverjajo, če je to njihova zakonodaja predvidevala v trenutku začetka izvajanja DPZD (t. i. *standstill clause*) – to pomeni, da uvajanje dodatnih integracijskih zahtev po oktobru 2005 ni bilo več dopustno.

Dodatno možnost omejevanja združevanja mladoletnikov z družino državam članicam daje šesti odstavek 4. člena DPZD. Ta dopušča, da države članice zahtevajo, da je treba prošnje za združitev sponzorja z mladoletnikom vložiti pred otrokovim 15. letom. To pa seveda ne izključuje možnosti, da država članica vstop in prebivanje mladoletniku, ki je starejši od 15 let, dovoli na drugi obstoječi pravni podlagi. Tako kot zahteva po izkazovanju pogoja integracije iz prvega odstavka 4. člena je tudi ta možnost države članice omejena zgolj na pogoje, ki so bili v nacionalni zakonodaji urejeni v trenutku začetka izvajanja DPZD.<sup>88</sup>

Do obeh omenjenih možnih omejitev združevanja družine za mladoletnike se je Sodišče EU opredelilo v že omenjeni zadevi *Parlament proti Svetu*. Parlament je v tožbi zatrjeval, da obe obravnavani omejitvi, ki se nanašata na mladoletnike, prekomerno posegata v pravico do družinskega življenja.<sup>89</sup> Sodišče EU je zapisalo, da DPZD s tem, ko v določenih primerih določa obveznost države, da za namen združitve družine dovoli vstop in prebivanje družinskih članov sponzorja, presega obveznosti, ki sicer izhajajo iz pravice do družinskega življenja.<sup>90</sup> Dopustne omejitve združitve družine, ki jih omogoča DPZD (takšen je na primer tudi predpogoj integracije) zgolj ohranjajo polje proste presoje, ki ga države članice sicer uživajo na področju priseljevanja in prebivanja tujcev.<sup>91</sup> Obe možni omejitvi pravice do združitve družine za mladoletnike je po presoji Sodišča EU nujno uporabljati ob upoštevanju preostalih načel iz DPZD, zlasti načela največje koristi otroka (peti odstavek 5. člena DPZD) ter spodbujanja družinskega življenja (17. člen DPZD).<sup>92</sup>

### 3.4. Dodatne zahteve za uveljavljanje pravice do združitve družine

DPZD dopušča uvedbo dodatnih pogojev, ki jih mora za uveljavljanje pravice do združitve družine izkazovati sponzor. Skladno s 7. členom DPZD namreč države članice *lahko* zahtevajo, da sponzor izkaže izpolnjevanje pogojev, ki so lahko vezani bodisi na ekonomsko situacijo sponzorja bodisi na vprašanje integracije.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> Hailbronner, K., Arévalo, C.: Family Reunification Directive 2003/86/EC, Article 4, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 350.

<sup>89</sup> Parlament se je pri tem skliceval na pravice iz 8. člena EKČP kot del splošnih načel prava EU ter na pravice iz 7. člena (tedaj še nezavezujoče) Listine EU o temeljnih pravicah. Hkrati je parlament zatrjeval neskladje s prepovedjo diskriminacije (14. člen EKČP) ter pravicami otrok (24. člen Listine EU o temeljnih pravicah). Zadeva *Parlament proti Svetu* (C-540/03) z dne 27. junija 2006, tč. 30-39.

<sup>90</sup> *Ibid.*, tč. 59-60.

<sup>91</sup> *Ibid.*, tč. 66.

<sup>92</sup> *Ibid.*, tč. 66 in tč. 87-88.

<sup>93</sup> Na tem mestu opozarjamo na razliko med pojmom »integracija« in »asimilacija«. Integracija naj bi pomenila vključevanje tujca v okolje države gostiteljice, ki od tujca ne zahteva opustitve njegove kulture. O integraciji govorimo tudi kot o dvosmernem procesu, ki zahteva »prilagajanje« vseh deležnikov – tako tujca kot družbe, v katero se tujec želi integrirati. V zvezi s tem glej denimo Klarenbeek, L. M.: Reconceptualising »integration as a two-way process«, v: *Migration studies* 9 (2021) 3, str. 1-20.

Prvi odstavek 7. člena DPZD določa, da lahko države članice zahtevajo, da sponzor izkaže, da ima:

- a) stanovanje, ki se šteje kot normalno za primerljivo družino v enaki regiji in ki ustreza splošnim zdravstvenim in varnostnim merilom, ki veljajo v tej državi članici;
- b) zdravstveno zavarovanje za vsa tveganja, ki jih zavarovanje normalno pokrije za državljane v tej državi članici, zase in za svoje družinske člane;
- c) stalna in redna sredstva, ki zadoščajo za vzdrževanje njega in njegovih družinskih članov, ne da bi potreboval pomoč socialnega sistema te države članice. Države članice ta sredstva ocenijo glede na njihovo naravo in rednost in lahko upoštevajo raven minimalne nacionalne plače in pokojnine ter število družinskih članov.<sup>94</sup>

Drugi odstavek 7. člena DPZD določa, da *lahko* države članice zahtevajo, da državljani tretjih držav izpolnijo merila za integracijo v skladu z nacionalnim pravom. Pogoj integracije se lahko nanaša bodisi na znanje jezika bodisi na splošno znanje o družbi in kulturi v državi članici, države članice pa lahko zahtevajo, da družinski člani pogoj izpolnijo še pred prihodom.<sup>95</sup> Enako kot vse ostale določbe, ki omejujejo možnost uresničevanja pravice do združitve družine, je treba tudi to izjemo razlagati restriktivno. To pomeni, da integracijske zahteve ne smejo biti oblikovane na način, ki bi izvotlil pravico do združitve družine – pridobivanje ustreznih dokazil tako sponzorju in družinskim članom ne sme predstavljati pretiranega finančnega in organizacijskega bremena.<sup>96</sup>

Namen dodatnih pogojev naj bi bil preprečiti, da bi družinski člani postali finančno odvisni od sredstev države gostiteljice ter (tudi preko ustreznega življenjskega standarda) zagotavljati integracijo državljanov tretjih držav.<sup>97</sup> Vprašljivo je, ali ustrezen življenjski standard res doprinese k boljši integraciji sponzorja in njegovih družinskih članov – (sorazmerno) visok življenjski standard namreč sam po sebi gotovo ne preprečuje socialne izključenosti, hkrati pa morebitno odlašanje združitve družine zaradi neizpolnjevanja ekonomskih pogojev lahko prepreči možnost zgodnje integracije, še zlasti kadar gre za mladoletne otroke.<sup>98</sup>

Možnosti uvedbe dodatnih pogojev za uveljavljanje pravice do združitve družine države članice tudi po stališču Sodišča EU ne bi smele implementirati na način, ki bi nasprotoval temeljnemu cilju DPZD, t. j. spodbujanju združitve družine ter zagotavljanju učinkovitega uresničevanja te pravice.<sup>99</sup> Razlaga in implementacija možnih odstopov od splošne obveznosti dovolitve vstopa in prebivanja družinskim članom sponzorja bi morala biti tako restriktivna, pogoji pa določeni karseda jasno in določno – na način, ki zagotavlja predvidljivost ter učinkovitost uresničevanja.

<sup>94</sup> V zvezi s pogojem stalnih in rednih sredstev glej zadevo *Chakroun*.

<sup>95</sup> Glej sodbo Sodišča EU v zadevi *K in A* (C-153/14) z dne 9. julija 2015, tč. 53.

<sup>96</sup> *Ibid.*, tč. 51 in 72.

<sup>97</sup> Hailbronner, K., Klarmann, T.: *Family Reunification Directive 2003/86/EC*, Article 7, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 366.

<sup>98</sup> Wiesbrock, A.: *Legal Migration to the EU*, Brill/Nijhoff 2010, str. 521 in naslednje.

<sup>99</sup> *Chakroun*, tč. 47.

ZTuj-2 za uveljavljanje pravice do združitve družine določa dodatni pogoj stalnih in rednih sredstev in s tem implementira člen 7(1)(c) DPZD. Peti odstavek 47. člena ZTuj-2 namreč določa, da se dovoljenje za prebivanje zaradi združitve družine izda »na prošnjo tujca [...], ki mora priložiti dokazila o zadostnih sredstvih za preživljanje tistih družinskih članov, ki nameravajo prebivati v državi, pri čemer ta sredstva mesečno ne smejo biti nižja od ravni, določene za pridobitev pravice do denarne socialne pomoči v skladu z zakonom, ki ureja socialno varstvene prejemke«. V trenutku vlaganja prošnje mora torej sponzor izkazovati zgolj dodatni »ekonomski pogoj«, pogoj izpolnjevanja meril za integracijo v obliki ustreznega znanja slovenskega jezika pa se zahteva šele pri podaljševanju dovoljenja za prebivanje, izdanega z namenom združitve družine.<sup>100</sup>

### 3.5. Čakalna doba

Prvi odstavek 8. člena DPZD določa, da države članice *lahko* zahtevajo, da sponzor na njihovem ozemlju zakonito prebiva že dve leti, preden se mu lahko pridružijo družinski člani.<sup>101</sup>

Logika uvedbe čakalne dobe za uveljavljanje pravice do združitve družine naj bi bila podobna kot pri dodatnih pogojih, obravnavanih v prejšnjem razdelku poglavja. Dlje ko sponzor prebiva v državi članici, lažja naj bi bila integracija njegovih družinskih članov v tej državi članici. Povedano drugače, bolj kot je v državo članico integriran sponzor, bolj uspešno se bodo integrirali tudi njegovi družinski člani.<sup>102</sup>

Vprašljivo je, ali uvedba čakalne dobe res lahko učinkovito doprinese k doseganju cilja boljše in hitreje integracije. Že besedilo Preambule k DPZD namreč izkazuje zavedanje, da družitev družine pomaga ustvariti socialno in kulturno stabilnost, ki olajša vključevanje državljanov tretjih držav v državo članico.<sup>103</sup> Tako bi bilo mnogo bolj smiselno stremeti k čim hitrejši združitvi družine, ki bi omogočila polno uživanje pravice do družinskega življenja in s tem tudi lažjo integracijo.

O skladnosti 8. člena DPZD s pravico do družinskega življenja je Sodišče EU odločalo v že večkrat omenjeni zadevi *Parlament proti Svetu*. Presodilo je, da uvedba čakalne dobe sama po sebi še ne nasprotuje pravici do družinskega življenja, a hkrati poudarilo, da je:

---

<sup>100</sup> Peti odstavek 47. člena določa, da se »[...] Dovoljenje za prebivanje zaradi združitve družine [...] lahko na prošnjo tujca iz prvega odstavka tega člena podaljša pod enakimi pogoji, kot se izda, če polnoletni družinski član izpolnjuje pogoj znanja slovenskega jezika na vstopni ravni (A1 po Skupnem evropskem jezikovnem okviru), kar dokaže s spričevalom o uspešno opravljenem izpitu iz znanja slovenščine. [...]«.

<sup>101</sup> Skladno z drugim odstavkom 8. člena DPZD so države članice, ki so čakalne dobe ob sprejemu DPZD že poznale (t. i. *standstill clause*), lahko ohranile čakalno dobo do največ treh let, pod pogojem, da to terjajo težave sprejemnih zmogljivosti v državi članici.

<sup>102</sup> Tako tudi Sodišče EU v zadevi *Parlament proti Svetu*, tč. 98.

<sup>103</sup> Preambula k DPZD, tč. 4.

[...] trajanje bivanja v državi članici le eden od dejavnikov, ki ga mora ta med obravnavanjem prošnje upoštevati, in da čakalne dobe ni mogoče določiti, ne da bi se v konkretnih primerih upoštevali vsi [...] dejavniki. Enako velja za merilo sprejemne zmogljivosti države članice, ki je lahko eden od dejavnikov, ki se upoštevajo pri obravnavanju prošnje, vendar se ga ne sme razlagati tako, da dovoljuje kakršenkoli sistem kvot ali čakalno dobo treh let, določeno ne glede na posebne okoliščine konkretnih primerov. [...].<sup>104</sup>

ZTuj-2 je implementiral možnost čakalne dobe za uveljavljanje pravice do združitve družine. Prvi odstavek 47. člena ZTuj-2 tako določa, da se pravica do združitve družine izda »tujcu, ki prebiva v Republiki Sloveniji na podlagi dovoljenja za stalno prebivanje, in tujcu, ki v Republiki Sloveniji zadnji dve leti prebiva na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje in ima dovoljenje za začasno prebivanje izdano z veljavnostjo najmanj enega leta«.<sup>105</sup> Hkrati ZTuj-2 (smiselno) določa izjemo, kadar se želi sponzor združiti z mladoletnim neporočenim otrokom – v tem primeru ni dodatnega časovnega pogoja dolžine (zakonitega) prebivanja v Sloveniji.

### 3.6. Pravice družinskih članov

Ko je prošnji za združitev družine ugodeno, mora država članica družinskim članom dovoliti vstop na svoje ozemlje ter jim izdati ustrezno in obnovljivo dovoljenje za prebivanje. Dovoljenje za prebivanje, ki se ga izda družinskim članom, je načeloma časovno vezano na sponzorjevo dovoljenje za prebivanje,<sup>106</sup> a DPZD hkrati določa, da morajo države članice sponzorjevemu zakoncu in otroku najkasneje v petih letih omogočiti pridobitev t. i. nevezanega dovoljenja za prebivanje (t. j. dovoljenja, ki ne bo ne časovno ne vsebinsko odvisno od dovoljenja za prebivanje, na podlagi katerega v državi prebiva sponzor).<sup>107</sup> Smiselnost vezanosti dovoljenja za prebivanje na dovoljenje sponzorja namreč postane vprašljiva, ko družinski član že dlje časa prebiva v državi članici.<sup>108</sup> Enako vprašljiva oziroma problematična je vezanost dovoljenja za prebivanje v primeru posebnih okoliščin (denimo v primeru razpada družinske vezi, smrti sponzorja ali pa v primeru zlorab ter nasilja v družini) – tudi tedaj

<sup>104</sup> *Parlament proti Svetu*, tč. 99-100.

<sup>105</sup> Kljub temu da pravo EU dopušča uvedbo čakalnih dob, mora biti slovenska zakonodajna rešitev skladna z URS. V primeru, da bi US ugotovilo, da čakalne dobe pomenijo poseg v pravico do družinskega življenja, bi skladnost tega posega presojalo s pomočjo testa sorazmernosti. Presoditi bi torej moralo, ali ureditev čakalnih dob v ZTuj-2 zasleduje ustavno dopusten cilj ter ali gre za nujen, primeren ter sorazmeren ukrep za doseg tega cilja. Glede na pomisleke v zvezi s primernostjo čakalnih dob za doseganje zatrjevanega cilja boljše in hitrejše integracije je vprašljivo, ali bi poseg prestopal ustavnosodno presojo.

<sup>106</sup> DPZD določa, da so družinski člani na podlagi združitve družine upravičeni do dovoljenja za prebivanje za obdobje najmanj enega leta z možnostjo podaljšanja. Dovoljenje za prebivanje družinskih članov načeloma časovno ne presega sponzorjevega dovoljenja za prebivanje (glej 13. člen DPZD). ZTuj-2 določa, da se dovoljenje za prebivanje družinskemu članu izda za enako obdobje, kot bo veljavno dovoljenje za prebivanje sponzorja, a ne za manj kot eno leto (glej šesti odstavek 47. člena DPZD).

<sup>107</sup> Glej prvi odstavek 15. člena DPZD ter implementacijo v sedmem odstavku 47. člena ZTuj-2.

<sup>108</sup> Hailbronner, K., Klarmann, T.: *Family Reunification Directive 2003/86/EC*, Article 7, v: Hailbronner, K., Thym, D., nav. delo, str. 405-406.

je treba družinskim članom zagotoviti možnost pridobitve samostojnega dovoljenja za prebivanje.<sup>109</sup>

V državi članici so družinski člani pod enakimi pogoji kot sponzor upravičeni do:

- a) dostopa do izobraževanja;
- b) dostopa do zaposlitvene in samozaposlitvene dejavnosti;<sup>110</sup>
- c) dostopa do poklicnega usmerjanja, začetnega in nadaljnjega usposabljanja ter prekvalifikacije.<sup>111</sup>

Namen določb o pravicah, ki jih mora država članica družinskih članom zagotavljati pod enakimi pogoji kot sponzorju, je v zagotavljanju uspešne in čim hitrejše integracije državljanov tretjih držav v državi gostiteljici.<sup>112</sup>

### 3.7. Posebne določbe, ki veljajo za begunce

DPZD v poglavju V (členi 9-12) ureja poseben sklop pravil, ki se nanašajo na združevanje družin beguncev.<sup>113</sup> Kot pojasnjuje preambula k DPZD, naj bi EU s posebno ureditvijo združevanja družine za begunce priznavala posebno ranljivost njihovega položaja: razlogi, ki te posameznike silijo v beg, jim preprečujejo uživanje normalnega družinskega življenja v državi izvora.<sup>114</sup> Na tem mestu nas besedilo preambule lahko opomni na neprimernost uporabe t. i. pristopa *elsewhere* za upravičence do mednarodne zaščite, ki ga sicer pri presoji pravice do združitve družine uporablja ESČP. Kot je bilo prikazano že v razdelku 2.4. tega poglavja, je namreč pristop, ki temelji na ideji, naj tujci – če se le da – družinsko življenje uživajo »drugje«, nemogoče uporabiti za posameznike, ki se »drugam« iz razlogov varnosti ne morejo vrniti. Glede na navedene specifične, ki veljajo za združitev družine za begunce, se lahko tudi na tem mestu vprašamo, zakaj evropski zakonodajalec enakih pravil ni določil tudi za upravičence do subsidiarne zaščite (ali drugih komplementarnih statusov). Njihove možnosti uživanja družinskega življenja »drugje« se namreč ne zdijo prav nič večje od možnosti upravičencev do statusa begunca.

Poglavje V je sestavljeno pretežno iz določb, ki izključujejo uporabo nekaterih splošnih pravil o združitvi družine za begunce in s tem beguncem zagotavljajo ugodnejši režim uresničevanja pravice do družinskega življenja v državi članici. Razen drugega odstavka 9. člena DPZD, ki dopušča, da države članice uporabo poglavja V omejijo na družinska razmerja, ki so nastala pred prihodom, vse določbe poglavja V. uvajajo ugodnejše pogoje za združitev družine beguncev.<sup>115</sup> Te določbe lahko strnemo v sledeče ugotovitve:

---

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> V zvezi z dostopom družinskih članov do trga dela lahko države članice skladno z drugim in tretjim odstavkom 14. člena DPZD v notranjih zakonodajah uredijo dodatne omejitve.

<sup>111</sup> 14. člen DPZD.

<sup>112</sup> Preambula k DPZD, tč. 15.

<sup>113</sup> Pri definiciji sponzorja – begunca se 2(1)d DPZD sklicuje na ŽK. Kot smo že pojasnili, se DPZD sklicuje na definicijo begunca po ŽK, saj v trenutku njenega sprejemanja KD še ni bila v veljavi.

<sup>114</sup> Preambula k DPZD, tč. 8.

<sup>115</sup> V zvezi z implementacijo posebnih pravil za združitev družine za begunce glej 47.a člen ZTuj-2.



- za opredelitev kroga družinskih članov, ki se lahko pridružijo sponzorju – beguncu, se uporabljajo splošne določbe (4. člen DPZD) z naslednjimi izjemami:
  - beguncu se lahko pridružijo tudi polnoletni in poročeni otroci (prvi odstavek 10. člena ZPZD);
  - združitev družine se lahko dovoli tudi drugim družinskim članom, če jih begunec vzdržuje (drugi odstavek 10. člena ZPZD);
  - če je begunec mladoletnik brez spremstva, se vstop in bivanje dovoli njegovim sorodnikom v prvem kolenu v ravni črti brez preverjanja pogoja vzdrževanja s strani mladoletnega begunca ter pomanjkanja družinske podpore v državi izvora, ki ga sicer določa člen 4(2)(a) DPZD (tretji odstavek 10. člena ZPZD);
  - če je begunec mladoletnik brez spremstva in nima sorodnikov v ravni črti ali jih ni mogoče najti, države članice lahko dovolijo vstop in bivanje tudi drugemu zakonitemu skrbniku ali kateremukoli drugemu družinskemu članu mladoletnika (tretji odstavek 10. člena ZPZD).
- v postopku presoje prošnje za združitev družine se od sponzorja – begunca ne zahteva predložitve uradnih listinskih dokazov o obstoju sorodstvenega razmerja z družinskimi člani. Če begunec z njimi ne razpolaga, morajo države članice za ugotavljanje resničnosti teh razmerij uporabiti druga dokazna sredstva (11. člen DPZD);<sup>116</sup>
- države članice od sponzorja – begunca ne smejo zahtevati izpolnjevanja pogojev iz prvega odstavka 7. člena DPZD, vezanih na ekonomsko situacijo sponzorja (t. j. ustreznega stanovanja, zdravstvenega zavarovanja ter stalnih in rednih sredstev za preživljanje). Izjemoma – kadar prošnja za združitev družine ni vložena v roku treh mesecev od pridobitve statusa begunca – države članice zahtevajo tudi izpolnjevanje teh dodatnih pogojev (prvi odstavek 12. člena DPZD).
- države članice od sponzorja – begunca ne smejo zahtevati, da na njenem ozemlju zakonito prebiva določeno obdobje, preden se mu lahko pridružijo družinski člani (t. j. ne smejo uvesti čakalnih dob), kot to sicer dopušča 8. člen DPZD (drugi odstavek 12. člena DPZD).

Za mnoge begunce je pravica do združitve družine edina varna pot, po kateri lahko pridejo v države članice EU in s tem do ustrezne zaščite. V okoliščinah, v katerih je potovanje oziroma vstop na podlagi humanitarnih viz omejeno, ter v okoliščinah, v katerih letalski prevoz ni dostopen prosilcem za azil, se namreč mnogi begunci odločijo, da se bo na izjemno nevarno pot do EU podal zgolj eden izmed družinskih članov, ki se mu bodo ostali nato pridružili na podlagi pravice do združitve družine. Zatekanje k mehanizmu združitve družine dodatno osvetljuje razsežnosti, ki jih ima evropsko zapiranje dostopa do mednarodne zaščite – ne le, da begunce sili, da do Evrope prihajajo po nevarnih poteh, tudi njihove družinske člane v izvornih državah nesorazmerno dolgo pušča v izrazito nevarnih okoliščinah.

<sup>116</sup> V zvezi s splošnimi določbami o dokazovanju sorodstvenih vezi, ki veljajo za ostale sponzorje, glej drugi odstavek 5. člena DPZD.

#### 4. Sklepno o pravici do družinskega življenja in pravici do združitve družine

V poglavju smo predstavili sodno prakso ESČP s področja pravice do družinskega življenja iz 8. člena EKČP v kontekstu migracij. Pokazali smo, da je izhodišče presoje ESČP vselej suverena pravica države podpisnice, da izvaja nadzor nad vstopom in prebivanjem tujcev, ki pa se mora v določenih okoliščinah »umakniti« pravici do družinskega življenja tujcev, ki prebivajo na njenem ozemlju. Pravica do družinskega življenja tako deluje kot protiutež državnemu nadzoru nad migracijami ter državi v določenih okoliščinah bodisi preprečuje izgon tujca iz države bodisi ji nalaga pozitivno obveznost dovoliti vstop in prebivanje družinskim članom tujca. V prvem primeru govorimo o negativnih, v drugem pa o pozitivnih obveznostih države v okviru pravice do družinskega življenja.

Pravica do družinskega življenja iz 8. člena EKČP ter pripadajoča sodna praksa ESČP je bila tudi izhodišče za oblikovanje DPZD, katere cilj je harmonizacija pravil na področju pravice do združitve družine v državah članicah. Pokazali smo, da je evropski zakonodajalec pri urejanju izhajal iz ideje suverenosti držav na področju nadzora nad vstopom in prebivanjem tujcev in tako mnoga vprašanja prepustil presoji držav članic. DPZD se uporablja zgolj za državljane tretjih držav, ki zakonito prebivajo na ozemlju držav članic, in s področja uporabe izrecno izključuje denimo prosilce za azil ter državljane držav članic. Pravico do združitve družine sponzorjev – beguncev DPZD ureja v posebnem poglavju, ki uvaja ugodnejše pogoje za združitev družine ter zmanjšuje diskrecijo držav članic.

#### Priporočena literatura

González Pascual, M., Torres Pérez, A.: *The Right to Family Life in the European Union*, Routledge 2017.

Hailbronner, K., Arévalo, C., Klarmann, T.: *Family Reunification Directive 2003/86/EC*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016.

Hardy, J.: *The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals*, v: *European Journal of Migration and Law* 14 (2012), str. 439-452.

Morris, E.: *Family Reunification and Integration Policy in the EU: Where Are the Women?*, v: *Journal of International Migration and Integration* 16 (2015), str. 639-660.

Peers, S.: *EU Justice and Home Affairs Law, Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, 4. izdaja, Oxford EU Law Library 2016, Chapter 5.

Roos, C.: *The EU and Immigration Policies Cracks in the Walls of Fortress Europe?*, Palgrave Macmillan 2013, Chapter 5.

## XV.

# Pravica do zasebnega življenja in pravni položaj dlje časa bivajočih tujcev

*Samo Bardutzky*

<b>1. Razvoj pravnih jamstev v evropskem pravu človekovih pravic za tujce, ki že dlje časa živijo v državi</b>	269
1.1. Ekonomska migracija in migracija iz nekdanjih kolonij v Evropo po II. svetovni vojni, 'gastarbajterji' in druga generacija priseljencev	269
1.2. Meje varstva, ki ga nudi pravica do družinskega življenja	270
1.3. Vidiki pravice do zasebnega življenja	272
1.4. Premik k varstvu pravice do zasebnega življenja v kontekstu prebivanja tujcev v praksi ESČP	273
1.5. Izbrisani prebivalci Slovenije: Kurić in ostali proti Sloveniji	277
1.6. Okoliščine sklicevanja tujcev na pravico do zasebnega življenja	279
<b>2. Pravni položaj dlje časa živečih državljanov tretjih držav v pravu Evropske unije</b>	280
2.1. Razvoj pravnega položaja	280
2.2. Direktiva o rezidentih za daljši čas	282

### **1. Razvoj pravnih jamstev v evropskem pravu človekovih pravic za tujce, ki že dlje časa živijo v državi**

#### **1.1. Ekonomska migracija in migracija iz nekdanjih kolonij v Evropo po II. svetovni vojni, 'gastarbajterji' in druga generacija priseljencev**

Na evropski celini (in na evropsko celino) so v obdobju nekaj desetletij po koncu druge svetovne vojne potekale živahne migracije. Že v petdesetih letih prejšnjega stoletja se je začela obsežna gospodarska migracija. Države Zahodne Evrope, kot so Belgi-

ja, Francija, (Zahodna) Nemčija, so v tem času intenzivno razvijale industrijo in obnavljale infrastrukturo, delno tudi še kot odpravljanje posledic vojne. Za to so potrebovale delovno silo. Našle so jo v manj razvitih evropskih državah (Španija, Portugalska, Grčija, Italija), pozneje pa tudi v Maroku, Alžiriji, Tuniziji, Turčiji in Jugoslaviji.<sup>1</sup>

Del migracij v Evropo v drugi polovici 20. stoletja je bil povezan z osamosvajanjem (dekolonizacijo) afriških in azijskih kolonij od nadvlade nekdanjih evropskih metropol. Prebivalci kolonij, ki niso bili državljani kolonialne metropole, so se selili v Evropo – zlasti v Francijo je na primer prišlo veliko število ljudi iz Severne Afrike, denimo Alžirije, prebivalci Surinama so prihajali na Nizozemsko itn.<sup>2</sup>

Nemčija je v šestdesetih letih prejšnjega stoletja sklepala dvostranske sporazume z državami, iz katerih je lahko prišlo veliko število delavcev, zlasti za delo v industriji in na slabše plačanih, fizičnih delih. Uveljavil se je izraz »gostujoči delavec« (nem. *Gastarbeiter*), ki ga dobro poznajo tudi starejše generacije Slovencev.<sup>3</sup> Oznaka »gostujoči« se je nanašala zlasti na pričakovanje, da delavci v državi gostiteljici ne bodo ostali za vedno, temveč se bodo po nekaj letih dela vrnil v domovino.

Vendar se v posameznih življenjih migrantov stvari ne razpletejo nujno tako, kot so si to zamislili načrtovalci politik. Številni tuji delavci so ostali, na neki točki so si ustvarili družine, in otroci so odraščali v okolju države gostiteljice.<sup>4</sup> Kot smo že videli na primer v dejstvih primera *Üner*,<sup>5</sup> tudi niso več znali jezika države, iz katere so prišli njihovi starši. Večinoma je restriktivno pravo državljanstva onemogočalo, da bi prva generacija migrantov in njihovi otroci pridobili državljanstvo države gostiteljice.

V sedemdesetih letih prejšnjega stoletja se je gospodarski razvoj ustavil, zlasti v povezavi z naftno krizo (1973-74). Države Zahodne Evrope, katerih gospodarstva niso več potrebovala toliko delavcev, so se odzvala z zaostrovanjem migracijske politike,<sup>6</sup> kar je seveda pripeljalo tudi do sodnih postopkov.

## 1.2. Meje varstva, ki ga nudi pravica do družinskega življenja

V kontekstu zgoraj opisanega razvoja dogodkov lahko beremo tudi zgodbo Mohanda Beldjoudija, alžirskega državljan, ki se je rodil leta 1950 v Franciji v času, ko je bila Alžirija del Francije. Ko je postala Alžirija leta 1962 neodvisna država, je Beldjoudi postal alžirski državljan, čeprav je še naprej živel v Franciji.<sup>7</sup> V Franciji je tako odraščal in se izobraževal. Navedel je, da arabskega jezika, ki je ob osamosvojitvi v Alžiriji postal

---

<sup>1</sup> Kaya, B.: *The Changing Face of Europe – Population Flows in the 20th Century*. Prevod Margaret Campbell in Christopher Reynolds, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2002, str. 28.

<sup>2</sup> *Ibid.*, str. 25.

<sup>3</sup> Piškurič, J.: Na »začasnem« delu v Nemčiji: odnos Jugoslavije do ekonomskih izseljencev, v: *Prispevki za novejšo zgodovino*, LXI (2021) 1, str. 122, op. št. 17 na str. 125.

<sup>4</sup> Mihajlovic, S.: *Yugoslav Gastarbeiter: The Guest Who Stayed for Dinner*, v: *Northwestern Journal of International Law & Business*, 8 (1987) 1, str. 192.

<sup>5</sup> Gl. XIV. poglavje te knjige.

<sup>6</sup> Mihajlovic, S., nav. delo, str. 182.

<sup>7</sup> Zadeva *Beldjoudi proti Franciji*, št. 12083/86 z dne 26. marca 1992, tč. 9.

uradni jezik, sploh ne zna. Kasneje je s francosko državljanjo sklenil zakonsko zvezo, pri čemer otrok nista imela. Beldjoudi je v Franciji storil več kaznivih dejanj, za katera je bil obsojen, skupno je preživel v francoskih zaporih več kot sedem let.<sup>8</sup> Francija se ga je odločila deportirati z utemeljitvijo, da predstavlja nevarnost za javni red. Vse do takrat je imel Beldjoudi v Franciji urejen status in dovoljenje za prebivanje. Ker so v Franciji poleg Beldjoudijeve žene živeli tudi njegovi starši, bratje in sestre, sta zakonca pred sodiščem navedla, da so vsi njuni »družinski, kulturni, družbeni in jezikovni stiki in vezi« v Franciji.<sup>9</sup>

Pred ESČP je Beldjoudi zatrjeval, da bi predstavljala deportacija iz Francije nedopusten poseg v pravico iz 8. člena EKČP. Sodišče je Beldjoudijevo pritožbo presojalo v dveh korakih, najprej je odločalo, ali gre za poseg v to pravico, nato pa še, ali je tak poseg dopusten. Sodišče je štelo, da bi šlo pri deportaciji Mohanda Beldjoudija za poseg v pravico do *družinskega* življenja. To je precej nenavadno, saj običajno ESČP možnost (zakonskega) para, da odloči, v kateri od dveh držav bo živel, ne šteje za varovano s pravico do družinskega življenja.<sup>10</sup> V drugem koraku je odločilo, da je bil poseg nesorazmeren, tako da je šlo za kršitev pravice.<sup>11</sup> Sodišče je kratko zapisalo tudi, da mu ni bilo treba presojati morebitnega posega v pravico do *zasebnega* življenja.

Ločena mnenja k sodbi *Beldjoudi proti Franciji* pojasnijo to lakonično omembo pravice do zasebnega življenja. Posebej elokventen je bil nizozemski sodnik Martens:

V Evropi, kjer svoje otroke vzgaja že druga generacija priseljencev (in kjer skrb vzbujajoče narašča nasilna ksenofobija), je skrajni čas, da se vprašamo, ali ne bi bilo prav, da bi prepoved [izgona državljanov iz P4-3 EKČP] veljala tudi za tujce, ki so se rodili in odraščali v državi podpisnici, ali ki so se sicer, po dolgem bivanju, povsem integrirali v naše okolje (in se obenem povsem ločili od svoje države izvora). Po mojem mnenju zgolj državljanstvo osebe ne more objektivno in razumno utemeljiti razlike med tem, ali dopustimo izgon nekoga iz države, ki jo lahko v obeh primerih ta oseba imenuje 'moja država'. Tako lahko na vprašanje, ki si sem ga postavil zgoraj, brez odlašanja pritrdim. Mislim, da naraščajoče število držav članic Sveta Evrope sprejema načelo, da 'integrirani tujci' ne bi smeli biti izpostavljeni možnosti izгона, prav tako kakor ji niso izpostavljeni državljani. Izjeme od tega so lahko dopustne, če sploh, le v zelo izjemnih okoliščinah.

Moja država je ena od teh držav in od leta 1981 sodi med te države tudi Francija, ki pa tega načela ni priznavala v obdobju med 1986 in 1989. Veliko rajši bi videl, da bi bila odločitev Sodišča v tej zadevi utemeljena na načelu, ki sem ga predstavil, skupaj z ugotovitvijo, da ni bilo nobenih izjemnih okoliščin, ki bi narekovala, da od njega odstopimo. S takšno sodbo bi dosegli tisto, kar nam je spodletelo v zadevi *Moustaquim proti Belgiji* in sedaj v tej sodbi – vzpostavili bi določeno stopnjo pravne predvidljivosti. To bi bilo zlasti na tem pravnem področju nujno.

<sup>8</sup> *Ibid.*, tč. 12-13.

<sup>9</sup> *Ibid.*, tč. 71.

<sup>10</sup> Gl. XIV. poglavje te knjige o pravici do družinskega življenja.

<sup>11</sup> Zadeva *Beldjoudi proti Franciji*, tč. 79.

Ta trditev bi prispevala tudi k temu, kar je pravilno izpostavil g. Schermers, da bi odločitev sodišča – če je to mogoče – utemeljili s posegom v pravico do spoštovanja zasebnega življenja. Medtem ko niso vsi »integrirani tujci«, ki jim grozi možnosti izгона, v zakonski zvezi, pa ima vsak od njih zasebno življenje.

Po mojem mnenju je mogoče ravnati tako. Izgon nepovratno preseka vse družbene vezi med izgnano osebo in skupnostjo, v kateri živi. Mislim, da lahko za celoto teh družbenih vezi trdimo, da je del koncepta zasebnega življenja v smislu 8. člena Konvencije.<sup>12</sup>

Ko sodnik Martens opozori, da niso vsi »integrirani tujci« tudi v zakonski zvezi, se moramo zavedati ne le, da jih tudi dejstvo, da so v zakonski zvezi, ne bo nujno uvrstilo na polje varovanja pravice do družinskega življenja. Poleg samskih oseb oziroma oseb, ki si sploh niso ustvarile družine, praviloma tudi tujec v zakonski zvezi z državljanom podpisnice ne more računati na to, da bo lahko ostal v državi podpisnici, sklicujoč se na spoštovanje družinskega življenja. Na pravico do družinskega življenja se ne bodo mogli sklicevati niti denimo člani iste družine, ki bi vsi morali zapustiti državo, saj bodo lahko skupaj kot družina živeli tudi v državi izvora.

### 1.3. Vidiki pravice do zasebnega življenja

Če parafraziramo stališča sodnika Martensa: za tujce v vseh naštetih situacijah sicer morda ne moremo reči, da ne bodo mogli izvrševati pravice do družinskega življenja; vendar imajo vsi pravico do spoštovanja njihovega zasebnega življenja, za kar sodnik Martens pravi, da je koncept, ki pokriva tudi celoto družbenih vezi med posameznikom in skupnostjo. Sklicevanje na zasebno življenje je v tem kontekstu morda na prvi pogled kontraintuitivno. Ali ni zasebnost pojem, povezan z našo intimno sfero, s tistim delom našega življenja, do katerega ne dovolimo vstopiti neznanim ljudem in ki ga delimo le z našimi bližnjimi oziroma natančneje – tistimi, ki jim to sami dovolimo? Ali ni glavna naloga pravice do zasebnosti, da državi prepereči, da bi vdiral v naše domove in računalnike, nam tam prisluškovala, brala našo elektronsko pošto in sporočila? Ali ni smisel ustavnega varovanja pravice do zasebnosti predvsem v tem, da policist, ki nas ustavi na ulici, ne more kar tako zahtevati, da izpraznimo žepo na pokrov policijskega avtomobila, mu povemo, kje smo bili in pokažemo slike, ki smo jih poslali z našega telefona?

Medtem ko je to gotovo pomemben del ustavnopravnega varovanja zasebnosti, ima ta pravica še drug pomemben vidik. Njen pomen presega zgolj vprašanja migracijskega prava. Ko je ESČP v zadevi *Dudgeon proti Združenemu kraljestvu* štel, da je kazenskoppravna prepoved določenih homoseksualnih spolnih dejanj nedopusten poseg v zasebno življenje pritožnika, je morda na videz preperečilo le, da bi državni organi »vohljali po naših spalnicah«.<sup>13</sup> Dejansko pa je in to v luči pomislekov države o varovanju javne morale povečalo svobodo vsakogar od nas, da se odloči, kako bo živel, s kom

---

<sup>12</sup> Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Martensa k sodbi v zadevi *Beldjoudi proti Franciji* (prevod S. B.).

<sup>13</sup> Zadeva *Dudgeon proti Združenemu kraljestvu*, št. 7525/76 z dne 22. oktobra 1981.

bo vstopil v življenjsko skupnost itd. Če ne drugače, tako da je poskrbelo, da osebe, ki izkazujejo naklonjenost pripadnikom istega spola, niso samodejno osumljene, da se v intimi svoje spalnice spuščajo v prepovedana spolna dejanja. Ne gre (zgolj) za varovanje intimne sfere; gre tudi za avtonomijo posameznika, ki se sam odloča o tem, kako bo živel svoje življenje.<sup>14</sup> V številnih odločitvah je sodišče tudi možnost izvrševati določen poklic štelo za varovano s pravico do spoštovanja zasebnega življenja.<sup>15</sup> Gre za »pravico posameznika, da vzpostavi in oblikuje odnose z drugimi ljudmi, vključno z odnosi poklicnega ali poslovnega značaja«.<sup>16</sup>

Gre za vidik pravice do zasebnega življenja, ki presega zaščito intimne sfere posameznika. Varuje njegove odločitve glede na to, kako bo živel, s kom se bo družil, kaj bo delal itn.<sup>17</sup> Imenujemo ga lahko vidik odločevalne avtonomije posameznika. Ker varuje naše odločitve o tem, kako bomo oblikovali svoje življenje, logično tudi preprečuje državi, da bi vanje grobo posegla in jih (denimo z deportacijo v drugo državo) nepopravljivo odpravila.

#### 1.4. Premik k varstvu pravice do zasebnega življenja v kontekstu prebivanja tujcev v praksi ESČP

##### 1.4.1. Slivenko proti Latviji

Zamisli, kot je bila tista sodnika Martensa o varstvu zasebnega življenja tujcev, je ESČP sprejelo šele leta 2003, ko je odločilo v zadevi *Slivenko proti Latviji*.<sup>18</sup> Ta zadeva ima zelo specifičen in pomemben zgodovinski in politični kontekst. Tri baltske države (Latvija, Estonija in Litva) so bile od sovjetske okupacije leta 1940 pa do ponovne pridobitve neodvisnosti leta 1991 del Zveze sovjetskih socialističnih republik (ZSSR).<sup>19</sup> Na njihovem ozemlju je bivalo veliko število ljudi, ki so se po okupaciji priselili iz drugih delov ZSSR, med drugim tudi pripadniki armade ZSSR. Po ponovni vzpostavitvi neodvisnosti Latvije je ta država sprejela ureditev, po kateri so bili državljani Latvije le tiste

<sup>14</sup> Podobno lahko trdimo za sodbo Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Roe proti Wade* (Vrhovno sodišče ZDA, zadeva *Roe proti Wade* (1973), št. 410 U.S. 113 (1973)), ki ji sicer Vrhovno sodišče l. 2022 odvzelo status vodilnega precedensa (Vrhovno sodišče ZDA, zadeva *Dobbs proti Jackson Women's Health Organization* (2022), št. 597 U.S. \_\_\_\_ (2022)). Opirajoč se na pravico do zasebnosti, ki izhaja po stališču Vrhovnega sodišča ZDA iz štirinajstega amandmaja k Ustavi ZDA, je sodišče zveznim državam preprečilo, da bi prepovedale abortus (razen v določenih situacijah). S tem sodišče ni poskrbelo le, da država ne more volhpati po ginekoloških ordinacijah, kjer potekajo medicinski posegi v kontekstu zaupnega odnosa med zdravstvenim osebjem in pacientko, temveč je povečalo tudi avtonomijo ženske, da se odloči, ali bo imela otroke - odločitve, ki pomembno določijo tok njenega življenja.

<sup>15</sup> Zadeva *Oleksandr Volkov proti Ukrajini*, št. 21722/11 z dne 9. aprila 2013; Zadeva *Şahin Kuş proti Turčiji*, št. 33160/04 z dne 7. junija 2016.

<sup>16</sup> Zadeva *Oleksandr Volkov proti Ukrajini*, tč. 165.

<sup>17</sup> Ta vidik zasebnosti je lahko tesno povezan z drugimi pravicami, denimo svobodo izražanja. Gl. tudi Odločbo US RS, št. U-I-299/94 z dne 13 aprila 1995.

<sup>18</sup> Zadeva *Slivenko proti Latviji*, št. 48321/99 z dne 9. oktobra 2003. V vmesnem času zasledimo sodbe ESČP, v katerih omenja »družinsko in zasebno življenje« v isti sapi, gl. npr. *Dalia proti Franciji*, št. 154/1996/773/974 z dne 19. februarja 1998.

<sup>19</sup> <[www.britannica.com/place/Baltic-states/Independence-and-the-20th-century](http://www.britannica.com/place/Baltic-states/Independence-and-the-20th-century)>.



osebe, ki so imele latvijsko državljanstvo že pred okupacijo in njihovi potomci.<sup>20</sup> Tako osebe, ki so se v Latvijo priselile iz drugih držav, nastalih po razpadu ZSSR, niso postale latvijski državljani, lahko pa so ostali v Latviji kot stalni prebivalci.<sup>21</sup> Leta 1994 je bil sprejet mednarodni dogovor o umiku pripadnikov armade ZSSR (in njihovih družin) z latvijskega ozemlja.<sup>22</sup>

Na ESČP sta se obrnili mati in hči, Tatjana in Karina Slivenko, etnični Rusinji. Tatjana Slivenko se je rodila v Estoniji, v Latvijo je prišla kot dojenček, saj so tja napotili njenega očeta, častnika armade ZSSR.<sup>23</sup> Tudi Tatjanin mož Nikolaj je bil častnik armade ZSSR, leta 1981 se jima je (na ozemlju Latvije) rodila hči Karina.<sup>24</sup> Nikolaj Slivenko je Latvijo zapustil v skladu s prej omenjenim mednarodnim dogovorom. Tatjana in Karina Slivenko, ki sta ostali v Latviji, pa sta bili takoj osebi brez državljanstva in sta državljanstvo Rusije pridobili šele l. 2001.<sup>25</sup> Med pritožnicama in Latvijo je nastal spor, ali lahko v Latviji bivata kot stalni prebivalci oziroma ali se morata kot družinski članici pripadnika armade iz Latvije izseliti. Po več poskusih latvijskih organov, da bi pritožnici odstranili iz Latvije,<sup>26</sup> sta se sami preselili v Rusijo v letu 1999.<sup>27</sup> Do leta 2001 jima Latvija sploh ni dovolila vstopa, tako da nista mogli obiskati niti hudo bolnih Tatjaninih staršev. Pozneje sta lahko pridobili vizum za vstop, tako da sta lahko vsako leto v Latviji preživeli največ 90 dni.<sup>28</sup>

ESČP je presojo, ali je šlo pri odstranitvi Tatjane in Karine Slivenko za poseg v pravico iz 8. člena EKČP, razlagalo takole:

94. V sodni praksi na podlagi Konvencije, ki se nanaša na ukrepe odstranitve in predaje, je bil poudarek dosledno na vidiku 'družinskega življenja', ki se ga je razlagalo tako, da zajema dejansko 'družinsko življenje', ki ga na ozemlju države podpisnice vzpostavijo tujci, ki tam zakonito prebivajo, obenem pa se je razlagalo tako, da je 'družinsko življenje' običajno omejeno na jedrno družino. [...] Sodišče je zavzelo tudi stališče, da Konvencija pravice vzpostaviti družinsko življenje v določeni državi ne varuje same po sebi [Veliki Senat se tu sklicuje na zadeve *Abdulaziz, Cabales in Balkandali proti Združenemu kraljestvu, Gül proti Švici* in *Boultif proti Švici*].

95. Sodišče nadalje ugotavlja, da je v sodni praksi dosledno obravnavalo izgon dlje časa bivajočih prebivalcev v sklopu "zasebnega življenja" kot tudi "družinskega življenja" in tu do neke mere upoštevalo stopnjo družbene integriranosti prizadetih oseb. [...]

96. Kar se tiče dejstev zadeve pred nami, je [Tatjana Slivenko] v Latvijo prišla leta 1959, ko je bila stara le en mesec. Do leta 1999, ko je bila stara štirideset let, je živela v Latviji. Tam je obiskovala šolo, se zaposlila in sklenila zakonsko zvezo. [Karina Slivenko] se je rodila v

---

<sup>20</sup> Zadeva *Slivenko proti Latviji*, tč. 51.

<sup>21</sup> *Ibid.*, tč. 50.

<sup>22</sup> *Ibid.*, tč. 22, 64-67.

<sup>23</sup> *Ibid.*, tč. 15.

<sup>24</sup> *Ibid.*, tč. 16.

<sup>25</sup> *Ibid.*, tč. 46.

<sup>26</sup> *Ibid.*, tč. 31-45.

<sup>27</sup> *Ibid.*, tč. 46.

<sup>28</sup> *Ibid.*, tč. 47.

Latviji leta 1981 in tam živela do osemnajstega leta, ko je morala skupaj z materjo državo zapustiti takoj po tem, ko je zaključila srednjo šolo. [...] Nesporno je, da sta pritožnici Latvijo zapustili proti svoji volji, to je bila posledica neuspešnih postopkov za ugotovitev zakonitosti njunega prebivanja v Latviji. Tako sta bili odstranjeni iz države, kjer sta v neprekinjenem obdobju od rojstva razvili omrežje osebnih, družabnih in gospodarskih odnosov, ki sestavljajo zasebno življenje vsakega človeškega bitja. (ang. *'network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being'*). Poleg tega je bila posledica odstranitve, da sta izgubili stanovanje, v katerem sta živeli v Rigi. [...] V teh okoliščinah lahko Sodišče ugotovi le, da je predstavljala odstranitev pritožnic iz Latvije poseg v njuno 'zasebno življenje v smislu prvega odstavka 8. člena Konvencije'.

97. Nasprotno, čeprav sta pritožnici očitno v Latviji uživali vzpostavljeno 'družinsko življenje', izpodbijani ukrepi odstranitve niso bili usmerjeni v razdelitev družine (ang. *breaking up the family*) niti niso imeli učinka razdelitve družine. Latvijske oblasti so namreč deportirale družino (Nikolaja, Tatjano in Karino), v okviru latvijsko-ruske pogodbe o umiku ruskih čet. Z ozirom na zgoraj omenjeno prakso Sodišča je jasno, da Konvencija ne varuje upravičenja izbrati, v kateri od dveh držav – Latviji ali Rusiji – bodo nadaljevali ali ponovno vzpostavili družinsko življenje. Nadalje, pritožnici se nista mogli opreti na 'družinsko življenje' v razmerju do ostarelih staršev prve pritožnice, odraslih oseb, ki niso pripadale jedrni družini in za katere Sodišče ni ugotovilo, da bi bili odvisni članici družine pritožnic, saj pritožnice teh trditvev nista v zadostni meri dokazali. Ne glede na to pa je posledica izpodbijanih ukrepov na družinsko življenje pritožnic – predvsem prisilna odstranitev družinske enote v Rusko federacijo – pomemben dejavnik za presojo Sodišča po 8. členu Konvencije. Sodišče bo prav tako upoštevalo vezi pritožnic s starši prve pritožnice (starimi starši) v okviru 'zasebnega življenja' pritožnic v smislu prvega odstavka 8. člena Konvencije.<sup>29</sup>

#### 1.4.2. Avtonomno varstvo pravice do zasebnega življenja v kontekstu tujcev

Zadnja točka sodbe, ki smo jo predstavili, jedrnato pokaže nekaj situacij, v katerih opiranje oseb, ki jim je kršena pravica iz 8. člena, na 'družinsko življenje' praviloma ni možno, bo pa po sodni praksi, kot jo je ESČP razvilo v *Slivenko proti Latviji*, prišlo v poštev sklicevanje na pravico do zasebnega življenja, na primer kadar družinske vezi presegajo jedro družino ali kadar bi se morala v drugo državo preseliti celotna družinska enota. K temu lahko dodamo, kot smo omenili že prej, osebo, ki si družine sploh ni ustvarila. Daniel Thym tako upravičeno pravi, da uživa po sodbi v zadevi *Slivenko* »avtonomno zaščito prava človekovih pravic, ki je neodvisna od družinske situacije«. <sup>30</sup>

Ker študiramo pravo migracij, se nam lahko upravičeno postavi vprašanje: Ali lahko o Mohandu Beldjoudiju ter o Tatjani in Karini Slivenko sploh govorimo kot o 'migrantih'? Mohand Beldjoudi in Karina Slivenko sta se rodila in celo življenje živela v državi, ki ju je želela odstraniti drugam (Beldjoudija v državo njegovega državljanstva, Kari-

<sup>29</sup> Zadeva *Slivenko proti Latviji*, prevod S. B.

<sup>30</sup> Thym, D.: *Residence as de facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under Article 8 ECHR*, v: Rubio-Marin, R.: *Human Rights and Immigration*. Oxford Academic 2014, str. 115.

no Slivenko pa niti v to ne). Seveda bo v takšnih primerih toliko lažje dokazati obstoj omrežja osebnih, družbenih in drugih vezi z okoljem, v katerih živi tujec. Vendar pa je pomembno dejstvo, da lahko tako omrežje vezi v določenem daljšem obdobju prebivanja v državi gostiteljici vzpostavi vsak tujec.

Vsaj v pravu človekovih pravic namreč ni mogoče vzpostaviti točno določene časovne meje, temveč bodo morali državni organi (na koncu pa sodišča) v individualnem primeru oceniti, kako močan je – na eni strani – poseg v pravico do zasebnega življenja, na drugi strani pa, kako dobro je utemeljen razlog države, da želi tujca odstraniti. Lahko, da bo šlo za situacije, kot smo jih že spoznali v kontekstu pravice do družinskega življenja (nenazadnje tudi v zadevi *Beldjoudi*), kjer lahko predstavlja tujec nevarnost za javni red, ker izvršuje kazniva dejanja. V zadevi *Slivenko* pa se je Latvija sklicevala na zaščito nacionalne varnosti kot na legitimen cilj, ki ga zasleduje, saj so ruski oziroma nekdanji sovjetski vojaki na njenem ozemlju posledica okupacije države, in ESČP je to sprejelo.<sup>31</sup> Da gre za kršitev 8. člena EKČP, je sodišče ugotovilo zato, ker ukrep ni bil sorazmeren.

Točno določeno časovno mejo, po kateri štejemo, da je nekdo v državi dovolj dolgo, da je treba njegov pravni status dodatno zavarovati, da ne bi bil izpostavljen tveganju, da država prekine njegove vezi z lokalno skupnostjo, lahko določi kvečjemu zakonodajalec: primer tega sta tako ureditev dovoljenja za stalno prebivanje po slovenskem ZTuj-2<sup>32</sup> kot tudi pravila o pogojih za pridobitev statusa rezidenta za daljši čas v direktivi EU, ki jo bomo obravnavali v nadaljevanju poglavja.

#### 1.4.3. Velike politične spremembe in pravica do zasebnega življenja tujcev

Opaziti pa se da še nekaj. Kljub temu, da se je tudi Mohand Beldjoudi rodil v državi, ki bi jo moral nato prisilno zapustiti, in kljub temu, da so se vmes zgodile velike politične spremembe (neodvisnost Alžirije), ki so imele resne posledice za njegov pravni položaj, pa je situacija Karine in Tatjane Slivenko za odtonek drugačna. Njuna zgodba se je namreč odvila v okviru enega najpomembnejših zgodovinskih dogodkov 20. stoletja: razpada največje države na svetu – ZSSR.<sup>33</sup> Razpad federalne države logično pomeni, prvič, da preneha obstajati tudi državljanstvo te države in drugič, da nastanejo nove države (oziroma se ponovno vzpostavi njihova državnost in suverenost). Kot smo omenili v uvodnem poglavju, je običajen korak novonastale države, da s postavitvijo pravil o državljanstvu določi, kdo so tisti ljudje, ki imajo z njo posebno močno pravno vez.<sup>34</sup> Tako sta se Tatjana in Karina Slivenko, ki sta ob rojstvu postali državljanke ZSSR, preko dogodkov, na katere nista imeli nobenega vpliva (nikamor se nista fizično premaknili, nobenega postopka nista sprožili), znašli brez državljanstva, zaradi mednarodnega dogovora med

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, str. 110-112.

<sup>32</sup> Gl. XII. poglavje te knjige.

<sup>33</sup> V preambuli k enemu od t.i. Beloveških sporazumov so voditelji Rusije, Ukrajine in Belorusije preprosto razglasili, da je ZSSR prenehala obstajati kot subjekt mednarodnega prava in kot geopolitično dejstvo. Svet Evrope, Agreements establishing the Commonwealth of Independent States, Strasbourg z dne 8. septembra 1994, št. CDL (94) 54. <[www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(1994\)054-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(1994)054-e)>.

<sup>34</sup> Prvo poglavje, sprotna opomba in besedilo k sprotni opombi.

Latvijo in Rusijo, ki ga je bilo treba sprejeti zaradi razpada države, pa tudi nista imeli pravice ostati v Latviji. Zdi se, da številne usode »integriranih tujcev druge generacije«, o katerih je v svojem ločenem mnenju pisal sodnik Martens, niso imele moči, da bi obrnile tudi smer prakse ESČP in privedle do avtonomnega varstva dalj časa bivajočih tujcev v okviru pravice do zasebnega življenja, temveč so takšno moč imeli šele tovrstni tektonski premiki na političnem zemljevidu Evrope konec 20. stoletja.<sup>35</sup>

## 1.5. Izbrisani prebivalci Slovenije: *Kurić in ostali proti Sloveniji*

### 1.5.1. Pravni kontekst izbrisa

ZSSR ni edina federacija v Evropi, ki je razpadla konec 20. stoletja. To se je zgodilo tudi državi, v kateri smo do leta 1991 živeli Slovenci: Socialistični federativni republiki Jugoslaviji (SFRJ). SFRJ je sestavljalo šest konstitutivnih enot, republik – ena od njih je bila tudi (Socialistična) Republika Slovenija (SRS). Izhodišče jugoslovanskega prava državljanstva je bilo, da ima vsak državljan SFRJ tudi državljanstvo ene od republik ('zvezno državljanstvo' in 'republiško državljanstvo'). Ob razglasitvi neodvisnosti in samostojnosti Slovenije postavljena pravila o državljanstvu nove države so sledila temu konceptu: osebe s slovenskim republiškim državljanstvom so samodejno pridobile državljanstvo nove države.<sup>36</sup> Državljanji drugih republik (Hrvaške, Bosne in Hercegovine, Srbije, Črne Gore in Makedonije), ki so imeli v Sloveniji prijavljeno stalno prebivališče, pa so lahko pridobili državljanstvo nove države, če so zanj zaprosili v roku šestih mesecev.<sup>37</sup> Veliko jih je to storilo in upravni organi so prošnje ugodili; nekaterim so prošnje zavrnil, s čimer so postali tujci.<sup>38</sup> Nekateri so narobe razumeli določbe slovenske zakonodaje in so živeli v prepričanju, da bodo samodejno dobili slovensko državljanstvo.<sup>39</sup> Nekateri za slovensko državljanstvo niso zaprosili, bodisi zato, ker niso mogli (pravočasno) pridobiti ustrezne dokumentacije iz katere od drugih republik,<sup>40</sup> ali pa preprosto zato, ker so (povsem legitimno) želeli ohraniti oziroma pridobiti državljanstvo druge države, nastale na področju bivše Jugoslavije, v Sloveniji pa ostati kot tujci s prijavljenim stalnim prebivališčem.

Ko se je izteklo prehodno obdobje v takrat veljavnem Zakonu o tujcih, so občinski organi (ki so opravljali upravne naloge iz državne pristojnosti) izbrisali osebe, ki niso

<sup>35</sup> Bardutzky, S.: Državljanji, ujeti v Brexit, Evropska konvencija o človekovih pravicah in politični konstitucionalizem, v: Žgur, M., in drugi: Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: liber amicorum Ciril Ribičič. Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor 2017, str. 139-153.

<sup>36</sup> 39. člen Zakona o državljanstvu RS (ZDRS), sprejetega junija 1991, Ur. l. RS, št. 1/91-I.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 40. člen.

<sup>38</sup> Zadeva *Kurić in ostali proti Sloveniji*, št. 26828/06 z dne 13. julija 2010, tč. 38.

<sup>39</sup> Tak je bil primer ene od pritožnic, Ljubenke Ristanović (tč. 141 v zadevi *Kurić in ostali proti Sloveniji*, št. 26828/06 z dne 13. julija 2010). To je navedel tudi pritožnik Milan Makuc, ki se je boril v slovenski Teritorialni obrambi (tč. 71). Gl. tudi Lipovec Čebtron U., Zorn J.: Zgodbe izbrisanih prebivalcev. Založba Sanje, d.o.o., Ljubljana 2011, str. 18.

<sup>40</sup> Tak je bil primer pritožnikov Jovana Jovanovića (tč. 105 v zadevi *Kurić in ostali proti Sloveniji*) in Zorana Minića (tč. 181) v zadevi *Makuc in ostali proti Sloveniji*. V postopku pred ESČP je Slovenija zatrjevala, da ob vložitvi vloge ni bilo potrebno predložiti nobenih dokazil, pritožniki pa, da se je to v praksi zahtevalo (tč. 36).

pridobile državljanstva RS, iz upravnega registra stalnih prebivalcev in jih prenesle v register tujcev brez dovoljenja za bivanje. Izbris se je zgodil 26. februarja 1991 ali v dneh za tem.<sup>41</sup> Sedemindvajsetega februarja 1991 je Ministrstvo za notranje zadeve poslalo občinskim organom navodila za izvajanje Zakona o tujcih in opozorilo, da bo potrebno urediti pravni status oseb, za katere velja Zakon o tujcih ter da pričakuje, da bo prišlo do težav pri osebah iz drugih republik SFRJ, ki niso vložile prošnje za državljanstvo. Navodilo je bilo tudi, da bodo dokumenti teh oseb, četudi so jih izdali slovenski organi in so bili še veljavni, postali neveljavni *ex lege*. Nekatero osebo bodo morale Slovenijo zapustiti.<sup>42</sup>

### 1.5.2. Brutalne posledice izbrisa

Navaja se, da je bilo izbranih 25.671 ljudi,<sup>43</sup> več kot en odstotek vseh prebivalcev Slovenije. Številnim je izbris spremenil življenje v nočno moro. Izgubili so zaposlitev, saj kot tujci brez urejenega pravnega statusa niso imeli dovoljenja za delo, tako da so se morali preživljati z delom na črno,<sup>44</sup> izgubili so dostop do zdravstvenega varstva, otroci do izobraževalnih programov,<sup>45</sup> številne je iz Slovenije odstranila policija, ko so pri rutinski kontroli ugotovili, da nimajo dokumentov.<sup>46</sup> Skladno z navodilom Ministrstva za notranje zadeve so namreč izbranim, ki so si poskusili urediti status, upravni organi odvzeli in uničili osebne izkaznice in potne liste.

Ustavno sodišče je leta 1999, sedem let po izbrisu, ugotovilo, da je bil Zakon o tujcih v neskladju z ustavo, ker ni določal »pogojev za pridobitev dovoljenja za stalno prebivanje oseb iz drugega odstavka 81. člena po preteku roka, v katerem bi lahko zaprosile za sprejem v državljanstvo Republike Slovenije, če tega niso storile, ali po dnevu, ko je postala odločba o nesprejemu v državljanstvo Republike Slovenije dokončna.«<sup>47</sup> Merilo presoje je bilo načelo pravne države - varstvo zaupanja v pravo. Ugotovilo je tudi, da »ne bi smeli pristojni organi opraviti prenosa teh oseb iz obstoječega registra stalnega prebivalstva v evidenco tujcev po uradni dolžnosti, brez vsake odločbe ali obvestila prizadeti osebi. Za tako ravnanje niso imeli zakonske podlage.«<sup>48</sup>

---

<sup>41</sup> Zadeva *Kurić in ostali proti Sloveniji*, št. 26828/06 z dne 13. julija 2010, tč. 39.

<sup>42</sup> *Ibid.*, tč. 40.

<sup>43</sup> Kogovšek, N., in drugi: *Brazgotine izbrisa, prispevek h kritičnemu razumevanju izbrisa iz registra stalnega prebivalstva Republike Slovenije*. Mirovni inštitut, Ljubljana 2010, str. 9.

<sup>44</sup> *Ibid.*, str. 88.

<sup>45</sup> *Ibid.*, str. 122.

<sup>46</sup> Pričevanja žrtev izbrisa, ki opisujejo še kršitve številnih drugih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, je zbrala Neža Kogovšek Šalamon v: Kogovšek, N., in drugi: *Brazgotine izbrisa, prispevek h kritičnemu razumevanju izbrisa iz registra stalnega prebivalstva Republike Slovenije*. Mirovni inštitut, Ljubljana 2010. Glej tudi: <[www.mladina.si/49747/zgodba-o-pravni-drzavi/](http://www.mladina.si/49747/zgodba-o-pravni-drzavi/)>.

<sup>47</sup> Odločba US RS, št. U-I-284/94 z dne 4. februarja 1999.

<sup>48</sup> *Ibid.*, tč. 14.

### 1.5.3. Odločitev ESČP: presoja z vidika pravice do zasebnega in družinskega življenja

S to ugotovitvijo Ustavnega sodišča se je šele začela dolgotrajna in boleča pot do tega, da so izbrisane osebe lahko spet dobile pravico stalno prebivati v Sloveniji, še dlje pa se vlečejo poskusi, da bi izbrisanim za trpljenje, ki jim ga je povzročil protistaven ukrep brez zakonske podlage, zagotovili odškodnine. Slovenija je v postopku pred ESČP na drugi stopnji, torej pred Velikim senatom, poskušala doseči, da bi ESČP pritožnikom odvzelo status žrtve kršitve konvencijskih pravic, saj so bila v vmesnem času vsem pritožnikom izdana ustrezna dovoljenja, a jo je Veliki senat zavrnil z argumentom:

Veliki senat ugotavlja, da je ena od značilnosti te zadeve široko razširjen problem spoštovanja človekovih pravic (ang. *widespread human rights concern*), ki jih je ustvaril 'izbris'. Nadalje je ta situacija za večino pritožnikov trajala skoraj dvajset let, in to ne glede na vodilne odločitve slovenskega ustavnega sodišča, ki tudi niso bile izvršene več kot desetletje [...]. Z upoštevanjem dolgega obdobja, v katerem so pritožniki živeli v negotovosti in brez pravne predvidljivosti, Veliki senat za razliko od Senata [tretje sekcije] šteje, da priznanje kršitev človekovih pravic [s strani slovenskih državnih organov] in izdaja dovoljenj za stalno prebivanje [pritožnikom] ne predstavlja 'primerne' in 'zadostne' ukrepa za odpravo kršitev na nacionalni ravni [...].<sup>49</sup>

ESČP<sup>50</sup> je pri presoji, ali je šlo za poseg v pravico do družinskega življenja, ponovilo stališče iz svoje prakse o pravici vzpostaviti in razviti odnose z drugimi ljudmi in zunanjim svetom, ki jo varuje prvi odstavek 8. člena EKČP. Ne glede na to, ali so posamezni pritožniki v Sloveniji uživali družinsko življenje ali pa 'le' zasebno življenje, predstavlja izgon oziroma odstranitev »integriranega migranta« (ang. *settled migrant*) poseg v pravico iz 8. člena. Sodišču se tako ni bilo treba posebej ukvarjati z vprašanjem, ali gre za poseg v 'zasebno' ali 'družinsko življenje'.<sup>51</sup> Posebej je poudarilo, da tudi če Konvencija izrecno ne varuje pravice do pridobitve državljanstva, gre upoštevati, da je samovoljna preprečitev pridobitve državljanstva lahko dejavnik posega v pravico do zasebnega življenja.<sup>52</sup>

### 1.6. Okoliščine sklicevanja tujcev na pravico do zasebnega življenja

Že zadeva *Slivenko* nam pokaže, da sklicevanje na pravico do zasebnega življenja, da bi se tujca zavarovalo pred odstranitvijo ali izgonom, ni nujno omejeno na situacije, ko je tujec živel v državi podpisnici z urejenim pravnim statusom, potem pa bi se okoliščine spremenile. Tudi v drugi latvijski zadevi, *Sisojeva proti Latviji*<sup>53</sup>, je šlo za pritožnike, ki niso imeli dovoljenja za bivanje v Latviji, a bi v primeru odstranitve vseeno šlo za nedopusten poseg

<sup>49</sup> Sodba Velikega Senata ESČP v zadevi *Kurić in ostali proti Sloveniji*, št. 26828/06 z dne 26. junija 2012, tč. 267.

<sup>50</sup> Sodba Senata ESČP v zadevi *Kurić in ostali proti Sloveniji*. Sodba Velikega Senata (z dne 26. junija 2012) pa je te ugotovitve potrdila (tč. 339).

<sup>51</sup> Sodba Senata ESČP v zadevi *Kurić in ostali proti Sloveniji*, tč. 352.

<sup>52</sup> *Ibid.*, tč. 353.

<sup>53</sup> Sodba ESČP v zadevi *Sisojeva proti Latviji*, št. 60654/00 z dne 15. januarja 2007.



v njihovo zasebno življenje. To je logično: omrežje družbenih, osebnih in gospodarskih vezi z okoljem, v katerem biva tujec, je stvar dejstev, ne pa pravnega statusa. Tujci ali migranti te vezi spletejo tudi, če nimajo dovoljenja za bivanje, saj so vseeno v stikih s sosedi, prijatelji, osebami, s katerimi poslujejo oziroma za katere ali s katerimi opravljajo kakšno delo. Tako lahko razvoj prakse glede pravice do zasebnega življenja, kot ga opisujemo v tem poglavju, razumemo tudi kot premik k temu, da je mogoče preko prava človekovih pravic doseči 'regularizacijo' pravnega položaja tujca, ki nima dovoljenja za bivanje.<sup>54</sup> ESČP pa v primeru *Sisojeve* sporoča, da pravice iz 8. člena ne moremo razumeti tako, da zagotavlja dostop do določenega tipa dovoljenja za bivanje. »Če imetniku določenega dovoljenja to dovoljenje omogoča, da prebiva na ozemlju države gostiteljice in da svobodno izvršuje pravico do spoštovanja njegovega družinskega in zasebnega življenja,«<sup>55</sup> bo s tem, ko mu omogoči pridobitev tega dovoljenja, država izpolnila svoje obveznosti po EKČP.

Podobno kot v zadevah, povezanih s pravico do družinskega življenja, lahko okoliščine primera, v katerem se tujec sklicuje na pravico do zasebnega življenja, privedejo do iskanja ravnotežja med pravico tujca, da ostane v državi gostiteljici in upravičenjem države gostiteljice, da zavaruje javni red in mir. Nobenega pravega razloga ni, da ne bi tudi v takšnih situacijah upoštevali – *mutatis mutandis* – kriterijev, ki jih je ESČP razvilo v kontekstu pravice do družinskega življenja (*Boultif*).<sup>56</sup>

## 2. Pravni položaj dlje časa živečih državljanov tretjih držav v pravu Evropske unije

### 2.1. Razvoj pravnega položaja

Leta 1999, ko sta se na ESČP obrnili pritožnici iz zadeve *Slivenko proti Latviji* – Latvija takrat seveda še ni bila članica Evropske unije –, se je v finskem mestu Tampere srečal Evropski svet in po razpravi o razvoju Evropske unije kot 'območja svobode, varnosti in pravice' sprejel niz sklepov. Po zagotovitvi pravne podlage, da Evropska unija sprejme ukrepe na področju azila in migracij v Amsterdamski pogodbi (novo poglavje IIIa v PE-U),<sup>57</sup> so bili ti sklepi Evropskega sveta odločilen korak proti sprejemu številnih pravnih aktov Evropske unije na področju migracij in mednarodne zaščite, ki jih obravnavamo tudi v tej knjigi. Vsebujejo pa tudi nekaj splošnih spodbud za »pravično ureditev položaja državljanov tretjih držav«, med drugim:

---

<sup>54</sup> Roagna, I.: Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg 2012, str. 90.

<sup>55</sup> *Sisojeva proti Latviji*, tč. 91.

<sup>56</sup> Thym, D.: Residence as de facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under Article 8 ECHR, v: Rubio-Marin, R.: Human Rights and Immigration. Oxford Academic 2014, str. 124.

<sup>57</sup> Lucas P., F.: Amsterdão: Do Mercado à Sociedade Europeia?. Principia, Cascais 1998, str. 99 in naprej; Bardutzky, S.: European Civil Society, Rights and Non-Europeans: Thoughts Upon Reading Amsterdam – From the Market to the European Society by Francisco Lucas Pires, v: Lucas P., M., Pereira C., F.: What Market, What Society, What Union? – The Treaty of Amsterdam and the European Thought of Francisco Lucas Pires. T.M.C. Asser Press, Springer, Haag 2020.



21. Pravni status državljanov tretjih držav naj se približa tistemu, ki ga imajo državljani držav članic. Oseba, ki je zakonito prebivala v državi članici v obdobju, ki ga bo potrebno določiti, in ki ima dovoljenje za prebivanje za daljši čas, bi morala v državi članici pridobiti skupek enotnih pravic, ki so, kolikor je le mogoče, blizu tistim, ki jih uživajo državljani EU; npr. pravica prebivati, se izobraževati, delati kot zaposlena ali samozaposlena oseba, pa tudi načelo nediskriminacije nasproti državljanom države, v kateri prebivajo. Evropski svet odobrava cilj, da državljani tretjih držav, ki dlje časa zakonito prebivajo v državi članici, dobijo priložnost, da pridobijo državljanstvo te države članice.<sup>58</sup>

Jezik sklepov Evropskega sveta je, jasno, ohlapen in ponuja najrazličnejše razlage, a nenazadnje ne gre za pravno normo, temveč za politično izjavo, s katerimi Evropski svet »daje pobudo za razvoj Unije in določa splošne politične smernice zanj«. <sup>59</sup> Obenem pa lahko pristop šefov držav in vlad, iz katerih je bil takrat sestavljen Evropski svet, beremo kot precej napreden: vsekakor tako zveni klic k izenačevanju pravic državljanov tretjih držav s tistimi, ki jih uživajo državljani Unije in v določenih pogledih celo z državljani države članice, kjer tujci prebivajo.

Poziv Evropskega sveta, naj Evropska unija uredi status tujcev, ki v državah članicah bivajo daljši čas, je bil tako močan razlog za optimizem, da je Komisija v svojem sporočilu (to vrsto akta običajno opisujemo kot vir 'mehkega prava' [ang. *soft law*] Evropske unije) omenila celo možnost, da bi se urejeni status rezidentov za daljši čas v prihodnosti razvil v neko obliko »civilnega državljanstva« (ang. *civic citizenship*, fr. *citoyenneté civile*).<sup>60</sup> To je prispevalo k obetom, ki so se pojavili med komentatorji imigracijskega prava, da se z vzpostavitvijo skupnih evropskih pravil o statusu dlje časa bivajočih tujcev začenjajo oblikovati 'postnacionalne' oblike ali celo alternative državljanstvu.<sup>61</sup> Z izrazom 'postnacionalno' mislimo zlasti na obstoj pravnih statusov, ki položaj in pravice osebe v razmerju do države, v kateri živi, varujejo neodvisno od odločitev te države, saj izvira varstvo iz naddržavnega prava.

S stališčem, da bi bilo zaželeno, da državljani tretjih držav dobijo možnosti pridobitve državljanstva države, v kateri prebivajo (naturalizacija), se vsaj na ravni EU ni zgodilo nič (vsekakor bi bilo zaradi odsotnosti jasne pravne podlage težko sprejeti pravne zaveze za države članice). Arcarazo Acosta je leta 2015 celo ugotavljal, da gre trend v

<sup>58</sup> Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, Presidency conclusions.

<sup>59</sup> Prvi odstavek člena D PEU v takrat veljavni maastrichtski različici.

<sup>60</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a Community immigration policy, št. /\* COM/2000/0757 final \*/, Bruselj, 22. november 2000. Prevajanje tega izraza v slovenščino je kar izziv, saj je pravzaprav slovenska ustreznica pridevnika »civilno«, ki prihaja iz latinske besede *cives*, »državljsko«. Tako bi bil dobeseden prevod »civic citizenship« – »državljsko državljanstvo«, kar je nesmiselno. Pomaga nam, če se spomnimo na naziv temeljnega vira mednarodnega prava človekovih pravic, Mednarodnega pakta o državljskih in političnih pravicah (International Covenant on civil and political rights). V tem kontekstu beseda »državljsko« nekoliko kontradiktorno označuje tiste temeljne pravice, ki niso vezane na državljanstvo, saj so te politične pravice. Poenostavljeno gre za tiste pravice prve generacije, ki pripadajo vsakomur in ne izhajajo iz vezi med posameznikom in politično skupnostjo ter niso namenjene varstvu vpliva na demokratično sprejemanje odločitev v politični skupnosti.

<sup>61</sup> Acosta A., D.: Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive as a Post-National Form of Membership, v: *European Law Journal*, 21 (2015) 2, str. 200–219.

Evropi pogosto v nasprotno smer, da torej države članice zaostrejuje pogoje za naturalizacijo.<sup>62</sup> Tako je še toliko bolj pomembno, da v Evropski uniji nastane robusten pravni okvir za varstvo pravnega položaja dlje časa prebivajočih državljanov tretjih držav, in ta cilj je zakonodajalec EU poskušal doseči s sprejemom Direktive Sveta 2003/109/ES z dne 25. novembra 2003 o statusu državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas.<sup>63</sup> Direktiva je bila spremenjena leta 2011.<sup>64</sup>

## 2.2. Direktiva o rezidentih za daljši čas

Pomembno je, da direktiva uvaja pravni 'status' (tj. niz ali skupek pravic), do katerega so upravičeni državljanji tretjih držav. Ta status podeljujejo države članice, vendar je izvor tega statusa v pravu EU. Obenem pa, ker je pravni vir v pravu EU direktiva, mora biti ta seveda implementirana v nacionalno zakonodajo. Tako je pravna podlaga, da slovenski upravni organ tujcu podeli status rezidenta za daljši čas, ustrezná določba ZTuj-2. Obenem v razmerju med slovenskim pravom na eni strani in pravom EU na drugi seveda velja načelo neposrednega učinka, ki ga lahko uporabimo tudi za direktivo o rezidentih za daljši čas. Če bi torej državni zakonodajalec direktivo neustrezno prenesel (ali pa implementacijsko zakonodajo kasneje spremenil, da bi odstopala od ureditve v zakonodaji), bi vsaj v okviru sodnega varstva lahko prišlo do neposredne uporabe direktive in denimo podelitve ustreznega statusa).

Pomemben cilj, ki ga skuša doseči direktiva, je integracija državljanov tretjih držav. Vprašanje je, ali jo zakonodajalec EU razume kot pravico državljanov tretjih držav, da se vključijo v družbo države gostiteljice, ali pa je prej v službi razvoja in blaginje v Uniji.<sup>65</sup>

Pravna pravila direktive lahko najosnovnejše razdelimo tako, da na eni strani dajejo odgovor na vprašanje, kdo in kako lahko pridobi status rezidenta za daljši čas, na drugi strani pa na vprašanje, na kakšen način pridobitev tega statusa spremeni pravni položaj tujca. Pravni položaj tujca se ne spremeni le v razmerju do države članice, v kateri biva in ki mu status dodeli, temveč do določene mere tudi v odnosu do drugih držav članic EU.

### 2.2.1. Pridobitev statusa rezidenta za daljši čas

V zvezi s tem direktiva določa najprej področje uporabe direktive (3. člen). Pravila o področju uporabe direktive pomembno dopolnjujeta določbi o trajanju prebivanja (4. člen) in pogojih za pridobitev statusa (5. člen). Direktiva pa omejuje tudi možnost države članice, da dodelitev statusa odkloni (6. člen).

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, str. 204.

<sup>63</sup> Direktiva Sveta 2003/109/ES z dne 25. novembra 2003 o statusu državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas, Ur. l. EU, št. L 016, str. 44-53. V preambuli se direktiva tudi sklicuje na sklepe iz Tampereja (recital 2).

<sup>64</sup> Direktiva 2011/51/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. maja 2011 o spremembah Direktive Sveta 2003/109/ES, da se razširi njeno področje uporabe na upravičence do mednarodne zaščite, Ur. l. EU, št. L 132.

<sup>65</sup> Preambula direktive integracijo namreč razume kot 'ključni element pri pospeševanju gospodarske in družbene kohezije' (recital 4).

### 2.2.1.1. Področje uporabe direktive

Splošno pravilo glede uporabe direktive je, da se uporablja za »državljanke tretjih držav, ki zakonito prebivajo na območju države članice«. <sup>66</sup> Pravo sliko si seveda ustvarimo šele, ko upoštevamo tudi izjeme. Direktiva se namreč ne uporablja za celo vrsto kategorij oseb, denimo študente in udeležence poklicnega usposabljanja ter diplomate in konzularne agente. V svoji izvorni različici, sprejeti leta 2003, je direktiva določala tudi, da se ne uporablja za begunce in osebe s subsidiarno zaščito, kar je bilo zelo kontroverзно. <sup>67</sup> Ta pravila so se spremenila leta 2011, tako da se sedaj veljavna direktiva uporablja tudi za osebe, ki imajo status begunca ali subsidiarno zaščito. To tudi pomeni, da oseba z mednarodno zaščito, ki postane rezident za daljši čas, tega statusa ne izgubi, če ne uživa več mednarodne zaščite. <sup>68</sup>

Tudi po spremembi leta 2011 se direktiva ne uporablja za prosilce za mednarodno zaščito, osebe, ki imajo začasno zaščito (kot tudi osebe, ki so zaprosile, a še ne dobile začasnih zaščit) in osebe, ki »imajo pravico prebivati v državi članici na podlagi oblike zaščite, ki ni mednarodna zaščita«. <sup>69</sup>

Direktiva posebej izključuje osebe, ki bivajo samo »iz začasnih razlogov«, tj. *Au-pair*, sezonske delavce, napotene delavce, ki preko meje izvajajo storitve sami ali za delodajalca. Dodatno pa izključuje tujce z dovoljenjem za prebivanje, ki je bilo »uradno omejeno« (ang. »*in cases where their residence permit has been formally limited*«). <sup>70</sup> To, da je zakonodajalec dodal tudi to kategorijo, je literatura kritizirala že takoj po sprejemu direktive, saj gre za ohlapno in težko razumljivo formulacijo, odprto za široke interpretacije, ki bi državam članicam omogočale, da izločijo veliko primerov. <sup>71</sup>

Morebitno široko razlago te formulacije je zožila sodba SEU v zadevi *Singh*. Indijskemu državljanu Mangatu Singhu so nizozemski državni organi izdali dovoljenje za prebivanje »z omejitvijo na opravljanje dejavnosti duhovnega voditelja ali učitelja verouka«, ki pa so ga vmes podaljšali, tako da je veljalo od 2001 do 2008. <sup>72</sup> A so status rezidenta za daljši čas nizozemske oblasti zavrnilo z utemeljitvijo, da je njegovo bivanje »uradno omejeno«. V sodbi iz leta 2012 je SEU v marsičem zožilo razlagalni prostor držav članic glede 'uradne omejenosti' dovoljenja za bivanje:

50. V nasprotju s položajem državljanov tretjih držav, katerih bivanje temelji le na začasnih razlogih, za katerega nesporno velja, da ta začasnost razlogov tem državljanom ne omogoča trajne nastanitve, zgolj na podlagi dejstva, da dovoljenje za prebivanje vse-

<sup>66</sup> Prvi odstavek 3. člena Direktive št. 2011/51/EU.

<sup>67</sup> Halleskov, L.: *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?*, v: *European Journal of Migration and Law*, 7 (2005) 2, str. 181-202, str. 184.

<sup>68</sup> Thym, D.: *Long Term Residents Directive 2003/109/EC*, v: Hailbronner, K., Thym, D.: *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 473.

<sup>69</sup> Gre za situacije, ko bi nacionalno pravo nudilo dodatne, komplementarne možnosti zaščite tujcem. *Ibid.*, str. 443.

<sup>70</sup> Člen 3(2)e Direktive št. 2003/109/ES. Ta določba je formulirana tako, da so kategorije naštetih primerov in ne gre za izključen seznam.

<sup>71</sup> Halleskov, L., nav. delo, str. 185.

<sup>72</sup> SEU v zadevi *Staatssecretaris van Justitie proti Mangatu Singhu* (C-502/10) z dne 18. oktobra 2012, tč. 20.

buje uradne omejitve, ni mogoče vedeti, ali se lahko ta državljan tretje države trajno nastani v državi članici ne glede na obstoj take omejitve.

51. Tako uradno omejenega dovoljenja za prebivanje v smislu nacionalnega prava, ki vsebuje uradno omejitev, ki državljanu tretje države ne preprečuje trajne nastanitve, ni mogoče šteti za uradno omejeno dovoljenje v smislu člena 3(2)(e) Direktive 2003/109, ne da bi se ogrozila uresničitev ciljev direktive in se ji tako odvzelo polni učinek (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Komisija proti Nizozemski, točka 65 in navedena sodna praksa).

52. Torej je naloga nacionalnega sodišča, da preveri, ali uradna omejitev, ki jo vsebuje dovoljenje za prebivanje v smislu nacionalnega prava, dopušča trajno nastanitev imetnika tega dovoljenja v državi članici ali ne.

53. V okviru tega preizkusa dejstvo, da se uradna omejitev nanaša le na določeno skupino oseb, z vidika člena 3(2)(e) Direktive 2003/109 načeloma ni upoštevno.

54. Nasprotno lahko okoliščina, da se lahko veljavnost dovoljenja za prebivanje neomejeno periodično podaljšuje tudi preko petih let, pomeni močan indic, da uradna omejitev, ki jo vsebuje to dovoljenje, državljanu tretje države ne preprečuje trajne nastanitve v državi članici. Vendar pa je naloga nacionalnega sodišča, da glede na vse okoliščine preveri, če je to tako.

55. Če nacionalno sodišče ugotovi, da uradna omejitev, ki jo vsebuje dovoljenje za prebivanje, državljanu tuje države ne preprečuje trajne nastanitve, se za to dovoljenje za prebivanje člen 3(2)(e) Direktive 2003/109 ne uporablja, prebivanje na podlagi takega dovoljenja pa je treba, ko se imetniku takega dovoljenja dodeljuje status državljana tretje države, ki je rezident za daljši čas, upoštevati kot zakonito prebivanje.<sup>73</sup>

#### 2.2.1.2. Zakonito in neprekinjeno bivanje

Direktiva se uporablja za državljanke tretjih držav, ki »zakonito« bivajo na ozemlju države članice (prvi odstavek 3. člena). Ker besedilo direktive ne določa, kakšno bivanje se šteje za zakonito, lahko štejemo, da se to pretežno razlaga v skladu s pravom države članice; situacija bo drugačna, kjer je pravni status, ki ga ima oseba, ki si prizadeva dobiti status rezidenta za daljši čas, eden od tistih, ki so harmonizirani v pravu EU.<sup>74</sup> Obenem lahko dodamo, da tega pravila državni organi tudi ne smejo razlagati samovoljno, kot denimo, ko so v petletno obdobje šteli zgolj bivanje na podlagi dovoljenja za bivanje, ne pa na podlagi dolgoročnega vizuma.<sup>75</sup>

Zahteva, da je bivanje na ozemlju članice »zakonito«, kaže na temeljno razliko med varstvom v pravu človekovih pravic (po zadevi *Slivenko* na ESČP) in pravnim varstvom v okviru prava EU. Zgoraj smo ugotavljali, da je izgradnja omrežja ekonomskih, osebnih in družbenih vezi dejstvo, ki je upoštevno pri vprašanju, ali pride v poštev sklicevanje

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, tč. 50-55.

<sup>74</sup> Thym, D.: Long Term Residents Directive 2003/109/EC, v: Hailbronner, K., Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law: A Commentary. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 441.

<sup>75</sup> Peers, S.: EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law. Oxford University Press, Oxford 2016, str. 425.

na pravico do zasebnega življenja, in da lahko to dejstvo obstaja tudi samostojno, ne glede na pravni položaj osebe. V pravu EU je varstvo dlje časa bivajočih tujcev poleg tega vezano tudi na pravni položaj.

Določbo prvega odstavka 3. člena dopolnjuje določba, po kateri se status podeli »državljanom tretjih držav, ki so pred predložitvijo ustrezne vloge pet let zakonito in neprekinjeno prebivali na njihovem ozemlju« (prvi odstavek 4. člena). Bivanje v državi članici v preteklem obdobju, ki ga je državljan tretje države nato prekinil, se tako ne šteje v zahtevano petletno obdobje. Prav tako pri pridobitvi statusa ne moremo sešteti na primer dvoletnega bivanja v Sloveniji in triletnega bivanja v Italiji, da bi oseba pridobila status v Sloveniji.<sup>76</sup> Direktiva vsebuje tudi natančnejša pravila o tem, kaj vse se šteje v petletno obdobje in kako se izračuna trajanje tega obdobja (drugi in tretji odstavek 4. člena).

### 2.2.1.3. Druge zahteve za pridobitev statusa rezidenta za daljši čas

Državljan tretje države, ki želi pridobiti status rezidenta za daljši čas, bo moral dokazati tudi, da ima zase in za družinske člane, ki jih vzdržuje:

- stalne, redne in zadostne vire dohodka
- zdravstveno zavarovanje »za vsa tveganja, ki so običajno vključena za njihove državljanke v zadevnih državah članicah« (prvi odstavek 5. člena).

Ob sprejemu direktive so se v literaturi pojavila opozorila, da je predlog Komisije predvideval objektivne kriterije, po katerih bi se ocenjevalo, ali so viri dohodka zadostni, da pa je v zakonodajnem postopku prišlo do sprejema ohlapnejše formulacije, ki daje državam članicam širši manevrski prostor, za državljanke tretjih držav pa pomeni seveda manj predvidljivo in jasno pravno situacijo.<sup>77</sup>

Še širši manevrski prostor so si države članice zagotovile z možnostjo, da lahko od oseb, ki prosijo za status rezidenta za daljši čas, »zahtevajo, da izpolnjujejo pogoje za integracijo v skladu z njihovo nacionalno zakonodajo« (drugi odstavek 5. člena). Ta določba omogoča državam članicam, da z ureditvijo v nacionalnem pravu močno sodoločajo, kdo bo upravičen do statusa, ki sicer izvira iz prava EU. Predlog Komisije sploh ni predvideval te možnosti, ki se je v besedilu direktive znašla po odločnem vztrajanju nekaterih držav članic, ki so podobne zahteve že predvidevale v svoji do tedaj veljavni zakonodaji. Literatura jo je označila kar kot »Ahilovo peto« direktive.<sup>78</sup> Pogoji za integracijo so zlasti preizkusi znanja uradnega jezika države in poznavanja zgodovine, pravne ureditve in

<sup>76</sup> Thym, D.: Long Term Residents Directive 2003/109/EC, v: Hailbronner, K., Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law: A Commentary. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 450.

<sup>77</sup> Halleskov, L., nav. delo, str. 186. Veljavna formulacija v členu 5(1)a se glasi, da morajo biti stalni in redni viri dohodka takšni, da »zadostujejo za vzdrževanje [rezidenta] in vzdrževanje njihovih družinskih članov, ne da bi uporabljali sistem socialne pomoči zadevne države članice. Države članice ovrednotijo te vire glede na njihovo naravo in rednost ter lahko upoštevajo raven minimalnih plač in pokojnin pred vlogo za status rezidenta za daljši čas«.

<sup>78</sup> Acosta A., D.: The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship: An Analysis of Directive 2003/109. Brill, 2011, str. 184. Arcarazo Costa je opravil tudi pregled različnih pogojev za integracijo, v veljavi v različnih državah članicah. V času, ko je opravljal pregled, le 11 držav članic ni zahtevalo pogojev za integracijo: gl. str. 176-185.

družbenih vrednot države.<sup>79</sup> Drugi odstavek 5. člena daje podlago le za to, da države članice zahtevajo pogoje za integracijo pred podelitvijo statusa, ne pa tudi kasneje.<sup>80</sup>

Dodatni pogoj za pridobitev statusa rezidenta za daljši čas je zakonodajalec EU »vti-hotapil« v procesno določbo 7. člena, kjer je državam članicam omogočil, da poleg ostalih zahtevanih listin prosilcu naložijo tudi, da predloži »dokumente glede ustreznega prebivališča.«<sup>81</sup> S tem je državam članicam omogočil, da dodatno zaprejo dostop do tega statusa.

Direktiva državam članicam preprečuje, da bi uvedle še dodatne razloge, zaradi katerih bi zavrnilo prošnjo. To lahko storijo le »zaradi javnega reda in javne varnosti«, pri čemer morajo upoštevati »resnost, ali vrsto prekrška zoper javni red, ali javno varnost, ali nevarnost, ki jo predstavlja zadevna oseba ob ustreznem upoštevanju trajanja prebivanja in povezav z državo prebivališča.« (prvi odstavek 6. člen direktive). Najprej pomeni seveda to, da terja pravo EU od države članice, da v vsakem primeru individualno presodi morebitno zavrnitev. V tem postopku, kjer bo možno tudi sodno varstvo, bo morala biti sprejeta odločitev, ki bo skladna z v ustavi in mednarodnem pravu zavarovanimi človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami. Zato je logično, da formulacija iz direktive spominja in s tem napotuje na kriterije, ki so se razvili v pravu človekovih pravic, denimo v zadevi *Boultif*.<sup>82</sup> Izrecno je izključeno, da bi država članica lahko prošnjo zavrnila iz ekonomskih razlogov (drugi odstavek 6. člena). Glede na to, da se morebitna zavrnitev »iz ekonomskih razlogov« pojmovno ne more nanašati na morebitne nezadostne vire dohodka, saj mora prosilec v vsakem primeru dokazovati ustrezno premoženjsko stanje, pomeni to, da tudi iz splošnejših ekonomskih razlogov v državi (npr. visoka stopnja nezaposlenosti) država ne sme odkloniti podelitve statusa.

#### 2.2.1.4. Postopek za pridobitev statusa

Za ureditev pravnega statusa v pravu EU, sploh pa v direktivi, je značilno, da bo zakonodajalec EU upošteval, da imajo države članice visoko stopnjo nacionalne postopkovne avtonomije. Tako tudi v direktivi o rezidentih za daljši čas ni predpisan natančen postopek, temveč se je zakonodajalec EU omejil na določbe o najdaljših rokih, v katerem mora biti izdana odločitev, ter osnovni pravici stranke, da je podučena o svojih pravicah in dolžnostih. (drugi odstavek 7. člena). Pomembno pa je, da je podelitev statusa definiral kot pravno posledico izpolnjevanja v direktivi in zakonodaji določenih pogojev. (tretji odstavek 7. člena). Tako odpade možnost, da bi denimo država članica tudi v primeru izpolnjevanja pogojev na koncu sprejela odločitev 'po prostem preudarku', kjer bi lahko še zavrnila podelitev statusa. Obenem pa moramo biti pozorni, da

---

<sup>79</sup> Thym, D.: Long Term Residents Directive 2003/109/EC, v: Hailbronner, K., Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law: A Commentary. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, str. 458.

<sup>80</sup> Zadeva *P & S proti Commissie Sociale Zekerheid Breda, College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelveen* (C-579/13) z dne 4. junija 2015, tč. 34-35. Nizozemska je namreč v svojem pravu zahtevala, da se tudi državljani tretjih držav, ki so že pridobili status, udeležujejo tečajev za tujce, sicer jim je grozila globa. SEU je štelo, da kljub temu, da tega ne moremo šteti kot »pogoj za integracijo« v smislu drugega odstavka 5. člena, določbe prava EU ne preprečujejo državi, da bi uvedla takšen režim, vendar pod pogojem, da to ne ogroža doseganja ciljev direktive.

<sup>81</sup> Halleskov, L., nav. delo, str. 186.

<sup>82</sup> Gl. zgoraj in v XIV. poglavju te knjige o pravici do združitvi družine.



direktiva predvideva, da mora državljan tretje države vložiti vlogo pridobitev za status rezidenta za daljši čas (prvi odstavek 7. člena), terja torej njegovo aktivno ravnanje - ne moremo reči, da pridobi status samodejno, v trenutku, ko so pogoji izpolnjeni.

## 2.2.2. Pravice rezidentov za daljši čas

### 2.2.2.1. Zaščita pred izgonom in odvzemom statusa

Direktiva določa, pod katerimi pogoji je mogoče osebo, ki ima status rezidenta, za daljši čas izgnati iz države članice – z drugimi besedami, odstraniti z državnega ozemlja. To je mogoče le, če rezident za daljši čas »predstavlja dejansko in dovolj resno grožnjo za javni red in javno varnost« (prvi odstavek 12. člena). Podobno kot pri omejenih možnostih odklonitve podelitve statusa direktiva izrecno poudarja, da odločitev države članice ne sme temeljiti na ekonomskih razlogih (drugi odstavek 12. člena), mora pa upoštevati dejavnike, kot so trajanje bivanja rezidenta, povezanost z državo (in morebitna nepovezanost z državo državljanstva), kar nas spet spomni na kriterije iz zadeve *Boultif*.<sup>83</sup>

Izgon je tudi ena od situacij, ki vodijo do izgube statusa rezidenta za daljši čas. Drugi dve situaciji, v katerih je to možno, sta še

- »če se odkrije, da je bil status rezidenta za daljši čas pridobljen z goljufijo« (člen 9(1)a)
- daljša odsotnost z ozemlja Unije (člen 9(1)c).<sup>84</sup>

Tako načeloma velja, da je izguba statusa širši institut od izгона, saj lahko oseba izgubi pravni status rezidenta za daljši čas (in s tem pravice do enake obravnave, mobilnosti med državami članicami itd.), a lahko še vedno ostane na ozemlju države članice, kjer denimo pridobi drugo pravno podlago za svoje bivanje.<sup>85</sup> Direktiva državam članicam dovoljuje, da predvidijo tudi odvzem statusa rezidenta za daljši čas v primeru ogrožanja javnega reda, kadar njegov »prekršek« (ta izraz uporablja direktiva) ni dovolj resen, da bi ga izgnali.

### 2.2.2.2. Enaka obravnava

Po določbi prvega odstavka 11. člena direktive uživajo rezidenti za daljši čas pravico do enake obravnave kot državljani države članice, v kateri bivajo, glede naslednjih pravic in vprašanj:

- dostop do zaposlitve in samozaposlitve, vendar le, če pri tem niso niti občasno vključeni v izvrševanje javnih pooblastil;
- pogoji zaposlovanja in delovni pogoji, vključno s pogoji za odpoved pogodbe o zaposlitvi in plačo;
- izobraževanje, poklicno usposabljanje, štipendije;
- priznavanje poklicnih diplom, spričeval in drugih kvalifikacij;
- socialno zavarovanje, socialna pomoč, socialno varstvo;
- davčne ugodnosti;

<sup>83</sup> V preambuli direktive zakonodajalec omeni prakso ESČP, s katero mora biti skladna ureditev izгона rezidentov za daljši čas (recital 16).

<sup>84</sup> Podrobneje gl. v drugem in četrtem odstavku 9. člena Direktive.

<sup>85</sup> Gl. sedmi odstavek 9. člena Direktive.



- dostop do blaga in storitev, dostopnih javnosti;
- postopki za pridobitev nastanitve;
- svoboda združevanja, vključno s sindikati in poklicnimi organizacijami;
- prost dostop do celotnega ozemlja države članice.

»Že sam obstoj 11. člena [direktive o rezidentih za daljši čas] je obžalovanja vreden,« je zapisala Louise Halleskov kmalu po sprejetju direktive.<sup>86</sup> Če se spet spomnimo na napovedi iz Tampereja o tem, kako bodo tujci, ki dlje časa živijo v članici EU, tako rekoč izenačeni z državljani, je lahko razočaranje že to, da se je zakonodajalec EU odločil za katalog področij, kjer lahko rezidenti za daljši čas pričakujejo enako obravnavanje namesto splošne klavzule, pri kateri bi bile verjetno izključene politične pravice.

Poleg tega direktiva predvideva možnosti, da države članice še dodatno omejijo enako obravnavanje rezidentov za daljši čas, denimo v tretjem odstavku 11. člena. Dovoljuje tudi, da države članice »omejijo enako obravnavo v zvezi s socialno pomočjo in socialnim varstvom na osnovne prejemeke« (četrti odstavek 11. člena). To pa je primer določbe, ki jo je sicer zakonodajalec EU formuliral dokaj široko in na videz prepustil državam članicam številne možnosti, da določeno pravico na področju socialne varnosti definirajo kot »ne-osnovni prispevek« in jo s tem odtegnejo rezidentom za daljši čas. A v zadevi *Kamberaj* je SEU poskrbelo za jasnejšo interpretacijo te določbe.

Albanski državljani Servet Kamberaj je v Italiji prebival že več kot deset let na podlagi dovoljenja za prebivanje za nedoločen čas. Od Avtonomne pokrajine Bocen, v kateri je prebival, je prejemal subvencijo za stanovanje; te subvencije so se financirale iz različnih proračunov. Eden je bil namenjen italijanskim in evropskim državljanom, in znotraj tega proračuna so se subvencije delile enakomerno med pripadnike različnih jezikovnih skupin. Drugi (precej manjši) proračun je bil namenjen državljanom tretjih držav, kjer pripadnost jezikovni skupini ni bila upoštevana. Ko je pokrajina porabila vsa sredstva za državljane tretjih držav, je zavrnila Kamberajevo vlogo za subvencijo.<sup>87</sup> Kamberaj je pred sodiščem zatrjeval, da je neenako obravnavan glede na državljane Italije, SEU pa si je zastavilo vprašanje, ali sme Italija omejiti enako obravnavo glede subvencij za stanovanje z utemeljitvijo, da ne gre za »osnovni prejemek«:

90. Pomen in obseg pojma »osnovni prejemek« iz člena 11(4) Direktive 2003/109 je torej treba poiskati ob upoštevanju konteksta, v katerega je umeščen ta člen, in cilja, ki ga uresničuje ta direktiva, in sicer integracije državljanov tretjih držav, ki so zakonito in daljši čas prebivali v državah članicah.

91. Člen 11(4) Direktive 2003/109 je treba razumeti tako, da državam članicam dovoljuje, da omejijo enako obravnavanje, do katerega so upravičeni imetniki statusa, dodeljenega na podlagi Direktive 2003/109, razen v zvezi s prejemi na področju socialne pomoči in socialnega varstva, ki jih podeljujejo javni organi bodisi na nacionalni, regionalni ali lokalni ravni in ki prispevajo k zadovoljitvi osnovnih potreb posameznika, kot so hrana, stanovanje in zdravje.

---

<sup>86</sup> Halleskov, L., nav. delo, str. 189.

<sup>87</sup> Zadeva *Servet Kamberaj proti Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) in drugi* (C-571/10) z dne 24. aprila 2012, tč. 31-38.

92. V zvezi s tem je treba spomniti, da Unija na podlagi člena 34 Listine priznava in spoštuje pravico do socialne pomoči in pomoči pri pridobitvi stanovanj, ki naj zagotovita dostojno življenje vsem, ki nimajo zadostnih sredstev. Iz tega izhaja, da, ker se s subvencijo, ki je sporna v postopku v glavni stvari, uresničuje cilj, določen v navedenem členu Listine, na podlagi prava Unije ni mogoče šteti, da ni del osnovnih prejemkov v smislu člena 11(4) Direktive 2003/109. Nacionalno sodišče mora glede tega priti do potrebnih ugotovitev, pri tem pa upoštevati cilj navedene subvencije, njeno višino, pogoje za njeno dodelitev in umestitev te subvencije v italijanskem socialnem sistemu.<sup>88</sup>

### 2.2.2.3. Mobilnost po Evropski uniji

Četudi status rezidenta za daljši čas izvira iz prava EU in so ga komentatorji označevali kot obliko postnacionalne alternative državljanstvu v neki naddržavni skupnosti, pa bi bilo napak iz tega potegniti zaključek, da je to status, ki samodejno daje imetniku pravico, da se naseli kjerkoli v Evropski uniji po tem, ko je pridobil status v eni od držav članic. Takšna mobilnost rezidentov po Evropski uniji je sicer možna, a le v okviru, ki ga določa že direktiva.

Do neke mere je ureditev mobilnosti rezidentov za daljši čas podobna ureditvi, ki velja za državljane EU. Tudi rezidenti za daljši čas lahko v drugi državi članici za obdobje, daljše od 90 dni, bivajo »iz drugih namenov«, tako da jim ni treba vedno utemeljevati svoje naselitve s (samo)zaposlitvijo, študijem ali poklicnim usposabljanjem (drugi odstavek 14. člena). Vendar pa imajo države članice na voljo možnosti (ki so pri državljanih EU izključene), da preprečijo naselitev rezidentov za daljši čas iz druge države članice denimo »iz razlogov na trgu dela«.<sup>89</sup> Tudi sicer lahko odklonijo prihod rezidenta za daljši čas iz druge države članice iz razlogov, s katerimi »prva« država članica ne more utemeljiti odklonitve podelitve statusa, denimo javno zdravje (18. člen direktive).

## Priporočena literatura

Peers, S.: EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law. Oxford University Press, Oxford 2016

Thym, D.: Long Term Residents Directive 2003/109/EC, v: Hailbronner, K., Thym, D.: EU Immigration and Asylum Law: A Commentary. 2. izdaja, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016

Thym, D.: Residence as de facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under Article 8 ECHR, v: Rubio-Marin, R.: Human Rights and Immigration. Oxford Academic 2014

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> Gl. tretji odstavek 14. člena Direktive.

## XVI.

# Pravila EU o mobilnosti državljanov držav članic in njihovih družinskih članov

*Mohor Fajdiga*

1. Uvod: Navigacija za potovanje po pravilih EU o mobilnosti znotraj Unije	290
2. Osnovna izhodišča prostega pretoka oseb in državljanstva EU	292
3. Predpostavke za uveljavljanje pravil EU o mobilnosti	293
3.1. Državljanstvo ene od držav članic	294
3.2. Čezmejni element	296
4. Direktiva o pravicah državljanov EU	300
5. Novejši režim: državljanstvo EU	302
5.1. Obetavni začetki državljanstva EU: spogledovanje s socialnim državljanstvom?	302
5.2. Nazaj k državljanstvu trga	304
5.3. Iz dobrohotnega v restriktivni pristop: prebujenje iz naivnih sanj ali pokop idealov?	306
6. Sklep	308
7. Dodatek: Ali lahko državljanji držav članic v EU pridobijo mednarodno zaščito?	309

## 1. Uvod: Navigacija za potovanje po pravilih EU o mobilnosti znotraj Unije

To poglavje se osredotoča na »prostovoljne« migracije znotraj EU, pri čemer obravnava položaj državljanov držav članic EU in njihovih družinskih članov, tudi če so državljanji tretjih držav. Obstajata dva pravna režima, ki omogočata državljanom držav članic in nji-

hovim družinskim članom, da potujejo in prebivajo v drugih državah članicah. Prvega, starejšega, uvajajo temeljne ekonomske svoboščine, ki omogočajo prost pretok oseb. Državljanji držav članic imajo tako pravico, da se po ozemlju Unije prosto gibajo z namenom sprejeti zaposlitev, da bivajo v državi članici zaposlitve v času trajanja zaposlitve in da določen čas tam ostanejo tudi po njenem prenehanju (prost pretok delavcev – 45. člen PDEU). Na podlagi 49. člena PDEU imajo državljani držav članic v drugih državah članicah pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlene osebe (svoboda ustanavljanja), v skladu s 56. in 57. členom PDEU pa opravljati ali prejemati storitve (prost pretok storitev). Drugi, novejši režim je državljanstvo EU, ki je bilo uvedeno leta 1993 z uveljavitvijo Maastrichtske pogodbe. Najpomembnejša pravica državljanov EU je pravica do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (21. člen PDEU).<sup>1</sup>

Posamezniki, ki izpolnjujejo pogoje, se lahko sklicujejo na oba režima, ki veljata vzporedno. Toda oba sistema sta omejena, saj državljanom držav članic brez izpolnjevanja določenih pogojev ne omogočata svobodne izbire države članice, v kateri bi se želeli ustaliti. V tem poglavju bomo najprej pogledali osnovna izhodišča prostega pretoka oseb in državljanstva EU. Nato bomo nekoliko podrobneje spoznali predpostavke za uveljavljanje obeh režimov pravil o mobilnosti državljanov držav članic in njihovih družinskih članov znotraj EU. Sledila bo obravnava Direktive 2004/38/ES o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (Direktiva o pravicah državljanov – DPD; ang. *Citizens' Rights Directive – CRD*).<sup>2</sup> Gre za temeljni vir sekundarnega prava, ki vsebuje pravila obeh režimov. Ekonomske svoboščine, ki zagotavljajo prost pretok oseb (prvi režim) bomo zgolj omenili in se ne bomo spuščali v vsebino vsake izmed njih. To bi bilo namreč onkraj dometa te knjige. Rajši se bomo osredotočili na državljanstvo EU (drugi režim), znotraj tega pa na ključna vidika: pravico do gibanja in prebivanja ter prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva. Ostale elemente bomo pustili ob strani. Tako bomo izpustili politične pravice iz člena 20 (2) (b)–(d) PDEU:

- pravico voliti in biti voljen na volitvah v Evropski parlament in na občinskih volitvah v drugih državah članicah;
- pravico na ozemlju tretje države, kjer država članica, katere državljani so, nima predstavništva do zaščite diplomatskih in konzularnih organov katerekoli države članice;
- pravico naslavljanja peticije na Evropski parlament in obrniti se na evropskega varuha človekovih pravic kot tudi na institucije in posvetovalne organe Unije v kateremkoli jeziku Pogodb in prejeti odgovor v istem jeziku.

Pogledali si bomo zlasti razvoj državljanstva EU, pri čemer bo poudarek na vlogi Sodišča EU. Ta pravila bomo tudi kritično ovrednotili. Smoter tega poglavja zagotovo

<sup>1</sup> Gl. na primer mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano proti Office national de l'emploi (ONEm)* (C-34/09, veliki senat) z dne 30. septembra 2010, tč. 80.

<sup>2</sup> Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2004/38/ES z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, ki spreminja Uredbo (EGS) št. 1612/68 in razveljavlja Direktive 64/221/EGS, 68/360/EGS, 72/194/EGS, 73/148/EGS, 75/34/EGS, 75/35/EGS, 90/364/EGS, 90/365/EGS in 93/96/EEC, Ur. l. EU, št. L 158/77.

ni, da bi predstavili vse podrobnosti trenutne ureditve. Cilj je pomagati pri razumevanju razlogov, ki narekujejo razvoj tega zelo zahtevnega, a obenem za nas, evropske državljanke, zelo relevantnega pravnega področja.

Pozornosti pa bodo deležni tudi družinski člani državljanov EU, ki so državljani tretjih držav. Ti namreč po pravu EU nimajo samostojne pravice do gibanja in prebivanja, a je ta pravica lahko izvedena iz pravic državljanov EU. Zato so pravila o državljanstvu EU ključnega pomena ne samo za državljane EU, ampak tudi za njihove družinske člane brez državljanstva Unije. Pravni položaj državljanov tretjih držav se tako bistveno razlikuje glede na to, ali jih je mogoče šteti za družinske člane državljanov EU. Za tiste, ki to niso, veljajo posebna pravila, ki so veliko bolj restriktivna.<sup>3</sup>

Na koncu je kot dodatek vključena še kratka predstavitev pravic o »prisilnih« migracijah državljanov EU znotraj Unije. Čeprav v teoriji državljan države članice v EU lahko zaprosi za azil, v praksi do tega ne prihaja, ker za to ni potrebe in ker pravo EU, razen res izjemoma, to možnost izključuje.

## 2. Osnovna izhodišča prostega pretoka oseb in državljanstva EU

Pravica do prebivanja državljanov držav članic v drugih državah članicah Unije je bila tradicionalno vezana na zakonitosti trga. Do varstva so bile upravičene samo osebe, ki so bile ekonomsko aktivne<sup>4</sup> v drugi državi članici, saj je bila ideja notranjega trga povečati mobilnost ljudi kot proizvodnih faktorjev in s tem prispevati k osrednjemu projektu Evropske skupnosti – vzpostavitvi notranjega trga.<sup>5</sup> Pravo Skupnosti je tako priznavalo pravico do prebivanja delavcem, samozaposlenim, iskalcem zaposlitve in ponudnikom storitev, ki so delovali izven ozemlja svoje matične države članice. Tem osebam je zagotavljalo tudi enako obravnavo pri izvrševanju njihove ekonomske aktivnosti in glede vseh s tem povezanih vidikov življenja v državi gostiteljici.

Z uvedbo državljanstva EU je Unija odprla novo poglavje, ki naj ne bi bilo popisano samo z ekonomsko logiko, ampak naj bi dvignilo občutek pripadnosti Uniji in jo povežalo s svojimi državljani. Ideja o državljanstvu EU se je pojavila že v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja. Leta 1979 so bile prve neposredne volitve v Evropski parla-

---

<sup>3</sup> Na primer: Uredba Sveta (ES) št. 539/2001 z dne 15. marca 2001 o seznamu tretjih držav, katerih državljani morajo pri prehodu zunanjih meja imeti vizume, in držav, katerih državljani so oproščeni te zahteve, Ur. l. EU, št. L 81/1; Direktiva Sveta 2003/109/ES z dne 25. novembra 2003 o statusu državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas, Ur. l. EU, št. L 16/44, s spremembami in dopolnitvami; Direktiva Sveta 2009/50/ES z dne 25. maja 2009 o pogojih za vstop in prebivanje državljanov tretjih držav za name-ne visokokvalificirane zaposlitve, Ur. l. EU, št. L 155/17; Direktiva 2014/36/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o pogojih za vstop in bivanje državljanov tretjih držav zaradi zaposlitve sezonskih delavcev, Ur. l. EU, št. L 94/375.

<sup>4</sup> Zadeva *Danielle Roux proti Belgijski državi* (C-363/89) z dne 5. februarja 1991, tč. 9; zadeva *Jean Noël Royer* (C-48/75) z dne 8. aprila 1976, tč. 31.

<sup>5</sup> Za prosti pretok delavcev se je že pri pogajanjih za ustanovitev Evropske gospodarske skupnosti leta 1957 močno prizadevala Italija (Usherwood, S., Pinder J.: *The European Union: A Very Short Introduction*. 4. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2018, str. 28).

ment, v čemer bi lahko videli prvi zametek državljanstva EU.<sup>6</sup> To je bilo uveljavljeno z Maastrichtsko pogodbo leta 1993 in se je do danes spreminjalo tako s spremembami primarnega<sup>7</sup> in sekundarnega prava<sup>8</sup> kot prek razvoja prakse SEU. Državljanstvo EU se doda in ne nadomesti državljanstva držav članic. Gre torej za komplementarni status, ki pripada vsem državljanom držav članic,<sup>9</sup> ter je akcesorne in izvedene (derivativne) narave.<sup>10</sup> Gre za državljanstvo tipa *sui generis*, saj se razlikuje tako od državljanstva unitarne (enovite) države kot od zveznega državljanstva v zveznih državah, kjer imajo prebivalci dvojno državljanstvo.<sup>11</sup> V bistvu ne gre za državljanstvo v pravem pomenu besede, ampak za poseben status, ki prinaša pomembne, a omejene pravice.<sup>12</sup> Specifična pravnega reda EU je tudi v tem, da državljanom EU zagotavlja enako obravnavo ne glede na njihovo državljanstvo, medtem ko je temeljni namen oziroma smoter »klasičnega«<sup>13</sup> državljanstva ravno v tem, da razlikuje med državljani in tujci.<sup>13</sup> Za pridobitev državljanstva EU tudi ni nujno treba izkazati pristne vezi z državo članico, če seveda to dovoljuje nacionalno pravo.<sup>14</sup> Čeprav je pridobitev in izguba državljanstva načeloma<sup>15</sup> v pristojnosti držav članic, pa gre pri državljanstvu EU vendarle za nadnacionalno državljanstvo.<sup>16</sup>

### 3. Predpostavke za uveljavljanje pravil EU o mobilnosti

Zgoraj predstavljena temeljna režima, ki ju spoznavamo v tem poglavju, prideta v poštev samo, če sta kumulativno izpolnjena dva pogoja: oseba mora biti državljan ene od držav članic (3.1.) in obstajati mora čezmejni element (3.2.). Ne gre za nepomembno tehnično podrobnost, ampak za temeljno vsebinsko predpostavko, ki je posledica omejenih pristojnosti EU. Zato bomo ti dve predpostavki nekoliko podrobneje spoznali v tem podpoglavju.<sup>17</sup>

<sup>6</sup> Mindus, P., nav. delo, str. 8.

<sup>7</sup> Spremembe temeljnih pogodb (Amsterdamska pogodba, Pogodba iz Nice in Lizbonska pogodba) so predvsem dodajale nove pravice, ki so bile vključene tudi v Listino EU o temeljnih pravicah.

<sup>8</sup> Najpomembnejša je zagotovo DPD.

<sup>9</sup> Če smo povsem natančni, ni vedno tako. Države članice namreč ne definirajo samo, kdo je njihov državljan in s tem praviloma državljan EU, ampak lahko določijo tudi, da se določeni državljani države članice ne štejejo za državljane EU. To je denimo storila Danska s posebnim protokolom k pristopni pogodbi glede prebivalcev Ferskih otokov. Ti so državljani Danske, a niso državljani EU (Mindus, P., nav. delo, str. 17.).

<sup>10</sup> Gl. spodaj 2.1.

<sup>11</sup> Mindus, P., nav. delo, str. 7.

<sup>12</sup> Menéndez, A. J., Olsen, E. D. H., nav. delo, str. 8.

<sup>13</sup> Mindus, P., nav. delo, str. 12.

<sup>14</sup> Mindus to problematizira, saj je samo od vsake posamezne države članice odvisno, kdo so državljani EU (*ibid.*, str. 17–18).

<sup>15</sup> Gl. spodaj 2.1.

<sup>16</sup> Ravno zaradi odvisnosti državljanstva EU od državljanstva držav članic pa ni mogoče govoriti o »postnacionalni«<sup>16</sup> naravi državljanstva EU (Mindus, P., nav. delo, str. 24).

<sup>17</sup> Za podrobnejšo analizo, gl. Bernard, C., Peers, S.: *European Union Law*. 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2020, str. 400–404.

### 3.1. Državljanstvo ene od držav članic

Na določbe o prostem pretoku oseb in državljanstvu EU se lahko sklicujejo samo državljani držav članic, ne pa državljani tretjih držav, razen če so družinski člani državljana EU. Področje pridobivanja in izgube državljanstva tradicionalno sodi v izključno pristojnost držav članic.<sup>18</sup> Te lahko svobodno odločajo o tem, kdo, kdaj in pod kakšnimi pogoji lahko dobi ali izgubi državljanstvo države članice. Državljanstvo EU je tako izvedene (derivativne)<sup>19</sup> in akcesorne<sup>20</sup> narave, zato pridobitev ali izguba državljanstva države članice pomeni tudi pridobitev oziroma izgubo državljanstva EU.<sup>21</sup> EU je tako v shizofrenem položaju. Pravo EU državljanom Unije priznava številne pravice, toda o tem, kdo sploh so osebe, upravičene do teh pravic, odločajo države članice. Te podeljevanje in odvzemanje državljanstva dojemajo kot bistven element svoje suverenosti. Trenja med EU in državami članicami so zato neizbežna, ne le na področju pridobivanja,<sup>22</sup> ampak tudi pri izgubi državljanstva.

Jasna razmejitev pristojnosti med EU in državami članicami se je začela krhati v zadevi *Rottmann*.<sup>23</sup> SEU je presojalo položaj avstrijskega državljana, ki so ga v Avstriji preiskovali zaradi goljufije. Da bi se izognil pregonu, je odšel na Bavarsko ter z naturalizacijo pridobil nemško in ob tem izgubil avstrijsko državljanstvo. Bavarske oblasti so šele naknadno izvedele za domnevno goljufijo, zato so mu na novo pridobljeno državljanstvo odvzele, ker jih o tem ni obvestil, čeprav bi to moral storiti. Tako je postal apatrid. Bavarsko sodišče je postavilo predhodno vprašanje o skladnosti takega odvzema državljanstva z določbami o državljanstvu EU. SEU je pojasnilo, da vprašanje pridobitve in odvzema državljanstva sicer sodi v pristojnost držav članic, toda te morajo to pristojnost izvajati skladno s pravom EU.<sup>24</sup> Na ta način je SEU zagotovilo EU vsaj omejen nadzor nad pridobivanjem in odvzemom državljanstva EU. Nadalje je presodilo,

<sup>18</sup> Tako denimo tudi nemško zvezno ustavno sodišče v odločbi drugega senata z dne 30. junija 2009 v združenih zadevah 2 BvE 2/08; 2 BvE 5/08; 2 BvR 1010/08; 2 BvR 1022/08; 2 BvR 1259/08; 2 BvR 182/09, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208 (odločba o Lizbonski pogodbi).

<sup>19</sup> Osebe državljanstvo EU črpajo iz državljanstva države članice.

<sup>20</sup> Državljanstvo EU deli usodo državljanstva države članice.

<sup>21</sup> Mindus, P.: *European Citizenship After Brexit: Free Movement and Rights of Residence*, Springer International Publishing, Cham 2017, str. 15.

<sup>22</sup> Znana je sporna praksa podeljevanja državljanstva na Cipru in Malti, kjer se poenostavljeno povedano državljanstvo da kupiti. Tako je pred kratkim Evropska komisija proti Malti sprožila postopek zaradi nezpolnitve obveznosti, ki pred SEU še teče (Evropska komisija, *Investor citizenship scheme: Commission refers MALTA to the Court of Justice*, 29. september 2022). Za več o problematiki podeljevanja ciprskega državljanstva, gl.: Kudryashova, S.: *The "Sale" of Conditional Citizenship: the Cyprus Investment Programme under the Lens of EU Law*, v: Kochenov, D., Cambien, N., Muir, E.: *European Citizenship Under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Brill Nijhoff, Leiden, Boston 2020).

<sup>23</sup> Zadeva *Janko Rottman proti Freistaat Bayern* (C-135/08, veliki senat) z dne 2. marca 2010.

<sup>24</sup> *Ibid.*, tč. 41. Glej tudi zadevo *Micheletti in drugi proti Delegación del Gobierno en Cantabria* (C-369/90) z dne 7. julija 1992, tč. 10, kjer je SEU presodilo, da morajo države članice pri urejanju vprašanja pridobitve in izgube državljanstva pravo EU vzeti v obzir. Tak pristop je SEU ubralo tudi na področju organizacije pravosodja in na nekaterih drugih področjih. V zvezi s tem gl. zadevo o znižanju upokojitvene starosti za sodnike vrhovnega sodišča, kjer je SEU odločilo, da čeprav je organizacija sodstva v pristojnosti držav članic, morajo države članice pri izvajanju te pristojnosti spoštovati obveznosti, ki izhajajo iz prava EU, tudi obveznost, da zagotovijo učinkovito sodno varstvo in v okviru tega neodvisna sodišča (zadeva *Komisija proti Poljski* (C-619/18) z dne 24. junija 2019, tč. 52, 54, 55 in 58).



da pravo EU načeloma dopušča, da države članice zaradi varstva solidarne in lojalne vezi s svojimi državljani ter vzajemnosti pravic in dolžnosti odvzamejo državljanstvo zaradi tovrstne zvižaje. Toda to lahko storijo le, če je odvzem sorazmeren. Pri presoji sorazmernosti je treba upoštevati okoliščine konkretnega primera, med drugim težo zavržnega ravnanja, zaradi katerega oseba izgubi državljanstvo, čas od naturalizacije do izgube državljanstva in pogoje za ponovno pridobitev izgubljenega državljanstva in pomen pravic, ki jih prinaša državljanstvo EU za osebo in njegove družinske člane.<sup>25</sup> Končno presojajo je SEU prepustilo bavarskim oblastem. Koliko se je s tem pravo EU dejansko »zajedlo« v pristojnost držav članic in kako stroge morajo slednje biti pri presoji sorazmernosti, pa so pokazali nadaljnji primeri.

V zadevi *Tjebbes*<sup>26</sup> je SEU pod drobnogled vzelo nizozemsko zakonodajo, po kateri osebe z dvojnimi državljanstvom *ex lege* izgubijo nizozemsko državljanstvo, če po polnoletnosti deset let ne bivajo v EU. Ureditev, ki do neke mere spominja na slovensko tragedijo izbranih prebivalcev,<sup>27</sup> je povzročila, da je gospa Tjebbes izgubila nizozemsko, s tem pa tudi evropsko državljanstvo, ne da bi bila na to predhodno opozorjena in brez naknadnega obvestila. Za izgubo je izvedela šele, ko je želela podaljšati veljavnost svojega nizozemskega potnega lista. SEU je ugotovilo, da takšna ureditev načeloma ni v nasprotju s pravom EU, če država zagotovi individualno ter konkretno in ne le abstraktno presojajo sorazmernosti izgube državljanstva. Pri tem pa mora upoštevati tudi temeljne pravice, ki jih zagotavlja Listina.<sup>28</sup> Sodišče je oceno sorazmernosti prepustilo nizozemskemu sodišču. Drugače pa je bilo v nedavni zadevi *JY proti Wiener Landesregierung*,<sup>29</sup> kjer je SEU tudi samo ocenilo sorazmernost ukrepa Avstrije. JY je bila estonska državljanka, ki je živela v Avstriji in je želela pridobiti avstrijsko državljanstvo. V postopku naturalizacije ji je bilo dano uradno zagotovilo, da bo državljanstvo dobila, vendar se je morala v skladu z avstrijskim pravom odreči estonskemu državljanstvu. V času čakanja na avstrijsko državljanstvo je storila dva prekrška. Vozila je pod vplivom alkohola in na vozilo ni namestila nalepke o tehnični ustreznosti avtomobila. Skupaj z osmimi prekrški, ki jih je storila že v času pred izdajo zagotovila, v letih od 2007 do 2013, po mnenju avstrijskih oblasti ni bila več upravičena do pridobitve avstrijskega državljanstva. Predstavljala naj bi namreč grožnjo javni varnosti. SEU je ugotovilo, da ta odločitev ni sorazmerna teži očitanih kršitev. Opozorilo je, da sta bila prekrška lažje

<sup>25</sup> SEU, *Rottmann*, zgoraj št. 23, tč. 56.

<sup>26</sup> Zadeva *M. G. Tjebbes in drugi proti Minister van Buitenlandse Zaken* (C-221/17, veliki senat) z dne 12. marca 2019.

<sup>27</sup> Kochenov, D.: *The Tjebbes Fail*, v: *European Papers* 4 (2019) 1, str. 319–336, str. 322.

<sup>28</sup> SEU, *Tjebbes*, zgoraj n. 26, tč. 44–45. Odločitev SEU neusmiljeno kritizira Kochenov, ki trdi, da je SEU dopustilo, da države članice zgledne državljane obravnavajo slabše kot teroriste (*ibid.*, str. 323–324). Po drugi strani nekateri odločitev vidijo kot nadaljevanje prakse, ki nedopustno posega v suverenost držav članic (van den Brink, M.: *Bold but Without Justification? Tjebbes*, v: *European Papers* 4 (2019) 1, str. 409–415), spet drugi pa pristop SEU pozdravljajo, saj menijo, da je dober kompromis med interesi držav članic in pravicami posameznikov (van Eijken, H.: *Tjebbes in Wonderland: On European Citizenship, Nationality and Fundamental Rights*: ECJ 12 March 2019, Case C-221/17, M.G. Tjebbes and Others v Minister van Buitenlandse Zaken, ECLI:EU:C:2019:189, v: *European Constitutional Law Review* 15 (2019) 4, str. 714–730, str. 730.

<sup>29</sup> Zadeva *JY proti Wiener Landesregierung* (C-118/20, veliki senat) z dne 18. januarja 2022.

narave. JY zaradi njiju po eni strani ni izgubila voznškega dovoljenja, odločitev avstrijskih oblasti pa je po drugi strani vodila v trajno izgubo državljanstva EU, zato jo je SEU ocenilo za nesorazmerno.<sup>30</sup> Na podlagi zadeve JY tako lahko sklepamo, da sodišče v prihodnosti ne bo vedno prepuščalo presoje sorazmernosti nacionalnih sodiščem, ampak bo vsaj ob očitni nesorazmernosti ukrepa presojo opravilo kar samo.

Pogoje za pridobitev in izgubo državljanstva EU torej v prvi vrsti določajo države članice. Toda od zadeve *Rottmann* naprej nad njimi bdi SEU. Države članice ne smejo odvzeti državljanstva EU, če bi bilo to nesorazmerno. Toda zaradi občutljivosti področja, ki sodi v samo jedro suverenosti držav članic, nadzor SEU praviloma ni strog, na kar kaže zadeva *Tjebbes*.<sup>31</sup> Končna presoja sorazmernosti je v rokah sodišč držav članic, razen če je odvzem državljanstva očitno nesorazmeren ukrep, kot je bilo denimo v zadevi JY. Takrat SEU oceno sorazmernosti vzame v svoje roke.

### 3.2. Čezmejni element

Pravila EU o mobilnosti državljanov držav članic se lahko uporabijo le, če je izkazan čezmejni element. To velja za vsa pravila o mobilnosti: tako za prost pretok oseb kot za državljanstvo EU. Za popolnoma notranje situacije (ang. *wholly internal situation*), torej primere brez čezmejnega elementa, pride v poštev nacionalno pravo. Zato je ključno razumeti, kdaj je po praksi SEU podan čezmejni element oziroma kdaj govorimo o popolnoma notranji situaciji.

Za začetek si pogledajmo šolski primer s tega področja. Britanska državljanica Saunders je v kazenskem postopku priznala krivdo za tatvino in se zavezala, da bo odšla na Severno Irsko ter se tri leta ne bo vrnila v Anglijo ali Wales. To zavezo je nato kršila, zato se je v postopku postavilo vprašanje, kakšne so lahko posledice zanjo glede na to, da ji pravo EU kot delavki v 45. členu PDEU zagotavlja pravico do prostega gibanja in prebivanja po ozemlju držav članic EU. SEU je ugotovilo, da 45. člen PDEU ne pride v poštev, saj gre za popolnoma notranjo situacijo.<sup>32</sup>

Zgornji primer je očiten in preprost, a ni vedno tako, prej nasprotno. Zaradi pisanosti življenjskih situacij, ki pogosto vključujejo tudi državljane tretjih držav, ki se kot družinski člani državljanov EU sklicujejo na izvedeno pravico do gibanja in prebivanja, je to področje izjemno kompleksno in nepregledno. Zato sodne prakse ne bomo podrobneje obravnavali, ampak bomo rajši pogledali tri pomanjkljivosti, ki bi v prihodnosti lahko vodile v odpravo zahteve po čezmejnem elementu.

---

<sup>30</sup> Gambardella, I.: JY v Wiener Landesregierung: Adding Another Stone to the Case Law Built Up by the CJEU on Nationality and EU Citizenship, v: *European Papers* 7 (2022) 1, str. 399–408, str. 406.

<sup>31</sup> Avbelj, M.: *Sodno pravo Evropske unije*, 2. izdaja, GV založba, Ljubljana 2020, str. 286.

<sup>32</sup> Zadeva *The Queen proti Veri Ann Saunders (C-175/78)* z dne 28. marca 1979.

### 3.2.1. Koliko mobilnosti je potrebne, da se vzpostavi čezmejni element?

V zadevi *Carpenter*<sup>33</sup> je bilo SEU pri presoji zgornjega vprašanja zelo dobrohotno.<sup>34</sup> Ga. Carpenter je bila državljanica Filipinov, ki se je po poteku dovoljenja za prebivanje v Združenem Kraljestvu poročila z britanskim državljanom. Zaposila je za dovoljenje za prebivanje, a ker je prekoračila svoje prvotno dovoljenje za prebivanje, so britanske oblasti odredile njeno deportacijo. Temu je nasprotovala s sklicevanjem na izvedeno pravico do prebivanja po pravu EU. Trdila je namreč, da njen mož veliko potuje v druge države članice, kjer prodaja oglase v medicinskih revijah in da v tem času ona skrbi za njegove otroke iz prejšnjega zakona. SEU ji je pritrdilo, pri čemer se je sklicevalo na možovo pravico do opravljanja storitev v Uniji. Če bi bila ga. Carpenter namreč vrnjena na Filipine, ne bi bilo nikogar, ki bi skrbel za otroke, zato njen mož ne bi več mogel izvrševati te pravice.

Vprašanje čezmejnega elementa se je postavilo tudi v zadevi *Ruiz Zambrano*.<sup>35</sup> SEU je obravnavalo primer kolumbijskega državljanca, ki je v Belgiji zaprosil za mednarodno zaščito. Med čakanjem na odločitev o prošnji sta se jima s kolumbijsko ženo rodila dva otroka, ki sta po pravilu *ius soli* pridobila belgijsko državljanstvo. Postavilo se je vprašanje, ali se g. Zambrano lahko sklicuje na izvedeno pravico do prebivanja zaradi vzdrževanja svojih mladoletnih otrok, ki sta državljanca EU.<sup>36</sup> Tako Komisija kot vlade, ki so intervenirale v postopku, so bile mnenja, da gre za povsem notranjo situacijo, saj otroka nikoli nista zapustila ozemlja Belgije, zato se pravo EU ne more uporabiti. Generalna pravobranilka Sharpston je prepričljivo razgalila pomanjkljivosti dotedanje sodne prakse. Vprašala se je, ali bi bilo za vzpostavitev čezmejnega elementa dovolj, da bi prijazen sosed enkrat, morda dvakrat peljal otroka v Parc Astérix v Pariz. Bi morali v Franciji tudi prespati ali bi bil dovolj enodnevni izlet? SEU je to dilemo razjasnilo v zadevi *O in B*,<sup>37</sup> v kateri je odločilo, da se zahteva, da državljan tretje države in njegov družinski član v drugi državi članici vzpostavita učinkovito (ang. *genuine*) prebivališče, za kar naj bi bilo potrebnih vsaj tri mesece skupnega bivanja. Skupno življenje le ob koncih tedna ali z daljšimi prekinitvami ni dovolj.<sup>38</sup>

### 3.2.2. Povratna diskriminacija

Glavna težava zahteve po čezmejnem elementu je, da lahko ustvari razlikovanje med mobilnimi in nemobilnimi državljanji EU (in njihovimi družinskimi člani), saj varstvo prava EU pripada le tistim, ki se gibajo. Nemobilni državljanji so odvisni od nacionalnega prava, ki pa je zanje lahko manj ugodno kot pravo EU. Za tovrstno razlikovanje uporabljamo izraz povratna diskriminacija (tudi obratna diskriminacija, ang. *reverse discrimination*). Tako na primer v zadevi *Wallon*<sup>39</sup> do vključitve v flamsko zdravstveno

<sup>33</sup> Zadeva *Mary Carpenter proti Secretary of State for the Home Department* (C-60/00) z dne 11. julija 2002.

<sup>34</sup> Bernard, C., Peers, S., nav. delo, str. 402.

<sup>35</sup> Zadeva *Gerardo Ruiz Zambrano proti Office national de l'emploi (ONEm)* (C-34/09, veliki senat) z dne 8. marca 2011.

<sup>36</sup> *Ibid.*, tč. 36.

<sup>37</sup> Zadeva *O. proti Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel in Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel proti B* (C-456/12) z dne 12. marca 2014.

<sup>38</sup> *Ibid.*, tč. 59 in 61. Gl. tudi Bernard, C., Peers, S., nav. delo, str. 403.

<sup>39</sup> Zadeva *vlada francoske skupnosti in valonska vlada proti flamski vladi* (C-212/96) z dne 1. aprila 2008.

zavarovanje in prejemanje ugodnosti le-tega niso bili upravičeni belgijski državljani, ki so delali na Flamskem, a so prebivali v drugih regijah te države. Državljanji drugih držav članic, ki so bili v identičnem položaju, pa so uživali vse ugodnosti, enako kot prebivalci Flandrije, saj 3. odstavek 45. člena PDEU zanje kot delavce zahteva enako obravnavo.

Povratna diskriminacija pride še posebej do izraza pri pravici do prebivanja državljanov tretjih držav, ki so družinski člani državljana EU. Zaradi zahteve po čezmejnem elementu namreč zakonci »nemobilnih« državljanov EU ne uživajo varstva prava EU, zato morajo Unijo pogosto zapustiti, medtem ko se zakonci mobilnih državljanov lahko sklicujejo na izvedeno pravico do prebivanja. Trdijo namreč, kot smo videli v zadevi *Carpenter*, da bi njihova vrnitev v izvorno državo okrnila ekonomsko aktivnost njihovega zakonca oziroma, da jim pravo EU kot družinskim članom mobilnega državljana EU dovoljuje prebivanje. Tako je denimo v zadevi *Coman*<sup>40</sup> ameriško-romunski istospolno usmerjeni par, ki je nekaj časa živel in se poročil v Bruslju, uspešno uveljavil pravico do prebivanja za ameriškega zakonca v Romuniji, čeprav ta ameriškemu državljanu ni priznavala statusa zakonca in s tem družinskega člana. Brez bivanja v Belgiji se pravo EU ne bi uporabilo in bi za ameriškega zakonca prišlo v poštev le romunsko pravo.<sup>41</sup>

### 3.2.3. Naključnost pravice do prebivanja

Kot prepričljivo utemeljuje generalna pravobranilka Sharpston v zadevi *Ruiz Zambrano*, je zaradi zahteve po čezmejnem elementu pravica do prebivanja vse prepogosto bolj stvar »loterije kot logike«. <sup>42</sup> G. Carpenter je imel kot samozaposleni stranke v drugih državah članicah, zato je njegova žena, državljanka Filipinov, smela ostati v Združenem Kraljestvu. Če bi njen mož posloval le tam, bi morala državo zapustiti. Kako bi bilo, če bi se s tujimi strankami dogovarjal le virtualno ali prek telefona ali če bi bile njegove stranke hčerinske družbe nemških podjetij s sedežem v Združenem Kraljestvu? Podobno tudi v zadevi *Ruiz Zambrano*. Če bi SEU zahtevalo čezmejni element, potem bi morala družina Belgijo zapustiti. Pravobranilka njihovo situacijo primerja z družino iz sodbe *Zhu in Chen*<sup>43</sup>, kjer je kitajska državljanka, zaposlena v Walesu, na porod odpotovala v Belfast na Severno Irsko (del Združenega Kraljestva). Razlog za izbiro kraja poroda je bil v tem, da je po pravu Republike Irske vsak otrok, rojen na irskem otoku, torej tudi na sosednjem Severnem Irskem, dobil državljanstvo Republike Irske. To pa je pomenilo, da so se aktivirala pravila EU, ki so zagotovila izvedeno pravico do prebivanja tudi staršem novorojenega otroka, čeprav družina nikoli ni zapustila Velike Britanije.

Vzemimo še en bolj slovensko obarvan (hipotetičen) primer. Sošolki s filozofske fakultete sta se odpravili na prakso Erasmus v Francijo, kjer sta delali pri nevladni orga-

---

<sup>40</sup> Zadeva *Relu Adrian Coman in drugi proti Inspectoratul General pentru Imigrări in Ministerul Afacerilor Interne* (C-673/16, veliki senat) z dne 5. junija 2018.

<sup>41</sup> Za podrobno analizo primera, gl. Tryfonidou, A.: *Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's Coman judgment*, v: *European Law Blog*, 19. junij 2018.

<sup>42</sup> Mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano*, zgoraj št. 1, tč. 88.

<sup>43</sup> Zadeva *Kunqian Catherine Zhu in Man Lavette Chen proti Secretary of State for the Home Department* (C-200/02, veliki senat) z dne 19. oktobra 2004.

nizaciji, ki se ukvarja s prosilci za azil. Spoznali sta simpatična brata iz Gabona in nastala sta dva gabonsko-slovenska para. Po izteku prakse sta se sošolki vrnila v Slovenijo, a para sta se še naprej srečevala ob koncih tedna in v času počitnic. Obenem sta Slovenki kmalu dobili službo: prva kot učiteljica francoščine v slovenski gimnaziji v Celovcu, druga pa v Ljubljani. Toda stvari so se zapletle, ko sta brata dobila negativno odločbo o mednarodni zaščiti. Tudi pred francoskimi sodišči nista uspela. Vendar so njune težave para še bolj zblížale in odločili so se za poroko. Padla je tudi odločitev, da na pol poti med Ljubljano in Celovcem, v Trziču, najamejo hišo in si uredijo skupno bivališče. Slovenske oblasti so ugotovile, da bi morala biti brata izgnana v izvirno državo, saj sta na ozemlju Slovenije nezakonito, njuna prošnja za mednarodno zaščito pa je bila v Franciji že pravnomočno zavržena. Prvi par se je temu uspel ubraniti s sklicevanjem na izvedeno pravico do prebivanja državljanov 3. države po pravu EU, drugi pa ni bil uspešen. Razlog? Čezmejni element, ki se zahteva za aktivacijo pravil EU, je obstajal le v primeru prvega para, saj se je partnerka vozila v službo v Celovec.

### 3.2.4. Čas za odpravo zahteve po čezmejnem elementu?

Že večkrat omenjena zadeva *Ruiz Zambrano* je prinesla veliko upanja nasprotnikom zahteve po čezmejnem elementu. Sodišče je namreč to zahtevo povsem zemarilo. Rzsodilo je, da se države članice morajo vzdržati ukrepov, »*katerih učinek je, da državljanom Unije preprečujejo dejansko izvrševanje bistvene vsebine pravic, ki so jim podeljene zaradi statusa državljanov Unije.*«<sup>44</sup> Tako je družina Ruiza Zambrana lahko ostala v Belgiji, saj bi bilo v nasprotnem primeru državljanstvo EU obeh otrok, ki bi zaradi svoje mladosti morala slediti staršema v izvirno državo, le prazna lupina. Toda nadaljnji razvoj sodne prakse je pokazal, da je bila uporaba takega pristopa izjema, ki je na mestu samo v tovrstnih izjemnih primerih.<sup>45</sup> Sodišče torej kljub povratni diskriminaciji<sup>46</sup> in drugim težavam čezmejnega elementa pri njem še vedno vztraja.<sup>47</sup> Osrednji argument

<sup>44</sup> SEU, *Ruiz Zambrano*, zgoraj št. 35, tč. 42. V tej točki se sodišče sklicuje na zadevo SEU, *Rottmann*, zgoraj št. 23, tč. 42.

<sup>45</sup> Bernard, C., Peers, S., nav. delo, str. 403, op. 31.; Avbelj, M., nav. delo, str. 282, 283. V zadevi *McCarthy* Sodišče ni priznalo izvedene pravice do prebivanja jamajškemu državljanu, možu gospe McCarthy, ki je bila državljanica Združenega Kraljestva (zadeva *Shirley McCarthy proti Secretary of State for the Home Department* (C-434/09, veliki senat) z dne 5. maj 2011). V zadevi *Dereci* je izrecno omejilo domet zadeve *Ruiz Zambrano*. Ugotovilo je, da se test uporabi le, če bi moral državljan EU zaradi ukrepa države članice zapustiti ozemlje Unije kot celote (zadeva *Murat Dereci in drugi proti Bundesministerium für Inneres* (C-256/2011, veliki senat) z dne 15. novembra 2011, tč. 66 in 68). Za podrobnejšo analizo te sodbe, gl. Tisaj, A.: Evropsko državljanstvo v zadevi *Dereci* in drugi proti Avstriji (C-256/2011), *Pravnik* 71 (2016) 11/12, str. 841-868, str. 855.

<sup>46</sup> Čeprav bi na povratno diskriminacijo v bistvu lahko gledali kot na diskriminacijo glede na državljanstvo (Mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano*, zgoraj št. 1, tč. 133).

<sup>47</sup> A ne vedno in za vsako ceno. Gl. na primer zadevo *Lounes*, v kateri bi vztrajanje pri čezmejnem elementu povzročilo, da državljanica Španije ne bi mogla uveljavljati izvedene pravice za svojega moža, državljanov Alžirije, ravno zato, ker je po več letih bivanja v Združenem Kraljestvu pridobila tudi britansko državljanstvo. Sodišče tako spozna, da bi bilo protislovno in v nasprotju z namenom državljanstva EU, če bi pravo EU bolj varovalo družinsko življenje oseb, ki so se manj integrirale v državo gostiteljico, kot tistih, ki so se integrirale do te mere, da so z naturalizacijo pridobile celo državljanstvo države gostiteljice (zadeva *Toufik Lounes proti Secretary of State for the Home Department* [C-165/16, veliki senat] z dne 14. novembra 2017). Za analizo zadeve gl. na primer Avbelj, M., nav. delo, str. 283-284.

je v upoštevanju načela prenosa pristojnosti,<sup>48</sup> zaradi katerega SEU vedno znova poudarja, da pravila o državljanstvu EU niso namenjena temu, da bi raztegnili uporabo prava EU na povsem notranje situacije.<sup>49</sup> Praviloma se tako še vedno zahteva določeno gibanje čez mejo države članice »izvora«, kar pomeni, da je pravica do prebivanja ostaja z »nekakšno pravno popkovino« povezana z zahtevo po čezmejnem gibanju, kot se je slikovito izrazila Sharpston.<sup>50</sup> Toda to seveda ne pomeni, da bo vedno tako.<sup>51</sup> Sploh koncept državljanstva EU ima velik razvojni potencial, ki ga SEU lahko v prihodnosti vsekakor izkoristi.<sup>52</sup> O tem bo veliko govora v nadaljevanju. Pred tem pa si pogledajmo še temeljni vir sekundarnega prava EU s področja mobilnosti državljanov držav članic in njihovih družinskih članov znotraj Unije.

#### 4. Direktiva o pravicah državljanov EU

Leta 2004 je bila sprejeta Direktiva 2004/38/ES o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic (DPD).<sup>53</sup> Gre za temeljni vir sekundarnega prava, ki želi celovito urediti področje, ki ga obravnava to poglavje. V pravni red Republike Slovenije je prenesena s XIII. poglavjem Zakona o tujcih (ZTuj-2).<sup>54</sup> DPD v enem aktu združuje pravila glede pravice do gibanja in prebivanja različnih kategorij oseb (delavcev, ponudnikov storitev in podjetnikov, študentov, iskalcev zaposlitve in državljanov EU, ki ne sodijo v nobeno od teh kategorij), ki so bila prej urejena v različnih predpisih EU.<sup>55</sup> Tako hkrati obravnava pravila prvega (prost pretok oseb) in drugega režima (državljanstvo EU). Njen namen je po eni strani v tem, da pospešuje mobilnost državljanov EU,<sup>56</sup> po drugi strani pa da preprečuje, da pri tem državljanji EU ne postanejo nesorazmerno breme za sisteme socialne pomoči v državi gostiteljici.<sup>57</sup> Uporablja se tako v primerih, ko državljan (skupaj z družinskimi

---

<sup>48</sup> Kochenov, D.: *EU Citizenship: Some Systemic Constitutional Implications*, v: Kochenov, D., Cambien, N., Muir, E.: *European Citizenship Under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Brill Nijhoff, Leiden, Boston 2020, str. 15

<sup>49</sup> Mnenje generalne pravobranilke Kokott v zadevi *Shirley McCarthy proti Secretary of State for the Home Department* (C-434/09) z dne 25. novembra 2010, tč. 41.

<sup>50</sup> Mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano*, zgoraj št. 1, tč. 84.

<sup>51</sup> Mnenje generalne pravobranilke Kokott v zadevi *Shirley McCarthy*, zgoraj št. 49, tč. 42.

<sup>52</sup> Tak razvoj ne bi bil novost. Na področju prostega pretoka blaga je vsaj delno že prodrlo spoznanje, da vztrajanje pri čezmejnem elementu ohranja meje in s tem preprečuje dosledno vzpostavitev notranjega trga, ki je po drugem odstavku 26. člena PDEU območje brez notranjih meja, na katerem je zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala (Bernard, C., Peers, S., nav. delo, str. 382; Mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano*, zgoraj št. 1, tč. 70).

<sup>53</sup> Gl. zgoraj št. 2.

<sup>54</sup> Zakon o tujcih, Ur. l. RS, št. 50/11 in nadaljnji (ZTuj-2). Gl. 117. do 141. člen ZTuj-2.

<sup>55</sup> Gl. 4. uvodno izjavo DPD. Kljub namenu celovito urediti to področje so nekateri vidiki vendarle urejeni v samostojnih pravnih aktih. Gl. na primer Uredbo (EU) št. 492/2011 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. aprila 2011 o prostem gibanju delavcev v Uniji, Ur. l. EU, št. L 141/1.

<sup>56</sup> Gl. 3. uvodno izjavo DPD.

<sup>57</sup> Gl. 10. in 16. uvodno izjavo DPD.



člani) prebiva v drugi državi članici,<sup>58</sup> kot tudi v primerih, ko se po življenju v drugi državi članici (skupaj s svojimi družinskimi člani) vrne v svojo matično državo članico.<sup>59</sup> To se je za pomembno izkazalo predvsem pri vprašanju pravice do prebivanja družinskih članov, ki se z državljanom EU vrnejo v matično državo.<sup>60</sup>

Izhodišče DPD je stopnjevanje pravic glede na trajanje prebivanja. Direktiva pozna tri obdobja prebivanja, na katera veže različne pravne posledice:

- vstop in prebivanje do 3 mesecev: državljan EU lahko samo z veljavno osebno izkaznico brez vsakršne formalnosti vstopi in prebiva v drugi državi članici do 3 mesece, pri čemer ga lahko spremljajo tudi njegovi družinski člani<sup>61</sup> (118. in 119. člen ZTuj-2 in 6. člen DPD);
- prebivanje od 3 mesecev do 5 let: državljan EU in njegovi družinski člani morajo svoje prebivanje prijaviti pri upravnem organu,<sup>62</sup> pri čemer morajo izkazati enega od upravičenih namenov prebivanja in izkazovati pogoje zanj (7. člen DPD in 120–123. člen ZTuj-2):
  - zaposlitev ali delo: potrdilo delodajalca, da ga bo zaposlil, oziroma dokazilo o zaposlitvi ali opravljanju dela, kadar je že zaposlen ali že opravlja delo (prvi odstavek 120. člena ZTuj-2);
  - samozaposlitev ali izvajanje storitev: dokazilo, da gre za samozaposleno osebo oziroma za izvajalca storitve (121. člen ZTuj-2);
  - iskanje zaposlitve:<sup>63</sup> prijava pri Zavodu za zaposlovanje RS (121.a člen ZTuj-2);
  - študij, poklicno usposabljanje ali sodelovanje v drugih oblikah izobraževanja: dokazilo o vpisu, zadostna sredstva za preživljanje in ustrezno zdravstveno zavarovanje (122. člen ZTuj-2);
  - spremljanje ali pridružitve družinskemu članu: zadostna sredstva za preživljanje in ustrezno zdravstveno zavarovanje, pri čemer izpolnjevanje teh dveh pogojev ni potrebno, če je državljan EU, ki ga oseba spremlja ali se je pridružila, zaposlen, samozaposlen ali izvajalec storitev (123. člen ZTuj-2).
- prebivanje daljše od 5 let: državljan EU in njegovi družinski člani pridobijo po 5 letih zakonitega prebivanja v državi članici pravico do stalnega prebivališča, ki je časovno neomejena. Pri prebivanju niso več dolžni izkazovati namena in pogojev,

<sup>58</sup> Gl. prvi odstavek 3. člena DPD.

<sup>59</sup> To iz DPD ne izhaja, saj prvi odstavek 3. člena DPD določa, da se DPD »uporablja za vse državljane Unije, ki se preselijo ali prebivajo v državi članici razen v tisti državi, katere državljani so, in za njihove družinske člane, [...] ki jih spremljajo ali se jim pridružijo.« SEU je domet pravice do prebivanja po pravu EU razširilo na vrnitev družine v matično državo državljanu EU v zadevi *O in B* (SEU, *O in B*, zgoraj št. 37). V nasprotnem primeru bi namreč bili državljani EU odvrnjeni od zapuščanja svojih držav, ker bi bili negotovi, ali bi ob vrnitvi v svojo državo lahko nadaljevali družinsko življenje, ki so ga ustvarili ali okrepili v državi gostiteljici. Gl. tudi starejši precedens: zadeva *The Queen proti Immigration Appeal Tribunal in Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department* (C-370/90) z dne 7. julija 1992.

<sup>60</sup> Gl. na primer tudi že omenjeno zadevo SEU, *Coman*, zgoraj št. 40.

<sup>61</sup> Kdo se šteje za družinskega člana, določa drugi odstavek 2. člena DPD. Družinski člani ohranijo pravico do prebivanja tudi po razpadu družine pod pogoji iz 13. člena DPD.

<sup>62</sup> V Sloveniji je to upravna enota, na območju katere državljan EU prebiva (prvi odstavek 119. člena ZTuj-2).

<sup>63</sup> Najdaljše trajanje dovoljenja za prebivanje na podlagi statusa iskalca zaposlitve po ZTuj-2 je 6 mesecev. Dovoljenje se lahko podaljša še za največ 6 mesecev. Gl. tudi tretji odstavek 7. člena in člen 14(4)b DPD.



ki veljajo v obdobju od 3 mesecev do 5 let (16. člen DPD in 126. člen ZTuj-2). Šteje se, da so se integrirali v državo članico gostiteljico, zato so upravičeni do povsem enake obravnave kot državljani te države.

DPD je z razvojem sodne prakse postal glavni pravni vir, za katerega se na trenutke zdi, da je celo pomembnejši od določb primarnega prava o državljanstvu EU.<sup>64</sup> Toda SEU vendarle meni, da je treba zaradi pomena pravice do gibanja in prebivanja pogoje za prebivanje iz DPD razlagati ozko.<sup>65</sup>

## 5. Novejši režim: državljanstvo EU

Evropsko državljanstvo po eni strani izhaja iz logike notranjega trga, zato nekateri v njem vidijo peto ekonomsko svoboščino, po drugi strani pa je ustavna kategorija, ki državljanom držav članic daje ustavne pravice, ki so neodvisne od notranjega trga.<sup>66</sup> V akademskih krogih že od njegove uvedbe potekajo burne razprave o tem, ali sta bistveni pravici, tj. pravica do prebivanja in prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva, odvisni od ekonomske aktivnosti oziroma vsaj od tega, da posameznik ni breme državi gostiteljici. Z drugimi besedami: eno od najbolj relevantnih dilem tega področja je vprašanje, ali je državljanstvo EU »zgolj«<sup>67</sup> državljanstvo trga ali kaj več od tega?

### 5.1. Obetavni začetki državljanstva EU: spogledovanje s socialnim državljanstvom?

SEU je sprva resno vzelo idejo o državljanstvu EU, ki podeljuje pravice državljanom neodvisno od tega, ali jih lahko štejeemo za koristne z vidika notranjega trga. V zadevi *Grzelczyk* iz leta 2001 je zapisalo:

»Namen statusa državljanca Unije je namreč, da postane temeljni status državljanov držav članic, s čimer tistim, ki so v enakem položaju, omogoča, da se jih na področju uporabe *ratione materiae* Pogodbe obravnava enakopravno, neodvisno od njihovega državljanstva in brez poseganja v izjeme, ki so izrecno predvidene v zvezi s tem.«<sup>67</sup>

Še pred tem, leta 1998, je SEU odločalo o položaju španske državljanke Martínez Sala,<sup>68</sup> ki je več kot tri desetletja prebivala v Nemčiji. V tem času je tudi deset let delala, nato pa je bila z izjemo dobrega meseca dela brez zaposlitve. Dobivala je socialno pomoč in v Nemčiji bivala na podlagi dovoljenja za prebivanje, ker mednarodne obveznosti tej državi niso dovoljevale izгона. V času, ko ji je dovoljenje poteklo in je vložila

---

<sup>64</sup> Gl. spodaj 4.2.

<sup>65</sup> Zadeva *Pensionsversicherungsanstalt proti Peter Brey* (C-140/12) z dne 19. septembra 2013, tč. 70.

<sup>66</sup> Trstenjak, V., Brkan, M.: *Pravo EU: Ustavno, procesno in gospodarsko pravo EU*, GV založba, Ljubljana 2012, str. 548.

<sup>67</sup> Zadeva *Rudy Grzelczyk proti Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (C-184/99) z dne 20. septembra 2001, tč. 31. Ta dikcija je postala standardni element sodb sodišča EU s področja državljanstva. Za analizo tega primera, gl. Avbelj, M., nav. delo, str. 293–299.

<sup>68</sup> Zadeva *María Martínez Sala proti Freistaat Bayern* (C-85/96) z dne 12. maja 1998.

prošnjo za novega, je zaprosila za otroški dodatek. Zanj so morale osebe brez nemškega državljanstva izkazati, da imajo dovoljenje za bivanje. Prvostopenjsko sodišče je prošnjo za otroški dodatek zavrnilo, saj Martínez Sala ni imela dovoljenja za bivanje, čeprav je v Nemčiji zakonito prebivala zaradi vlozene prošnje za podaljšanje tega dovoljenja. Drugostopenjsko sodišče je postopek prekinilo in se obrnilo na SEU. Sodišče je ugotovilo, da Martínez Sala po nemškem pravu zakonito prebiva v Nemčiji in da je kot državljanke EU Nemčija ne bi smela obravnavati drugače od svojih državljanov. Ti namreč za pridobitev otroškega dodatka niso bili dolžni izkazati posebnega dovoljenja oziroma pravice do bivanja, medtem ko so tujci morali to dokazovati s posebnim potrdilom urada za tujce. V tem prvem primeru s področja državljanstva EU je SEU torej postavilo pomembno usmeritev za nadaljnji razvoj: na področjih uporabe prava EU je na podlagi 18. člena PDEU prepovedana diskriminacija na podlagi državljanstva.

Sodišče je svojo prakso razvijalo naprej v zadevi *Baumbast*.<sup>69</sup> Nemški državljan, g. Baumbast je skupaj s svojo ženo s kolumbijskim državljanstvom in hčerkama v Združenem Kraljestvu dobil petletno dovoljenje za prebivanje. Tri leta je delal tam, nato pa je bil zaradi propada svojega podjetja zaposlen pri nemških družbah izven EU (na Kitajskem in v Lesotu). Družina je bila preskrbljena, v lasti so imeli hišo, zdravstveno zavarovanje pa so imeli urejeno v Nemčiji. V Združenem Kraljestvu so vložili prošnjo za stalno prebivanje, ki pa so jo britanske oblasti odobrile le gospe Baumbast in hčerkama. Za g. Baumbasta so ugotovile, da ni delavec ne oseba s pravico do prebivanja iz Direktive 90/364. Pred SEU se je tako postavilo vprašanje, ali ima g. Baumbast, ki ni delavec migrant, pravico do prebivanja na podlagi določb o državljanstvu Unije. SEU je najprej ugotovilo, da uvedba državljanstva pomeni konec pogojevanja pravice do prebivanja z ekonomsko aktivnostjo.<sup>70</sup> Prav tako je priznalo pravici do prebivanja iz prvega odstavka 21. člena PDEU neposredni učinek. Obenem pa je izpostavilo, da je treba upoštevati legitimni interes držav članic, da evropski državljani ne postanejo pretirano breme za javne finance države gostiteljice.<sup>71</sup> Toda slednje so pri zasledovanju svojega legitimnega interesa omejene s splošnimi načeli skupnosti, zlasti z načelom sorazmernosti.<sup>72</sup> V konkretnem primeru je SEU ugotovilo, da g. Baumbast ne predstavlja pretiranega bremena za Združeno Kraljestvo. Samo dejstvo, da naj njegovo zdravstveno zavarovanje ne bi pokrivalo urgentnega zdravljenja, pa ne zadošča za zavrnitev prebivanja, ker predstavlja nesorazmeren poseg v to pravico.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Zadeva *Baumbast in R proti Secretary of State for the Home Department* (C-419/99) z dne 17. septembra 2002.

<sup>70</sup> *Ibid.*, tč. 81–83.

<sup>71</sup> *Ibid.*, tč. 90. Pri tem se je SEU sklicevalo na Direktivo Sveta 90/364/EGS z dne 28. junija 1990 o pravici do prebivanja, Ur. l. EU, št. L 180/26 in prvi odstavek 21. člena PDEU, ki določa, da je pravica do prebivanja podvržena omejitvam in pogojem, določenim s Pogodbama in ukrepi, sprejetimi za njuno uveljavitev.

<sup>72</sup> *Ibid.*, tč. 91.

<sup>73</sup> *Ibid.*, tč 92–93.

Pomembno dopolnitev sodne prakse je prinesla zadeva *Trojani*.<sup>74</sup> Podobno kot g. Baumbast in gospa Martínez Sala tudi francoski državljani Michel Trojani ni opravljal ekonomske aktivnosti v Uniji in se je skliceval na določbe o državljanstvu. Sodišče je ugotovilo, da za razliko od g. Baubasta g. Trojani ne izpolnjuje pogojev za pravico do prebivanja po pravu EU, saj nima zadostnih sredstev za preživljanje, zaradi česar je v Belgiji tudi zaprosil za socialno pomoč.<sup>75</sup> Toda Trojani je imel pravico do prebivanja po belgijskem pravu. Zato bi moral biti zaradi prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva upravičen do socialne pomoči. Država sicer lahko sprejme ukrepe za odstranitev take osebe, vendar dokler državljani EU zakonito prebiva na območju države članice, mora biti deležen enake obravnave kot državljani te države.<sup>76</sup> SEU je torej v zadevi Trojani potrdilo pristop iz zadeve Martínez Sala, kjer je bilo ugotovljeno, da za uporabljivost prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva zadostuje pravica do prebivanja po nacionalnem pravu. Sodišče je torej priznalo pravico do prebivanja ne le ekonomsko aktivnim, ampak tudi vsem tistim, ki niso pretirano breme za socialne sisteme držav članic. Še več, s sklicevanjem na načelo enake obravnave je od držav članic zahtevalo, da enako obravnavajo tudi ekonomsko neaktivne, čeprav bi lahko bili breme, če so le zakonito bivali na ozemlju države članice gostiteljice.

Zdi se, da prvo fazo razvoja prakse SEU zaznamuje dobrohoten pristop. Trdili bi lahko, da je Sodišče izstopilo iz koncepta državljanstva in se začelo nagibati k konceptu socialnega državljanstva.<sup>77</sup> Toda kmalu je postalo začelo bolj pozorno na problematiko socialnega turizma, kar je vodilo v obrat v mnogo bolj restriktiven pristop, ki je vodil v drugo fazo sodne prakse.

## 5.2. Nazaj k državljanstvu trga

Obračanje trenda se je najbolj izrazito pokazalo v zadevi *Dano*.<sup>78</sup> Romunska državljanka Dano je na podlagi dovoljenja za stalno prebivanje skupaj s svojim sinom živela pri sestri v Nemčiji. Še nikoli ni bila zaposlena in dela ni iskala, čeprav je bila kljub pomanjkanju izobrazbe delovno sposobna. Nemške oblasti so ji zavrnilo vlogo za kritje socialne pomoči. Po logiki iz zadev Trojani in Martínez Sala bi morala biti zaradi zakonitega prebivanja v Nemčiji kot državljanka EU na podlagi prvega odstavka 18. člena PDEU izenačena z nemškimi državljani in tako v enakem položaju. Toda SEU je odločilo, da bi bila upravičena do enake obravnave, s tem pa tudi do socialne pomoči, le, če bi v Nemčiji prebivala zakonito po pravu EU, torej pod pogoji iz člena 7(1)(b)

---

<sup>74</sup> Zadeva *Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS) (C-456/02, veliki senat)* z dne 7. septembra 2004.

<sup>75</sup> *Ibid.*, tč. 36.

<sup>76</sup> *Ibid.*, tč. 39–46.

<sup>77</sup> Koncept socialnega državljanstva izhaja iz prepričanja, da lahko državljani izvršujejo svoje politične pravice in sodelujejo pri upravljanju svoje skupnosti le, če imajo zagotovljeno vsaj neko minimalno ekonomsko varnost. V nasprotnem primeru je demokracija le prazna lupina. (Menéndez, A. J., Olsen, E. D. H.; *Challenging European Citizenship: Ideas and Realities in Contrast*. Palgrave Macmillan, Cham 2020 str. 35).

<sup>78</sup> Zadeva *Elisabeta Dano in Florin Dano proti Jobcenter Leipzig (C-333/13, veliki senat)* z dne 11. novembra 2014.

Direktive o pravicah državljanov (Direktiva 2004/38). V tem primeru bi se lahko tudi sklicevala na prepoved diskriminacije iz člena 24(1) DPD, ki konkretizira prepoved diskriminacije iz prvega odstavka 18. člena PDEU. Člen 7(1)(b) DPD določa, da je pogoj za pravico do prebivanja nad 3 meseci med drugim, da ima oseba dovolj sredstev zase in za svoje družinske člane. S tem se namreč »skuša preprečiti, da bi ekonomsko neaktivni državljani EU uporabljali sistem socialnega varstva države članice gostiteljice za financiranje svojega preživljanja«. <sup>79</sup> Tako je SEU prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva naredilo odvisno od izpolnjevanja pogojev za zakonito prebivanje po DPD. Zgolj zakonito prebivanje po nacionalnem pravu države gostiteljice ni (več) dovolj. Pravica do enake obravnave iz primarnega prava (prvi odstavek 18. člena PDEU) je postala ujetnica zahtev sekundarnega prava za zakonito prebivanje.

Sodišče je svojo prakso nadalje razvijalo v zadevi *Brey*. Tokrat sta bila v glavni vlogi nemška upokojena zakonca, ki sta se preselila v Avstrijo in tam zaprosila za varstveni dodatek. SEU vztraja pri tem, da je za enako obravnavo treba izkazati pogoje za zakonito prebivanje po pravu EU, toda obenem pride korak nasproti »nepreskrbljenima« zakoncema. Pojasni namreč, da »zgolj to, da je državljan države članice upravičen do dajatve socialne pomoči, ne more zadoščati kot dokaz, da nesorazmerno bremeni sistem socialne pomoči države članice gostiteljice.« <sup>80</sup> Prav tako država gostiteljica ne sme določiti nekega minimalnega zneska sredstev, s katerimi mora državljan EU razpolagati, da ne bremeni socialnega sistema gostiteljice, ampak mora opraviti individualno presojo sorazmernosti, ki upošteva vse relevantne okoliščine, tudi trajanje bivanja, morebitnečasne težave, osebne okoliščine in znesek pomoči. <sup>81</sup> Toda v zadevi *Alimanovic* <sup>82</sup> je Sodišče vsaj za okoliščine konkretnega primera odstopilo od prepovedi avtomatske zavrnitve iz zadeve *Brey*. Gospa Alimanović je v Nemčiji nekaj časa delala in bi zato morala kot bivša delavka za zakonito prebivanje po pravu EU izpolniti pogoje iz člena 7(1)(c) DPD. Ker jih ni izkazovala, ni bila upravičena do enake obravnave in s tem do zelenega socialnega transferja. Pri tem je Sodišče izrecno navedlo, da zahteva po upoštevanju posamičnega položaja v konkretnih okoliščinah ne pride v poštev. Tako posamično obravnavo naj bi namreč v primerih nekdanjih delavcev ustrezno predvidevala že DPD.

Tudi v zadevi *CG* <sup>83</sup> je SEU vztrajalo pri restriktivnem pristopu, ki enako obravnavo pogojuje z zakonitim prebivanjem po pravu EU. Sodišče je tokrat odločalo o usodi matere samohranilke z nizozemskim in hrvaškim državljanstvom, ki je po nacionalnem pravu zakonito prebivala v Veliki Britaniji, a ni bila ekonomsko aktivna. Generalni pravobranilec de la Tour je Sodišču inovativno predlagal, naj upošteva dejstvo zakonitega prebivanja CG v okviru 37. člena DPD, ki državam članicam omogoča višje varstvo

<sup>79</sup> *Ibid.*, tč. 76.

<sup>80</sup> SEU, *Brey*, zgoraj št. 65, tč. 64.

<sup>81</sup> *Ibid.*, tč. 67–72.

<sup>82</sup> Zadeva *Jobcenter Berlin Neukölln proti Nazifi Alimanovic in drugi* (C-67/14, veliki senat) z dne 15. septembra 2015.

<sup>83</sup> Zadeva *CG proti The Department for Communities in Northern Ireland* (C-709/20, veliki senat) z dne 15. julija 2021.

pravic državljanov, in s tem na podlagi 37. člena DPD vzpostavi zakonito prebivanje po pravu EU. S tem bi se aktivirala tudi prepoved diskriminacije iz 24. člena DPD. Rešitev se zdi dobra, saj bi se Sodišče lahko vrnilo k praksi pred zadevo *Dano*, ne da bi zato morale »povoziti«<sup>84</sup> restriktivno sodno prakso in tako že drugič svoja stališča povsem spremeniti. Toda SEU pravobranilcu ni sledilo.<sup>84</sup> Vseeno je želelo zaščititi položaj CG in njenih otrok, zato je odločilo, da mora Združeno Kraljestvo še vedno spoštovati Listino EU, pri čemer je poudarilo naslednje člene: 1. (človekovo dostojanstvo), 7. (pravica do zasebnega in družinskega življenja) in 24. (pravice otrok). S tem je ubralo nenavadno pot, saj je po eni strani priznalo, da zadeva sodi na področje uporabe pogodb, a hkrati ni priznalo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva niti iz prvega odstavka 18 člena PDEU niti iz drugega odstavka 21. člena Listine.<sup>85</sup>

Z zgoraj opisanim restriktivnim pristopom je SEU pravico do prebivanja in prepoved diskriminacije glede na državljanstvo spet podredilo zakonitostim trga. Do zadeve *Dano* se je zdelo, da je največji doprinos državljanstva EU glede na pravila prostega pretoka oseb ravno v tem, da omenjeni pravici nista bili več odvisni od ekonomske aktivnosti. Do enake obravnave so bili upravičeni vsi državljani EU, če so le zakonito bivali na ozemlju države članice gostiteljice. Po spremembi sodne prakse lahko oseba po pravu EU zakonito prebiva le, če ni pretirano breme in le v tem primeru uživa varstvo pred diskriminacijo na podlagi državljanstva.<sup>86</sup> To pa pomeni, da enako obravnavo uživajo le ekonomsko aktivni, saj neaktivni prej ali slej postanejo breme državi gostiteljici. Največja dodana vrednost državljanstva EU je bila torej izvotljena.<sup>87</sup> Iz novejše sodne prakse sicer lahko razberemo tudi tendenco po zaščiti položaja državljanov EU. V zadevi *Brey* je SEU prepovedalo avtomatsko zavrnitev pravice do prebivanja in socialnih transferjev, v primeru *CG* pa je materi samohranilki priznalo (omejeno) varstvo Listine EU. Toda pri tem gre bolj ali manj zgolj za obliž na rano neuporabljenosti zahteve po enaki obravnavi.

### 5.3. Iz dobrohotnega v restriktivni pristop: prebujenje iz naivnih sanj ali pokop idealov?

Zakaj je SEU v zadevi *Dano* in nadaljnjih primerih ubralo diametralno nasprotno pot,<sup>88</sup> kot jo je začrtalo v »zlatih časih«<sup>89</sup> državljanstva EU? H kateremu pristopu naj se v prihodnosti bolj nagiba? Kakšne so posledice enega in kakšne drugega pristopa? Ta izjemno zahtevna, a ključna vprašanja, bodo na kratko obravnavana v nadaljevanju. Cilj ni podati »pravilnega«<sup>89</sup> odgovora, ampak predstaviti dva nasprotujoča si pogleda, ki pomagata bolje razumeti, kakšni so razlogi za en ali drug pristop in kaj je na kocki.

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, tč. 83.

<sup>85</sup> Za podrobnejšo analizo primera, gl. Haag, M.: Case C-709/20 *CG* – The Right to Equal Treatment of EU Citizens: Another Nail in the Coffin, *European Law Blog*, 27. julij 2021.

<sup>86</sup> Za pregleden prikaz, katere kategorije oseb iz DPD uživajo pravico do enake obravnave in ali ta zajema tudi pravico do socialne pomoči, gl. Bernard, C., Peers, S., nav. delo, str. 412.

<sup>87</sup> Haag, M., nav. delo.

<sup>88</sup> Menéndez, A. J., Olsen, E. D. H., nav. delo, str. 3.

<sup>89</sup> Bernard, C., Peers, S., nav. delo, str. 421.

Kot je že bilo nakazano, se je SEU za restriktivni pristop odločilo, da bi preprečilo socialni turizem (ang. *welfare tourism*). Ta izvira iz dejstva, da je EU z vidika blaginje držav članic zelo heterogena skupnost. Višji življenjski standard številne državljanke vzhodnih članic vabi v razvitejši del Unije. EU ima na področju socialne varnosti zelo malo pristojnosti. Za financiranje socialne varnosti državljanov tudi nima sredstev, ampak se zanaša na socialne sisteme držav članic. A tudi najbolj robustni socialni sistemi držav članic se soočajo z omejenimi resursi. Znatno povečanje obremenitev teh sistemov zaradi prihoda »tujcev« ima lahko številne negativne posledice. Zato nas ne bi smelo presenetiti, da je širitev Unije na vzhod za marsikatero zahodno državo in njene državljanke pomenila »grožnjo«. <sup>90</sup> Za Združeno Kraljestvo je bilo denimo ugotovljeno, da so območja, na katerih je prišlo do dvakratnega povečanja v tujini rojenih prebivalcev, v 94 odstotkih glasovala za izstop iz EU. <sup>91</sup> Državljanstvo EU naj bi povečalo pripadnost Uniji, a Brexit je v to idejo zasadil veliko seme dvoma. Lahko bi trdili, da bi nadaljevanje dobrohotnega pristopa iz starejše sodne prakse še povečalo nasprotovanje EU in dodalo veter v jedra populizma z nacionalistično retoriko. <sup>92</sup> Dejstvo je, da stopnja solidarnosti med državami članicami v EU ni na visokem nivoju. <sup>93</sup> Prebivalci EU, roko na srce, niso eno ljudstvo, ampak so pripadniki različnih ljudstev s svojimi nacionalnimi državami. Cilj EU ni vzpostaviti enotnega »ljudstva« po vzoru ameriškega talilnega lonca (ang. *melting pot*), ampak Unija stremi k oblikovanju »vse tesnejše zveze med ljudstvi Evrope«. <sup>94</sup> Dokler med ljudstvi Evrope ni dovolj velike kohezivnosti, bi bilo navno pričakovati, da bo le odprava vseh mej (fizičnih, ekonomskih in socialnih) rodila solidarnost. <sup>95</sup> Dokler pa te solidarnosti ni, je državljanstvo EU nujno omejen koncept, ki državam članicam in evropskim ljudstvom te ne sme vsiljevati.

Toda po drugi strani je državljanstvo EU, ki temelji na ekonomski logiki, daleč od temeljnih vrednot, za katere naj bi se EU zavzemala. Do varstva prava EU so upravičeni le tisti državljanke, ki so »koristni«, »nekoristni« pa naj ostanejo »doma«. Državljanstvo, ki pravice veže na ekonomsko aktivnost, nasprotuje človekovemu dostojanstvu, saj ne priznava vrednosti človeku zato, ker je človek, <sup>96</sup> ampak le pogojno, če je sposoben in samozadosten. Šibkejši, na katere bi moralo pravo še posebej paziti, so tako še bolj odrinjeni. <sup>97</sup> Državljanke niso proizvodnja sredstva, ampak ljudje, ki imajo neodtujljive

<sup>90</sup> Številne države (Nemčija, Avstrija) so zato izpogajale prehodni režim, ki jim je omogočal začasno zaostritev pogojev za zaposlitev za državljanke novih držav članic. Gl. na primer: Fihel, A., Janicka, A., Kaczmarczyk, P. Nestorowicz, J.: Free movement of workers and transitional arrangements: lessons from the 2004 and 2007 enlargements, Centre for Migration Research, University of Warsaw (2015).

<sup>91</sup> Bernard, C., Peers, S., nav. delo, str. 398.

<sup>92</sup> V kampanji za Brexit se je glavni slogan podpornikov izstopa iz EU glasil »Take back control«.

<sup>93</sup> To dokazujejo na primer težave s preoblikovanjem dublinskega sistema, o čemer je bilo govora v X. poglavju.

<sup>94</sup> Weiler, J. H. H.: European Citizenship – Identity and Differentity, v: Torre, M. L., European Citizenship: An Institutional Challenge, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 1998.

<sup>95</sup> Menéndez, A. J., Olsen, E. D. H., nav. delo, str. 10. Avtorja to primerjata s pričakovanjem, da bodo ljudje plačevali davke, če bo država oznanila, da bo ukinila davčno inšpekcijo.

<sup>96</sup> Gl. na primer razpravo o človekovemu dostojanstvu iz prelomne odločitve slovenskega ustavnega sodišča o Titovi cesti (odločba US RS, št. U-I-109/10-11 z dne 26. septembra 2011, tč. 6–10).

<sup>97</sup> Kochenov, D.: EU Citizenship: Some Systemic Constitutional Implications, zgoraj št. 48, str. 15–16.



človekove pravice. Niso roboti, ki jih glede na potrebe delovnega procesa »dobavimo« v določeno državo članico, ampak se preselijo, ker se zaljubijo ali ker želijo boljšo prihodnost svojim otrokom.<sup>98</sup> Za državljanstvo EU se zdi, da je za človečnost slepo. Kochenov, eden od vodilnih teoretikov na področju državljanstva, zato v njem vidi državljanstvo neosrednjeveškega tipa, saj so pravice, ki iz državljanstva izhajajo, odvisne od nekakšnega cenzusa osebnih značilnosti (zaposljivost, zgodovina potovanja in pripravljenost živeti v drugi državi, premoženje ipd.).<sup>99</sup> Taka ureditev ni problematična samo z vidika načela enakosti, ampak tudi zato, ker ustvarja dinamiko, ki je lahko pogubna za EU kot temeljni projekt integracije na evropskih tleh. Vzhodne države namreč postavlja nasproti zahodnim in obratno. Slednje na podlagi trenutnega koncepta državljanstva trga iz vzhoda dobivajo ambiciozne, sposobne in delavne državljane, kar doprinese rasti že tako visoke blaginje teh držav. Hkrati pa zahod zavrača ranljivejše državljane, ki bi lahko postali ekonomsko breme. Tak pristop se zdi nepošten do vzhodnih držav in krha dobre odnose med državami članicami, brez katerih se bo Unija težko soočala s prihodnjimi izzivi. Poleg tega taka ureditev prispeva k večanju razlik v ekonomski razvitosti držav članic, namesto da bi podpirala kohezijo. Nenazadnje pa se zdi, da Unija v očeh svojih državljanov izgublja kredibilnost. Če EU misli resno s tem, da naj bi bili državljani v središču vseh njenih prizadevanj, potem je čas, da to začne tudi udejanjati.<sup>100</sup>

## 6. Sklep

Kot opozarja Kochenov,<sup>101</sup> še danes velja Weilerjevo dognanje iz leta 2009, da je sodna praksa v zvezi z državljanstvom EU problematična, »ker ne omogoča konceptualnega prehoda od prostega pretoka, ki temelji na trgu, k svobodi, ki temelji na državljanstvu«. <sup>102</sup> Razlog za to je najverjetneje, da so države članice zelo občutljive na poseganje v področje migracij, ki ga dojemajo kot bistveni del svoje suverenosti. Po eni strani se zdi, da SEU ni neobčutljivo na usode ljudi, a hkrati vedno znova pristaja na omejitve, ki so plod trenutnega konsenza med državami članicami glede primarnega in sekundarnega prava EU.<sup>103</sup> Treba se je namreč zavedati, da so gospodarice pogodb še vedno države članice, pri čemer obravnavano področje ni nobena izjema. Dokler pravica do prebivanja in prepoved diskriminacije ne uživata široke podpore politike

---

<sup>98</sup> Mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano*, zgoraj št. 1, tč. 128.

<sup>99</sup> Kochenov, D.: *EU Citizenship: Some Systemic Constitutional Implications*, zgoraj št. 48, str. 17–20.

<sup>100</sup> Z besedami generalne pravobranilke Sharpston: Če naj bi se Evropska unija razvila v nekaj več kot prikladen in učinkovit okvir za razvoj trgovine, je treba zagotoviti ustrezno vlogo za tiste, za katere se je odločila, da jih bo imenovala za svoje državljane (Mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano*, zgoraj št. 1, tč. 125)

<sup>101</sup> Kochenov, D.: *The Tjebbes Fail*, zgoraj št. 27, str. 320.

<sup>102</sup> Weiler, J. H. H.: *Europa: "Nous coalison des Etats, nous n'unissons pas des hommes"*, v: Cartabia, M., Simoncini, A.: *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna 2009, str. 82;

<sup>103</sup> Kochenov, D.: *EU Citizenship: Some Systemic Constitutional Implications*, zgoraj št. 48, str. 20.



in družbe, ostajata odvisni od igre interesov držav članic.<sup>104</sup> Ne glede na to pravila EU vsekakor pomagajo pospeševati mobilnost na stari celini. SEU je v svoji zgodnji praksi v državljanstvu EU odkrilo zaklad. A države članice so v njem videle Pandorino skrinjico za postopno preureditev Unije iz skupnosti po meri držav članic v skupnost po meri njenih državljanov. Zato je SEU skrinjico moralo zakopati. Zdaj čaka in morda jo SEU spet odkoplje. Kdaj? Nekoč, ko bodo politične, ekonomske in socialne razmere v Uniji temu naklonjene.

## 7. Dodatek: Ali lahko državljanji držav članic v EU pridobijo mednarodno zaščito?

Za mednarodno zaščito v EU lahko zaprosi tudi državljan države članice, vendar se to zgodi zelo redko. Prvi razlog je dejanski: države članice EU zagotavljajo dovolj visoko varstvo človekovih pravic, zato državljanji držav članic razen izjemoma po mednarodni zaščiti niti nimajo potrebe. Drugi razlog je tako pravne kot dejanske narave. Če bi se kljub načeloma zadostni ravni varstva človekovih pravic v državah članicah pripetilo, da bi bil nekdo v EU preganjan, bi lahko na podlagi pravice do gibanja in prebivanja, ki jo bomo podrobno spoznali v tem poglavju, enostavno zapustil izvorno državo in se preselil nekam drugam v Unijo. Ukvarjanje s prošnjo za mednarodno zaščito bi bilo torej zanj v praksi odveč. Obstaja pa še tretji razlog, ki je povsem pravne narave: leta 1999 se je kot del Amsterdamske pogodbe uveljavil Protokol o azilu za državljane držav članic Evropske unije (Protokol št. 24 k PEU in PDEU), ki državljanom EU v bistvu onemogoča pridobitev mednarodne zaščite. V svojem edinem členu določa, da »se države članice za vse pravne in praktične namene glede azilnih zadev med seboj obravnavajo kot varne izvorne države.« Države članice prošnje za mednarodno zaščito ne smejo sprejeti, razen v dveh izjemnih primerih: če izvorna država članica derogira svoje obveznosti iz EKČP na podlagi njenega 15. člena ali če je bil sprožen 7. člen PEU. Pri 7. členu PEU gre za postopek, ki se uporabi, če država članica sistematično krši temeljne vrednote Unije iz 2. člena PEU in lahko privede do strogih sankcij (denimo zamrznitev glasovalne pravice v Svetu). Tega postopka se je prijel izraz »atomska možnost« (ang. *nuclear option*),<sup>105</sup> ker je dolgo veljalo prepričanje, da ne bo nikoli uporabljen. A časi so se spremenili, in postopek je bil sprožen proti Madžarski<sup>106</sup> in Poljski<sup>107</sup> zaradi sistema-

<sup>104</sup> Maas, W.: *Creating European Citizens*, Rowman & Littlefield Publishers, Washington DC 2006, str. 6.

<sup>105</sup> José Manuel Durão Barroso, Nagovor o stanju v Uniji predsednika Evropske komisije na plenarnem zasedanju Evropskega parlamenta, Strasbourg, 12. september 2012: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_12\\_596](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596)>.

<sup>106</sup> Rule of law in Hungary: Parliament calls on the EU to act, 12. september 2018: <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180906IPR12104/rule-of-law-in-hungary-parliament-calls-on-the-eu-to-act>>.

<sup>107</sup> Evropska komisija, Reasoned proposal in accordance with article 7(1) of the Treaty on European Union regarding the rule of law in Poland, COM(2017) 835 final.

tičnih kršitev na področju vladavine prava,<sup>108</sup> ki pa ne pomenijo preganjanja oziroma resne škode.

Države članice kljub restriktivnemu pristopu prava EU ostajajo zavezane Ženevski konvenciji in njenemu protokolu iz leta 1967. Zato jim odstavek d edinega člena Protokola št. 24 omogoča, da enostransko sprejmejo prošnjo za azil, vendar morajo izhajati iz domneve, da je očitno neutemeljena. V teoriji tako sicer obstaja majhna možnost, da bi v izjemnih okoliščinah konkretnega primera nek državljan države članice dobil azil v EU. Toda v praksi se to še ni zgodilo. Po razglasitvi neodvisnosti Katalonije so se pojavila ugibanja, da bi za azil lahko zaprosil vodja secesionističnega gibanja Carles Puigdemont, da bi se ubranil izročitvi Španiji, vendar se to ni zgodilo.<sup>109</sup> Trenutno je torej vložitev prošnje za mednarodno zaščito v EU za državljane držav članic zgolj teoretična možnost, kar pa seveda ne pomeni, da v prihodnosti ne bi mogle nastopiti razmere, v katerih bi tudi državljani držav članic potrebovali azil.

## Priporočena literatura

Avbelj, M.: Sodno pravo Evropske unije, 2. izdaja, GV založba, Ljubljana 2020 - zlasti podpoglavje o pravicah študentov

Bernard, C., Peers, S.: European Union Law. 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2020 – 13. poglavje: Free movement of natural persons and citizenship.

Kochenov, D., Cambien, N., Muir, E.: European Citizenship Under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges, Brill Nijhoff, Leiden, Boston 2020

Kochenov, D.: EU Citizenship and Federalism, Cambridge University Press, Cambridge 2017

Maas, W.: Creating European Citizens, Rowman & Littlefield Publishers, Washington DC 2006

Menéndez, A. J., Olsen, E. D. H.: Challenging European Citizenship: Ideas and Realities in Contrast. Palgrave Macmillan, Cham 2020

Mindus, P.: European Citizenship After Brexit: Free Movement and Rights of Residence, Springer International Publishing, Cham 2017

Mnenje generalne pravobranilke Kokott v zadevi *Shirley McCarthy proti Secretary of State for the Home Department* (C-434/09) z dne 25. novembra 2010

Mnenje generalne pravobranilke Sharpston v zadevi *Gerardo Ruiz Zambrano proti Office national de l'emploi (ONEm)* (C-34/09, veliki senat) z dne 30. septembra 2010

---

<sup>108</sup> Do sankcij sicer ni prišlo, saj drugi odstavek 7. člena PEU zahteva soglasje v Svetu, omenjeni kršiteljici pa si vzajemno krijeta hrbet.

<sup>109</sup> Top, S.: The European Arrest Warrant against Puigdemont: A feeling of déjà vu?, EJIL Talk, 3. november 2017.

# Povzetki

---

# I.

## *Samo Bardutzky*

### **Pravo migracij, njegov predmet, struktura, pravni viri in izrazje**

**Povzetek:** Poglavje obravnava razloge za študij migracij v sodobnem svetu, še zlasti v državi članici Evropske unije. Vpraša se, ali je moč migracije klasificirati in kako je tovrstna klasifikacija povezana s pravnim urejanjem migracij. Pravno urejanje migracij predstavi z vidika številnih pravnih virov, upoštevni na tem področju. Poglavje se sklone s terminološkimi pojasnili glede tujcev in beguncev.

**Ključne besede:** Migracije, mednarodna zaščita, begunci, prisilna migracija, prostovoljna migracija

### **Migration Law: its Object, Structure, Legal Sources and Terminology**

**Abstract:** The chapter addresses the reasons that would motivate one to study migration in today's world and especially in an EU Member State. It poses the question whether migration can be classified, especially in connection to the legal response to migration. It discusses legal regulation of migration from the starting point of interwoven legal sources in the field. The chapter closes with a set of terminological notes.

**Keywords:** Migration, international protection, refugee, forced migration, voluntary migration

## II.

### *Uršula Lipovec Čebtron & Jelka Zorn*

#### **Kaj otežuje spoštovanje pravic migrantk\_ov in begunk\_cev?**

**Povzetek:** Čeprav je migracijam namenjeno relativno veliko pozornosti, pa redko najdemo področje, na katerem bi bilo podanih toliko izkrivljenih in zavajajočih podatkov ter prisotna tolikšna množica zmot, neresnic, stereotipov, predsodkov in teorij zarote. Zato sva se avtorici odločili, da v tem poglavju razčleniva osem stereotipnih predstav ali zmot glede migracij, ki so v slovenskem prostoru pogosto v obtoku. Povezali sva jih z rasizmom, ki ga razumeva kot kombinacijo odnosov moči, prezira in zlorabe razlik med ljudmi. Rasizem je kompleksen družbeno zgodovinski pojav, vpet v institucije, kulturne kode in medosebne odnose. Deluje preko delitve na »nas« (ki naj bi bili spodobni, skromni, delavni) in »druge« (ki naj bi bili tuji, izkoriščevalski, nevarni). Preko razgrnitve zmot sva želeli poudariti, da je potrebno kritično reflektirati odnos, ki ga ima večinsko prebivalstvo do migrantk\_ov in begunk\_cev, saj je to pogoj za ustvarjanje vključujočega in odprtega okolja za vse.

**Ključne besede:** migracije, azil, rasizem, ilegalizacija, viktimizacija

#### **What are the Obstacles that Prevent the Respect of Migrants' and Refugees' Rights?**

**Abstract:** Although migration receives a relatively high level of attention, it is rare to find an area where there is so much distorted and misleading information and so many fallacies, untruths, stereotypes, prejudices and conspiracy theories. Therefore, in this chapter, we are going to discern eight stereotypical notions or misconceptions about migration that commonly circulate in Slovenia. We have linked them to racism, which we understand as a combination of power relations, contempt and abuse of differences between people. Racism is a complex socio-historical phenomenon, embedded in institutions, cultural codes, and interpersonal relations. It operates through the division between »us« (who are supposed to be decent, modest, hardworking) and »the others« (who are supposed to be foreign, exploitative, dangerous). Through the debunking of fallacies, we wanted to underline the need to critically reflect on the attitudes of the majority population towards migrants and refugees, as this is a prerequisite for creating an inclusive and open environment for all.

**Keywords:** Migration, international protection, refugee, forced migration, voluntary migration

### III.

## *Samo Bardutzky*

### **Begunci, osebe brez državljanstva, notranje razseljene osebe**

**Povzetek:** Poglavje izhaja iz ugotovitve, da definicija begunca v mednarodnem pravu (po Ženevski konvenciji iz leta 1951) za to, da bi bila oseba begunec, terja, da se ta nahaja izven države svojega izvora. Za večino beguncev bo to država, katere državljani so, za preganjane osebe brez državljanstva pa država običajnega prebivališča. Ta zahteva obenem pomeni, da notranje razseljene osebe niso begunci v smislu Ženevske konvencije.

**Ključne besede:** Konvencija o statusu beguncev, Begunci, osebe brez državljanstva, dvojno državljanstvo, notranje razseljene osebe

### **Refugees, Stateless Persons, Internally Displaced Persons**

**Abstract:** The starting point for the chapter is the requirement of the Geneva convention on the status of refugees according to which a person needs to be outside of his country of origin in order to be recognised as a refugee. For the majority of refugees, this will be a reference to the country of their citizenship. However, with regard to stateless persons with a fear of persecution, this will be the country of their former habitual residence. At the same time, the abovementioned requirement means that internally displaced persons are not refugees within the meaning of the Geneva convention.

**Keywords:** convention on the status of refugees, Refugees, stateless persons, dual citizenship, internally displaced persons

## VI.

*Samo Bardutzky*

### Definicija begunca po Ženevski konvenciji (I.): utemeljeno pričakovanje, da bo oseba preganjana

**Povzetek:** Poglavje se posveča interpretaciji osrednjega dela definicije begunca po mednarodnem pravu - besedni zvezi 'utemeljeno pričakovanje, da bo oseba preganjana'. Obravnava nekatere možne pristope k razlagi ter podrobnejšo razčlenitev teh konceptov, kot izhaja iz kvalifikacijske direktive EU. Med drugim zavrne pretirano poudarjanje subjektivnega elementa pričakovanja preganjanja ter širjenje kroga subjektov, ki lahko nudijo zaščito v državi izvora.

**Ključne besede:** Definicija begunca, konvencija o statusu beguncev, utemeljeno pričakovanje, utemeljeni strah, preganjanje, kvalifikacijska direktiva

### The Refugee Definition according to the Geneva Convention (I.): Well-founded Risk of Being Persecuted

**Abstract:** The chapter addresses the interpretation of the central part of the refugee definition in international law: "well-founded fear of being persecuted". The chapter addresses some of the possible interpretative approaches and the approach to the understanding of these concepts in the EU Qualification Directive. Inter alia, the chapter rejects the exaggerated emphasis on the so-called 'subjective element' of well-founded fear and the expansion of the circle of actors of protection.

**Keywords:** Refugee definition, convention on the status of refugees, well-founded fear, persecution, qualification directive



## V.

### *Samo Bardutzky*

#### **Definicija begunca po Ženevski konvenciji (II.): vzročna zveza med tem, da bo oseba preganjana, in osebnimi okoliščinami te osebe**

**Povzetek:** Poglavje se posveča tistemu delu definicije begunca, ki se v praksi izkaže za najbolj restriktivnega - to je pogoj, da mora biti med preganjanjem, ki ga osebe utemeljeno pričakuje, in osebnimi okoliščinami begunca vzročna zveza. Poglavje predstavi različne pristope k razlagi zahteve po vzročni zvezi in pet taksoativno naštetih konvencijskih razlogov preganjanja.

**Ključne besede:** Definicija begunca, konvencija o statusu beguncev, vzročna zveza, rasa, vera, politično prepričanje, posebna družbena skupina, razlogi za preganjanje, kvalifikacijska direktiva

#### **The Refugee Definition according to the Geneva Convention (II.): The Causal Link between Persecution and Personal Characteristics**

**Abstract:** The chapter addresses that part of the definition of refugee in international law that is considered the most restrictive. That is the requirement of causal link or nexus between the feared persecution on the one hand and the personal circumstances of the refugee on the other. The chapter addresses the different interpretations of the requirement for causal link and the five convention reasons for persecution.

**Keywords:** Definition of refugee, causal link, nexus, race, religion, political opinion, particular social group, reasons for persecution, qualification directive, convention on the status of refugees

## VI.

*Ana Samobor*

### Komplementarni statusi - subsidiarna zaščita

**Povzetek:** Komplementarni statusi ščitijo tiste posameznike, ki sicer ne izpolnjujejo pogojev za pridobitev statusa begunca po ŽK, a vrnitev v izvorno državo zanje kljub temu ne bi bila varna. Komplementarni statusi so torej zasnovani kot nekakšna varnostna mreža za vse tiste posameznike, ki jih ni mogoče uvrstiti v ozko definicijo begunca po ŽK. Jedro te varnostne mreže predstavlja načelo nevračanja (fra. non-refoulement). Institut subsidiarne zaščite, ki skupaj s statusom begunca tvori krovni pojem mednarodne zaščite v pravu EU, predstavlja kodifikacijo komplementarne zaščite na ravni EU in zagotavlja varstvo tistim prosilcem za mednarodno zaščito, ki bi se ob vrnitvi v državo izvora soočili z utemeljenim tveganjem nastanka resne škode. Osrednji pojem opredelitve subsidiarne zaščite je pojem resne škode, ki ga KD definira v 15. členu.

**Ključne besede:** komplementarne oblike zaščite, načelo nevračanja, subsidiarna zaščita, resna škoda, 15. člen KD

### Complementary Statuses – Subsidiary Protection

**Abstract:** Complementary forms of protection safeguard individuals who, although they do not qualify for refugee status under the Refugee Convention, are unable to return to their country of origin. Complementary statuses are therefore designed to provide a safety net for all those individuals who do not fall within the narrow definition of a refugee. The core of this safety net is the principle of non-refoulement. Subsidiary protection, which together with refugee status forms the umbrella concept of international protection in EU law, constitutes a codification of complementary protection at the EU level. It provides protection to those applicants for international protection who would face a real risk of serious harm if returned to their country of origin. Central to the definition of subsidiary protection is the notion of serious harm, which is defined in Article 15 of the CR.

**Keywords:** Complementary protection, non-refoulement, subsidiary protection, serious harm, Article 15 QD

## VII.

### Ana Samobor

#### Začasna zaščita razseljenih oseb

**Povzetek:** Začasna zaščita, ki jo ureja Direktiva o začasni zaščiti razseljenih oseb, je izredni postopek, ki se aktivira v primeru množičnega prihoda ali neizbežnega množičnega prihoda razseljenih oseb s kriznih (največkrat vojnih) področij tretjih držav. Ta poseben mehanizem je namenjen zagotavljanju čim hitreje in čim bolj učinkovite zaščite razseljenim oseb, ki prihajajo z ogroženega območja, v situacijah, ko bi bila zaradi številčnosti prihoda razseljenih oseb lahko ogrožena stabilnost azilnih sistemov v državah članicah. O obstoju množičnega prihoda ter uvedbi začasne zaščite odloča Svet na predlog Evropske komisije. Odločitev o aktivaciji je torej, še zlasti zaradi pomanjkanja jasnih kriterijev za ugotavljanje obstoja množičnega prihoda, izrazito politične narave. Začasna zaščita je bila doslej uvedena enkrat – zaradi množičnega prihoda razseljenih oseb iz Ukrajine marca 2022.

**Ključne besede:** začasna zaščita, Direktiva o začasni zaščiti razseljenih oseb, množični prihod

#### Temporary Protection of Displaced Persons

**Abstract:** Temporary protection, regulated by the Temporary Protection Directive, is an emergency procedure activated in the event of a mass influx or imminent mass influx of displaced persons from crisis (most often war) areas of third countries. This specific mechanism is designed to ensure that displaced persons arriving from a threatened area are protected as quickly and as effectively as possible in situations where the stability of the asylum systems in Member States could be jeopardised due to the large numbers of displaced persons arriving. Temporary protection is introduced when the Council (on a proposal of the European Commission) establishes the existence of a mass influx of displaced persons. The decision to activate the Temporary Protection Directive is therefore of a highly political nature, particularly in the absence of clear criteria for determining the existence of a mass influx. Temporary protection has been introduced once so far – due to the mass arrival of displaced persons from Ukraine in March 2022.

**Keywords:** temporary protection, Temporary Protection Directive, mass influx

## VIII.

*Martina Greif*

### Prenehanje in izključitev iz mednarodne zaščite

**Povzetek:** Glede na subsidiarno naravo mednarodne zaščite je razumljivo, naj ta preneha, kadar se okoliščine tako spremenijo, da zaščita ni več potrebna. Sprememba (predvsem objektivnih) okoliščin mora biti bistvena in trajna. Na drugi strani obstajajo primeri, ko oseba nedvomno (še vedno) izpolnjuje pogoje iz člena 1(A) ŽK oziroma 2(d) in (f) KD za priznanje mednarodne zaščite, vendar ji ta ni priznana oziroma ji bo odvzeta, če se ugotovi, da je oseba izvršila posebno huda zavržna dejanja, zaradi katerih si zaščite ne zasluži. Tudi v teh primerih so osebe še naprej upravičene najmanj do spoštovanja prepovedi mučenja in nečloveškega ravnanja.

**Ključne besede:** prenehanje statusa, izključitev iz statusa, kaznivo dejanje, status begunca

### Cessation and Exclusion from International Protection

**Abstract:** Given the subsidiary nature of international protection, it is understandable that it should cease when circumstances change in such a way that protection is no longer necessary. The change in (primarily objective) circumstances must be of significant and non-temporary nature. On the other hand, there are cases when a person (still) meets the conditions from Article 1(A) of the Geneva Convention or Articles 2(d) and (f) of the Qualification Directive for the recognition of international protection, but the status is not recognized or is revoked if it is established, that the person has committed particularly serious acts or crimes, which make the person undeserving of protection. Nonetheless prohibition of torture and inhuman treatment still applies.

**Keywords:** Cessation, Exclusion, Criminal act, Refugee status

# IX.

*Boštjan Zalar*

## Procesni vidiki odločanja in razsojanja v zadevah mednarodne zaščite

**Povzetek:** Poglavje obravnava dostop do postopka v fazi pred procesnim dejanjem sprejema prošnje za mednarodno zaščito, izjavo prosilca ob formalnem sprejemu prošnje, osebni razgovor in dokazovanje. Nadalje se poglavje posveti izdaji upravnega akta v zvezi s prošnjo za mednarodno zaščito in sodnemu nadzoru zakonitosti upravne določitve o mednarodni zaščiti.

**Ključne besede:** Postopek za mednarodno zaščito, prošnja za mednarodno zaščito, dokazovanje, upravni akt, sodni nadzor zakonitosti upravnega akta

## Procedural Aspects of Decision-making and Adjudication in International Protection Cases

**Abstract:** The chapter addresses, first, the access to procedure in the initial phase. Second, it addresses the statement of the applicant upon the formal filing of the request, the personal interview and evidentiary matters. Third, the chapter addresses the administrative act issued on the basis of a request for international protection and judicial review of the legality of the administrative decision.

**Keywords:** Procedure for international protection, request for international protection, evidence, administrative decision, judicial review of legality of administrative action

## X.

### *Urša Regvar*

#### **Delitev odgovornosti za mednarodno zaščito med državami članicami EU**

**Povzetek:** Države članice se glede števila prihodov beguncev in oseb, ki v državah dejansko ostanejo, med seboj bistveno razlikujejo. Pri tem igrata veliko vlogo geografska lega držav in sekundarna gibanja beguncev. Namen Dublinske uredbe je med državami članicami pravno urediti vprašanje odgovornosti za obravnavo oseb, ki zaprosijo za mednarodno zaščito. V ta namen Dublinska uredba določa merila za določitev države članice, ki je odgovorna za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito. Merila, določena v uredbi, pa pri presoji odgovorne države članice ne upoštevajo mnenja prosilcev za mednarodno zaščito, na katere se nanašajo. Postopki v skladu z Dublinsko uredbo so dolgotrajni in zahtevni, v praksi pa večinoma ne pripeljejo do dejanske predaje prosilca v odgovorno državo članico. V praksi je zato dublinski sistem tarča številnih kritik in pozivov k celoviti reformi.

**Ključne besede:** Dublinska uredba, dublinski postopek, odgovorna država članica, hierarhija meril, predaja, Eurodac, zahtevek za sprejem, zahtevek za ponovni sprejem.

#### **Distribution of Responsibility for International Protection among the EU Member States**

**Abstract:** Member States differ significantly in terms of the number of newly arrived asylum seekers and the number of people who actually stay in the countries. This can be largely attributed to the geographical location of Member States and secondary movements of asylum seekers. The purpose of the Dublin Regulation is to legally regulate, among Member States, the issue of responsibility for processing the asylum seekers application for international protection. Therefore, the Dublin Regulation lays down the criteria for determining the Member State responsible for processing the asylum application. However, the criteria laid down in the Dublin Regulation do not take into consideration the opinion of asylum seekers to whom they apply. Dublin procedures are lengthy and complicated and, in most cases, do not lead to an actual Dublin transfer to the responsible Member State. This is why, in practice, the Dublin system is the target of many criticisms and calls for a comprehensive reform.

**Keywords:** Dublin Regulation, Dublin procedure, responsible member state, hierarchy of criteria, transfer, Eurodac, take back, take charge.

# XI.

*Saša Zagorc*

## Načelo nevračanja in vračanje tujcev

**Povzetek:** Vračanje nezakonito bivajočih državljanov tretjih držav je zakonsko urejen postopek, ki se praviloma izvede na podlagi izdane odločbe državnega upravnega organa. Z zahtevo po posebnem postopku in izdaji odločbe se preprečuje stihijsko ali arbitrarno odločanje, kdo sme ali ne sme ostati na ozemlju države. Po eni strani so države usmerjene k učinkoviti politiki odstranitve in repatriacije, a morajo pri tem spoštovati temeljne pravice in dostojanstvo tujcev ter načela zakonitosti pri izvajanju postopkov vračanja. Občutljivo iskanje ravnovesja med temi včasih tudi izključujočimi si interesi in vrednotami je zelo zahtevno že na ravni splošnih pravil. V praksi je to najbolj razvidno v postopkih vračanja na meji in v zvezi z odvzemom prostosti tujca, ki ga je treba vrniti v državo izvora.

**Ključne besede:** individualna obravnavana, prepoved mučenja, non-refoulement, prepoved kolektivnega izгона, direktiva o vračanju, nezakonito bivanje, odvzem prostosti, prepoved ponovnega vstopa

## The Principle of Non-refoulement and Returning of Foreigners

**Abstract:** Returning a third country national that is staying in the country irregularly is subject to a procedure, laid down by the law. A person is, by rule, returned on the basis of an administrative decision. The requirement of a special procedure and the issuing of a decision prevents arbitrary decision-making. The States generally strive for an efficient policy of removal and repatriation, however at the same time they have to respect the fundamental rights and human dignity of the foreigners as well as the principle of legality. The sensitive quest for the right balance between these sometimes excluding interests and values is very challenging already at the level of abstract rules. In practice, this challenge is revealed especially in the border procedures and with regard to detention.

**Keywords:** Individual treatment, prohibition of torture, inhuman and degrading treatment, non-refoulement, prohibition of collective expulsion, returns directive, irregular stay, detention, entry ban



## XII.

*Martina Greif*

### Osnovni pojmi Zakona o tujcih

**Povzetek:** Nadzor nad vstopom in prebivanjem tujcev je poseben izraz državne suverenosti, vendar je omejen s pravom človekovih pravic, za članice EU pa tudi s pravom EU. Zakon o tujcih (ZTuj-2) je tisti zakon, ki v RS ureja nekatera najbolj temeljna vprašanja v zvezi s tujci, kot so vstop v državo, pridobivanje vizumov in dovoljenj za prebivanje, zapustitev države, njihovo prostovoljno in prisilno vračanje, ter prenaša v notranji pravni red tudi številne evropske direktive oziroma izrecno napotuje na nekatere ključne uredbe s tega področja (Zakonik o schengenskih mejah, Vizumski zakonik).

**Ključne besede:** Vizum, Mejna kontrola, Schengenski prostor, Dovoljenje za začasno prebivanje, Dovoljenje za stalno prebivanje

### Fundamental Concepts of the Aliens Act

**Abstract:** Control over the entry and residence of foreigners is a special expression of state sovereignty, but it is limited by human rights law and, for EU member states, also by EU law. Aliens Act (ZTuj-2) regulates some of the most fundamental issues related to foreigners in the Republic of Slovenia, such as entry, visas and residence permits, leaving the country, voluntary and forced return, and also transposes many EU directives or explicitly refers to some key regulations (Schengen Borders Code, Visa Code).

**Keywords:** Visa, Border control, Schengen area, Temporary residence permit, Permanent residence permit

## XIII.

*Saša Zagorc*

### Uvodno o pravilih prava EU o priseljevanju iz tretjih držav

**Povzetek:** Pravo priseljevanja v Evropsko unijo se je na naddržavni ravni razvijalo postopoma, pri čemer je opazen trend preišljenega prenosa izvrševanja zakonodajne pristojnosti z držav članic na Evropsko unijo v skladu z načelom subsidiarnosti. To pravno področje vse bolj pridobiva na teži, ker je Evropska unija ciljna destinacija številnih posameznikov iz tretjih držav zaradi številnih ekonomskih in političnih razlogov. Cilj pravnega urejanja na ravni Evropske unije je predvsem harmonizacija tako rednega oziroma zakonitega priseljevanja kot boja proti nezakonitemu priseljevanju. Zaradi sektorskega pristopa k zagotavljanju vstopa in bivanja posameznih kategorij državljanov tretjih držav politika priseljevanja ni povsem koherentna. Zaradi jačanja vloge Evropskega parlamenta in SEU glede pristojnosti v okviru območja svobode, varnosti in pravice se vse bolj uveljavljajo demokratični nadzor, varovanje človekovih pravic in uresničevanje vladavine prava.

**Ključne besede:** Evropska unija, deljena pristojnost, območje svobode, varnosti in pravice, skupna politika priseljevanja, redno priseljevanje, integracija, nezakonito priseljevanje, sektorska zakonodaja, državljani tretjih držav

### Introduction to EU law on immigration from third countries

**Abstract:** EU immigration law developed gradually at the supranational level. A trend of contemplated transfer of legislative competences from the member states to the Union can be observed, following the subsidiarity principle. This legal area has been gaining importances as the European Union continues to be a destination of a number of third country nationals - for a number of economic and political reasons. The objective of legal regulation at the Union level is primarily the harmonisation of regular/legal immigration as well as the attempts to tackle irregular migration. The sectoral approach causes immigration policy to be everything but coherent. As the role of the European Parliament and the Court of Justice of the EU in the area of freedom, security and justice strengthens, democratic control, fundamental rights protection and rule of law also advance.

**Keywords:** European Union, shared competences, area of freedom, security and justice, common immigration policy, regular migration, integration, irregular immigration, sectoral law-making, third country nationals

## XIV.

*Ana Samobor*

### Pravica do družinskega življenja in pravica do združitve družine

**Povzetek:** Pravica do družinskega življenja (8. člen EKČP, 7. člen Listine EU o temeljnih pravicah) lahko v kontekstu migracij predstavlja pomembno protiutež suvereni pravici držav, da nadzorujejo vstop in prebivanje tujcev na njenem ozemlju. Zagotavljanje učinkovitega uresničevanja pravice do družinskega življenja tujcev lahko namreč v določenih okoliščinah državi prepoveduje izgon tujca iz države, v določenih pa celo vzpostavlja pozitivno obveznost države, da dovoli vstop in prebivanje družinskih članov tujca (združitev družine). Poglavje v prvem delu izčrpno obravnava sodno prakso ESČP na področju pravice od družinskega življenja v kontekstu migracij ter jo v drugem delu poveže z evropsko ureditvijo pravice do združitve družine v Direktivi 2003/86/EC.

**Ključne besede:** pravica do družinskega življenja, migracije, združitev družine, Direktiva 2003/86/EC

### Right to Family Life and the Right to Family Reunification

**Abstract:** In the context of migration, the right to family life (Article 8 of the ECHR, Article 7 of the EU Charter of Fundamental Rights) can provide an important counterweight to the sovereign right of states to control the entry and residence of aliens. Ensuring the effective exercise of the right to family life of aliens may in certain circumstances protect aliens from expulsion and may even create a positive obligation for the State to allow the entry and residence of the alien's family members (family reunification). The first part of this chapter provides a comprehensive overview of the ECtHR case law on the right to family life in the context of migration and relates it to the European regulation of the right to family reunification in Directive 2003/86/EC in the second part.

**Keywords:** right to family life, migration, family reunification, Directive 2003/86/EC

## XV.

### *Samo Bardutzky*

#### **Pravica do zasebnega življenja in pravni položaj dlje časa bivajočih tujcev**

**Povzetek:** Poglavje obravnava enega od dveh elementov človekove pravice po 8. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah: pravico do spoštovanja zasebnega življenja. To pravico obravnava v kontekstu migracij, in sicer prikaže, kako je prišlo do varovanja »mreže osebnih, gospodarskih in družbenih/družabnih stikov«, ki jih splete tujec tekom daljšega bivanja v državi gostiteljici. Poleg tega poglavje obravnava status rezidenta za daljši čas in njegovo ureditev v sekundarnem pravu EU.

**Ključne besede:** zasebno življenje, zasebnost, migracije, izbrisani, rezidenti za daljši čas

#### **Right to Private life and the Legal Position of Long-term Residents**

**Abstract:** This chapter address one of the two elements of the human right enshrined in Article 8 ECHR, that is the right to respect for private life. It addresses this right in the context of migration and purports to illustrate how the Strasbourg court came to protect the 'network of personal, economic and social ties' that a foreigner creates in the host country during a longer stay. In addition, the chapter addresses the status of long term residents in EU secondary law.

**Keywords:** privacy, private life, migration, erased citizens, long term residents

## XVI.

### *Mohor Fajdiga*

#### **Pravila EU o mobilnosti državljanov držav članic in njihovih družinskih članov**

**Povzetek:** Mobilnost državljanov EU in njihovih družinskih članov znotraj Unije omogočata dva režima, ki veljata vzporedno: prost pretok oseb in državljanstvo EU. Oba zagotavljata pravico do gibanja in prebivanja ter prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva, ključni pravici, ki omogočata, da se državljani EU in njihove družine lahko ustalijo in integrirajo v drugih državah članicah. Predpogoja, da se oseba nanju lahko sklicuje sta državljanstvo ene od držav članic in čezmejni element. Prvi ustvarja konflikte med EU in državami članicami, drugi pa je problematičen z vidika načela enakosti.

**Ključne besede:** državljanstvo EU, prost pretok oseb, pravica do gibanja in prebivanja, prepoved diskriminacije glede na državljanstvo, čezmejni element, obratna diskriminacija, družinski član, socialni turizem.

#### **EU law on Mobility of the Citizens of the Member States and their Family Members**

**Abstract:** Mobility of EU citizens and their family members within the EU is made possible by two parallel sets of rules: the one on free movement of workers and the one on Union citizenship. They both ensure the right to movement and residence and prohibit discrimination on the basis of nationality. These are the key rights that make it possible for an EU citizen and her family to settle and integrate in another EU Member State. The preconditions for invoking them are: the citizenship of a Member State and a cross-border element. The first precondition has been leading to conflicts between the EU and its Member States, whereas the second one remains problematic from the point of view of the equality principle.

**Keywords:** EU citizenship, free movement of natural persons, right to move and reside, prohibition of discrimination on the grounds of nationality, cross-border element, 'reverse discrimination', family member, welfare tourism.





**Uvod v pravo migracij in mednarodne zaščite** je prvi celovit prikaz te tematike v slovenskem jeziku. Avtorice in avtorji poglavij so predavatelji in raziskovalci s področja migracij ter pravniki, ki so na tem področju dejavni v praksi. Knjiga je namenjena študentom prava in drugih družboslovnih ved, ki preučujejo migracije, pa tudi vsem, ki se z zahtevnim in dinamičnim področjem migracijskega in azilnega prava srečujejo pri svojih poklicnih izzivih.

**Samo Bardutzky** je izredni profesor za ustavno pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, kjer predava predmet Pravo migracij in azila, v preteklosti pa je koordiniral tudi Pravno svetovalnico za begunce in tujece.

**Martina Greif** je pravosodna svétnica na Oddelku za varstvo ustavnih pravic Upravnega sodišča RS. Pred tem je bila svetovalka za begunce in asistentka za področje javne uprave na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani.

**Mohor Fajdiga** je raziskovalec na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, kjer sodeluje pri projektih s področja evropskega ustavnega prava. Na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani izvaja vaje pri predmetih Ustavno pravo in Delovanje EU.

**Uršula Lipovec Čebtron** je izredna profesorica kulturne in socialne antropologije na Oddelku za etnologijo in kulturno antropologijo Filozofske fakultete Univerze v Ljubljani, kjer predava in raziskuje na področju antropologije migracij.

**Urša Regvar** je vodja področja za azil in migracije v nevladni organizaciji PIC – Pravni center za varstvo človekovih pravic in okolja. Kot svetovalka za begunce zastopa proslisce za mednarodno zaščito v sodnih postopkih.

**Saša Zagorc** je redni profesor za ustavno pravo in nekdanji koordinator Pravne svetovalnice za begunce in tujece na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani ter član evropske akademske mreže za področje migracij in azila Odysseus.

**Boštjan Zalar** je višji sodnik svétnik na Oddelku za varstvo ustavnih pravic Upravnega sodišča RS, izredni profesor na Univerzi v Ljubljani in predsednik evropske veje Mednarodnega združenja sodnikov za področje azila in migracij.

**Jelka Zorn** je izredna profesorica na Fakulteti za socialno delo Univerze v Ljubljani. Raziskuje izbris iz registra stalnega prebivalstva Republike Slovenije (1992) in migracije.

**Ana Samobor** je asistentka za ustavno pravo in koordinatorica Pravne svetovalnice za begunce in tujece na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.



Uporaba slike z dovoljenjem studia Aija Weiweiija. / Image courtesy of Ai Weiwei Studio – fotograf Ricardo Gonçalves.

