



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

7 | 2008

Legitimnost ustavnosodnega odločanja

Odvzem prostosti prosilcem za azil

Sodba ESČP v primeru Saadi proti Združenemu kraljestvu

*Deprivation of Liberty of Asylum Seekers: Judgment of the ECHR in the case of
Saadi v. United Kingdom*

Samo Bardutzky



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/955>

DOI: 10.4000/revus.955

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 juin 2008

Number of pages: 115-123

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Samo Bardutzky, « Odvzem prostosti prosilcem za azil », *Revus* [Spletna izdaja], 7 | 2008, Datum spletne objave: 11 janvier 2012, ogled: 15 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/955>

All rights reserved

Samo Bardutzky

ODVZEM PROSTOSTI PROSILCEM ZA AZIL

Sodba ESČP v primeru *Saadi proti Združenemu kraljestvu*

Članek analizira sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Saadi proti Združenemu kraljestvu, ki se ukvarja z vprašanjem omejitve posega v pravico do osebne svobode po 5. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah zaradi preprečitve nedovoljenega vstopa v državo. V aktualni diskusiji o odvzemu prostosti prosilcem za azil so pomembni razlogi, zaradi katerih je sodišče v analiziranem primeru zaključilo, zakaj konvencija ni bila kršena, predvsem ugotovitve, da odvzem prostosti ni bil arbitraren, da lahko vstop pritožnika v državo štejejo za nedovoljen in da konvencija ne zahteva, da bi bil odvzem prostosti nujen oziroma sorazmeren. V zvezi z načelom sorazmernosti članek kratko primerja tudi varstvo pravice do osebne svobode v slovenski ustavi ureditvi.

Ključne besede:

pravica do osebne svobode, odvzem prostosti, omejitev gibanja, Evropska konvencija o človekovih pravicah, Evropsko sodišče za človekove pravice, odklonilno ločeno mnenje, prosilci za azil, begunci, načelo sorazmernosti, ustava

Ne vidimo, katera vrednota ali višji interes lahko upraviči stališče, da temeljna jamstva osebne svobode v pravni državi ne bi mogla ali smela veljati za odvzem prostosti prosilcem za azil.

Skupno delno odklonilno ločeno mnenje sodnikov Rozakisa, Tulkensove, Kovlerja, Hajiye-va, Spielmana in Hirvelä k sodbi velikega senata ESČP.

1 Uvod

Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v zadevi *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 29. januarja 2008 izdalo sodbo velikega senata, s katero je ta odločil o pritožbi pritožnika zoper sodbo senata z dne 11. julija 2006. Sodišče je odločalo, ali je v tem primeru prišlo do kršitve prvega in drugega odstavka 5. člena ter 14. čle-

na Evropske konvencije o človekovih pravicah.¹ Obakrat je soglasno odločilo, da je prišlo do kršitve drugega odstavka 5. člena (podaja razlogov za odvzem prostosti 76 ur po odvzemu prostosti krši dolžnost takojšnjega pouka) in da vprašanja kršitve 14. člena EKČP (osnova za odločitev, ali bo prosilec za azil pridržan v Oakingtonu, so bili sez-nami narodnosti oziroma državljanstev) ni treba obravnavati ločeno. Članek pa se osredotoča na odločanje sodišča o vprašanju, ali je bil kršen prvi odstavek 5. člena EKČP, saj odpira več zanimivih problemov.

Gre za prvo sodbo ESČP, ki je interpretirala prvi del alineje f) prvega odstavka 5. člena EKČP (v zvezi s preprečevanjem nedovoljenega vsto-

¹ Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjena in dopolnjena s Protokolom št. 11, ETS 005 (v nadaljevanju: EKČP).

pa)² in tako posegla v zelo aktualno razpravo o posegih v pravico do osebne svobode prosilcev za azil. Diskusija poteka na področju mednarodnega in evropskega prava človekovih pravic, pa tudi na drugih ravneh, saj minimalne standarde za odvzem prostosti določa tudi recepcijska direktiva EU,³ praksa držav glede razlogov, name-na in trajanja odvzema prostosti pa se tudi med državami članicami EU zelo razlikuje.⁴ Medtem nevladne organizacije opozarjajo predvsem na »človeško ceno« odvzema prostosti.⁵ V Sloveniji je novembra 2007 sprejeti *Zakon o mednarodni zaščiti* razširil razloge, zaradi katerih je mogoče proslcem za azil odvzeti prostost ali omejiti gibanje,⁶ saj je namesto taksativno naštetih (štirih)

ravnanj ali okoliščin na strani prosilca, ki se štejejo za sum zlorabe oziroma zavajanja postopka,⁷ zdaj le eksemplifikativno v desetih alinejah naštel ravnanja, ki se »zlasti« štejejo za zlorabo postopka.⁸ Na spremembo režima odvzema prostosti so se z zaskrbljenostjo odzvali Visoki komisariat ZN za begunce (v nadaljevanju: UNHCR)⁹ in predstavniki nevladnih organizacij.¹⁰

Pri presojanju ESČP, ali je šlo v obravnavanem primeru za kršitev prvega odstavka 5. člena EKČP, pa so ključna tri vprašanja, ki so bila tudi med sodniki zelo sporna:

- kdaj je vstop v državo (ne)dovoljen,
- ali je bil odvzem prostosti arbitrarren
- in ali se za odvzem prostosti v obravnavanem primeru zahteva, da je nujen.

2 Dejstva primera in potek postopka v Združenem kraljestvu

Shayan Baram Saadi, leta 1976 rojeni kurdski zdravnik, je pobegnil iz Iraka, natančneje iz Kurdske avtonomne regije, in 30. 12. 2000 prispel na londonsko letališče Heathrow. Ob prihodu na letališče je zaprosil za azil. Imigracijski uradniki so mu dovolili začasni vstop v državo (angl. »temporary admission«) in mu naložili, naj se naslednji dan ob osmi uri zjutraj ponovno javi na letališču, noč pa je lahko preživel v hotelu po lastni izbiri. Naslednji dan (31. 12. 2000) se je javil ob določeni uri, ponovno je dobil dovoljenje za začasni vstop do desete ure zjutraj naslednjega dne in se, kot mu je bilo naloženo, spet javil na letališču. Prvega januarja 2001 so dovoljenje za začasni vstop za en dan podaljšali še tretjič, in ko se je v skladu z navodili 2. 1. 2001 spet javil na letališču, mu je bila odvzeta prostost (angl. »he was detained«),

- 2 Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Saadi proti Združenemu kraljestvu* z dne 29. januarja 2008 (v nadaljevanju: *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008), § 61.
- 3 Direktiva sveta 2003/9/ES z dne 27. januarja 2003 o minimalnih standardih za sprejem proslcev za azil, UL L, št. 31, 18–25.
- 4 Kai Hailbronner, *Detention of Asylum Seekers*, *European Journal of Migration and Law* 9 (2007), 160–161.
- 5 Npr. *Jesuit Refugee Service* na spletni strani <http://detention-in-europe.org> (zadnji dostop: 8. 4. 2008).
- 6 Medtem ko se je v besedilu tako starega kot novega zakona, pa tudi sicer med pravniki razširilo poimenovanje »omejitev gibanja« za ukrep, ki se po *Zakonu o mednarodni zaščiti* izvaja znotraj azilnega doma ali v objektu znotraj azilnega doma, pa je po mojem mnenju ustrezen izraz za ta ukrep »odvzem prostosti«. Tudi ESČP se je v primeru *Saadi* ukvarjalo z vprašanjem kršitve 5. člena EKČP (člen ureja pravico do svobode in odvzem prostosti), Upravno sodišče RS pa je že sprejelo stališče, da gre pri »omejitvi gibanja« na prostore Centra za tujce v Postojni, za poseg v pravico do osebne svobode po 19. členu Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91–I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/004, 69/04, 69/04, 68/06, v nadaljevanju: Ustava) – glej sodbo in sklep Upravnega sodišča U 733/2007 z dne 26. 4. 2007. V prispevku uporabljam torej izraz »odvzem prostosti«, pa tudi »pridrzanje«, čeprav sta si izraza v slovenskem pravu že našla uveljavljeni mesti. Predvsem izraz »pridrzanje« je povezan s policijskim odvzomom prostosti v predkazenskem postopku, vendar je po mojem mnenju z jezikovnega vidika ustrežnejši za poimenovanje namestitve v nekem centru po odvzemu prostosti. Vendar pa je v primerjavi z izrazom »omejitev gibanja« tako vsaj jasno, da gre za obliko posega v pravico do osebne svobode.

7 Glej 27. in 36. člen *Zakona o azilu*, ki je veljal do 4. 1. 2008, Uradni list RS, št. 51/06 – UPB2, 134/06 – odl. US: U-I-238/06-19.

8 Glej 51. in 55. člen *Zakona o mednarodni zaščiti* (ZMZ), Uradni list RS, št. 111/07.

9 *UNHCR Comments and Recommendations on the Proposed New Law On International Protection of the Republic of Slovenia*, 17. avgust 2007, 26, dostopno na: <http://www.unhcr-rbp.org/slovenia/images/stories/3rdsvn.pdf> (zadnji dostop: 8. 4. 2008).

10 Sonja Sikošek, Predlog Zakona o mednarodni zaščiti pod drobnogledom, *Pravna praksa* 33/2007, 16–18.

nato so ga namestili v center za pridržanje v Oakingtonu. Četrtega januarja 2001 je dobil Saadi prvič možnost posvetovati se s pravnimi svetovalci in njegov pooblaščenec je od imigracijskega urada izvedel, da bil razlog za odvzem prostosti to, da je Saadi ustrežal kriterijem za pridržanje v Oakingtonu. Istega dne je bil s Saadijem opravljen razgovor v azilnem postopku, 8. 1. pa je bila njegova prošnja za azil zavrnjena. Saadi je napovedal pritožbo zoper to odločbo in bil 9. 1. 2001 izpuščen na prostost. Postopek se je končal dve leti pozneje, 14. januarja 2003, ko je bilo Saadijevi prošnji za azil ugodeno. Saadi in še štirje kurdski begunci so zahtevali sodno varstvo zoper odločbo o odvzemu prostosti oziroma pridržanju. Prvostopenjsko sodišče je ugotovilo, da je bil odvzem prostosti po angleškem pravu zakonit, saj zakona ni interpretiralo tako, da bi ta zahteval, da je odvzem prostosti nujen (angl. necessary) za obravnavo prošnje za azil. Ugotovilo pa je, da je bil odvzem prostosti v neskladju z EKČP, in sicer z alinejo f) prvega odstavka 5. člena, ki določa:

»5. člen

(Pravica do svobode in varnosti)

1) Vsakdo ima pravico do svobode in osebne varnosti. Nikomur se ne sme odvzeti prostost, razen v naslednjih primerih in v skladu s postopkom, ki je predpisan z zakonom:

/.../

f) zakoniti odvzem prostosti osebi z namenom, da bi ji preprečili nedovoljen vstop v državo, ali pripor osebe, proti kateri teče postopek za izgon ali za izročitev.«¹¹

Razlog za neskladje z EKČP je v tem, da po tem, ko je Saadi enkrat zaprosil za azil, hkrati pa ni obstajalo tveganje, da bo pobegnil (angl. abscond) ali se kako drugače neprimerno vedel (angl. misbehave), ni mogoče zaključiti, da mu je treba odvzeti prostost, da bi mu preprečili nedovoljen vstop v državo. Poleg tega je prvostopenjsko sodišče odvzem prostosti označilo za nesorazmeren (angl. disproportionate), saj ni bil razumno nujen (angl. reasonably necessary) za

hitro obravnavanje prošnje za azil, kar je upravni organ navedel kot razlog za odvzem prostosti.

Pritožbeno sodišče je ugodilo pritožbi upravnega organa, kar je 31. 10. 2002 potrdila tudi lordska zbornica. Z opiranjem na sodbo ESČP v zadevi *Chahal proti Združenemu kraljestvu*¹² sta sodišči sprejeli stališče, da je bil namen odvzema prostosti odločitev, ali dovoliti vstop v državo, in da za odvzem prostosti ni treba, da bi bil nujen (angl. necessary). Tako je bila Saadiju prostost odvzeta, da bi mu preprečili nedovoljen vstop v državo, in ni bila nesorazmerna.¹³

3 Dovoljenje za začasni vstop (angl. temporary admission) in pridržanje v Oakingtonu

Britanski zakon o imigraciji (angl. Immigration Act) iz leta 1971 v odstavku 16(1) določa, da lahko imigracijski uradnik odredi pridržanje osebe, o kateri bo odločeno, da sme vstopiti v državo, do odločitve o dovolitvi ali prepovedi vstopa. Dovoljenje za začasni vstop, kot je bilo izdano Saadiju, se lahko po odstavku 21 zakona o imigraciji izda vsakomur, ki ga imajo imigracijski uradniki pravico pridržati, obenem pa lahko tej osebi naložijo omejitve glede kraja prebivanja, zaposlitve, dela ali obveznosti javljanja na policiji ali imigracijskem uradu.¹⁴

Marca 2000 je britanska vlada napovedala spremembo politike, ki je do tedaj odvzem prostosti tujcem omejevala na primere suma, da tujec ne bo spoštoval režima dovoljenja za začasni vstop, ugotavljanja identitete osebe in razlogov za njegovo prošnjo ter ko je treba tujca odstraniti. Prišlo je do ustanovitve novega centra za pridržanje v Oakingtonu, v katerega bodo nameščali prosilce za azil, za katere kaže, da bodo lahko o njihovih prošnjah odločili hitro – pridržanje naj bi trajalo sedem dni. Odločitev o pridržanju v Oakingtonu temelji predvsem na državljanstvu prosilca, ne pride pa v poštev v naslednjih primerih: kadar kaže, da o primeru ne bo mogoče odločiti hitro; pri mladoletnikih brez spremstva;

11 »...the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.«

12 Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Chahal proti Združenemu kraljestvu* z dne 15. 11. 1996, Reports 1996-V.

13 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2006, § 16.

14 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 19–21.

pri invalidnih prosilcih; pri žrtvah mučenja in pri vseh prosilcih, za katere je možno, da niso primerni za sproščeni režim v Oakingtonu, vključno s tistimi, za katere je verjetno, da bodo pobegnili (angl. abscond).¹⁵

Center za pridržanje je obdan z visoko ograjo, zaklenjen in ves čas pod nadzorom varnostnikov. V kompleksu so zunanji prostor za rekreacijo in druženje, kantina, ambulanta, soba za obiske in večnamenski verski prostor, možen je stik s pravnimi svetovalci. Prosilci in njihove družine se načeloma lahko prosto gibljejo po kompleksu, vendar pa morajo jesti in se vrniti v svojo sobo ob določenih urah. Moški prosilci bivajo ločeno od žensk in otrok in ne morejo prenočiti v istem prostoru s svojo družino. Pridržane osebe morajo prejeto pošto odpreti pred varnostniki, na zahtevo se morajo identificirati, odzvati se morajo na preverjanje prisotnosti (angl. roll-call) in slediti navodilom osebja.¹⁶

4 (Ne)dovoljen vstop v državo

Že večina sodnikov članov senata se je postavila na stališče, da o dovoljenem vstopu v državo v smislu alineje f) prvega odstavka 5. člena EKČP ne moremo govoriti, dokler tujec ne dobi dovoljenja, da ostane v državi (angl. »until he has been granted leave to remain in the country«).¹⁷ Odvzem prostosti je še vedno upravičen z namenom, da bi mu preprečili nedovoljen vstop v državo, ne glede na to, da je zaprosil za azil, da mu je država izdala dovoljenje za začasni vstop in da je bil na prostosti (angl. at large) od 30. 12. 2000 do 2. 1. 2001.¹⁸ Sodišče se je pri tem oprlo na stališče iz sodbe *Amuur proti Franciji*,¹⁹ da ima država nesporno pravico nadzorovati vstop in bivanje tujcev na svojem ozemlju (angl. »undeniable right to control aliens' entry and residence in their country«), kot del te pravice pa razume tudi pravico odvzeti prostost potencialnim (angl. would-be) imigrantom, ki so zaprosili za dovoljenje za vstop, pa naj bodo prosilci za azil ali ne.²⁰

Po mnenju sodnikov, ki so dali odklonilno ločeno mnenje k sodbi senata, ne moremo govoriti o odvzemu prostosti z *namenom* preprečiti nedovoljen vstop v državo. Država bi bila to svojo pravico lahko izkoristila v trenutku, ko je Saadi prispel na letališče Heathrow in zaprosil za azil. Potem ko mu je imigracijski urad dvakrat podaljšal dovoljenje za začasni vstop, pa velja, da je Saadi že vstopil v državo (angl. »they had already admitted him«).²¹ Stališče sodbe senata je sprejela tudi večina sodnikov velikega senata z utemeljitvijo, da bi bila interpretacija, po kateri bi prvi del alineje f) prvega odstavka 5. člena EKČP dovoljeval odvzem prostosti le osebi, ki se skuša izogniti omejitvam za vstop v državo, preozka glede na besedilo člena in glede na nesporno pravico nadzorovati vstop in bivanje tujcev na ozemlju države.²² Pri tem sodba neprepričljivo argumentira, da bi bila takšna interpretacija tudi nekonsistentna s sklepom št. 44 Izvršnega komiteja UNHCR, ki predvideva odvzem prostosti prosilcem za azil v določenih okoliščinah, npr. za preverjanje istovetnosti prosilca ali elementov, na katerih temelji prošnja za azil.²³

Pustimo ob strani, da gre pri tovrstnih sklepih za t. i. *soft law*, ki sodišča ne obvezuje. Zanimivo je, zakaj se sodišče, če si že prizadeva za konsistentnost s sklepom Izvršnega komiteja UNHCR, nanj sklicuje le, ko zavrne (pre)ozko razlago pojma »preprečitev nedovoljenega vstopa« v smislu, da se tudi UNHCR strinja z odvzemanjem prostosti za ugotovitev istovetnosti, pozabi pa na vidik, da se UNHCR ne strinja z odvzemanjem prostosti, če ne gre za enega od razlogov, naštetih v smernicah UNHCR.²⁴

Šest sodnikov velikega senata je v odklonilnem ločenem mnenju takšno stališče zavrnilo, saj je po njihovem mnenju namen prvega dela alineje f) prvega odstavka 5. člena EKČP preprečevanje nezakonite imigracije, ki pa jo definirajo kot vstop ali bivanje v državi, ki temelji na obidu postopkov za nadzor nad imigracijo (angl. »entry into or re-

15 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 23–24.

16 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 25.

17 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 40.

18 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2006, § 41.

19 Sodba senata ESČP v zadevi *Amuur proti Franciji* z dne 25. 6. 1996, Reports 1996-III.

20 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2006, § 40.

21 Skupno odklonilno mnenje sodnikov Casadevall, Traje in Šikute k sodbi senata ESČP v zadevi *Saadi proti Združenemu kraljestvu* (v nadaljevanju: OLM *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2006), § 3.

22 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 65.

23 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, sklep Izvršnega komiteja citira v § 34, 35 in 37.

24 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 35.

sidence in a country based on circumvention of the immigration control procedures«. Poleg tega je opozorilo, da pravica države nadzorovati vstop in bivanje tujcev, kot jo razume večina sodnikov velikega senata, »ni najbolj v skladu« (angl. sits uncomfortably with) z načelom, da so prosilci za azil, ki so vložili prošnjo, *ipso facto* zakonito na ozemlju države. Opozorilo je tudi, da EKČP ni obdana z vakuumom, temveč deluje v povezavi s preostalimi mednarodnimi instrumenti varstva človekovih pravic.²⁵

Šest sodnikov se je v odklonilnem ločenem mnenju k sodbi velikega senata tudi strinjalo z opozorilom iz ločenega mnenja treh sodnikov k sodbi senata, da pojmovanje, po katerem lahko država kadarkoli med azilnim postopkom odvzame prostost prosilcu z namenom preprečiti nedovoljen vstop v državo, vodi k režimu odvzema prostosti, v katerem ni več prostora za spoštovanje načela pravne varnosti.²⁶ Odklonilno ločeno mnenje k sodbi velikega senata je šlo še dlje in zaključilo, da s tem prosilec za azil postane objekt, in ne več subjekt prava.²⁷ Ugotovimo lahko, da se Straussov zaključek, da je v tem primeru ESČP pozabilo na pravice tujcev in sprejelo zelo avtoritarno teorijo državne suverenosti in oblasti,²⁸ nanaša predvsem na argumentacijo v zvezi z vprašanjem (ne)dovoljenega vstopa v državo.

5 Arbitrarnost odvzema prostosti

Dejstvo, da v besedilu 5. člena EKČP ni klavzule, ki bi izrecno preprečevala arbitrarnost odvzema prostosti, lahko štejemo za eno od šibkosti konvencijskega sistema varstva osebne svobode.²⁹ Tudi v primerjavi s sistemom po *Mednarodnem paktu o državljanskih in političnih pravicah*,

katerega varstvo pa je po drugi strani šibkejše, saj posegov v pravico ne omejuje z izčrpnim seznamom možnih razlogov.³⁰ Ne glede na to ESČP od držav zahteva, da v pravico do osebne svobode posegajo na način, ki ni arbitraren, kar velja za vse možnosti posega v pravico, predvidene v prvem odstavku 5. člena. Standardi pa so se kljub temu razvijali od primera do primera in so različni glede na »tip pridržanja«. ³¹ Tako je sodišče tudi pri presoji Saadijevega primera izrecno določilo pogoje, pod katerimi lahko odvzem prostosti po alineji f) prvega odstavka 5. člena štejemo za ne-arbitraren:³²

- prostost mora biti odvzeta »v dobri veri« (angl. »carried out in good faith«) oziroma, definirano negativno, pri odvzemu prostosti ne sme biti prisoten element »slabe vere« (angl. bad faith) ali zavajanja s strani državnih organov (angl. »deception on the part of the authorities«);³³
- odvzem prostosti mora biti »tesno povezan« (angl. closely connected) z namenom preprečitve nedovoljenega vstopa v državo, kar izhaja iz splošnega kriterija, da se mora odvzem prostosti »pristno ujemati« (angl. genuinely conform) z namenom omejitev pravice do osebne svobode, ki jih dovoljuje posamezna alineja prvega odstavka 5. člena;³⁴
- pridržanje ne sme biti daljše, kot se razumno zahteva za namen, ki ga zasleduje (angl. »reasonably required for the purpose pursued«);
- prostor in okoliščine (angl. place and conditions) pridržanja morajo biti primerni (angl. appropriate), z upoštevanjem stališča iz sodbe *Amuur proti Franciji*, da ne gre za ukrep za storilce kaznivih dejanj, temveč za tujce, ki so pobegnili iz svoje države iz strahu za svoje življenje.³⁵

25 Skupno delno odklonilno ločeno mnenje sodnikov Rozakisa, Tulkensove, Kovlerja, Hajiyeva, Spielmana in Hirvelä k sodbi velikega senata ESČP v zadevi *Saadi proti Združenemu kraljestvu* (v nadaljevanju: *OLM Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008).

26 *OLM Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2006, § 4.

27 *OLM Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008.

28 Jason Strauss, Recent Decision - Saadi v. The United Kingdom, *New York International Law Review* 20/161 (2007), 166–167.

29 Donna Gomien et al., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Council of Europe, 1996, 142.

30 Ibidem, 128–129.

31 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 67–68.

32 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 74.

33 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 69.

34 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 69.

35 Sodba senata ESČP v zadevi *Amuur proti Franciji* z dne 25. 6. 1996, Reports 1996-III, § 43, citirano v: *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 74.

Odklonilno ločeno mnenje šestih sodnikov k sodbi velikega senata je argumentiralo, da prvi trije pogoji niso izpolnjeni, v obravnavanje zadnjega pa se ni podrobneje spustilo, kar bi bilo ob zelo načelnem nasprotovanju odvzemu prostosti v danem primeru verjetno res nepotrebno. Večinsko mnenje sodnikov je sicer, da je pridržanje v Oakingtonu nedvomno poseg v svobodo in udobje (sic!),³⁶ da pa gre tudi iz dejstva, da se Saadi nad razmerami ni pritoževal, sklepati, da odvzem prostosti ni bil arbitraren iz tega razloga.

Medtem ko sodba velikega senata kratko argumentira, da je pogoj »dobre vere« izpolnjen, saj je bil oakingtonski režim pridržanja vzpostavljen v dobro prosilcev za azil, katerih prošnje so zaradi sistema pridržanja obravnavane hitreje, in to ne le v dobro tistih, katerih prošnje se obravnavajo v danem trenutku, temveč tudi »naslednjih v vrsti«, kot je argumentiral sodnik lordske zbornice lord Slynn,³⁷ pa se šest sodnikov v odklonilnem ločenem mnenju sprašuje: če je odvzem prostosti potreben, ker bi tudi najmanjši zastoji lahko povzročili motnje v celotnem sistemu,³⁸ kako je lahko bil Saadi še nekaj dni potem, ko je zaprosil za azil, na prostosti?³⁹

Tudi tesna zveza med odvzemom prostosti in konvencijsko določenim namenom, torej preprečitvi nedovoljenega vstopa v državo, je po mnenju večine sodnikov podana iz istega razloga – ker je namen hitro odločiti o prošnji za azil.⁴⁰ Odklonilno ločeno mnenje to stališče zavrača, saj po mnenju šestih sodnikov pritožnik ni vstopil v državo nedovoljeno niti ni poskusil nedovoljeno vstopiti v državo. Po njihovem mnenju je upravni organ z odvzemom prostosti zasledoval *povsem birokratski cilj*.

Pridržanje, ki traja sedem dni, ob upoštevanju dejstva, da je bil Saadi na prostost izpuščen naslednji dan po zavrnitvi prošnje za azil na prvi stopnji, po mnenju večine sodnikov ne presega razumno zahtevane dolžine glede na namen pridržanja.⁴¹ Šest sodnikov v odklonilnem ločenem

mnenju opozarja, da sodišče v preostalih primerih (v zvezi z drugimi alinejami prvega odstavka 5. člena EKČP), ko konvencija dovoljuje poseg v pravico do osebne svobode, takšno trajanje odvzema prostosti zavrača. Res je sicer, da je treba državi npr. pri izvajanju izročitve osebe drugi državi dovoliti širši manevrski prostor kot v drugih primerih odvzema prostosti. A to še ne pomeni, da je treba enako širok manevrski prostor priznati tudi v zvezi s pridržanjem prosilca za azil.

6 Testa nujnosti in sorazmernosti

Sodišče se je že v sodbi senata izreklo, da določba alineje f) prvega odstavka 5. člena ne zahteva, da bi bil odvzem prostosti nujen (angl. necessary) za preprečitev nedovoljenega vstopa. Dovolj je, da je odvzem prostosti pristen del postopka za ugotavljanje, ali bo osebi dovoljen vstop oziroma podeljen azil, in da tudi sicer ni arbitraren (npr. glede dolžine pridržanja).⁴² Pred tem je analiziralo prejšnje odločitve, ki so interpretirale drugi del alineje f) prvega odstavka 5. člena (odvzem prostosti zaradi deportacije), in ugotovilo, da sodišče tudi pri uporabi te določbe ni presojalo, ali je odvzem prostosti nujen (angl. test of necessity). Po drugi strani je ugotovilo, da druge določbe iz prvega odstavka 5. člena EKČP, zlasti alineji b) in e), zahtevajo presojo, ali je odvzem prostosti nujen. Sodba velikega senata pa izhaja iz izrecnega stališča, da EKČP prepoveduje arbitrarnost pri posegu v pravico do osebne svobode v vseh primerih, določenih v prvem odstavku 5. člena.⁴³ Pri alinejah b), d) in e) je del prepovedi arbitrarnosti tudi presoja, ali je bil poseg nujen za zagotovitev konvencijsko določenega cilja, kar pomeni, da je odvzem prostosti lahko le skrajno sredstvo v okoliščinah, kjer so manj invazivni posegi neučinkoviti. Obenem pa se za posege, utemeljene z določbami alinej b), d) ali e), zaradi spoštovanja načela sorazmernosti (proportionality) zahteva tudi ravnotežje med pravico do osebne svobode in nujnostjo doseči v konvenciji zagotovljeni cilj.⁴⁴

Kot rečeno, to velja le za posege, utemeljene z določbami alinej b), d) in e) prvega odstav-

36 Glej *supra* opis režima v centru v Oakingtonu.

37 Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008, § 77. Za citat lorda Slynna glej Saadi proti Združenemu kraljestvu 2006, § 16.

38 Glej Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008, § 76.

39 OLM Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008.

40 Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008, § 77.

41 Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008, § 79.

42 Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008, § 44.

43 Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008, § 67.

44 Saadi proti Združenemu kraljestvu 2008, § 70.

ka 5. člena, medtem ko je pri prvem in drugem delu alinee f) podobno kot pri posegih, utemeljenih na določbi alinee a), dovolj, da poseg ni arbitraren.

Odklonilno ločeno mnenje k sodbi senata se v vprašanje, ali mora biti odvzem prostosti nujen za doseganje cilja, ni izrecno spustilo, kar lahko pripišemo stališču treh sodnikov, da odvzema prostosti v Saadijevem primeru sploh ne moremo upravičiti z določbo alinee f) prvega odstavka 5. člena, saj namen pridržanja ni bila preprečitev nedovoljenega vstopa, ampak le lažja izvedba upravnih postopkov (angl. administrative convenience).⁴⁵ Odklonilno ločeno mnenje k sodbi velikega senata pa se je vprašanja sorazmernosti lotilo predvsem z očitkom večini sodnikov, da bi bili morali pri svoji odločitvi upoštevati tudi, da so na voljo alternativni ukrepi, ki lahko nadomestijo odvzem prostosti. Citiralo je tudi mnenje *Odbora za človekove pravice ZN v zadevi Bahktiyari proti Avstraliji*. Odbor je pridržanje tujcev, utemeljeno z zakonsko določbo, ki predpisuje pridržanje za vse tujce, ki nimajo dovoljenja za vstop v državo, označil za kršitev 9. člena *Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah*,⁴⁶ saj Avstralija ni podala utemeljitve za pridržanje, ki traja dve leti in deset mesecev, in ni prikazala, da cilja spoštovanja svojega imigracijskega prava ne bi mogla doseči z uporabo lažjih ukrepov, npr. obveznosti javljanja, ki bi upoštevali individualne okoliščine tujcev.⁴⁷

Glede na nedavno širitev možnosti za odvzem prostosti prosilcem za azil po slovenski zakonodaji je zanimiva hipotetična situacija, v kateri bi Ustavno sodišče RS presojovalo ustavnost zakona, ki bi uvedel režim odvzema prostosti, podoben oakingtonskemu, saj se z obravnavanjem tega vprašanja dotaknemo problematike

ustavnopravnih vidikov odvzema prostosti prosilcem za azil v Sloveniji. Upravno sodišče RS se je v zgoraj citirani sodbi že postavilo na stališče, da obstaja pomembna razlika med varstvom pravice do prostosti po alinei f) prvega odstavka 5. člena EKČP in po 19. členu Ustave RS:

»V sodbi v zadevi Saadi proti Veliki Britaniji je Evropsko sodišče za človekove pravice odločilo, da pri posegu v omenjeno pravico ni potrebno, da bi nacionalno sodišče odločitev upravnega organa presojalo prek testa nujnosti oziroma načela sorazmernosti, ki po pravu MKVČP (EKČP, op. p.) pomeni razumno tehtanje med javnim interesom in pravicami osebe, ki mu je omejena prostost, ampak je potrebno tak ukrep presoja-ti samo z vidika tega, ali je mogoče predmetni ukrep šteti kot normalni sestavni del postopka, v katerem se ugotavlja, ali ima oseba pravico bivanja v državi, in da ukrep ne sme biti kako drugače arbitraren, na primer kar zadeva njegovo trajanje (test arbitarnosti). V zvezi s tem pa je po Ustavi RS postavljen višji standard, saj iz določila 19. člena Ustave in 3. odstavka 15. člena Ustave izhaja, da je treba pri uporabi določila 19. člena Ustave uporabiti tudi načelo sorazmernosti.«⁴⁸

Vprašanje je, koliko je za presojo ustavnosti odvzema prostosti prosilcem za azil relevantna praksa Ustavnega sodišča, ki se nanaša na pripor, glede na to, da je Ustavno sodišče skladnost zakonske ureditve pripora presojalo po kriteriju 20. člena Ustave, pri presoji ustavnosti odvzema prostosti prosilcu za azil pa je relevanten 19. člen Ustave. Medtem ko je pri presoji skladnosti z 19. členom Ustave treba na vsak način upoštevati načelo sorazmernosti, pa pri 20. členu Ustave že iz besedila izhaja, da mora zakonska ureditev prestatiti tudi test neogibne potrebnosti. Ta po stališču Ustavnega sodišča zahteva, da »zakonodajalec omogoči tiste v strokovnih krogih znane alternativne ukrepe, ki so v skladu z načelom sorazmernosti in so primerni za doseg posameznega zakonodajnega cilja. Pri tem mora presoditi, ali je z morebitno alternativo mogoče zasledovani cilj doseči na milejši način, ki pri tem človekovo svobodo manj omejuje.«⁴⁹

45 Case Comment: Immigration and Asylum: Detention of Asylum Seeker for Speedy Processing of Application, *European Human Rights Law Review* (6) 2006, 745.

46 *Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah*, 999 U.N.T.S. 171. Prvi odstavek 9. člena določa: »Vsak posameznik ima pravico do prostosti in osebne varnosti. Nihče ne sme biti samovoljno prijeto ali priprto. Nikomur ne sme biti vzeta prostost, razen iz razlogov in po postopku, kot to določa zakon.«

47 *Bahktiyari v. Australia*, Communication No 1069/2002, CCPR/C/79/D/1069/2002, § 9.3.

48 Sodba in sklep Upravnega sodišča RS U 733/2007 z dne 26. 4. 2007.

49 Odločba Ustavnega sodišča U-I-18/93 z dne 11. 4. 1996 (Uradni list RS, št. 25/96), točka 59.

Gre za zahtevo, podobno tisti, ki jo je v odklonilnem ločenem mnenju postavilo šest sodnikov ESČP, po drugi strani pa tudi testu nujnosti kot sestavnemu delu testa sorazmernosti, kot ga je oblikovalo slovensko Ustavno sodišče.⁵⁰ Zavzeti bi bilo mogoče stališče, da mora zakonodajalec ob regulaciji odvzema prostosti prosilcem za azil omogočiti alternativne ukrepe zgolj zato, ker ga veže načelo pravne države iz 2. člena Ustave, ki mu nalaga, da v človekove pravice posega sorazmerno, del testa sorazmernosti pa je tudi test nujnosti. Dejstvo, da obstaja odločba Ustavnega sodišča, ki je konkretizirala test neogibne potrebnosti v kontekstu pripora, pa lahko vzamemo za koroborativni argument. Morda lahko celo primerjamo nabor alternativnih ukrepov – čeprav s priporom zasledujemo drugačen cilj kot s pridržanjem prosilcev za azil, gre nenazadnje za poseg v isto pravico.

7 Sklepne misli

Sodba ESČP v primeru *Saadi proti Združenemu kraljestvu* temelji na dveh skrb zbujajočih izhodiščih. Najprej je sporno, da sodišče pozitivni izid testa »dobre vere« v okviru testa arbitarnosti utemeljuje s koristjo pritožnika in koristjo drugih prosilcev za azil. Skrb zbujajoče pa je tudi, da sodišče svoje zaključke pogosto utemelji na izenačitvi prosilcev za azil z drugimi (nezakonitimi) imigranti.

Kot rdeča nit se skozi obe sodbi ESČP vleče argumentacija lorda Slynnja iz sodbe lordske zbornice, s katero utemeljuje zaključek, da je poseg v pravico do osebne svobode upravičen zaradi velikega števila prošelj za azil in zahtevnih odločitev, zaradi česar grozi, da bodo nastale dolgotrajne zamude pri odločanju. »Hitra odločitev ni le v interesu prosilcev, temveč tudi tistih, ki šele čakajo v vrsti« (angl. »Getting a speedy decision is in the interests not only of the applicants but of those increasingly in the queue«).⁵¹ Sodišče je poseg v osebno svobodo prosilca utemeljilo z interesi osebe, ki ji je bila prostost odvzeta, in interesom drugih oseb.⁵²

Odvzeti prostost osebi z utemeljitvijo, da je to za njeno dobro, je šest sodnikov v odklonilnem ločenem mnenju označilo za skrajno nevarno stališče.⁵³ Morda se moramo vprašati, ali ni osebi, ki je sposobna oblikovati in izraziti svojo voljo, država pa jo obravnava na takšen način, kršena tudi pravica do človeškega dostojanstva. Enako nevarno je stališče, da je treba osebi, ki nikogar ne ogroža, prostost odvzeti v dobro drugih, sploh pa, če je namen odvzema, da bodo upravni postopki tekli hitreje.

Čeprav je ESČP v sodbi velikega senata med relevantnimi pravnimi viri navedlo 31. člen Konvencije o statusu beguncev, ki določa, da države pogodbenice ne kaznujejo (angl. penalize) beguncev zaradi nezakonitega vstopa ali navzočnosti in da glede gibanja teh beguncev ne uporabljajo omejitev razen tistih, ki so nujne,⁵⁴ pa se v analizo določb tega člena sploh ni spustilo. Namesto tega je v obrazložitvi sodbe na več mestih prosilce za azil izenačilo s preostalimi (nezakonitimi) imigranti, npr. ko je pri obravnavanju vprašanja, ali je bil vstop v državo v Saadijevem primeru nedovoljen, zapisalo, da spremlja suvereno pravico držav nadzorovati vstop in bivanje tujcev na svojem ozemlju tudi pravica odvzeti prostost potencialnim imigrantom, ki so zaprosili za vstop v državo, ne glede na to, ali so zaprosili zanj v zvezi z azilom ali ne (angl. by way of asylum or not).⁵⁵ Enačenje prosilcev za azil je ena tistih kritičnih točk, ko obstaja nevarnost, da bo raven varstva človekovih pravic po EKČP nižja od preostalih instrumentov mednarodnega prava človekovih pravic.

Potem ko se je šest sodnikov velikega senata ESČP zbal, da bi varstvo človekovih pravic po EKČP zdrsnilo pod raven, ki jo zagotavljajo drugi instrumenti, pa glede na zgoraj citirano sodbo Upravnega sodišča lahko zaključimo, da je nedvomno pod nivojem varstva, ki ga zagotavlja slovenska Ustava. Navajanje argumentov iz sodbe *Saadi proti Združenemu kraljestvu* v diskurzu slovenskih ustavnih pravnikov morata tako spremljati dve svarili: prvo, da gre nekajkrat podvomiti o kakovosti argumentacije ESČP, in drugo, da ne gre pozabiti, da zahteva Ustava RS višji standard varstva človekovih pravic.

50 Lovro Šturm, *Omejitev oblasti: ustavna izhodišča javnega prava*, Ljubljana, Nova revija, 1998, 134–135.

51 Sodba lordske zbornice v zadevi *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Saadi (FC) and Others (FC)*, z dne 31. oktobra 2002, [2002] UKHL 41, § 47.

52 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 77.

53 OLM *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008.

54 Konvencija o statusu beguncev, 189 U.N.T.S. 150.

55 *Saadi proti Združenemu kraljestvu* 2008, § 64.

Predstavitev avtorja

Samo Bardutzky se je po diplomi na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in opravljenem sodniškem pripravništvu pri Višjem sodišču v Celju in Višjem sodišču v Ljubljani oktobra 2007 zaposlil na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani kot mladi raziskovalec in bil izvoljen v naziv asistenta za področje ustavnega prava.

