



UPRAVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Evidenčna številka: UP00000543

Datum odločbe: 06.04.2017

Senat, sodnik posameznik: dr. Boštjan Zalar

Področje: MEDNARODNO PRAVO ČLOVEKOVIH PRAVIC - PRAVO EVROPSKE UNIJE - PRAVO VIZUMOV, AZILA IN PRISELJEVANJA

Institut: mednarodna zaščita - omejitev gibanja prosilcu za mednarodno zaščito - odvzem prostosti - pogoji za omejitev gibanja tujcu

Zveza: ZMZ člen 84. 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 člen 28, 28/1, 28/2. Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) člen 5,5/2

Jedro

Tožnik v tem upravnem sporu sodnega varstva v zvezi s pridržanjem do 27. 3. 2017 ne uveljavlja, ampak se tožbeni zahtevek omejuje na sodno varstvo zoper akt odvzema prostosti, ki je stopil v veljavo z dnem 27. 3. 2017.

Po praksi Evropskega sodišča za človekove pravice bi moral biti tožnik vsaj v nekaj urah po tem, ko mu je odvzeta prostost, obveščen o razlogih za odvzem prostosti. Če se to zgodi šele po treh dneh ali po štirih dneh, je to lahko v nasprotju z določilom člena 5(2) EKČP. Napačno ali netočno obvestilo o vzrokih oziroma razlogih za odvzem prostosti s strani tožene stranke, preden naj bi bil tožnik pravilno obveščen o razlogih s strani pooblaščenke, pomeni kršitev pravice iz člena 5(2) EKČP.

Po izdaji sodbe Sodišča EU v zadevi Al Chodor kriterija "nesodelovanje v postopku" iz 5. alineje 1. odstavka 68. člena ZTuj-2 ni več mogoče uporabiti kot pravne podlage za pridržanje v Dublinskem postopku, ker ne ustreza kriterijem ustrezne pravne določnosti zakonske ureditve na podlagi sodbe Sodišča EU v zadevi Al Chodor v povezavi z Abdolkhani and Karimnia v. Turkey (odst. 125-135) in Keshmiri v. Turkey (no.2; odst. 33); slednji zadevi iz sodne prakse ESČP zavračata možnost, da se razlogi za pridržanje, ki veljajo na enem pravnem področju, lahko analogno prenašajo in v praksi uporabljajo za druge pravne situacije.

Izrek

Tožbi se ugodi in se izpodbijani sklep Ministrstva za notranje zadeve št. 2142-154/2017/3 (1312-14) odpravi.

Obrazložitev

1. Z izpodbijanem aktom je Ministrstvo za notranje zadeve na podlagi 2. in 3. odstavka 28. člena Uredbe (EU) št. 604/2013 v povezavi s peto alinejo prvega odstavka 84. člena in v povezavi s četrtim odstavkom istega člena Zakona o mednarodni zaščiti (Uradni list RS, št. 22/16 in 5/17 - ZTuj-2D, v nadaljevanju ZMZ-1), ter s sedmo točko 2. člena ZMZ-1 v zadevi priznanja mednarodne zaščite, odločilo, da se prosilca za mednarodno zaščito, ki trdi, da je A.A., roj. 1. 1. 1989 v Baghlanu, državljan Afganistana, pridrži za namen predaje, do predaje odgovorni državi članici po Uredbi (EU) št. 604/2013 (v nadaljevanju: Dublinska uredba). Prosilec za mednarodno zaščito se pridrži za namen predaje od ustne naznanitve dne 27. 3. 2017 od 18:35 ure do predaje odgovorni državi članici, ki mora biti opravljena najkasneje v 6-ih tednih od sprejema odgovornosti odgovorne države članice ali od trenutka, ko preneha veljati odločilni učinek tožbe zoper sklep, s katerim se določi odgovorna država članica.

2. V obrazložitvi izpodbijanega akta tožena stranka pravi, da je tožnik dne 27. 3. 2017 vložil prošnjo za priznanje mednarodne zaščite v Republiki Sloveniji. Po podani prošnji za mednarodno zaščito je bilo prosilcu ustno na zapisnik izrečeno pridržanje zaradi namena predaje odgovorni državi članici po Uredbi (EU) št. 604/2013, saj je bilo po preverjanju v bazi Eurodac ugotovljeno, da je prosilec pred prihodom v Slovenijo že zaprosil za mednarodno zaščito, in sicer v Avstriji 15. 1. 2016 in na Hrvaškem 29. 8. 2016. Kot tujec pa je bil dne 9. 1. 2016 evidentiran v Grčiji.

3. Kot izhaja iz spisovne dokumentacije je prosilca dne 18. 3. 2017 obravnavala Policijska postaja Ptuj (v nadaljevanju PP Ptuj) skupaj s še eno osebo. Iz policijske depeše z dne 18. 3. 2017 izhaja, da so policisti PP Ptuj po obvestilu občana na Operativni klicni center PU na železniški postaji v Šikolah, identificirali dva tujca, med katerimi je bil tudi prosilec. Pri postopku je bilo ugotovljeno, da gre za državljana Afganistana, ki ne posedujeta potnih listin za prestop notranje meje in da sta v Slovenijo nedovoljeno vstopila iz Hrvaške. Ker osebi nista takoj zaprosili za mednarodno zaščito, sta bili pripeljani v Center za tujce v Postojni, kjer sta 22. 3. 2017 podala namero za vložitev prošnje za mednarodno zaščito v Sloveniji.

4. Glede na merila iz poglavja III Dublinske uredbe bo Ministrstvo za notranje zadeve RS za prosilca pristojnemu organu Avstrije in Hrvaške posredovalo prošnji v obliki standardnega obrazca za ponovni sprejem prosilca. Na podlagi tretjega odstavka 28. člena Dublinske uredbe bo Ministrstvo za notranje zadeve RS pristojni organ od omenjenih držav zaprosilo za nujen odgovor, ki mora biti podan v dveh tednih od prejema zahtevka.

5. Organ se sklicuje na 2. odstavek 28. člena Dublinske uredbe in na stališče Vrhovnega sodišča v sodbi v zadevi I Up 26/2016 z dne 15. 3. 2016, da je pristojni organ na podlagi določb Dublinske uredbe v postopku predaje osebe v odgovorno državo članico upravičen izreči tudi ukrep pridržanja, ki pomeni odvzem prostosti. Sklicuje se tudi na določila 9., 10. in 11. člena Recepcijske direktive. Nadalje je tožena stranka navedla, da je v skladu s točko (n) člena 2 Dublinske uredbe dolžnost zakonodajalca države članice, da opredeli objektivne kriterije, na podlagi katerih se bo presojala nevarnost pobega posameznega prosilca. Vrhovno sodišče je ugotovilo, da je opredelitev pojma - nevarnosti pobega - izrecno vsebovana v 68. členu Zakona o tujcih (Uradni list RS, št. 45/14 -uradno prečiščeno besedilo, 90/14, 19/15 in 47/15 -ZZSDT, v nadaljevanju ZTuj-2), in presodilo, da tudi uporaba navedene določbe, omogoča ustrezno uporabo Dublinske uredbe glede ugotavljanja dejstva nevarnosti pobega v povezavi z osebo, ki je v postopku po tej uredbi. Pri tem je presodilo, da najmanj 3., 4. in 5. alineja prvega odstavka 68. člena ZTuj-2 ustrezajo objektivnim kriterijem za opredelitev pojma nevarnosti pobega.

6. Glede na navedeno, je pristojni organ najprej presojal ali je prosilec dejansko izrazito begosumen, zaradi česar bi mu bilo potrebno omejiti gibanje. Prosilec je 15. 1. 2016 zaprosil za mednarodno zaščito v Avstriji, ki ga je 25. 8. 2016 vrnila na Hrvaško. Prosilec je 29. 8. 2016 nato ponovno zaprosil za mednarodno zaščito, tokrat na Hrvaškem. Prosilec je Hrvaško zapustil samovoljno, še preden bi lahko o njegovi prošnji za mednarodno zaščito sploh odločali. Glede na navedeno, je pristojni organ najprej presojal ali je prosilec dejansko izrazito begosumen, zaradi česar bi mu bilo potrebno omejiti gibanje. Prosilec je 15. 1. 2016 zaprosil za mednarodno zaščito v Avstriji, ki ga je 25. 8. 2016 vrnila na Hrvaško. Prosilec je dne 29. 8. 2016 nato ponovno zaprosil za mednarodno zaščito, tokrat na Hrvaškem. Prosilec je Hrvaško zapustil samovoljno, še

preden bi lahko o njegovi prošnji za mednarodno zaščito sploh odločali. Ob podaji prošnje za mednarodno zaščito v Sloveniji je bil prosilec soočen s policijsko depešo in ugotovitvami policije. Na vprašanje uradne osebe, ali je za mednarodno zaščito že zaprosil v kateri izmed držav članic EU, je izjavil, da ni zaprosil še nikjer. Dejstvo, da prosilec ni počakal na zaključek postopka o njegovi prošnji za mednarodno zaščito ter zavajanje uradne osebe pri podaji prošnje v Sloveniji, po mnenju pristojnega organa, ustreza relevantni okoliščini nesodelovanja v postopku, kot jo opredeljuje 5. alineja prvega odstavka 68. člena ZTuj-2. Pristojni organ je prepričan, da prosilec v Sloveniji ne bi zaprosil za mednarodno zaščito, v kolikor ga tu ne bi prijela policija. Prepričanje organa potrjuje tudi dejstvo, da prosilec ni takoj, ob prijetju s strani policije, podal namere zaprositi za mednarodno zaščito v Sloveniji, temveč je to storil šele po 4 dneh bivanja v Centru za tujce, misleč, da bo nato premeščen v azilni dom v Ljubljani. Ker pa mu gibanje v azilnem domu ne bi bilo omejeno, bi Slovenijo lahko zapustil še pred končanjem postopka, tako kot je to storil na Hrvaškem. Slednje tudi potrjuje prepričanje pristojnega organa v begosumnost prosilca, ki je določena v 4. alineji 2. odstavka 68. člena ZTuj-2. Dejstvo, da je prosilec v Slovenijo vstopil na nedovoljen način pa predstavlja zadnjo okoliščino, ki utemeljuje nevarnost pobega prosilca in ki je tudi določena v 1. alineji 2. odstavka 68. člena ZTuj-2.

7. Če bi prosilec dejansko želel podati prošnjo za mednarodno zaščito, bi to storil takoj. Za nadaljevanje postopka je zato nujno potrebno prosilcu omejiti gibanje. Pristojni organ tako ugotavlja, da bo s pridržanjem na prostore Centra za tujce mogoče zagotoviti, da bo prosilec ostal na območju Republike Slovenije, dokler ne bo opravljena njegova predaja državi, pristojni za reševanje njegove prošnje za mednarodno zaščito.

8. Pristojni organ je preverjal, ali bi bil milejši ukrep, to je pridržanje na območju azilnega doma, primeren. Tožena stranka pravi, da prosilec lahko zapusti območje azilnega doma tudi pri glavnem vhodu, če se tako odloči, varnostnika pa mu tega ne more preprečiti. Ob upoštevanju dolgoletnih izkušenj in statistike, se je ukrep pridržanja na območje azilnega doma za begosumne prosilce izkazal za zelo neučinkovitega, saj je večina pridržanih oseb na območje azilnega doma le tega samovoljno zapustila. Pobegle osebe so samovoljno zapuščale območje azilnega doma preko kovinske ograje in izkoriščale odsotnost varnostnika, ko je le ta bil na čisto drugem koncu območja azilnega doma, ali pa so azilni dom zapuščale celo preko glavnega vhoda.

9. Pristojni organ se je pri svoji odločitvi, poleg že navedene sodbe, da se za prosilca uporabi strožji ukrep pridržanja na Center za tujce, oprl tudi na sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije št. I Up 346/2014 z dne 5. 11. 2014, iz katere izhaja, da z uporabo milejšega ukrepa, kot je na primer pridržanje na območje azilnega doma, ne bi bilo mogoče doseči namena, saj bi prosilec, ker v azilnem domu ni ustreznih mehanizmov za preprečitev odhoda iz azilnega doma, lahko odšel v drugo državo. Ob upoštevanju že navedenih dejstev, da je prosilec prehajal meje držav na nedovoljen način in ni takoj ob vstopu v Slovenijo zaprosil za mednarodno zaščito, ampak je to storil šele po 4 dneh bivanja v Centru za tujce ter ob upoštevanju, da je prosilec že zaprosil za mednarodno zaščito v Avstriji in na Hrvaškem, kjer pa ni počakal na odločitev hrvaškega organa, ampak je samovoljno zapustil azilni dom in na nedovoljen način prišel v Slovenijo, pristojni organ ugotavlja, da obstaja znatna nevarnost, da bo prosilec pobegnil in tako onemogočil izvedbo postopkov v zvezi s predajo v skladu z Uredbo (EU) št. 604/2013.

10. V tožbi tožnik pravi, da je zakonodajalec EU celo izrecno predpisal obveznost državam članicam, da v notranji zakonodaji uredijo objektivne kriterije za ocenjevanje nevarnosti pobega ter vrsto manj prisilnih ukrepov. Sklicuje se na 6. člena Listine EU o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).

11. Pojasnila k Listini pa v zvezi s pravico iz 6. člena Listine navajajo, da so pravice v členu 6 Listine tiste pravice, ki jih zagotavlja 5. člen Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) in imajo v skladu s členom 52(3) Listine enak pomen in obseg. Omejitve, ki se lahko zanje legitimno uvedejo, zato ne smejo presežati omejitve iz člena 5 EKČP. Tudi na tej podlagi in ne samo na podlagi uvodne izjave št. 32 Dublinske uredbe je torej treba v zadevi, kot je obravnavana, upoštevati tudi sodno prakso ESČP v zvezi z določilom člena 5(1)(f) ali 5(1)(b) EKČP in določil 2., 4. in 5. odstavka člena 5 EKČP.

12. Pravni vir glede materialnega prava za pridržanje tožnika je tudi 31. člen Ženevske konvencije. Zato mora biti uporaba 28. člena Dublinske uredbe v konkretnem primeru v skladu z materialnimi pogoji za pridržanje iz

31. člena Ženevske konvencije. Iz izpodbijanega akta ne izhaja, da bi bil ukrep pridržanja izdan v zvezi s kaznovanjem tožnika, zato je za obravnavani spor relevantno določilo 2. in ne 1. odstavka 31. člena Ženevske konvencije. Po določilu 2. odstavka 31. člena Ženevske konvencije države podpisnice ne smejo omejiti gibanja prosilcu, razen če to ni "nujno" oziroma takšno omejitev lahko odredijo samo, dokler ni status prosilca v državi regulariziran oziroma dokler prosilec ne dobi dovoljenja za vstop v drugo državo. Ker je po pravu EU tožnik kot prosilec za azil, ki je v postopku obravnave po Dublinski uredbi, zakonito na ozemlju Slovenije, je z vidika Ženevske konvencije za obravnavani spor bistveno, da je ukrep pridržanja, ki ga je izbrala tožena stranka, nujen.

13. Vrhovno sodišče je v sodbi v zadevi I Up 26/2016 odločilo, da "odločanje tožene stranke o pridržanju ni utemeljeno na diskreciji /.../ temveč na ugotovitvi, ali so podani z Dublinsko uredbo predpisani pogoji, kar tudi terjaja ustrezno vsebinsko presojo njihove uporabe v upravnem sporu". Sklicuje se na določilo člena 28(2) Dublinske uredbe.

14. Tožena stranka bi morala biti pred izrekom ukrepa pridržanja pozorna na to, da ne obstoji kakšna znana objektivna ovira za izvedbo predaje, kajti če je ta podana, potem test nujnosti zmanjša upravičenost pridržanja v sorazmernosti glede na nižanje stopnje verjetnosti uspešne izvedbe predaje. To ima vpliv na presojo nujnosti ukrepa, ki se lahko izvršuje samo z namenom realne predaje.

15. Drugi standard za obravnavani spor je razlaga pojma "znatne" nevarnosti. "Znatnost" je treba razlagati bližje standardu velike nevarnosti kot pa morebiti standardu zaznavne nevarnosti. Določena nevarnost pobega, ko gre za zdrave in samske moške lahko dostikrat obstaja, ne more pa to zadoščati za izrek ukrepa pridržanja. Nevarnost pobega mora biti torej znatna oziroma velika. Iz izpodbijane odločbe izhaja, da je bil uporabljen standard znatne nevarnosti oziroma velike nevarnosti, vendar znatna nevarnost ni izkazana in tožena stranka ni pravilno uporabila materialnega prava.

16. Tretji bistveni standard iz določila člena 2(n) Dublinske uredbe je splošni oziroma nedoločni pojem "nevarnost pobega". V sodbi v zadevi I U 1145/2016 je upravno sodišče zavzelo stališče, da zaradi pravne varnosti in zanesljivosti ter bolj enakega varstva pravic sodišče meni, da je sprejemljivo v tovrstnih zadevah uporabe Dublinske uredbe uporabiti analogijo z ureditvijo po Zakonu o tujcih. Vrhovno sodišče pa ugotavlja, da za uporabo člena 28 Dublinske uredbe v povezavi s točko (n) člena 2 kot objektivni kriterij za presojo okoliščine nevarnosti pobega določene osebe ne morejo biti uporabljeni vsi kriteriji, ki so naštetih v 68. členu ZTuj-2, temveč zgolj tisti, ki so skladni s posebnimi značilnostmi in cilji Dublinske uredbe. Glede na posebne okoliščine postopkov za mednarodno zaščito je tako mogoče ugotoviti, da najmanj tretja, četrta in peta alineja prvega odstavka Zakona o tujcih ustrezajo objektivnim kriterijem za opredelitev pojma nevarnost pobega določene osebe skladno z zahtevami Dublinske uredbe.

17. Četrty bistveni standard iz določila 28(2) člena Dublin uredbe III je v tem, da je treba znatno nevarnost pobega vedno presojati na podlagi vsakega posameznega primer in okoliščin, ki zadevajo posameznega prosilca. To izhaja tudi iz besedila 2. odstavka 84. člena ZMZ-1.

18. Peti relevanten standard iz določila 28(2) člena Dublinske uredbe pa je v tem, da mora biti ukrep tudi sorazmeren in podvržen pogoju "da ni mogoče učinkovito uporabiti drugih manj prisilnih sredstev". Standard sorazmernosti oz. nujnosti je treba presojati ob upoštevanju določila člena 52(1) Listine in določbe Ustavnega sodišča v zadevi Up 1116-09/22 z dne 3.3.2011 (strogi test sorazmernosti), med tem ko je treba standard v okviru testa nujnosti, da ni mogoče uporabiti drugih manj prisilnih sredstev upoštevati v povezavi z določilom člena 8(4) Direktive o sprejemu. To določilo pa pravi, da "države članice zagotovijo, da so pravila o alternativah pridržanju, kot so redno javljanje organom, predložitev finančnega jamstva ali obveznost zadrževanja na določenem mestu, določena v nacionalnem pravu". Ta zahteva v povezavi z uvodno izjavo št. 20 Dublinske uredbe nacionalnim zakonodajalcem nalaga, da uredijo druge učinkovite ukrepe, ki ne bodo pomenili pridržanja in ni bila nepričakovana in ne bi smela presenetiti slovenskega zakonodajalca, saj je že direktiva iz leta 2008 vsebovala zahtevo po ureditvi učinkovitih in manj prisilnih sredstvih od pridržanja.

19. V slovenskem pravnem redu v zvezi s pridržanjem na podlagi Dublinske uredbe ni predviden noben milejši ukrep, ki ne bi pomenil pridržanja. Edino, kar je storil zakonodajalec v ZMZ-1, je to, da je kot prvi možen ukrep predpisal omejitve gibanja na območje azilnega doma in šele, če v posameznem primeru ni mogoče izvesti tega ukrepa, se lahko prosilcu omeji gibanje na Center za tujce.

20. Šesti element je standard strogosti, na podlagi katerega mora po praksi Sodišča EU v primerih pridržanj sodišče države članice preverjati zakonitost pridržanja.

21. Tožena stranka je nevarnost pobega v konkretnem primeru ugotovila s tem, da je tožnik zaprosil za mednarodno zaščito tudi v Avstriji in na Hrvaškem, da je Hrvaško zapustil pred dokončanjem postopka, zaradi zavajanja uradne osebe pri podaji podatkov in ker je v Slovenijo vstopil na nelegalen način. V zvezi s tem tožnik pripominja, da tujci, ki prihajajo z namero zaprositi za azil, večinoma vstopajo nezakonito, saj nimajo dovoljenj za bivanje ali za združitev z družino ali za kakšen drug zakonit vstop na ozemlje EU. Uporaba kriterija nedovoljenega vstopa bi se torej dejansko približala stanju, ko bi bil tujec zgolj zato, ker je prosilec, pridržan, kar pa je po 1. odstavku 28 člena Dublinske uredbe in 1. odstavku 26. člena Procesne direktive prepovedano. Po ZTuj-2 je nedovoljen vstop tudi zgolj milejša oblika okoliščine, ki kaže na begosumnost. Tožnik je prišel v Evropo z namero zaprositi za azil. Iz okoliščin, o katerih je izpovedal tožnik, sodišče ne more zaključiti, da je tožnik v času bivanja v Avstriji in na Hrvaškem zlorabljal postopek. Tožnik v Avstriji ni imel možnosti izbire, saj ga je Avstrija vrnila na Hrvaško. Ob tem pa je potrebno upoštevati, da se številni tujci (med katerimi je tudi tožnik) ne zavedajo, da izvajanje določenih dejanj pomeni dejansko uvedbo postopka za priznanje mednarodne zaščite. Tako je tožnik povsem utemeljeno pojasnil, da nikjer ni zaprosil za mednarodno zaščito, saj se dejansko tega tudi ni zavedal. Tožnik ni vedel, da izvajana dejanja pomenijo pričetek in tek postopka za priznanje za mednarodno zaščito. To na eni strani pomeni, da je nenamensko zapustil Hrvaško še preden je bilo odločeno o njegovi prošnji (saj sploh ni vedel, da je v postopku obravnave prošnje) in hkrati tudi, da je nevede in nehote podal neresnične odgovore uradni osebi (in je torej s svojimi izjavami ni namenoma zavajal). Zgolj dejstvo, da prošnje ni podal nemudoma, pa tudi ne more predstavljati relevantne okoliščine za odreditev pridržanja (pa čeprav je ravno na to okoliščino tožena stranka v pretežni meri oprla svojo odločbo).

22. Opisane okoliščine ne utrjujejo prepričanja, da je ukrep nujen. Nasprotno. In kar zadeva nujnost ukrepa, je izpodbijani akt nezakonit tudi z vidika uporabe manj prisilnega ukrepa, to je omejitve gibanja ali posebne svobode na območje azilnega doma. V slovenski zakonodaji niso predvideni milejši ukrepi od pridržanja kot posega v osebno svobodo v smislu določila člena 28(2) Dublinske uredbe in 8. člena Direktive o sprejemu, ampak zgolj omejitve gibanja na območje azilnega doma. Tožena stranka namreč narobe razume in je v konkretnem primeru tudi narobe uporabila zahtevo po uvedbi manj prisilnih sredstev, s katerimi bi bilo tudi možno doseči legitimni namen po izvedbi dublinskega postopka. Enostavno sklicevanje na to, da varnostnik in receptor v azilnem domu ne moreta zagotoviti učinkovitega in manj prisilnega ukrepa, ki bi se izvajal v azilnem domu, je nezakonit razlog. Ukrep omejitve osebne svobode na območje azilnega doma, ki je je blažji poseg v osebno svobodo od istovrstnega ukrepa, ki se izvaja v Centru za tujce, je sicer v ZMZ-1 predviden, a bi morala tožena stranka izkazati kaj več o tem, kaj je storila za to, da bi bil tak ukrep izrečen na območje azilnega doma bolj učinkovit. Ne more pa se na splošno sklicevati na to, da en varnostnik in en receptor nista dovolj, saj na tak način ni dopustno nespoštovati zahtev prava EU, ki se nanašajo na sorazmernost oziroma nujnost ukrepa pridržanja ter uporabo manj prisilnih sredstev od pridržanja. Nezmožnost uporabe manj prisilnih sredstev od pridržanja v Centru za tujce se mora namreč nanašati na okoliščine v zvezi s prosilcem, ne pa zgolj ali pretežno na splošne okoliščine zagotavljanja reda in varnosti v azilnem domu. Standard nezmožnosti učinkovite uporabe manj prisilnega ukrepa od pridržanja je uporabljiv takrat, ko pred tem tožena stranka pravilno ugotovi, da je pri tožniku izkazana znatna begosumnost, vendar pa da bi glede na možnosti manj prisilnega ukrepa in partikularne okoliščine prosilca glede njegove begosumnosti možno učinkovito doseči namen, ki mu ukrep sledi, z manj prisilnim ukrepom.

23. Predlaga odpravo sklepa, zato je (na podlagi neposredne uporabe določbe drugega pododstavka člena 9(3) Direktive o sprejemu, ki določa, da kadar se v okviru sodnega pregleda izkaže, da je pridržanje nezakonito, se

zadevnega prosilca nemudoma izpusti) potrebno odločiti, da se prosilca izpusti iz Centra za tujce.

24. Predlaga tudi odpravo sklepa in da mora tožena stranka nemudoma po prejemu te sodne odločbe prenehati izvajati ukrep pridržanja tožnika v Centru za tujce v Postojni.

25. V odgovoru na tožbo tožena stranka predlaga, da sodišče tožbo zavrne kot neutemeljeno.

Tožba je utemeljena.

a.) Opredelitev obsega sodnega varstva v tem konkretnem primeru:

26. Iz podatkov v spisu in na podlagi začetnega dela zaslišanja tožnika na glavni obravnavi izhaja, da je bila tožniku odvzeta prostost že dne 18. 3. 2017 in sicer ob prvem prijetju s strani policije najprej na podlagi prvega odstavka 32. člena Zakona o nadzoru državne meje (ZNDM) in sicer ob 10. 28 uri in nato ob 16.20 uri na podlagi prvega odstavka 64. člena Zakona o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol).¹ Dne 20. 3. 2017, ko naj bi bilo zaključeno pridržanje po prvem odstavku 64. člena (ZNPPol), pa je bil zelo verjetno tožnik "nastanjen" v Center za tujce Postojna na podlagi odločbe o odstranitvi.²

27. Tožniku je bila torej odvzeta prostost že 9 dni pred izdajo izpodbijanega akta, ko mu je bila z izpodbijanem aktom odvzeta prostost na podlagi Dublinske uredbe. Po sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) lahko pride varstvo pravice do osebne svobode iz 5. člena EKČP, vključno z določilom člena 5(4) EKČP, ki ureja pravico do sodnega nadzora nad takšnim ukrepom, v poštev že v primeru pridržanja oziroma odvzema osebne svobode v trajanju 9 ur³ ali 12 ur⁴, glede na konkretne okoliščine pa lahko tudi v primeru pridržanja samo za 2 uri⁵ ali za 3 ure.⁶

28. V konkretnem primeru je bil tožnik vsega skupaj, do izdaje izpodbijanega akta dne 27. 3. 2017, pridržan (večinoma) v okviru nastanitve v Centru za tujce v trajanju približno 9 dni. Iz tožnikove izpovedbe na zaslišanju na glavni obravnavi pa tudi iz citiranih podatkov v spisu izhaja, da je bila tožniku zelo verjetno odvzeta prostost od dne 20. 3. 2017 do izdaje izpodbijane odločbe na podlagi postopka odstranitve iz države na podlagi Zakona o tujcih (ZTuj-2) v zvezi z Direktivo EU o vračanju št. 2008/115.

29. Vendar pa tožnik v tožbi v zvezi z pridržanjem oziroma odvzemom prostosti v obdobju od dne 18. 3. 2017 do izdaje izpodbijanega akta ne uveljavlja sodnega varstva. Upravno sodišče je že v sodbi v zadevi I U 16/2017-4 z dne 6. 1. 2017⁷ ugotovilo, da gre v navedenih elementih pridržanja pred izdajo odločbe o odvzemu prostosti po Dublinski uredbi zelo verjetno za odraz sistemskih pomanjkljivosti postopka po ZTuj-2, glede katerih je Upravno sodišče v zadevi I U 1201/2015 z dne 2. 9. 2015 vložilo zahtevo za presojo ustavnosti iz razloga, ker tujci dejansko nimajo dostopa do učinkovitega sodnega varstva zoper pridržanje, vendar je Ustavno sodišče zahtevo zavrglo.⁸ Vendar, ker tožnik v tem upravnem sporu sodnega varstva v zvezi s pridržanjem do 27. 3. 2017 ne uveljavlja, ampak se tožbeni zahtevki v tem konkretnem primeru omejuje na sodno varstvo zoper akt odvzema prostosti, ki je stopil v veljavo z dnem 27. 3. 2017, se tudi sodna odločba v nadaljevanju omejuje na presojo zakonitosti odvzema prostosti na podlagi sklepa 2142-15472017/3 (1312-14) v navedenem časovnem okviru pridržanja od 27. 3. 2017.

b.) Izhodiščne ugotovitve sodišča glede odvzema osebne svobode:

30. V predmetni zadevi gre za odvzem prostosti in ne za omejitev gibanja. To, da je treba primer obravnavati preko določb o odvzemu prostosti in ne omejitve gibanja, ob upoštevanju okoliščin režima v Centru za tujce, ki ga je opisal tožnik v zadnjem delu zaslišanja, pri čemer gre očitno za standardne okoliščine odvzema prostosti v tovrstnih zadevah, izhaja tudi iz uveljavljene upravno-sodne prakse. Upravno-sodna praksa se je namreč v prvi četrtini leta 2016 na vseh treh stopnjah sojenja v tovrstnih zadevah ustalila in šteje, da gre v tovrstnih zadevah za poseg v osebno svobodo in ne zgolj za omejitev gibanja. Upravno sodišče je obširneje ta vidik obravnavalo v sodbi v zadevi I U 1731/2016-13 z dne 8. 12. 2016 v odstavkih 18-25. S povzemanjem argumentacije iz sodbe v zadevi I U 1731/2016-13, da gre tudi v obravnavanem primeru za odvzem svobode in ne za omejitev gibanja, sodišče ne bo obremenjevalo te sodbe. V obravnavani zadevi je namreč tudi v

izpodbijanem aktu zaznati, da tožena stranka omenjeno stališče sodišč upošteva, kjer uporablja izraz odvzem prostosti oziroma poseg v osebno svobodo (3. odstavek na strani 2 izpodbijanega sklepa), četudi na drugem mestu še vedno uporablja tudi izraz "omejitev gibanja" (4. odstavek na strani 2, 2. odstavek na strani 3 izpodbijanega sklepa).

c.) (Ne)spoštovanje pravice do izjave oziroma obrambe kot splošnega pravnega načela prava EU v luči določil člena 28(1) in (2) Dublinske uredbe pred izdajo izpodbijanega akta:

31. Tako kot v zadevi I U 16/2017-4, v kateri je bila sodba Upravnega sodišča izdana dne 6. 1. 2017, je eden od problemov z vidika zakonitosti izpodbijanega akta v tem, da več stvari kaže na to, da tožena stranka še vedno nepravilno uporablja določbo člena 28(1) Dublinske uredbe, ki se uporablja neposredno (člen 49 Dublinske uredbe ter člen 288(2) PDEU), in po kateri "države članice ne smejo pridržati osebe zgolj zato, ker v zvezi z njo poteka postopek, določen v tej uredbi."

32. Iz prošnje za mednarodno zaščito z dne 27. 3. 2017 (ura: 16:15-18.25) izhaja, da je uradna oseba tožnika obvestila, da je dejstvo, da je prosilec že zaprosil za mednarodno zaščito v drugi državi članici EU in na to vezano preverjanje, katera država je pristojna za odločanje o njegovi prošnji za mednarodno zaščito, lahko razlog za "omejitev gibanja" na Center za tujce ali območje Azilnega doma. Tožena stranka je ob tej priložnosti tožnika obvestila tudi, da je razlog za tak ukrep lahko tudi dejstvo, da je bil tožnik v drugi državi že obravnavan kot tujec ali če posredne okoliščine kažejo na to, da se je v tej drugi državi nahajal ilegalno pred vstopom v Slovenijo.⁹

33. Takšno stališče ni skladno z določbo člena 28(1) in (2) Dublinske uredbe. Da ne gre za slučajno zmotni zapis v prošnji za mednarodno zaščito, izhaja tudi iz zapisnika z dne 27. 3. 2017 (ura: 18.30), ko naj bi bil tožnik obveščen o razlogih za odvzem prostosti. Iz tega zapisnika izhaja, da se prosilcu "ustno naznanja ukrep pridržanja zaradi predaje pristojni državi članici EU". Nikjer v tem zapisniku ni navedeno, da je odvzem osebne svobode nujno potreben, ker tožnik izkazuje znatno nevarnost za begosumnost in ker ni mogoče učinkovito uporabiti drugih manj prisilnih ukrepov. Nadalje, tudi v izpodbijanem sklepu je v prvem odstavku obrazložitve navedeno, da je tožnik pridržan, saj je bilo ugotovljeno, da je prosilec pred prihodom v Slovenijo že zaprosil za mednarodno zaščito v Avstriji in na Hrvaškem.

34. To nakazuje na napačno razumevanje in uporabo določila člena 28(1) in (2) Dublinske uredbe oziroma na to, da tožena stranka v tovrstnih zadevah na podlagi morebiti splošne politike izvajanja ZMZ-1 in Dublinske uredbe prosilce najprej pridržni, ker pridobi podatek iz Eurodaca ali pa ker posredne okoliščine kažejo na to, da se je ilegalno nahajal v drugi državi, preden je vstopil v Slovenijo, in šele nato išče in utemeljuje razloge za pridržanje v skladu z določilom člena 28(2) Dublinske uredbe. Dobra stran postopka pred izdajo izpodbijane odločbe je ta, da je bil tožnik zaslišan pred začetkom izvajanja izpodbijanega ukrepa, saj to zahteva pravo EU.
10

35. Vendar pa je v praksi tožene stranke to "zaslišanje" morda zgolj avtomatična posledica dejstva, da je tožnik vložil prošnjo, v kateri obrazec št. 32 predvideva določeno izjavo prosilca na podlagi konkretnih vprašanj tožene stranke; slaba stran tega postopka je namreč ta, da ob tem zaslišanju pod rubriko točke 32 prošnje za mednarodno zaščito tožena stranka s tožnikom ni razčistila nobene okoliščine v zvezi s standardom znatne begosumnosti. Takšna praksa na splošno otežuje in v konkretnem primeru je lahko tudi prispevala k onemogočanju uporabe temeljnih pogojev oziroma kriterijev za odvzem prostosti, kot so: sorazmernost, možnost uporabe manj prisilnih sredstev, presoja posameznega primera ob upoštevanju individualnih okoliščin prosilca, znatna nevarnost za pobeg. Tožena stranka je sicer v nadaljevanju postopka - sicer šele v izpodbijanem aktu - obravnavala nekatere kriterije iz člena 28(2) Dublinske uredbe, vendar, kot bo razvidno iz nadaljevanja obrazložitve sodbe, je to storila napačno in brez upoštevanja sodbe Sodišča EU v zadevi Al Chodor,¹¹ ki je bil izdana 13 dni pred izdajo izpodbijanega akta.

d.) Pravica prosilca, da je nemudoma in pisno obveščen o razlogih za pridržanje in postopkih za izpodbijanje ukrepa pridržanja v jeziku, za katerega se razumno domneva, da ga razume¹²:

36. V zvezi s hitrim in vsebinsko ustreznim obveščanjem o razlogih za odvzem prostosti Upravno sodišče pripominja, da bi moral biti po praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) na podlagi člena 5(2) EKČP v povezavi z določilom člena 84(4) ZMZ-113 tožnik vsaj v nekaj urah po tem, ko mu je odvzeta prostost, obveščen o razlogih za odvzem prostosti.¹⁴ Če se to zgodi šele po treh dneh¹⁵ ali po štirih dneh,¹⁶ je to lahko v nasprotju z določilom člena 5(2) EKČP.¹⁷ Na zaslišanju na glavni obravnavi je tožnik povedal, da je bil o razlogih za odvzem prostosti obveščen šele s strani pooblaščenke po prejemu izpodbijane odločbe; iz tožbe izhaja, da naj bi se to zgodilo dne 31. 3. 2017 in ker iz zapisnika o seznanitvi tožnika s pridržanjem z dne 27. 3. 2017 ne izhaja, da bi bil tožnik s tem zapisnikom obveščen o razlogih, na katerih temelji izpodbijani akt, je bila tožniku kršena pravica do hitre obveščenosti o razlogih za pridržanje iz 4. odstavka 84. člena ZMZ-1 v zvezi s členom 9(4) Direktive o sprejemu 2013/33/EU in členom 28(4) Dublinske uredbe ter pravica iz člena 5(2) EKČP.¹⁸

37. Poleg tega pa tudi napačno ali netočno obvestilo o vzrokih oziroma razlogih za odvzem prostosti s strani tožene stranke, kar se je v konkretnem primeru tudi zgodilo, preden naj bi bil tožnik pravilno obveščen o razlogih s strani pooblaščenke, ravno tako pomeni kršitev pravice iz člena 5(2) EKČP.¹⁹

38. Vendar pa ti dve kršitvi v konkretnem primeru nista taki, da bi bilo treba zaradi tega izpodbijani akt odpraviti, pri čemer tožeča stranka izrecno presoje spoštovanja teh dveh pravic niti ni zahtevala. Določba drugega stavka 4. odstavka 84. člena ZMZ-1 oziroma člen 5(2) EKČP ter člen 9(4) Direktive o sprejemu predstavljajo sicer samostojni in iztožljivi pravici do hitre in pravilne obveščenosti o razlogih za pridržanje, vendar pa sta z vidika vprašanja o posledicah za odločanje Upravnega sodišča glede na tožbene argumente ti dve pravici v funkciji pravice do učinkovitega sodnega varstva iz 23. člena Ustave oziroma člena 5(4) EKČP oziroma pravice do "hitre sodne preučitve zakonitosti pridržanja" iz člena 9(3) Direktive o sprejemu v zvezi s pravico do učinkovitega pravnega sredstva iz 47. členom listine EU o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Ta pravica do učinkovitega sodnega varstva pa tožniku ni bila kršena zaradi tega, ker ni bil nemudoma in ustrezno obveščen o razlogih za pridržanje, saj je bil izpodbijani sklep tožniku vročen in je svetovalka za begunce pravočasno vložila tožbo v upravnem sporu in je bila očitno seznanjena z vsebino izpodbijanega akta, tožnik pa je na zaslišanju na glavni obravnavi tudi povedal, da mu je svetovalka za begunce pojasnila razloge za pridržanje iz izpodbijanega sklepa. Nespoštovanje omenjene pravice do takojšnje in pravilne informacije o razlogih za pridržanje torej v konkretnem primeru ni vplivalo na zakonitost in pravilnost izpodbijanega akta v tem smislu, da bi bil to lahko razlog za odpravo sklepa.

e.) Presoja uporabe "objektivnih" kriterijev znatne begosumnosti iz člena 28(2) in 2(n) Dublinske uredbe v zvezi z 68. členom ZTuj-2:

39. V zvezi s tem elementom presoje se mora sodišče najprej na splošno in načelno opredeliti do sprejemljivosti tega, ali se tožena stranka glede implementacije pravila iz člena 28(2) in izpolnitve obveznosti iz člena 2(n) Dublinske uredbe še vedno lahko opira na objektivne kriterije za znatno begosumnost iz ZTuj-2 glede na to, da zakonodajalec še vedno ni ustrezno dopolnil ZMZ-1.

40. Upravno sodišče, ko je prvič zavzelo stališče o dopustnosti uporabe kriterijev iz 68. člena ZTuj-2, se je postavilo na stališče, da je zaradi pravne varnosti in zanesljivosti ter bolj enakega varstva pravic sodišče sprejemljivo v tovrstnih zadevah (mutatis mutandis) uporabiti analogijo z ureditvijo po Zakonu o tujcih (ZTuj-2). Po takratnem mnenju Upravnega sodišča v zadevi I U 1145/2015-17 z dne 14. 8. 2015 razlika v dokaznem standardu ne ovira analogne uporabe okoliščin, ki kažejo na begosumnost, v postopkih odločanja in sodne presoje po Dublinski uredbi "z ustreznimi prilagoditvami glede na razlike v namenih pridržanja" po ZTuj-2 in Dublinski uredbi.²⁰

41. V zvezi s tem istim pravnim vprašanjem je Vrhovno sodišče 7 mesecev kasneje v precedenčni sodbi navedlo, da je "v presoji zakonodajalca, v katerem zakonu bo ta pojem [nevarnost pobega: opomba Upravnega sodišča] opredelil, seveda na način in po vsebini, ki omogoča njegovo ustrezno uporabo v okviru člena 28 Uredbe Dublin III. Pri tem Vrhovno sodišče ugotavlja, da za uporabo člena 28 v povezavi s točko (n) člena 2 Uredbe Dublin III kot objektivni kriterij za presojo okoliščine nevarnosti pobega določene osebe ne morejo

biti uporabljeni vsi kriteriji, ki so naštetih v 68. členu ZTuj-2, temveč zgolj tisti, ki so skladni s posebnimi značilnostmi in cilji Uredbe Dublin III. Glede na posebne okoliščine postopkov za mednarodno zaščito je tako mogoče ugotoviti, da najmanj tretja, četrta in peta alineja prvega odstavka 68. člena ZTuj-2 ustrezajo objektivnim kriterijem za opredelitev pojma nevarnost pobega določene osebe skladno z zahtevami Uredbe Dublin III."21

42. V kasnejši sodbi z dne 29. 7. 2016 je Upravno sodišče toženo stranko opozorilo, da je takšna rešitev zaradi strožjih evropskih standardov lahko samo začasna. V sodbi v zadevi I U 1731/2016-13 z dne 29. 7. 2016 Upravno sodišče namreč dodaja, da "se standard objektivnosti (zakonskih) kriterijev begosumnosti neposredno povezuje s kriterijem iz 5. člena EKČP v smislu presoje kakovosti pravne določbe, ki predvideva odvzem prostosti. Presoja zakonitosti po 5. členu EKČP namreč pomeni, da mora predmetna pravna podlaga ustrezati zahtevam pravne varnosti in predvidljivosti v tem smislu, da je določba dostopna, dovolj določna, predvidljiva, da onemogoča arbitrarnosti.²² Kakovost prava sicer ni sama sebi namen. Pomembno je, ali je slaba kakovost pravne norme v konkretnem primeru vplivala na odločitev.²³ Glede možnosti uporabe analogije je na primer pomembno, da je ESČP v zadevah Abdolkhani and Karimnia v. Turkey (odst. 125-135) in Keshmiri v. Turkey (no.2; odst. 33) ugotovilo, da se je vlada sicer sklicevala na določene določbe o odvzemu prostosti, vendar pa je ESČP ugotovilo, da se te določbe niso nanašale na odvzem prostosti v kontekstu postopkov odstranitve, ampak so se nanašale na ureditev bivanja za tujce in je zato ESČP odločilo, da odvzem prostosti v navedenih primerih ni imel pravne podlage. Pri uporabi kriterijev begosumnosti iz ZTuj-2 oziroma pri presojanju, v kolikšni meri je mogoče v posamičnem primeru upoštevati kriterije begosumnosti iz ZTuj-2 pri uporabi Dublinske uredbe, je potrebno upoštevati tudi, da je bil ZTuj-2 sprejet v letu 2011, torej 2 leti pred sprejemom Dublinske uredbe. Ker slovenski zakonodajalec ni izpolnil obveznosti iz določila 2(n) Dublinske uredbe, je opisana omejena možnost analogne uporabe določila 68. člena ZTuj-2 zelo šibka podlaga v smislu objektivnih kriterijev begosumnosti in je lahko v posamičnem primeru zadostna samo, če glede na konkretne okoliščine primera ni nobenega dvoma o obstoju begosumnosti. "Na to stanje bi tožena stranka morala reagirati tako, da bi pristojnemu organu predlagala ustrezno dopolnitev ZMZ-1."24

43. V naslednji sodbi v zadevi I U 1731/2016-13 z dne 8. 12. 2016 (odst. 34) je Upravno sodišče ponovno opozorilo toženo stranko, da zakonodajalec še vedno ni popravil obravnavane slabosti v zakonodaji in da ima to vpliv na presojo zakonitosti izpodbijanega akta (v zadevi I U 1731/2016-13), čeprav je generalni pravobranilec Sodišča EU že izdal sklepne predloge v zadevi Al Chodor v tem smislu, da morajo biti objektivni kriteriji za begosumnost določeni z zakonom, tako da so opredeljeni na stabilen način, ne pa razdrobljeno po različnih virih in konkretnih sodnih odločbah, ne smejo biti podvrženi spremembam in razlikam v sodni ali celo upravni praksi in morajo biti jasno dostopni strankam.²⁵

44. V obravnavanem primeru je tožena stranka ob dejstvu, da je tožnik izrazil namero za azil po 4 dneh od prvega stika s policisti, oprla odločitev med drugim na kriterij iz 4. alineje 2. odstavka 68. člena ZTuj-2, ki ga Vrhovno sodišče v precedenčni sodbi I Up 26/2016 z dne 15. 3. 2016 niti ne omenja kot možen kriterij za ugotavljanje begosumnosti. To je razumljivo, saj sploh ne gre za kriterij, ampak zakonodajalec v kontekstu vračanja nezakonitih migrantov govori o "drugih milejših okoliščinah na podlagi individualne obravnave". "Druge milejše okoliščine na podlagi individualne obravnave" niso objektivni kriterij in zato tožena stranka ni imela podlage, da bi tožnika pridržala, ker je izrazil namero zaprositi za azil šele po 4 dneh bivanja v Centru z tujce. Zato se sodišče tudi ni spuščalo v presojo, ali bi glede na konkreten potek dogodkov, ko je bil tožnik prijeto s strani policije dne 18. 3. 2017 moral že prej izraziti namero za azil in če je dejansko v komunikaciji s policijo, ki naj bi po tožniku izjavi na glavni obravnavi potekala samo v zvezi z osebnimi podatki in potjo, te možnosti neupravičeno ni izkoristil. Tožena stranka torej štiri dnevne zamude v izraženi nameri za azil ni štela za izpolnitev objektivnega kriterija "nesodelovanja v postopku" iz 5. alineje 1. odstavka 68. člena ZTuj-2. S takšno uporabo prava se sodišče lahko strinja, saj okoliščina, da je bil tožnik prijeto s strani policije v soboto 18. 3. 2017 in da je namero za azil izrazil v sredo 22. 3. 2017 in po navedbi policijskega obvestila št. 2253-35/2017/8 (216-10) z dne 22. 3. 2017 je to storil "v prvem informativnem pogovoru po sprejemu v center", tega ni mogoče označiti kot nesodelovanje v postopku v kontekstu objektivnih kriterijev za ugotavljanje znatne begosumnosti.

45. Tožena stranka je oprla odločitev o pridržanju tudi na kriterij iz 1. alineje 2. odstavka 68. člena ZTuj-2, ki ga Vrhovno sodišče v omenjeni precedenčni sodbi tudi ne omenja, kar je razumljivo, saj če se "zgolj" nedovoljen vstop v Republiko Slovenijo oziroma "zgolj nezakonito prebivanje" ne bi smelo upoštevati v zvezi z nepristranskimi merili za izdajanje odločb o pridržanju po Direktivi o vračanju št. 2008/115,26 potem je jasno, da nedovoljen vstop v Slovenijo tudi ne more biti objektivni kriterij za znatno begosumnost po Dublinski uredbi, še posebej zato, ker velika večina beguncev večinoma iz objektivnih razlogov prihaja v EU brez upravnih dovoljenj, saj potne listine ne zadoščajo, možnost dostopa do viz iz humanitarnih razlogov na podlagi Uredbe (ES) št. 810/2017 pa je izključena.²⁷

46. Tretja podlaga, na katero je tožena stranka oprla ukrep pridržanja, pa je 5. alineja 1. odstavka 68. člena ZTuj-2. Po tej določbi je okoliščina, ki zlasti kaže na nevarnost pobega, "navajanje lažnih podatkov oziroma nesodelovanje v postopku". Tožena stranka se v konkretnem primeru sklicuje na "nesodelovanje v postopku". In v konkretnem primeru je to nesodelovanje v postopku po mnenju tožene stranke izkazano s tem, da je tožnik v postopku izjavil, da še ni nikjer zaprosil za azil, a je izpisek iz baze Eurodac toženi stranki pokazal, da je tožnik zaprosil za mednarodno zaščito na Hrvaškem in v Švici, ter da tožnik ni počakal na zaključek postopka na Hrvaškem. Ti dve okoliščini je tožnik na zaslišanju na glavni obravnavi potrdil, povedal je namreč, da v Avstriji njegove prošnje niso obravnavali, ampak je šlo samo za postopek vrnitve na Hrvaško, glede prošnje, vložene na Hrvaškem, pa so mu tako svetovali, naj je ne omeni, da ga ne bi tja vrnili. Da je Hrvaško zapustil pred končanjem postopka, pa je na glavni obravnavi pojasnjeval s tamkajšnjimi bivanjskimi razmerami, kjer je bil 6 mesecev in naj bi ga celo uradne osebe nagovarjale naj Hrvaško zapusti, sprovajalci pa so imeli prost dostop v zbirni center in so se tam dogovarjali za odhode.

47. Eno ključnih vprašanj tega upravnega spora je, ali tako ugotovljeno "nesodelovanje v postopku" po izdaji sodbe Sodišča EU v zadevi Al Chodor z dne 15. 3. 2017, še lahko pomeni podlago za odvzem prostosti. Po presoji Upravnega sodišča po izdaji sodbe Sodišča EU v zadevi Al Chodor kriterija "nesodelovanje v postopku" iz 5. alineje 1. odstavka 68. člena ZTuj-2 ni več mogoče uporabiti kot pravne podlage za pridržanje v Dublinskem postopku, ker ne ustreza kriterijem ustrezne pravne določnosti zakonske ureditve na podlagi sodbe Sodišča EU v zadevi Al Chodor²⁸ v povezavi z že omenjeno prakso ESČP v zadevah Abdolkhani and Karimnia v. Turkey (odst. 125-135) in Keshmiri v. Turkey (no.2; odst. 33); slednji zadevi iz sodne prakse ESČP zavračata možnost, da se razlogi za pridržanje, ki veljajo na enem pravnem področju, lahko analogno prenašajo in v praksi uporabljajo za druge pravne situacije.

48. Sodišče EU ni namreč v sodbi v zadevi Al Chodor odločilo samo, da morajo biti objektivni kriteriji določeni v zakonu države članice, ampak je preko določil členov 51(1) in 52(3) Listine od tega elementa oziroma zahteve prešlo še na standarde nujne kakovosti zakonskih določb, ki urejajo razloge za pridržanje,²⁹ in da gre v tem smislu za "stroga jamstva," za "natančnost" in "predvidljivost" zakonske ureditve.³⁰ Določba 28. člena Dublinske uredbe po mnenju Sodišča EU namreč "močno omejuje" možnost pridržanja, ki jo imajo države članice.³¹

49. Upravno sodišče na tej podlagi ugotavlja, da je kriterij "nesodelovanja v postopku" v ZTuj-2 tako nedoločen, da ne omejuje možnosti pridržanja, ampak jih razširja oziroma je dopuščena možnost zelo široke in zelo različne razlage tega kriterija. Ta kriterij ni bil uzakonjen zaradi odločanja o pridržanju po Dublinski uredbi, ampak zaradi izvrševanja Direktive o vračanju 2008/115 in sicer iz člena 15(6)(a), ki ureja možnost podaljšanja obdobja pridržanja 6 mesecev, kadar obstaja verjetnost, da bo postopek odstranitve "kljub vsem ustreznim prizadevanjem" trajal dlje zaradi "nezadostnega sodelovanja zadevnega državljana tretje države." To pomeni, da se "nesodelovanje v postopku" nanaša na nesodelovanje v postopku v tisti državi, ki izvaja postopek odstranitve oziroma v primeru Dublinske uredbe postopek predaje, ne pa na nesodelovanje tujca oziroma prosilca za azil v neki drugi državi članici na poti v Evropo ali celo v nečlanici EU. Iz sodbe Sodišča EU v zadevi Mahdi, kjer je sodišče obravnavalo pojem nezadostnega sodelovanja v postopku v zvezi z Direktivo o vračanju, je namreč Sodišče EU navedlo, da je treba v zvezi s to okoliščino preučiti ravnanje tega državljana v obdobju začetnega pridržanja, da bi ugotovil, ali ta morda ni sodeloval s pristojnimi organi v zvezi z izvajanjem postopka odstranitve" /.../. Za Sodišče EU je bistvena "vzročna zveza med ravnanjem

zadevnega državljana in trajanjem zadevnega postopka." Zato je po mnenju Sodišča EU treba "preučiti dejansko stanje, ki se nanaša na celotno obdobje začetnega pridržanja."³² Iz tega sledi, da je relevantno nesodelovanje samo v postopku v državi članici, kjer se odloča o pridržanju, pri čemer pa na primer dejstvo, da tujec nima osebnih dokumentov, ne more opravičevati podaljšanja pridržanja.³³

50. Vprašanje, na katero nesodelovanje oziroma v katerem postopku, v kateri koli državi članici, ali morebiti tudi v tretji državi, se nanaša ta kriterij v primeru Dublinske uredbe, je preveč odprto vprašanje, da bi bila ta določba zadosti predvidljiva in natančna. Kaj točno se lahko smatra za "nesodelovanje" je tudi premalo predvidljiv in natančen kriterij, saj nesodelovanje lahko sega od okoliščine, da je prosilec skop in zadržan v svojih odgovorih v prošnji za mednarodno zaščito, do tega, da je že pobegnil z namenom, da bi se izognil premestitvi v drugo državo članico na podlagi Dublinske uredbe.

51. Sodna praksa v Sloveniji je torej do sedaj z interpretacijo ZTuj-2 ob uporabi jezikovne in teleološke razlage ter analogne uporabe zakona vzpostavila prakso, po kateri je kot zakonit razlog za pridržanje prišel v poštev zlasti kriterij "nesodelovanja v postopku", ki pa je lahko in je tudi bil v sodni praksi zelo različno uporabljen; po stališču Sodišča EU v zadevi Al Chodor pa celo "ustaljena" sodna praksa "nikakor ne zadostuje" standardom strogih jamstev natančnosti in predvidljivosti.³⁴

52. Na podlagi tega Upravno sodišče zaključuje, da pojem "nesodelovanja v postopku" iz 5. alineje 1. odstavka 68. člena ZTuj-2 ne ustreza kriterijem natančnosti in predvidljivosti, zato take določbe po stališču Sodišča EU "ni mogoče uporabiti."³⁵ Posledično to pomeni, da je izpodbijani akt nezakonit tudi z vidika člena 28(2) in člena 2(n) Dublinske uredbe.

f.) Nezakonitost izpodbijanega akta z vidika ugotavljanja možne uporabe manj prisilnih ukrepov od pridržanja:

53. Eden od pogojev oziroma kriterijev za odločitev o pridržanju je tudi, da "ni mogoče učinkovito uporabiti drugih manj prisilnih ukrepov" od pridržanja. Sodišče ugotavlja, da je treba tožbi ugoditi tudi iz razloga, ker slovenski zakonodajalec ni uredil možnosti manj prisilnih ukrepov od pridržanja, ki je obveznost na podlagi člena 28(2) ter uvodne izjave št. 20 Dublinske uredbe ter člena 8(4) Direktive o sprejemu v zvezi z 28(4) členom Dublinske uredbe. Slovenski zakonodajalec je uredil samo možnost "omejitve gibanja na Center za tujce" (2. odstavek 84. člena ZMZ-1) ter "omejitev gibanja na območje azilnega doma" (1. odstavek 84. člena ZMZ-1). Upravno sodišče je že večkrat citiralo prakso ESČP v zvezi z okoliščinami, katere pomenijo odvzem osebne svobode, in okoliščinami, ki jih je mogoče šteti za poseg v pravico do svobode gibanja.³⁶

54. Relevantnost pravice do svobode gibanja po praksi ESČP se namreč pojavlja v kontekstu omejevanja na določeno ozemeljsko področje³⁷, na področje določenega dela države³⁸, na kraj (mesto) prebivanja³⁹, na ozemlje ene države.⁴⁰ V primeru, ko je bil pritožnik zaprt znotraj posebne zdravstvene institucije, je ESČP primer obravnavalo kot poseg v pravico do osebne svobode in ne kot omejitev gibanja⁴¹ in enako velja tudi za primer, ko je bila pritožniku omejena svoboda gibanja na otoku in znotraj tega na okrog 2,5 kvadratna kilometra.⁴² V zadevi Raimondo je bil pritožnik osumljen sodelovanja z mafijo in mu je bil izrečen ukrep, da mora biti ob večerih doma in da če želi zapustiti dom, mora o tem obvestiti policijo, brez da bi za odhod od doma potreboval dovoljenje policije. V tem primeru je šlo po mnenju ESČP za omejitev gibanja in ne za odvzem prostosti.⁴³ Kot to izhaja že iz sodbe ESČP v zadevi Amuur⁴⁴, je namreč treba pri oceni, ali gre za odvzem svobode, upoštevati konkretne okoliščine tega ukrepa, vrsto, ukrepa, trajanje, in da je razlika med ukrepom odvzema svobode in omejitvijo gibanja v intenziteti posega in ni bistveno, kako je akt pridržanja poimenoval zakonodajalec. To pomeni, da je treba tudi ukrep omejitve gibanja na območje azilnega doma, ki se izvaja v režimu, kot ga je opisala tožena stranka v izpodbijanem aktu, šteti za poseg v osebno svobodo in ne za omejitev gibanja. Kako je zakonodajalec to poimenoval v zakonu, ni bistveno. Kajti, uporaba določenega izraza v zakonu namreč ne more določati pravil in standardov odločanja v primeru posega v določeno ustavno pravico ali pravico iz prava EU.⁴⁵

55. Iz tega sledi, da je slovenski zakonodajalec kvečjemu uredil manj prisilno sredstvo od pridržanja v centru

za tujce in sicer pridržanje na območje azilnega doma, kar pa je manj prisilni ukrep znotraj okvirov ukrepa odvzema prostosti, ne gre pa za manj prisilni ukrep od odvzema prostosti. Manj prisilni ukrepi od odvzema prostosti so na primer: redno javljanje organom, predložitev finančnega jamstva, ali obveznost zadrževanja na določenem mestu (člen 8(4) Direktive o sprejemu 2013/33/EU). Ker noben od možnih manj prisilnih ukrepov, kot je odvzem prostosti v ZMZ-1 ni urejen, tožena stranke ne more izvajati tega ukrepa v primerih, ko ni povsem očitno, da je tožnik znatno begosumen. Takšen pa je konkreten primer glede na dosedanje obrazložitve sodbe.

56. Na koncu sodišče pripominja, da je Ustavno sodišče že leta 2010 zavzelo stališče, da "so upravni organi skladno z načelom zakonitosti vezani na zakon in ne morejo odkloniti njegove uporabe v primeru dvoma v njegovo skladnost z ustavo, prav tako pa tudi niso med postopkom upravičeni postaviti zahteve za presojo skladnosti zakona z Ustavo na Ustavno sodišče, saj je ta možnost dana le sodiščem (156. člen Ustave). vendar pa iz vezanosti upravnih organov na Ustavo in na dolžnost spoštovanja ustavnih pravic posameznikov in pravnih oseb izhaja, da morajo upravni organi v primeru, če bi pri odločanju o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih strank morali uporabiti zakon, ki je po njihovem mnenju protiustaven, na to opozoriti nadrejeni organ, ta pa bi moral tako stališče preučiti in v primeru dvoma v ustavnost zakona predlagati ustrezno ukrepanje najvišjim organom izvršilne oblasti, ki so skladno z Ustavo in zakonom pristojni in odgovorni za to, da predlagajo spremembo protiustavnega predpisa ali pa da vložijo zahtevo za presojo zakona na ustavno sodišče."⁴⁶

57. Sodišče je v tej zadevi zaradi kršitve materialnega prava tožbi ugodilo in izpodbijani akt odpravilo (4. točka 1. odstavka 64. člena ZUS-1).

58. Tožena stranka mora nemudoma po prejemu te sodne odločbe prenehati izvajati ukrep pridržanja tožnika v Centru za tujce na podlagi Dublinske uredbe. Ker Upravno sodišče v tem upravnem sporu ni "samo ugotovilo drugačno dejansko stanje, kot ga je ugotovila tožena stranka" in ker tudi ni odločilo na podlagi 66. člena ZUS-1, ampak je presodilo, da je tožena stranka nepravilno uporabila materialno pravo, saj je nepravilno uporabila kriterija iz 1. alineje 1. odstavka in iz 4. alineje 2. odstavka 68. člena ZTuj-2, kriterija o "nesodelovanju v postopku" iz 5. alineje 1. odstavka 68. člena ZTuj-2 pa sploh ne bi smela uporabiti kot podlage za pridržanje, in ker zakonodajalec ni drugih manj prisilnih ukrepov od odvzema prostosti uredil v ZMZ-1, pa bi jih moral na podlagi člena 28(2) in uvodne izjave št. 20 Dublinske uredbe ter člena 8(4) Direktive o sprejemu v zvezi z določilom člena 28(4) Dublinske uredbe, v tej zadevi pritožba ni dovoljena, ampak je možna revizija. To pomeni, da sodna odločba z vročitvijo strankam postane pravnomočna. Posledica pravnomočnosti te sodne odločbe je tudi ta, da mora tožena stranka nemudoma po prejemu te sodne odločbe prenehati izvajati ukrep pridržanja v Centru za tujce na podlagi Dublinske uredbe. Po določilu drugega pod-odstavka člena 9(3) Direktive o sprejemu št. 2013/33/EU v zvezi z določbo člena 28(4) Dublinske uredbe, kadar se v okviru sodnega pregleda izkaže, da je pridržanje nezakonito, se zadevnega prosilca nemudoma izpusti. Gre za povsem jasno in brezpogojno določbo, ki ima neposredni učinek. To pravilo oziroma standard je enak tudi v sodni praksi ESČP v zvezi z določbo člena 5(4) EKČP.⁴⁷

1 Policijska depeša z dne 18. 3. 2017 (18.12) Policijske postaje Ptuj.

2 Policijska depeša z dne 20. 3. 2017 (14.00) Policijske postaje Ptuj.

3 Tiba v. Romania, 36188/09, 13. 12. 2016, odst. 35-46.

4 Iustin Robertino Micu v. Romania, 41040/11, odst. 111.

5 Tomaszewscy v. Poland, 8933/05, odst. 129-130.

6 Baisuev and Anzorov v. Georgia, 39804/04.

7 V tej zadevi je bila tožniku odvzeta prostost že 24 dni pred začetkom pridržanja na podlagi Dublinske uredbe.

8 U-I-134/15-8 z dne 28. 1. 2016.

9 Stran 4 zapisnika o sprejemu prošnje z dne 27. 3. 2017.

10 Člen 5(4) in 5(6) Dublinske uredbe v zvezi z določili členov 28(1) Dublinske uredbe in 26(1) Procesne

- direktive 2013/32/EU ter mutatis mutandis sodbe Sodišča EWU v zadevah: C-277/11, M.M., 22. 11. 2012, odst. 75-87; C-249/13, Boudjlida, 11. 12. 2014, odst. 34, 36, 39, 43; C-166/13, Mukarubega, 5. 11. 2014, odst. 46; C-383/13 PPU, M.G., N.R., 10. 9. 2013 odst. 39, 40, 41; glej tudi sodbo ESČP v zadevi Richmond Yaw et autres c. Italie, 6. 10. 2016, odst. 74-78.
- 11 C-528/15, 15. 3. 2017.
- 12 Člen 84(4) ZMZ-1, člen 9(4) Direktive o sprejemu 2013/33/EU v zvezi z določbo člena 28(4) Dublinske uredbe ter člen 5(2) EKČP.
- 13 Po drugem tretjem in četrtem stavku iz tega določila, prosilec o izrečenem ukrepu "nemudoma" prejme zapisnik, ki vsebuje razloge za izrek ukrepa. Zapisnik je prosilcu prebran v njem razumljivem jeziku. Pisni odpravek sklepa pristojni organ izda najpozneje v 48 urah od ustnega izreka sklepa, prosilcu pa ga vroči v treh delovnih dneh od izdaje sklepa.
- 14 Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30. 8. 1990, odst. 41-42; M.A. v. Cyprus, 41872/10, 23. 7. 2013, odst. 228; Kerr v. the United Kingdom (decision), 40451/98, 7. 12. 1999.
- 15 Saadi v. the United Kingdom (Grand Chamber), 13229/03, 29. 1. 2008, odst. 81-85.
- 16 Shamayev and Others v. Georgia and Russia, 36378/02, 12. 4. 2015, odst. 416; Khlaifia and others v. Italy (Grand Chamber), 16483/12, 15. 12. 2016, odst. 120.
- 17 Glej tudi člen 9(4) Direktive o sprejemu št. 2013/33 v zvezi z členom 28(4) Dublinske uredbe, ki določa, da mora biti prosilec v takem primeru "nemudoma" pisno in v jeziku, ki ga razume ali za katerega se razumno domneva, da ga razume, obveščen o razlogih za pridržanje in o postopkih za izpodbijanje ukrepa za pridržanje in o možnostih, da zahteva brezplačno pravno pomoč.
- 18 Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30.08.1990, odst. 41-42; M.A. v. Cyprus, 41872/10, 23. 7. 2013, odst. 228; Kerr v. the United Kingdom (decision), 40451/98, 7. 12. 1999; Saadi v. the United Kingdom (Grand Chamber), 13229/03, 29. 1. 2008, odst. 81-85; Shamayev and Others v. Georgia and Russia, 36378/02, 12. 4. 2015, para. 416; Khlaifia and others v. Italy (Grand Chamber), 16483/12, 15. 12. 2016, odst. 116, 120; Rusu v. Austria, 34082/02, 02.10.2008, odst. 43.
- 19 Rusu v. Austria, 34082/02, 02.10.2008, odst. 42; Guide on Article 5 of the Convention, European Court of Human rights, 2014, str. 22/točka 122; Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, 12383/86, odst. 40; Murray v. the United Kingdom (Grand Chamber), 14310/88, 28. 10. 1994, odst. 76, Kortesis v. Greece, odst. 61-62.
- 20 Sodba Upravnega sodišča v zadevi I U 1145/2015-17 z dne 14. 8. 2015, odst. 75.
- 21 Sodba Vrhovnega sodišča v zadevi I Up 26/2016 z dne 15. 3. 2016, odst. 12.
- 22 Amuur v. France, odst. 50; Abdolkhani v. Karimnia v. Turkey, odst. 130; Nasrulloev v. Russia, odst. 71.
- 23 Bordovskiy v. Russia, odst. 49.
- 24 Sodba Upravnega sodišča v zadevi I U 1102/2016, 29. 7. 2016, odst. 28.
- 25 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca H. Saugmandsgaarda Oeja z dne 10. 11. 2016, C-528/15, odst. 74-78.
- 26 Uvodna izjava št. 6 Direktive o vračanju 2008/115.
- 27 Sodba Sodišča EU v zadevi C-638/16 PPU, X in X, 7. 3. 2017.
- 28 Sodba Sodišča EU v zadevi C-528/15, Al Chodor, 15. 3. 2017.
- 29 Ibid. odst. 37-38.
- 30 Ibid. odst. 38, 40-42. Na tak način razlage prava EU je opozorilo Upravno sodišče že v sodbi v zadevi I U 1731/2016-13 z dne 29. 7. 2016.
- 31 Sodba Sodišča EU v zadevi C-528/15, Al Chodor, 15. 3. 2017, odst. 34.
- 32 C-146/14 PPU, Mahdi, 5. 6. 2014, odst. 82, 84; glej tudi odst. 85.
- 33 Sodba Sodišča EU v zadevi C-528/15, Al Chodor, 15. 3. 2017, odst. 73.
- 34 Ibid. odst. 45.
- 35 C-528/15, Al Chodor, 15. 3. 2017, odst. 47.
- 36 Na primer: I U 1102/2016 z dne 29. 7. 2016, odst. 14-22.
- 37 Cyprus v Turkey, 10. 5. 2001.
- 38 Djavit An v. Turkey, 20. 2. 2003.
- 39 Hajibeyli v. Azerbaijan, 10. 7. 2008.

40 Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, 22. 3. 2001.

41 Ahingdane v the United Kingdom, 28. 5. 1985.

42 Guzzardi v. Italy, 6. 11. 1980. To sodbo navaja tudi Ustavno sodišče v zadevi Up-1116/09-22 v opombi št. 4.

43 Raimondo v. Italy.

44 Amuur v. France, 20. 5. 1996.

45 Sodba Upravnega sodišča v zadevi I U 1145/2015-7 z dne 14. 8. 2015, sodne odločbe Vrhovnega sodišča v zadevah: I Up 15/2016, z dne 24. 2. 2016, I Up 26/2016 z dne 15. 3. 2016.

46 Odločba Ustavnega sodišča v zadevi U-I-39/10-6 z dne 11. 3. 2010, odst. 4.

47 Assanidze v. Georgia (Grand Chamber), 71503/01, 8. 4. 2004, odst. 173; L.M. and others v. Russa, 15. 10. 2015, odst. 169 in izrek sodbe; Stanev v. Bulgaria (Grand Chamber), 36760/06, 17. 1. 2016; Khlaifia and others v. Italy (Grand Chamber), 16483/12, 15. 12. 2016, odst. 131.

Datum zadnje spremembe: 30.08.2017