

UNIVERZA V LJUBLJANI
PРАВNA FAKULTETA

DIPLOMSKA NALOGA
**NAČELO NEVRAČANJA V ODLOČITVAH EVROPSKEGA
SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE**

Avtorica: KATARINA PODLOGAR
Mentor: doc. dr. SAŠA ZAGORC

Ljubljana, marec 2013

UNIVERZA V LJUBLJANI
PRAVNA FAKULTETA

DIPLOMSKA NALOGA
**NAČELO NEVRAČANJA V ODLOČITVAH EVROPSKEGA
SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE**

Avtorica: KATARINA PODLOGAR
Mentor: doc. dr. SAŠA ZAGORC

Ljubljana, marec 2013

We do not live in a utopian world where there is no refugees, no armed conflicts and no human rights abuse; we do not even live in a modified utopian world where refugees are welcomed with open arms. Unfortunately, we live in a world that consists of sovereign States that jealously guard their territories, their wealth, and their economic composition.¹

Najlepše se zahvaljujem mentorju doc. dr. Saši Zagorcu za številne napotke in usmeritve pri pisanju diplomske naloge. Zahvaljujem se staršem ter sestri in bratu za razumevanje, spodbudo in podporo na moji poti. Zahvaljujem se tudi vsem prijateljem, za vse nasvete in pozitivno energijo skozi celoten študij, še posebej Marjeti, Neži, Tjaši in Juliji.

¹ Legomsky: *An Asylum Seeker's Bill of Rights in a Non-Utopian World*, Georgetown Immigration Law Journal 2000, str. 620.

POVZETEK

Avtorica: Katarina Podlogar

Mentor: doc. dr. Saša Zagorc

V diplomski nalogi je predstavljena analiza Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter prakse Evropskega sodišča za človekove pravice v zvezi z načelom nevračanja. Glavni namen načela je prepoved vrnitve osebe v državo, kjer obstaja realno tveganje, da bo izpostavljena mučenju ali nečloveškemu in ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju, zato je prvo vprašanje, na katerega odgovarja naloga, ali je država pogodbenica odgovorna, kljub temu da bo potencialna kršitev nastala na ozemlju druge države. Ker Evropska konvencija o človekovih pravicah ne vsebuje izrecne prepovedi vračanja, je najprej predstavljen razvoj načela nevračanja v okviru Evropske konvencije o človekovih pravicah in analiza prve sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice, *Soering v. The United Kingdom*, v kateri je sodišče priznalo obveznost nevračanja. Sodišče pravi, da je potrebno v vsakem primeru posebej analizirati vse okoliščine in oceniti, ali obstajajo utemeljeni razlogi za sum, da osebi v primeru vrnitve grozi resnično tveganje izpostavljenosti s 3. členom EKČP prepovedanemu ravnanju, zato je v nalogi največ pozornosti namenjene predstavitvi dejavnikom za ugotavljanje tega tveganja. Naprej se naloga posveča tezi, da naj bo zaščita na podlagi načela nevračanja absolutna in naj ne dopušča derogacije. Sodišče je sicer bolj naklonjeno presoji prepovedi vračanja po 3. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah, toda v zadnjih nekaj letih je v nekaterih primerih priznalo njen obstoj tudi v okviru 2., 5. in 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah, zato je poseben del naloge namenjen analizi teh primerov. Naloga se zaključi s predstavitvijo obveznosti države, ki izhajajo iz prepovedi nevračanja in potrebne spremembe. Prispevek predstavlja obsežno analizo prakse Evropskega sodišča za človekove pravice v zvezi z načelom nevračanja, ki bi bil lahko enostaven pripomoček za razumevanje in uporabo prepovedi nevračanja v konkretnem primeru.

Ključne besede: Evropska konvencija o človekovih pravicah, Evropsko sodišče za človekove pravice, prepoved mučenja ali nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja, načelo nevračanja, sodba *Soering*, pravica do azila.

SUMMARY

Author: Katarina Podlogar

Mentor: Asst. Prof. Saša Zagorc

The theme of the thesis is an analysis of the European Convention for the Protection of Human Rights and judgments of the European Court of Human Rights in relation to the Principle of Non-Refoulement. In the most general terms the prohibition on refoulement proscribes the forced removal of an individual to a country where he runs a risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, therefore the first question to answer is, to whom is a State party responsible for the protection and is it responsible even though that the act of ill-treatment occurs outside the Contacting State's territory. Since the Convention does not contain an explicit prohibition on refoulement, the thesis will start with the description of development of the principle under the Convention and with the analysis of the *Soering v. The United Kingdom* case in which the European Court of Human Rights ruled for the first time that Article 3 contains the prohibition on refoulement. In view of the fact that in order for an individual to be granted protection from refoulement under Article 3 ECHR substantial grounds must be shown for believing that he faces a risk of being subjected to ill-treatment after removal to another State, particular attention will be devoted the analysis of the real risk criteria. Afterward the thesis will focus on the fact that protection from refoulement formulated in absolute terms, allowing neither exceptions nor derogations in any circumstances. The Court prefers to assess the non-refoulement under 3 Article, but in the last few years it has also accepted a prohibition on refoulement under Article 2, 5 and 6 of the Convention. This is why a special part of the thesis is dedicated the analysis of these judgments. The thesis ends with presentation of state's responsibilities, which derive from the prohibition of refoulement and the required changes. This paper presents a comprehensive analysis of decisions of the European Court of Human Rights in relation to the Principle of Non-Refoulement, which could be a simple instrument for understanding and using of the prohibition of refoulement in a specific case.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment, Principle of Non-Refoulement, *Soering* case, Right of Asylum.

KAZALO

1	UVOD.....	1
2	PRISTOJNOST EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE	6
2.1	Osebna pristojnost	6
2.2	Krajevna in zunajozemeljska pristojnost	7
2.3	Vpliv kraja nastanka posledice na odgovornost države pogodbenice	8
3	NAČELO NEVRAČANJA V OKVIRU 3. ČLENA EVROPSKE KONVENCIJE ZA ČLOVEKOVE PRAVICE	12
3.1	Razvoj	12
3.2	Vsebina prepovedi mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja oziroma kaznovanja ..	16
3.2.1	Sodelovanje v politični opoziciji	16
3.2.2	Telesno kaznovanje.....	18
3.2.3	Okoliščine povezane s smrtno kaznijo	19
3.2.4	Kršitev s strani tretjih oseb, ker država ni sposobna zagotoviti zaščite.....	21
3.2.5	Socialno-ekonomske pravice	22
3.3	Dejavniki za ugotavljanje utemeljenosti tveganja.....	23
3.3.1	Narava in stopnja tveganja	25
3.3.2	Relevantne okoliščine	25
3.3.3	Dokazni standard	28
3.3.4	Dokazno breme.....	32
3.3.5	Trenutek ocene tveganja	33
3.3.6	Diplomatsko zagotovilo	36
3.4	Absolutni značaj načela nevračanja	39
3.4.1	Primerjava absolutnosti prepovedi vračanja med Evropsko konvencijo za človekove pravice in Ženevsko konvencijo o statusu beguncev	39
3.4.2	Boj proti terorizmu in 'balancing act'.....	42
4	PREPOVED NEVRAČANJA V OKVIRU DRUGIH DOLOČB EKČP	48
4.1	Pravica do življenja in prepoved smrtne kazni	48
4.2	Pravica do poštenega sojenja.....	51
4.3	Pravica do svobode in varnosti.....	53
4.4	Ostale pravice.....	55
5	OBVEZNOSTI DRŽAVE.....	57
5.1	Prepoved vračanja.....	57
5.2	Obveznost zagotoviti procesna jamstva.....	58
5.3	Obveznost ureditve statusa.....	60

6	SKLEP	62
7	LITERATURA IN VIRI	66
7.1	Knjige	66
7.2	Članki	66
7.3	Pravni viri.....	67
7.4	Spletni viri.....	68
7.5	Odločbe	71
7.5.1	Evropsko sodišče za človekove pravice.....	71
7.5.2	Evropska komisija za človekove pravice	74
7.5.3	Odbor Združenih narodov proti mučenju	74

KAZALO OKRAJŠAV

• ComAT	Odbor Združenih narodov proti mučenju (The Committee against Torture)
• EComHR	Evropska komisija za človekove pravice (The European Commission of Human Rights)
• EKČP	Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin
• ESČP	Evropsko sodišče za človekove pravice
• MPDPP	Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah
• UNCAT	Konvencija proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju (United Nations Convention Against Torture)
• UNHCR	Visoki komisariat Združenih narodov za begunce (United Nations High Commissioner for Refugees)
• ŽK-1951	Konvencija o statusu beguncev
• ES	Evropski svet
• EU	Evropska unija
• SE	Svet Evrope
• ZDA	Združene države Amerike
• ZK	Združeno kraljestvo
• ZN	Združeni narodi
• pritožba št.	pritožba številka (Application Number)
• tč.	točka odločitve (paragraf)
• str.	stran
• t. i.	tako imenovani
• Ur. l.	Uradni list

1 UVOD

Vsako minuto zaradi strahu pred mučenjem, preganjanjem ali smrtjo zapusti matično državo osem oseb.² Čeprav je dajanje zatočišča ena najstarejših značilnosti naše civilizacije, iskanje varstva ni enostavno.³ Države se namreč bolj kot na nudenje pomoči, osredotočajo na tesno zapiranje svojih meja.⁴ Po podatkih EUROSTAT je bilo leta 2011 samo v Evropski uniji vloženih 302 445 prošelj za azil,⁵ od tega je bilo pozitivno rešenih le 79 545.⁶ Največ jih je sprejelo Združeno kraljestvo (14 355), sledijo mu Nemčija (13 045), Francija (10 740) in Švedska (10 625). Ne glede na to, od kod, kam oziroma zakaj so pobegnili, so ljudje, ki iščejo mednarodno zaščito, ranljivi in negotovi, v hudi stiski nepoznavanja ter nerazumevanja svojih pravic. Kljub temu državam predstavljajo predvsem sinonim za grožnjo nacionalni, gospodarski in socialni varnosti.⁷

Tako imamo na eni strani skupino ljudi, ki se v strahu za lastno preživetje znajde v povsem novem okolju, brez poznavanja pravic in obveznosti, kaj šele pravne, politične in kulturne ureditve države pribežališča. Kdo jim je zavezan nuditi pomoč in zatočišče, je večinoma negotovo. Na drugi strani imamo vlade držav, ki se z onemogočanjem vstopa v državo izogibajo nudenju zaščite ljudem v stiski. Res je, da mednarodna skupnost vsaki državi priznava suverenost⁸ in ena ključnih pravic, ki iz nje izhaja, je pravica do nadzora vstopa, bivanja in izгона tujcev.⁹ Toda ta pravica ni absolutna, omejena je z drugimi mednarodno

² Po podatkih UNHCR, (URL: <http://do1thing.unhcr.org/>, 17. marec 2012).

³ UNHCR v Sloveniji: *Beg pred nevarnostjo in preganjanjem*: Nudenje pomoči omenjajo že pisna dela velikih zgodovinskih imperijev na Bližnjem vzhodu izpred 3000 let, na primer dela Hetitov, Babiloncev, Asircev in starih Egipčanov.

⁴ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention ...* (2010), str. 103.

⁵ Prosilec za azil pomeni osebo, ki predloži prošnjo za mednarodno zaščito, kot je opredeljena v točki (g) 2. člena Direktive Sveta 2004/83/ES ali pa je v tako prošnjo vključen kot družinski član. Pri tem moramo upoštevati, da je prosilec za azil vsakdo, ki trdi, da je begunec oziroma da išče mednarodno zaščito zaradi preganjanja ali vojne v matični državi. Pojem prosilec za azil ne vsebuje nobene domneve o končni odločitvi glede priznanja statusa begunca ali subsidiarne zaščite, zanj pogosto zaprosijo tudi ekonomski migranti, čeprav se zavedajo, da ne izpolnjujejo pogojev za priznanja statusa begunca, s tem zavlačujejo prisilno vrnitev v svojo matično državo.

⁶ URL: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Asylum_statistics, 11. december 2012.

⁷ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), povzetek.

⁸ Ustanovna listina Združenih narodov (odprta za podpis 26. junija 1945; v veljavi od 24. oktobra 1945), 2. člen.

⁹ Med drugim: ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, tč. 34, 102; ESČP, *Ahmed v. Austria*, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94, tč. 38; ESČP, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11. januar 2007, Pritožba št. 1948/04, tč. 135; ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/09, tč. 113.

varovanimi pravicami, med katerimi je varstvo pred vračanjem (*Protection from Refoulement*) zagotovo ena pomembnejših omejitev.

Prvotno se je načelo nevračanja (*Principle of Non-Refoulement*) razvilo za potrebe povezane z zaščito beguncev in še danes predstavlja temelj pravice do azila. Čeprav Splošna deklaracija o človekovih pravicah izrecno omenja pravico do azila: *vsakdo ima pravico v drugih državah iskati in uživati pribežališče pred preganjanjem*,¹⁰ te pravice ne najdemo v drugih splošnih mednarodnih dokumentih, kot sta na primer Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP)¹¹ ali Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah (MPDPP),¹² lahko pa pravico do iskanja statusa begunca izpeljemo iz točke (a) drugega odstavka 1. člena Konvencije o statusu beguncev 1951 (ŽK-1951)¹³ in Protokola o statusu beguncev 1967.¹⁴ Ko so nastajali različni splošni akti za varstvo človekovih pravic, je veljalo prepričanje, da bosta ŽK-1951 in njen Protokol o statusu beguncev 1967, pokrila vse primere in zato posebne določbe v drugih sporazumih niso potrebne.¹⁵ Na žalost temu ni tako, danes bi veliko posameznikov potrebovalo varstvo, vendar njihovega položaja ne moremo subsumirati pod norme ŽK-1951, zato bi bil zapis pravice do azila v splošne akte o človekovih pravicah več kot dobrodošel.

Glede azila je Inštitut za mednarodno pravo leta 1950 v Bathu sprejel definicijo, po kateri je azil zaščita, ki jo posamezniku, če zanjo zaprosi, država nudi na svojem teritoriju ali na drugem ozemlju pod pristojnostjo njenih organov.¹⁶ Kot že rečeno, njegovo temeljno varstvo predstavlja načelo nevračanja, ki najbolj preprosto povedano pomeni prepoved vrnitve posameznika v državo,¹⁷ kjer bi bil lahko žrtev kršitev temeljnih človekovih pravic.¹⁸ Cilj in

¹⁰ Splošna deklaracija o človekovih pravicah, sprejeta in razglašena z resolucijo Generalna skupščina ZN št. 217 A (III), 10. december 1948, 14. člen; deklaracija ni pravno zavezujoča.

¹¹ Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, sprejel Odbor ministrov Sveta Evrope, 4. november 1950, Ur. l. RS (13.6.1994) MP, št. 7-41/1994 (RS 33/1994), spremenjena in dopolnjena s Protokoloma št. 11 in 14.

¹² Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, sprejela Generalna skupščina ZN, 16. december 1966, Ur. l. SFRJ-MP, št. 7/1971.

¹³ Konvencija o statusu beguncev, sprejeta Diplomatska konferenca ZN o statusu beguncev, 28. julij 1951, Ur. l. FLRJ-MP, št. 7/1960.

¹⁴ Protokol o statusu beguncev, sprejela Generalna skupščina ZN, 16. december 1966, Ur. l. FLRJ-MP, št. 15/1967.

¹⁵ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention ...* (2010), str. 10.

¹⁶ Institut de Droit International, Bath 1950, *Resolution: Asylum in Public International Law* (excluding neutral asylum), 1. člen.

¹⁷ Enako velja za katerokoli državo, teritorij ali destinacijo, kamor se je posameznik prisiljen vrniti.

¹⁸ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 1.

namen prepovedi vračanja je torej preprečitev kršenja človekovih pravic in gre načeloma za preventivni pristop, preprečiti kršitev preden do nje pride. Država odgovarja samostojno in ne skupaj z državo prejemnico, kadar izpostavi posameznika tveganju kršitve človekovih pravic, kar pomeni, da je prepoved vračanja samostojna človekova pravica.¹⁹

Obveznost nevračanja je bila prvič zapisana v prvem odstavku 33. člena ŽK-1951 in prepoveduje državi pogodbenici, da na kakršenkoli način izžene ali prisilno vrne begunca na meje ozemlja, kjer bi bila njegovo življenje ali svoboda ogrožena zaradi njegove rase, vere, državljanstva, pripadnosti neki določeni družbeni skupini ali določenega političnega prepričanja. Izrecna prepoved vračanja je bila kasneje sprejeta tudi v prvem odstavku 3. člena Konvencije proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju (UNCAT).²⁰ Načelo je posebej varovano in omenjeno tudi na ravni EU, v preambuli Dublinske uredbe,²¹ v preambuli in 21. členu Kvalifikacijske direktive²² in v 5. členu Direktive o vračanju.²³ Poleg tega je prepoved vračanja razvilo tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) in Svet ZN za človekove pravice v okviru splošne prepovedi mučenja ali nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja zapisane v 3. členu EKČP²⁴ oziroma 7. členu MPDPP.²⁵ Nekateri strokovnjaki so celo mnenja, da je načelo nevračanja, ki ga štejemo za temeljno načelo begunskega prava, že prešlo v običajno mednarodno pravo.²⁶

Diplomsko delo se primarno nanaša na standard zaščite pred vračanjem, ki ga nudi EKČP in ESČP, vendar pa zaradi prepletenosti pravnih režimov le-tega ne morem popolnoma izolirati, tako bom, kadar bo to potrebno, prikazala tudi urejenost v drugih pravnih instrumentih.

¹⁹ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 24.

²⁰ Konvencija proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju, sprejela Generalna skupščina ZN, 10. december 1984, Ur. l. RS-MP 7-40/1993: Nobena država članica ne bo pregnala, izgnala in ne izročila osebe drugi državi, če so resni razlogi za sum, da utegne biti mučena.

²¹ Uredba sveta (ES) št. 343/2003, *O vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za azil, ki jo v eni od držav članic vloži državljani tretje države*, 18. februar 2003.

²² Direktiva sveta 2004/83/ES, *O minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite*, 29. april 2004.

²³ Direktiva 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta, *O skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav*, 16. december 2008.

²⁴ Nikogar se ne sme mučiti ali nečloveško in ponižujoče z njih ravnati ali ga kaznovati.

²⁵ Nihče ne sme biti podvržen mučenju ali nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju. Še posebej je prepovedano brez privolitve izvajati medicinske ali znanstvene poskuse.

²⁶ Goodwin-Gill, Guy S.; McAdam, Jane: *The Refugee in International Law* (2007), str. 345 in naslednje; UNHCR: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Ženeva, september 2011, str. 5.

Za obravnavo načela nevračanja v okviru EKČP sem se odločila predvsem zato, ker nudi širšo zaščito kot ŽK-1951, UNCAT ali zakonodaja EU.²⁷ Druga posebnost EKČP je ustanovitev ESČP,²⁸ pred katerim lahko zoper državo pogodbenico sproži postopek vsak posameznik, nevladna organizacija ali skupina posameznikov, ki zatrjujejo, da so žrtve kršitev pravic, kot jih zagotavljajo EKČP in njeni protokoli.²⁹ To je edini mednarodni postopek, kjer je posamezniku omogočen neposreden dostop do sodišča, ki izda odločbo, zavezujočo po mednarodnem pravu. Tretja bistvena posebnost EKČP v primerjavi z drugimi instrumenti varstva človekovih pravic in svoboščin na svetovni ali regionalni mednarodni ravni je v tem, da gre za živ, razvijajoč se organizem ('*living instrument*').³⁰ Konvencija je bila oblikovana z namenom, da bo veljala vrsto desetletij, zato je ESČP razvilo načelo razvojne razlage, ki omogoča prilagajanje aktualnim razmeram. Načelo pravi, da je EKČP '*living instrument*', ki ga je treba razlagati v luči aktualnih razmer.³¹ Razvojna razlaga daje konvenciji potrebno stopnjo fleksibilnosti za sledenje družbenim spremembam, s čimer se zagotavlja njena trajna uporabnost in veljavnost.³² Konvencija se namreč veliko hitreje in usodnejše razvija s pomočjo sodne prakse ESČP, kot pa s spremembami s protokoli SE.³³ Poleg tega pa ne smemo pozabiti, da ugled in moč ESČP temeljita na spoštovanju sodb s strani držav članic. Sodišče zato določb konvencije ne sme tolmačiti samovoljno in brez razumnih argumentov, saj bi s tem izgubilo zaupanje držav članic, sodbe pa bi zato izgubile učinek.³⁴

Za lažje razumevanje bom najprej na kratko opisala, kako je ESČP utemeljilo pristojnost za odločanje v primeru vračanja. Glede na naravo instituta izročitve in izгона se namreč postavi vprašanje: "*Ali je podana jurisdikcija ESČP tudi kadar bodo oziroma bi lahko nastale s konvencijo (EKČP) prepovedane posledice zunaj teritorialne pristojnosti države podpisnice?*"

²⁷ Na primer: ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93, tč. 80.

²⁸ 19. člen EKČP.

²⁹ 34. člen EKČP.

³⁰ Ribičič, Ciril: *Evropsko pravo človekovih pravic ...* (2007), str. 111.

³¹ Lazarova Trajkovska, Mirjana: Pilot judgments procedure before the European Court of Human Rights (2012), str. 4 in ESČP, *Tyrer v. The United Kingdom*, 25. april 1978, Pritožba št. 5856/72, tč. 31.

³² Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 199 in 200.

³³ Ribičič, Ciril: *Evropsko pravo človekovih pravic ...* (2007), str. 111.

³⁴ Sodišče v sodbi *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (tč. 74) opozarja na dejstvo, da čeprav sodišče ni formalno vezano na svoje prejšnje sodbe, je v interesu pravne varnosti, predvidljivosti in enakosti, da brez utemeljenega razloga ne odstopa od svoje prakse. Več o načelu razvojne razlage v: Letsas, George: *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy* (2012) in Dzehtsiarou, Kanstantsin: *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights* (2011).

Sledil bo vsebinsko osrednji del naloge, analiza prepovedi vračanja po 3. členu EKČP. Najprej si bom ogledala razvoj načela nevračanja v okviru EKČP, nato pa bom s pomočjo razvrstitve primerov po skupinah (glede na razloge, zaradi katerih oseba zaprosi za zaščito pred vračanjem) predstavila vsebino prepovedi mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja oziroma kaznovanja. Sodišče pravi, da je potrebno v vsakem primeru posebej analizirati vse okoliščine in oceniti, ali obstajajo utemeljeni razlogi za sum, da osebi v primeru vrnitve grozi resnično tveganje izpostavljenosti s 3. členom EKČP prepovedanemu ravnanju, zato bom posebno pozornost posvetila dejavnikom za ugotavljanje tega tveganja. Naprej se bom posvetila tezi, da naj bo zaščita na podlagi načela nevračanja absolutna in naj ne dopušča derogacije.

Tretji del bom namenila dvema poglavjema. V prvem bom pogledala, ali se je sodišče pri odločanju o prepovedi vračanja oprlo še na katero pravico EKČP, v drugem pa bom predstavila obveznosti države, ki izhajajo iz te prepovedi in potrebne spremembe.

Zaključila bom z oceno smiselnosti uporabe instituta za varovanje temeljnih človekovih pravic in možnimi smermi njegovega razvoja.

2 PRISTOJNOST EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Preden želimo državi pogodbenici dokazati obveznost po načelu nevračanja, moramo najprej opredeliti meje, znotraj katerih je država odgovorna za posameznika v skladu z EKČP. Kajti osebe, ki se sklicujejo na načelo nevračanja, so običajno državljani držav izven SE in so v večini primerov v državo vstopili nezakonito ter brez ustreznih dokumentov. Pojavi se vprašanje, ali tudi oni uživajo pravice in svoboščine iz EKČP.

Konvencija v prvem členu določa meje svoje veljavnosti oziroma območje, na katerem je država dolžna zaščititi posameznika pred kršitvami pravic iz EKČP: '*Visoke pogodbene stranke priznavajo vsakomur, ki sodi v njihovo pristojnost, pravice in svoboščine, ki so opredeljene v prvem delu te konvencije.*'

Izraz '*vsakomur*' poudarja univerzalen značaj človekovih pravic in določa, da morajo pogodbene stranke priznati pravice in svoboščine EKČP '*vsakomur, kdor sodi v njihovo pristojnost*'.³⁵ Jurisdikcijo lahko na podlagi prvega člena ločimo na dva temeljna vidika:

- a) osebno in
- b) krajevna pristojnost uporabe EKČP.

2.1 Osebna pristojnost

Beseda '*vsakomur*' pomeni, da ni omejitev glede državljanstva osebe ali njenega pravnega statusa, torej konvencija varuje tudi pravice tujcev in oseb brez državljanstva.³⁶

Sodišče je na primer v primeru *D. v. The United Kingdom* menilo, da ne glede na to, ali je (pritožnik) kdaj vstopil v ZK v tehničnem smislu, je treba opozoriti, da je bil fizično prisoten tam in s tem je podana pristojnost tožene države v smislu prvega člena konvencije.³⁷

Varstvo po EKČP je tako zagotovljeno vsem posameznikom, vključno z nezakonitimi priseljenci.³⁸ Za vložitev pritožbe mora pritožnik zatrjevati le pravni interes, '*actio popularis*' ni predvidena.³⁹ Tudi v '*skupinskih*' pritožbah mora vsak posameznik v skupini izjaviti, da je

³⁵ Ovey, Clare; White, Robin C. A.: *The European Convention on Human Rights* (2010), str. 20.

³⁶ Gomien, Donna: *Kratek vodič po Evropski ...* (2009), str. 17.

³⁷ ESČP, *D. v. The United Kingdom*, 2. maj 1997, Pritožba št. 30240/96, tč. 48.

³⁸ Clayton, Gina: *Immigration and Asylum Law* (2006), str. 75.

³⁹ Pravni interes se zahteva na podlagi 34. člena, ostale pogoje dopustnosti vsebuje 35. člen EKČP, glej tudi: ESČP, *Ilhan v. Turkey*, 27. junij 2000, Pritožba št. 22277/93, tč. 52.

žrtev kršitve pravic EKČP. Praktično to pomeni, da samo stranke, ki so neposredno prizadete zaradi kršitve ene ali več pravic, varovanih s konvencijo, lahko vložijo pritožbo na ESČP.⁴⁰ Učinek kršitve je lahko tako dejanski kot potencialni. V zadevi *Soering*,⁴¹ se je na primer sodišče ukvarjalo z vprašanjem, ali pritožniku z izročitvijo Združenim državam grozi resnično tveganje obsodbe na smrt in posledično izpostavljanje 'sindromu dolgotrajnega čakanja na smrt', pritožnik ni bil še obsojen, kršitev je bila potencialna.

2.2 Krajevna in zunajozemeljska pristojnost

Z besedno zvezo '*ki sodi v njihovo pristojnost*' je določeno, da je pogodbenica odgovorna za vse kršitve, ki se zgodijo znotraj njihove pristojnosti.⁴² Če se oseba nahaja znotraj državne meje, avtomatično sodi pod pristojnost države. V povezavi s 56. členom je pristojnost razširjena tudi na tista območja, ki niso del države članice, obstaja pa dogovor, da je ta država odgovorna za mednarodne odnose tega območja.⁴³ Potrebno je tudi opozoriti, da teritorialno področje uporabe ni omejeno z oblikovanjem mednarodnih ali tranzitnih območij, na primer letališč ali pristanišč. Ta območja, tako po mednarodnem javnem pravu kot tudi na podlagi EKČP, ostanejo del ozemlja države.⁴⁴

Tudi če oseba ni prisotna na ozemlju države pogodbenice, lahko v določenih primerih kljub temu sodi v njeno pristojnost. Gre za t. i. zunajozemeljska pristojnost in je utemeljena z nadzorom in ravnanji države pogodbenice, s katerimi so prizadete pravice in svoboščine posameznika. Oseba pride tako pod '*de facto*' kontrolo države pogodbenice, kar vzpostavi obveznost pogodbenice varovati pravice in svoboščine EKČP. Da imamo lahko zunajozemeljsko jurisdikcijo, morajo obstajati trije bistveni elementi:

1. pripisljivost ravnanja pogodbenici,
2. '*de facto*' nadzor nad zadevno osebo in
3. vpliv na eno ali več pravic EKČP.⁴⁵

⁴⁰ Gomien, Donna: *Kratek vodič po Evropski ...* (2009), str. 140-141.

⁴¹ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 93 in 99.

⁴² Clements, Luke; Mole, Nuala; Simmons, Alan: *European Human Rights ...* (1999), str. 22.

⁴³ Na primer Grenlandija in Danska.

⁴⁴ Na primer Svet Evrope, Odbor ministrov, *Rec. (94) 5E, on guidelines to inspire practices of the member States of the Council of Europe concerning the Arrival of asylum-seekers at European airports*, 21. junij 1994.

⁴⁵ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 208.

Do tega pride, ko so ljudje na primer zunaj lastne države in želijo zaradi iskanja zaščite pred vračanjem priti na ozemlje države pogodbenice. Za primer lahko navedemo enega zadnjih primerov ESČP *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, v katerem je šlo za skupino Somalcev in Eritrejcev, ki so iz Libije bežali v Italijo.⁴⁶ V Sredozemskem morju so jih prestregle italijanske oblasti in jih brez vsakršne individualne obdelave ali pregleda prošenj za azil premestile na italijanske vojaške ladje in poslale nazaj v Libijo. Sodišče je ugotovilo, da so bili pritožniki, čeprav niso nikoli dosegli italijanskega ozemlja, med premestitvijo in vse do predaje libijskim oblastem pod 'de facto' in 'de iure' kontrolo italijanskih organov.⁴⁷ Stalen in nepretrgan nadzor nad pritožniki je ustvaril resnično in učinkovito moč za zagotavljanje zaščite, s čimer je bila vzpostavljena obveznost Italije, varovati njihove pravice in svoboščine EKČP ter podana jurisdikcija ESČP.⁴⁸

Ali je država odgovorna ščititi posameznika na podlagi EKČP, je tako odvisno predvsem od količine kontrole, ki jo nad to osebo ima in od resnične ter učinkovite moči, da jo dejansko zaščiti. Pristojnost se presoja na podlagi dejanskih okoliščin, ki so seveda od primera do primera različne, relevantno je predvsem vprašanje, ali lahko država posamezniku nudi učinkovito zaščito. Torej odgovornost se izključi le, kadar država nad osebo nima 'de facto' kontrole.⁴⁹ ESČP mora vsakič posebej ugotoviti, ali pritožnik spada pod državno jurisdikcijo v smislu 1. člena EKČP.

2.3 Vpliv kraja nastanka posledice na odgovornost države pogodbenice

Pri načelu nevračanja se vprašamo, ali obstaja realno tveganje, da bo oseba v državi prejemnici izpostavljena škodnemu ravnanju iz 3. člena EKČP. Presoja se torej obstoj potencialne kršitve v državi prejemnici, zato nastane dilema, ali je država pošiljateljica kljub temu odgovorna. Odgovor je pritrdilen, saj pride do tako imenovanega ekstrateritorialnega učinka določb EKČP.⁵⁰ Država odgovarja za spoštovanje v konvenciji navedenih pravic tudi

⁴⁶ ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09.

⁴⁷ Ibidem, tč. 72-82; podobno je ESČP odločilo tudi v primeru *Xhavara and 12 Others v. Italy and Albania*, 11. januar 2001, Pritožba št. 39473/98 - Skupina Albancev je poskušala doseči Italijo po morju. Njihovo ladjo je zunaj teritorialnih voda Italije zadela italijanska vojna ladja in jo tako poškodovala, da je potonila. Sodišče je ugotovilo, da je Italija kot podpisnica EKČP odgovorna, ne glede na to, kje se je nesreča zgodila.

⁴⁸ Moreno-Lax, Violeta: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or ...* (2012), str. 6-9.

⁴⁹ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 203-205.

⁵⁰ Ovey, Clare; White, Robin C. A.: *The European Convention on Human Rights* (2010), str. 179.

kadar bi kršitve nastale zunaj meja njene pristojnosti.⁵¹ Pomemben je obstoj vzročne zveze med dejanji države pogodbenice, ki pripeljejo do škodnega ravnanja iz 3. člena EKČP.

Kot je bilo že povedano, je ESČP to vprašanje prvič obravnavalo v primeru *Soering v. The United Kingdom*.⁵² Komisija, ki je prehodno obravnavala primer je v svojem poročilu zapisala: *'Če obstaja (v državi prejemnici) resno tveganje za ravnanja, ki so v nasprotju s 3. členom EKČP, potem prevzame odgovornost za kršitev 3. člena EKČP država pogodbenica, ki je izgon ali izročitev ukazala.*⁵³

Nemška vlada se je s takim pristopom Komisije strinjala ter poudarila, da se podoben pristop najde tudi v pravni praksi nemških sodišč.⁵⁴ Na drugi strani je vlada Združenega kraljestva menila, da bi nedopustno prekoračili namen 3. člena, če bi trdili, da lahko izročitev storilca kaznivega dejanja povzroči odgovornost izročitvene države za nehumano oziroma ponižujoče ravnanje ali kaznovanje. Združeno kraljestvo namreč ne more biti odgovorno za dejanja, ki jih posameznik lahko utрпи na ozemlju druge države. Menila je tudi, da gre za nedovoljeno vpletanje v zunanje zadeve držav, ki niso podpisnice konvencije in povzroča resne varnostne težave, ker omogoča, da se storilcev kaznivih dejanj ne kaznuje.⁵⁵

Sodišče je na koncu pretehtalo argumente obeh strank in soglasno sklenilo, da:

*'1. člen Konvencije [...] postavlja meje, predvsem teritorialne omejitve dosega veljavnosti EKČP. Dejansko se je podpisnica zavezala 'varovati' zapisane pravice in svoboščine vsakogar, v okviru svoje 'pristojnosti'. Poleg tega konvencija ne regulira ukrepov držav, ki niso podpisnice, niti od držav podpisnic ne zahteva, da določijo standarde EKČP drugim državam. Prav tako se 1. člen ne sme razumeti kot splošno dovoljenje državam podpisnicam, da ne glede na dolžnosti v zvezi z izročitvijo, tega ne storijo, kadar niso zadovoljne s pogoji (se ne skladajo s standardi EKČP) v namembni državi. Pri določevanju obsega uporabe konvencije se ne sme zanemariti dejanski namen izročitve, to je preprečevanje pobega storilcev kaznivih dejanj.*⁵⁶

⁵¹ Janis, W. Mark; Kay, S. Richard; Bradley, W. Anthony: *European Human Rights Law ...* (2008), str. 215.

⁵² ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88.

⁵³ EComHR, *Soering v. The United Kingdom*, 19. januar 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 94-98.

⁵⁴ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 82.

⁵⁵ Ibidem, tč. 83.

⁵⁶ Ibidem, tč. 86.

*'V predstavljeni zadevi je popolnoma jasno, da Združeno Kraljestvo nima vpliva na delovanje in ureditev virginijskih organov.'*⁵⁷

*'Ob razlaganju konvencije se mora upoštevati njen poseben značaj za skupno uveljavljanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Tako cilj in namen konvencije kot instrumenta za zaščito posameznikov zahteva, da se njene določbe razlaga in uporablja tako, da je zaščita praktična in učinkovita. Poleg tega mora biti vsaka razlaga zagotovljenih pravic in svoboščin v skladu s splošnim duhom konvencije in instrumenti, katerih namen je zagotoviti in pospeševati ideale in vrednote demokratične družbe.'*⁵⁸

*'Kljub temu ne gre za vprašanje presoje ali postavitve odgovornosti države prejemnice, tako po splošnem mednarodnem pravu, po konvenciji ali drugače. Če se na podlagi konvencije pojavi ali se lahko pojavi kakšna odgovornost, gre za odgovornost izročitvene države podpisnice, ker je storila dejanje, ki ima neposreden vpliv izpostavljanja posameznika prepovedanemu slabemu ravnanju.'*⁵⁹

Kot lahko razberemo iz sodbe se je sodišče pri argumentaciji vpliva kraja nastanka posledice na odgovornost države pogodbenice oprlo na dve glavni načeli:

- a) načelo učinkovitosti in
- b) načelo neposrednega vpliva.

Načelo učinkovitosti pomeni, da je potrebno določbe konvencije razlagati tako, da bodo v praksi uporabne in da bo dosežen namen, ki je učinkovita zaščita pravic in svoboščin. Poudarek pri razlagi in uporabi pravic EKČP, naj bi bil v tem, da je njihovo uživanje realna možnost posameznika.⁶⁰ Če torej želimo, da je prepoved mučenja učinkovita, moramo od države pogodbenice zahtevati, da posameznika ne izroči, kadar bo v namembni državi izpostavljen mučenju.

Načelo neposrednega vpliva pomeni vzročno zvezo med dejanji države pogodbenice, ki vodijo do ravnanja prepovedanega s 3. členom EKČP. Združenemu kraljestvu ne moremo pripisati neposredne kršitve 3. člena EKČP, saj ne nadzira ameriških organov, prav tako ni so-

⁵⁷ Ibidem, tč. 86.

⁵⁸ Ibidem, tč. 87.

⁵⁹ Ibidem, tč. 91.

⁶⁰ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 9.

odgovorno z Združenimi državami, ker te niso podpisnice EKČP, kljub temu bo Združeno kraljestvo (če bo izvršilo odločbo o izročitvi) odgovorno za kršitev 3. člena EKČP.⁶¹ Sodišče je to utemeljilo s tem, da je bil postopek izročitve proti pritožniku v Združenem kraljestvu končan, ko je minister podpisal odločbo za izročitev Združenim državam in kljub temu da ta še ni bila izvedena, je že imela neposreden vpliv na pritožnika.⁶² Z izdajo odločbe za izročitev se je konkretizirala odgovornost Združenega Kraljestva, da osebe ne postavi v položaj, ko bo v državi prejemnici podvržena ravnanjem prepovedanim s 3. členom EKČP. Sodišče je sklenilo, da bi bil lahko zakonski namen izročitve dosežen tudi na druge načine, ki ne bi vključevali trpljenja take intenzivnosti in takega trajanja, zato je izročitev v danih okoliščinah pomeni kršitev 3. člena EKČP.⁶³

⁶¹ Battjes, Hemme: *Landmarks: Soering's Legacy* (2009), str. 4.

⁶² ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 92.

⁶³ *Ibidem*, tč. 111.

3 NAČELO NEVRAČANJA V OKVIRU 3. ČLENA EVROPSKE KONVENCIJE ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

3.1 Razvoj

EKČP ne govori izrecno o prepovedi vračanja oziroma ta ni tako eksplicitno izražena, kot na primer v ŽK-1951 ali UNCAT, saj vsebuje le generalno klavzulo: '*Nikogar se ne sme mučiti ali nečloveško ali ponižujoče z njim ravnati ali ga kaznovati.*' Nastane dilema, ali je lahko država pogodbenica v primeru izročitve prebežnika drugi državi, kjer bo izpostavljen oziroma obstaja verjetnost, da bo izpostavljen mučenju ali nečloveškemu in ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju, odgovorna za kršitev 3. člena EKČP.

Parlamentarna skupščina Sveta Evrope je že leta 1965 sprejela Priporočilo, v katerem je zapisano, da:

*'3. člen EKČP, ki prepoveduje nečloveško ravnanje, zavezuje države pogodbenice, da ne bodo vrnile beguncev, kjer bi bila njihova življenja ogrožena.'*⁶⁴

Enako je tudi Evropska komisija za človekove pravice⁶⁵ leta 1965 odločila, da 3. člen EKČP prepoveduje vračanje, kadar obstaja resna nevarnost, da bo posameznik v državi izvora izpostavljen slabemu ravnanju,⁶⁶ toda šele dve desetletji kasneje, leta 1989, je obveznost nevračanja priznalo ESČP v primeru *Soering v. The United Kingdom*.⁶⁷ Zgodba o nemškem študentu se zdi na prvi pogled neprimerna za precedenčni primer ESČP glede načela nevračanja. Večino zadev pred komisijo so namreč vložili neuspešni prosilci za azil, ki jim je grozilo slabo ravnanje v državi prejemnici in bi si tako lažje (kot Soering - brutalni morilec) pridobili splošno simpatijo.

Primer *Soering v. The United Kingdom* obravnava Jensa Soeringa, nemškega državljana, ki je študiral v ZDA. Soering je leta 1985 v Virginiji (ZDA) skupaj s svojim dekletom brutalno umoril njena starša. Oba sta še istega leta pobegnila v Anglijo, kjer sta bila aprila 1986 aretirana

⁶⁴ Svet Evrope, Parlamentarna skupščina, *Recommendation (434) on the granting of the right of asylum to European refugees* (1965), tč. 3.

⁶⁵ Evropska komisija za človekove pravice (EComHR) je bila zadolžena za predhodno selekcijo pritožb. Protokol št. 11 (v veljavi od 1. novembra 1998) jo je ukinil, od tedaj se lahko posameznik s pritožbo obrne neposredno na Evropsko sodišče za človekove pravice.

⁶⁶ EComHR, *X. v. Germany*, 25. september 1965, Pritožba št. 1611/62 in Battjes, Hemme: Landmarks: *Soering's Legacy* (2009), str. 1.

⁶⁷ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88.

zaradi goljufije s čeki. Vlada ZDA je 11. avgusta 1986 na podlagi angleško-ameriške Pogodbe o izročitvi iz leta 1972 zaprosila Združeno kraljestvo za izročitev Soeringa.⁶⁸ Britansko veleposlaništvo v Washingtonu je nato na ameriške oblasti naslovilo prošnjo, naj zaradi ukinitve smrtne kazni v Veliki Britaniji zagotovijo, da smrtna kazen, če bo Soering izročen in spoznan za krivega, ne bo izvršena.

Vlada Zvezne republike Nemčije je 11. marca 1987 prav tako zaprosila za izročitev Zvezni republiki po pogodbi o izročitvah iz leta 1972 med Zvezno republiko in Združenim Kraljestvom. Z diplomatsko noto z dne 23. aprila 1987 so zaradi lažje izvedbe dokaznega postopka Združene države zaprosile za pritožnikovo izročitev Združenim državam in ne Zvezni republiki Nemčiji. Vlada Združenega Kraljestva je dne 20. maja 1987 obvestila Zvezno republiko Nemčijo, da so Združene države '*prima facie*' dokaze za izročitev Soeringa predložile prej. Združeno Kraljestvo je Zvezno republiko Nemčijo obvestilo, da mora sodišče glede na vse okoliščine zadeve in na normalen način upoštevati prošnjo Združenih držav. Nadaljnje so poudarili, da bodo iskali zagotovilo oblasti Združenih držav glede vprašanja smrtne kazni. ZK je prejelo diplomatsko noto, v kateri je tožilec g. Updike prisegel, da bo, če bo Soering obsojen za kaznivo dejanje umora, zaradi česar je obtožen v okraju Bedford, Virginija in za katerega mu grozi smrtna kazen, v imenu Združenega Kraljestva narejena obrazložitev sodniku ob izreku kazni, da je želja Združenega Kraljestva, da se smrtne kazni ne določi ali izvrši.⁶⁹

Soering je nato zatrjeval, da dano zagotovilo ni zadostno. Ker so bile vse njegove prošnje in pritožbe zavrnjene, je Soering 8. julija 1988 pred EComHR, vložil pritožbo, v kateri je trdil, da v primeru izročitve Združenim državam Amerike (ne glede na zagotovilo podano vladi Združenega Kraljestva) obstaja velika verjetnost smrtne kazni. Navajal je, da bo v tem primeru izpostavljen t. i. '*death row phenomenon*' ali '*sindromu dolgotrajnega čakanja na smrt*', kar lahko štejemo za nečloveško ali ponižujoče kaznovanje prepovedano s 3. členom EKČP.⁷⁰

Komisija je 25. januarja 1989 zadevo vložila pred ESČP, v zahtevi pa se je sklicevala tako na 44. in 48. člen EKČP, kot tudi na britansko deklaracijo, ki priznava obvezno pristojnost EKČP.

⁶⁸ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 30.

⁶⁹ Ibidem, tč. 19 in 20.

⁷⁰ Ibidem, tč. 76.

Skupaj z dvema vladnima pritožbama (Nemčije in Združenega kraljestva) je cilj zahteve odločba Sodišča o vprašanju, ali zadevni dokazi pomenijo neizpolnitev tožene države glede zahtev 3., 6. in 13. člena EKČP.⁷¹ Združeno kraljestvo je 3. avgusta 1988 sicer izdalo odločbo za predajo Soeringa oblastem Združenih držav, ki pa zaradi začasne odredbe komisije in nato sodišča ni bila izvršena.⁷²

Sodišče je 7. julija 1989 izreklo sodbo, v kateri je zapisalo, da:

*'Odločba države pogodbenice o izročitvi pribežnika lahko povzroči težave po 3. členu EKČP, zato je država pogodbenica odgovorna, če so podani utemeljeni razlogi za domnevo, da bi bila zadevna oseba v primeru izročitve v državi prejemnici soočena s tveganjem mučenja ali nehumanega oziroma ponižujočega ravnanja ali kaznovanja.'*⁷³

Sodišče ni preseglo okvira konvencije in oblikovalo nove pravice, temveč je na podlagi dinamične razlage konvencije, ki upošteva družbene spremembe in sodobne navade ugotovilo, da bi bila izročitev v danih okoliščinah, kljub temu da ni izrecno navedena v besedilu 3. člena, preprosto v nasprotju z duhom in namenom člena.⁷⁴ Kot je zapisano v preambuli, je namen konvencije spoštovanje pravne države, katere cilj je varstvo in nadaljnji razvoj človekovih pravic in temeljnih svoboščin. To bi bilo nezdržljivo z dejstvom, da bi lahko država podpisnica zavestno izročila prebežnika drugi državi, kadar bi utemeljeno domnevala, da obstaja nevarnost mučenja ne glede na grozovitost storjenega kaznivega dejanja.⁷⁵

Že v sodbi *Tyrer v. The United Kingdom* je sodišče opozorilo, da je EKČP '*living instrument*', ki ga je treba razlagati glede na današnje razmere.⁷⁶ Tako dejstvo, da posebna pogodba (UNCAT) natančno določa obveznost nevračanja še ne pomeni, da v bistvu enaka obveznost ni vključena v 3. členu EKČP.

⁷¹ ESČP je razsodilo, da ni pristojno za preiskavo očitkov glede 6. člena in da ni kršitve 13. člena EKČP.

⁷² ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 1 in 4.

⁷³ Ibidem, tč. 91.

⁷⁴ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 199.

⁷⁵ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 88.

⁷⁶ ESČP, *Tyrer v. The United Kingdom*, 25. april 1978, Pritožba št. 5856/72, tč. 31; enako v sodbi: ESČP, *Marckx v. Belgium*, 13. junij 1979, Pritožba št. 6833/74, tč. 41; ESČP, *Selmouni v. France*, 27. julij 1999, Pritožba št. 25803/94, tč. 101.

Sodišče je bilo mnenja, da bi lahko namen izročitve dosegli na druge načine, ki ne bi vključevali trpljenja take intenzivnosti in trajanja.⁷⁷ Združeno kraljestvo je po sodbi dobilo ustrezno zagotovilo ZDA, da smrtna kazen ne bo izrečena. Soering je bil nato izročen organom ZDA in leta 1990 obsojen.⁷⁸

Sodba *Soering* je postavila temelje za zadeve s področja migracij, le dve leti kasneje je namreč ESČP v zadevi *Cruz Varas v. Sweden* dikcijo sodbe ponovilo, tudi za primere izгона zavrženega prosilca za azil:

*'Čeprav se obravnavana zadeva nanaša na izgon, v nasprotju z zgoraj omenjeno odločitvijo (Soering), sodišče meni, da zgornje načelo (prepoved izročitve), ko obstajajo utemeljeni razlogi, da bo oseba v tem primeru podvržena ravnanjem prepovedanim s 3. členom EKČP, velja tudi za odločbe o izgonu.'*⁷⁹

ESČP je v svoji nadaljnji sodni praksi v tovrstnih zadevah večkrat ponovilo doktrino sodbe *Soering*.⁸⁰ Na primer v zadevi *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* sodišče ugotavlja, da ima država podpisnica glede na uveljavljeno sodno prakso pravico (tako po mednarodnem pravu kot glede na obveznosti konvencije) do nadzora vstopa, bivanja in izгона tujcev.⁸¹ Čeprav pravica do političnega azila ni vsebovana niti v konvenciji niti v njenih protokolih, lahko kljub temu izgon, izročitev ali kakršenkoli drug ukrep za odstranitev tujca iz države pomeni kršitev 3. člena in posledično pritegne odgovornost izročitvene države v okviru konvencije. Kršitev je podana, če obstaja utemeljena podlaga za domnevo, da bo oseba (v primeru odstranitve iz države) soočena z resničnim tveganjem mučenja ali nečloveškega oziroma ponižujočega ravnanja ali kaznovanja. Sodišče je, kadar ugotavlja kršitev, pozvano naj preuči razmere v državi prejemnici glede na zahteve 3. člena in če je tveganje utemeljeno, je odgovornost na strani države pogodbenice, ki je zaradi svojih ukrepov (odstranitev tujca iz države)

⁷⁷ Ibidem, tč. 111.

⁷⁸ Sojenje Jensu Soeringu je potekalo med 1. in 21. junijem 1990, spoznan je bil za krivega naklepneга umora in obsojen na dve dosmrtni ječi.

⁷⁹ ESČP, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20. marec 1991, Pritožba št. 15576/89, tč. 69 in 70.

⁸⁰ Na primer: *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20. marec 1991, Pritožba št. 15576/89, tč. 69; ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, tč. 108; ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93, tč. 74; ESČP, *Ismoilov and Others v. Russia*, 24. april 2008, Pritožba št. 2947/06, tč. 115; ESČP, *Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom*, 10. april 2012, Pritožba št. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 in 67354/09, tč. 166.

⁸¹ ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09, tč. 113-115.

posameznika neposredno izpostavila škodnemu ravnanju ali kaznovanju. Konvencija ne vsebuje definicij mučenja, nečloveškega oziroma ponižujočega ravnanja ali kaznovanja, zato je treba pogledati obsežno sodno prakso.

3.2 Vsebina prepovedi mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja oziroma kaznovanja

Kadar ESČP odloča o prepovedi vračanja, (običajno) ravnanja, ki mu bo posameznik potencialno izpostavljen, izrecno ne preuči. Sodišče zgolj pravi, naj bodo pogoji v ciljni državi skladni s standardi 3. člena EKČP in zato v vsakem primeru posebej analizira vse okoliščine ter oceni, ali v pritožbi zatrjevano ravnanje predstavlja kršitev 3. člena EKČP.⁸² Ker je vsak primer edinstven, je nemogoče napraviti zaprt ('*numerus clausus*') seznam kršitev 3. člena. Za lažje razumevanje vsebine prepovedi mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja oziroma kaznovanja pa lahko primere razvrstimo v pet skupin glede na razloge, zaradi katerih oseba zaprosi za zaščito pred vračanjem: sodelovanje v politični opoziciji, telesno kaznovanje, okoliščine povezane s smrtno kaznijo, kršitev s strani tretje osebe in kršitev socialno-ekonomskih pravic.⁸³

3.2.1 Sodelovanje v politični opoziciji

Največ pritožb na sodišče vložijo t. i. nasprotniki političnega sistema držav prejemnic. Ker se ne strinjajo z režimom v državi in želijo uveljaviti pravico do svobode govora, združevanja ter zborovanja, se soočajo s hudimi kršitvami človekovih pravic in temeljnih svoboščin s strani organov oblasti, kot so na primer: arbitrarne usmrtitve, ubijanje in preganjanje protestnikov in predstavnikov medijev, arbitrarno pridržanje, izginotja, posredovanje pri dostopu do medicinske pomoči, mučenje, spolno nasilje in druge vrste trpinčenja. Prvi primer te vrste je bil *Chahal v. The United Kingdom*.⁸⁴ Obravnava deportacijo (v Indijo) visokega predstavnika Sikhovske skupnosti (in njegove družine), ki se zavzema za samostojnost Khalistana v regiji Punjab. Amnesty International je sodišče opozorilo, da se javno izpostavljeni separatisti v Punjabu soočajo z resnim tveganjem '*izginotja, pridržanja brez obtožbe ali sojenja, mučenja*

⁸² Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 239.

⁸³ Pri tem moramo upoštevati, da lahko v pritožnik v pritožbi navede več razlogov, kar posledično pomeni, da lahko isti primer uvrstimo v več skupin.

⁸⁴ ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93.

in izvensodnih pobojev' s strani punjabske policije.⁸⁵ Ker ni nobenih trdnih dokazov o reformi ali reorganizaciji punjabske policije, je ESČP zaključilo, da bi Združeno kraljestvo kršilo 3. člen EKČP, če bi deportacijo v Indijo izvršilo.⁸⁶

ESČP je v primeru *Hilal v. The United Kingdom* krog oseb, ki se lahko sklicujejo na načelo nevračanja razširilo tudi na redne oziroma javno ne izpostavljene člane uporniških gibanj.⁸⁷ US Department of State je leta 1996 v poročilu o praksi človekovih pravic v Tanzaniji zapisal, da od volitev 1995 policija v Zanzibarju redno 'arbitrarno pridrži, aretira ali preganja člane CUF in ostale domnevne podpornike'. Temu je žena pritožnika, člana politične opozicije (CUF) v Tanzaniji dodala, da ji je policija večkrat grozila, jo obiskala na domu in spraševala po možu.⁸⁸ Sodišče je nato odločilo, da so lahko tudi redni člani opozicije in ne le njeni voditelji ali visoki predstavniki žrtve nezakonitih aretacij in pridržanj ter slabega ravnanja.⁸⁹

Zanimiv je tudi primer *S. F. and Others v. Sweden*.⁹⁰ Iranska družina je iz Irana pobegnila pred preganjanjem zaradi sodelovanja v politični stranki za priznanje pravic Kurdom (KDPI). Sodišče je ugotovilo, da bi deportacija pritožnikov v Iran pomenila kršitev 3. člena, saj so informacije iz številnih mednarodnih virov kazale na to, da iranske oblasti večkrat arbitrarno priprejo in trpinčijo ljudi, ki miroljubno sodelujejo v opoziciji ali opozarjajo na kršitev človekovih pravic v Iranu.⁹¹

Kršitev 3. člena EKČP je vsako ravnanje organov državne oblasti povezano z nelegalnimi in arbitrarnimi aretacijami, zaslišanji, pridržanji, zbiranjem dokazov, obtožbami ter obsodbami pripadnikov politične opozicije, članov uporniških gibanj in zagovornikov človekovih pravic.⁹²

⁸⁵ Ibidem, tč. 55-56.

⁸⁶ Ibidem, tč. 95-107.

⁸⁷ ESČP, *Hilal v. The United Kingdom*, 6. marec 2001, Pritožba št. 45276/99.

⁸⁸ Ibidem, tč. 38.

⁸⁹ Ibidem, tč. 66.

⁹⁰ ESČP, *S. F and Others v. Sweden*, 15. maj 2012, Pritožba št. 52077/10.

⁹¹ Ibidem, tč. 63.

⁹² Glej tudi: ESČP, *Muslim v. Turkey*, 26. april 2005, Pritožba št. 53566/99; ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06; ESČP, *Baysakov and others v. Ukraine*, 18. februar 2012, Pritožba št. 54131/08; ESČP, *Mannai v. Italy*, 27. marec 2012, Pritožba št. 9961/10; ESČP, *Labsi v. Slovakia*, 15. maj 2012, Pritožba št. 33809/08.

3.2.2 Telesno kaznovanje

Naslednjo skupino sestavljajo primeri, kjer je glavni razlog za prepoved vračanja telesno kaznovanje pritožnika. Na primer v *Jabari v. Turkey* je sodišče odločilo, da lahko kaznovanje po šeriatskem pravu pomeni kršitev 3. člena EKČP.⁹³ Pritožnica, iranska državljanka, je trdila, da bo v primeru vrnitve v Iran kazensko preganjana in obsojena zaradi zveze s poročenim iranskim državljanom. Kazni za prešuštvo se v Iranu izvršujejo s kamenjanjem do smrti. Sodišče je odločilo, da je to zagotovo ena od oblik nehumanega kaznovanja. Telesno kaznovanje je sodišče obravnavalo tudi v primeru *D. and Others v. Turkey*.⁹⁴ Pritožniki, iranski državljani (mož, žena in hči), so zbežali v Turčijo, ker je bila žena v Iranu obsojena na 100 udarcev z bičem. Po mnenju sodišča bi bila javna izvršitev kazni z bičanjem nehumano kaznovanje v smislu 3. člena EKČP.

V sodbi *Mohammed Lemine Ould Barar v. Sweden* je sodišče menilo, da bi izgon osebe v državo, kjer je uradno priznan sistem suženjstva in z njim povezano prisilno delo ter strogo kaznovanje pobeglih sužnjev lahko v določenih okoliščinah sproži vprašanje odgovornosti po 3. členu EKČP.⁹⁵ V *Said v. The Netherlands* je sodišče odločilo, da bi izgon pritožnika v Eritrejo kršil 3. člen EKČP. Pritožnik je bil dezertir eritrejske vojske, za kar bi bil v primeru vrnitve kaznovan (daljši čas bi bil na soncu zvezan pri zelo visokih temperaturah).⁹⁶

Naprej, v primeru *Collins and Akaziebie v. Sweden* je sodišče jasno povedalo, da je izpostavitve ženske pohabljanju njenih spolnih organov nesporno v nasprotju s 3. členom EKČP.⁹⁷ Ko govorimo o telesnem kaznovanju ali nasilju, je pomembno omeniti tudi primer *N. v. Sweden*.⁹⁸ Pritožnica, afganistanska državljanka, je zatrjevala, da bi zaradi izven zakonske zveze na Švedskem in želje po ločitvi v primeru vrnitve v Afganistan tvegala socialno izključenost, izpostavljenost družinskemu nasilju, dolgo zaporno kazen ali celo smrt. Sodišče je ugotovilo, da so ženske v Afganistanu še posebej izpostavljene slabemu ravnanju zaradi obstoja družbene delitve vlog glede na spol. Upoštevajoč afganistanski zakon, ki ženskam nalaga, da morajo ubogati svoje može in jim brez njihovega dovoljenja prepoveduje

⁹³ ESČP, *Jabari v. Turkey*, 11. julij 2000, Pritožba št. 40035/98, tč. 41 in 42.

⁹⁴ ESČP, *D. and Others v. Turkey*, 22. junij 2006, Pritožba št. 24245/03, tč. 55.

⁹⁵ ESČP, *Mohammed Lemine Ould Barar v. Sweden*, 19. januar 1999, Pritožba št. 42367/98.

⁹⁶ ESČP, *Said v. The Netherlands*, 5. julij 2005, Pritožba št. 2345/02, tč. 54.

⁹⁷ ESČP, *Collins and Akaziebie v. Sweden*, 8. marec 2007, Pritožba št. 23944/05; podobno tudi: ESČP, *Izevbekhai v. Ireland*, 17. maj 2011, Pritožba št. 43408/08, tč. 73.

⁹⁸ ESČP, *N. v. Sweden*, 20. julij 2010, Pritožba št. 23505/09, tč. 60.

zapustiti dom, ter poročilo UNHCR, ki kaže, da je približno 80% Afganistank izpostavljenih nasilju v družini, je sodišče sklenilo, da je deportacija pritožnice kršitev 3. člena EKČP, saj bi povzročila življenjsko nevarne posledice za pritožnico.

Tudi ko je kaznovanje legalno po pravu države prejemnice, to lahko pomeni kršitev 3. člena EKČP. Na primer v zadevi *Saadi v. Italy*, pritožnik je trdil, da mu v primeru izгона v Tunizijo grozi mučenje, nehumano in ponižujoče ravnanje s strani tunizijske oblasti zaradi obsodbe članstva v teroristični organizaciji, je sodišče reklo, da je kaznovanje nehumano oziroma poniževalno, kadar trpljenje oziroma ponižanje presega meje neizogibnega trpljenja oziroma ponižanja pri določeni obliki legitimnega kaznovanja.⁹⁹

3.2.3 Okoliščine povezane s smrtno kaznijo

V tretjo skupino lahko uvrstimo primere povezane s smrtno kaznijo. Sodišče pogojem, v katerih pritožniki čakajo na izvršitev smrtne kazni, posveča posebno skrb.¹⁰⁰ Kot že povedano, je ESČP v primeru *Soering v. The United Kingdom* presojalo ali lahko 'death row phenomenon' oziroma 'sindrom dolgotrajnega čakanja na smrt' pomeni kršitev 3. člena EKČP. Osnovna opredelitev sindroma je splet vseh okoliščin, ki jim je zapornik izpostavljen v času čakanja na izvršitev smrtne kazni (splošni pogoji v zaporu; čas, ki preteče od obsodbe do izvršitve, in psihološke posledice, povezane z obsodbo na smrt).¹⁰¹ V *Soering v. The United Kingdom* je sodišče sklenilo, da sta za vsakega na smrt obsojenega zapornika neizogibna element časovnega obdobja med izrekom kazni in njeno izvršitvijo ter element izkustva hudega stresa pod pogoji, ki vladajo za strogi zaporni režim. Vseeno pa bi po mnenju sodišča ob upoštevanju dolgega in mučnega čakanja na izvršitev smrtne kazni (v povprečju med 6 in 8 let), njegove starosti (18 let) in duševnega stanja v času storitve kaznivega dejanja, Soeringova izročitev Združenim državam slednjega izpostavila resnemu tveganju škodnega ravnanja iz 3. člena EKČP. Pomembna ugotovitev sodišča je tudi, da bi bil lahko zakonski namen izročitve dosežen na druge načine, ki ne bi vključevali trpljenja take intenzivnosti.¹⁰²

⁹⁹ ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06, tč. 135-136; podobno tudi v: ESČP, *Kudla v. Poland*, 26. oktober 2000, Pritožba št. 30210/96, tč. 92.

¹⁰⁰ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 233.

¹⁰¹ Harrison, Karen; Tamony, Anouska: *Death Row Phenomenon, Death Row ...* (2010), str. 3.

¹⁰² ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 111.

Sodišče je v *Shamayev and Others v. Georgia and Russia* reklo, da 3. člena ne smemo razumeti kot splošno prepoved smrtni kazni, saj bi to izničilo besedilo prvega odstavka 2. člena EKČP, kar pa ne pomeni, da okoliščine, povezane s smrtno kaznijo, ne morejo sprožiti vprašanja odgovornosti po 3. členu EKČP.¹⁰³ Način, na katerega je smrtna kazen izrečena ali izvršena, osebne okoliščine obsojenih, nesorazmerje med težo storjenega kaznivega dejanja in kaznijo ter pogoji med čakanjem na usmrtitev so dejavniki, ki lahko vplivajo na presojo, ali je bil sprejemljiv prag trpljenja prekoračen.¹⁰⁴

To stališče je ESČP spremenilo s sodbo *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, s katero je odločilo, da moramo smrtno kazen samo po sebi šteti za nečloveško in ponižujočo obliko kaznovanja in kot tako v nasprotju s 3. členom EKČP.¹⁰⁵ Primer *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom* obravnava iraške državljane, obtožene vpletenosti v umor dveh britanskih vojakov kmalu po vojaški invaziji na Irak leta 2003. Trdili so, da bi jih s premestitvijo iz britanskega vojaškega pripora iraškim oblastem izpostavili resnemu tveganju izvršitve smrtno kazni z obešanjem.¹⁰⁶ V sodbi je sodišče zapisalo, da je od sodbe *Soering* prišlo do razvoja v smeri popolne 'de facto' in 'de iure' odprave smrtno kazni v državah članicah SE in zato besedilo prvega odstavka 2. člena EKČP ni več ovira za razlago, da smrtna kazen pomeni kršitev 3. člena EKČP.¹⁰⁷

Manj strogo kot smrtno kazen pa sodišče obravnava primere doživljenjske zaporne kazni brez možnosti predčasne izpustitve. Tako je sodišče v primeru *Harkins and Edwards v. The United Kingdom* menilo, da odločitev o primernosti kazni načeloma ne sodi v področje konvencije, razen kadar je kazen skrajno nesorazmerna.¹⁰⁸ Čeprav je trend v Evropi proti takim sankcijam,¹⁰⁹ po mnenju sodišča to še ne pomeni, da je doživljenjska zaporna kazen brez možnosti predčasne izpustitve sama po sebi nezdržljiva z EKČP. Vprašanje neskladja s 3. členom EKČP se sproži le, ko je izrečena kazen očitno nesorazmerna s storjenim kaznivim dejanjem in osebnimi lastnostmi storilca. Sodišče se tako odloča po načelu 'case by case', kar pomeni, da preuči okoliščine vsakega primera posebej.

¹⁰³ ESČP, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 333.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ ESČP, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, 2. marec 2010, Pritožba št. 61498/08.

¹⁰⁶ Ibidem, tč. 43-48.

¹⁰⁷ Ibidem, tč. 120.

¹⁰⁸ ESČP, *Harkins and Edwards v. The United Kingdom*, 12. januar 2012, Pritožba št. 9146/07 in 32650/07, tč. 133.

¹⁰⁹ Ugotovljeno na podlagi primerjalne študije: *Outlawing Irreducible Life Sentences: Europe on ...* (2010).

3.2.4 Kršitev s strani tretjih oseb, ker država ni sposobna zagotoviti zaščite

V prvi, drugi in tretji skupini imamo primere, ko škodno ravnanje povzročijo državni organi, v četrto skupino pa uvrščamo primere, ko škodno ravnanje izvira od tretje osebe. V primeru *H. L. R. v. France* je ESČP sprejelo, da se lahko 3. člen EKČP uporabi tudi, ko škodno ravnanje izvira izključno od posameznikov ali skupin, ki niso pod pristojnostjo države.¹¹⁰ Dokazati je treba le, da je tveganje resnično in da država ni sposobna zagotoviti ustrezne zaščite. Ta sklep je ESČP ponovno ponovilo v *Salah Sheekh v. The Netherlands*:

*'Obstoj obveznosti ne vračanja, ni odvisen od tega, ali vir tveganja škodnega ravnanja izhaja od državnih organov države prejemnice. Obveznost lahko nastane, tudi ko nevarnost izvira od oseb ali skupin oseb, ki niso javni uslužbenci.'*¹¹¹

Sodišče je menilo, da do resne nevarnosti slabega ravnanja lahko pride tudi kot posledica nestabilnih razmer v državi (v času odločanja v Somaliji ni bilo jasne državne oblasti), v katerih kriminalne tolpe samovoljno nadzorujejo področje in ustrahujejo, pretepajo, ropajo ter nadlegujejo ljudi.¹¹²

Nebistvenost vira škodnega ravnanja je posledica dejstva, da ESČP ne ugotavlja odgovornosti države prejemnice. Odgovornost države prejemnice za strah pred preganjanjem je pomembna za določitev statusa begunca na podlagi 1. člena ŽK-1951. Skladno z ŽK-1951 namreč velja, da mora za priznanje statusa begunca strah pred preganjanjem povzročiti, ali država sama ali pa mora ta nastati zato, ker država ne more oziroma noče zagotoviti ustrezne zaščite zadevni osebi.¹¹³ V nasprotju s tem je ESČP v *Soering v. The United Kingdom* sprejelo, da pri uporabi načela nevračanja na podlagi EKČP ne gre za odločanje ali ugotavljanje odgovornosti države prejemnice, temveč je treba ugotoviti le, ali bodo posledice vrnitve pritožnika takšne, da privabijo uporabo 3. člena EKČP.¹¹⁴ Odgovornost je torej na strani države pošiljateljici in zato neodvisna od vira prepovedanega ravnanja.

¹¹⁰ ESČP, *H. L. R. v. France*, 29. april 1997, Pritožba št. 24573/94, tč. 32 in 40.

¹¹¹ ESČP, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11. januar 2007, Pritožba št. 1948/04, tč. 137 in 147.

¹¹² Glej tudi: ESČP, *Ahmed v. Austria*, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94, tč. 44; ESČP, *Ammari v. Sweden*, 22. oktober 2002, Pritožba št. 60959/00; ESČP, *N. v. Finland*, 26. julij 2005, Pritožba št. 38885/02, tč. 164; ESČP, *Sufi and Elmi v. The United Kingdom*, 28. julij 2011, pritožba št. 8319/07, tč. 213.

¹¹³ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention on Human Rights* (2010), str. 26.

¹¹⁴ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 91 in 92.

3.2.5 Socialno-ekonomske pravice

EKČP ne nudi zaščite le, kadar strah pred preganjanjem izvira od (ne)državnih subjektov, temveč v izjemnih primerih tudi, kadar primer vključuje hudo bolno osebo, ki v državi prejemnici ne bi imela dostopa do potrebnega zdravstvenega in socialnega varstva. Sodišče je v zadevi *D. v. The United Kingdom* odločilo, da lahko v izjemnih okoliščinah, tudi poslabšanje zdravstvene in socialne oskrbe pomeni kršitev v smislu 3. člena EKČP.¹¹⁵ Ocenilo je, da izgon pritožnika obolelega z aidsom v zadnji fazi bolezni (predvidena življenjska doba D je bila od 8 do 11 mesecev) na otok Sv. Krištof in Nevis, kjer bi bil brez družinske podpore in ustrezne zdravniške oskrbe, pomeni kršitev 3. člena EKČP. Nenadna prekinitev zdravljenja v Združenem kraljestvu bi pospešila njegovo smrt, poleg tega ni bilo dokazano, ali bi mu bila v primeru vrnitve zagotovljena postelja v bolnišnici, prav tako ni bilo dokaza o moralni in socialni podpori družine ali prijateljev. Zato je sodišče sklenilo, da lahko odstranitev osebe v izjemnih okoliščinah in ob prepričljivih humanitarnih razlogih pomeni kršitev 3. člena EKČP. Vendar sodišče do danes ni nikoli več ugotovilo kršitve 3. člena zaradi ogroženega zdravstvenega stanja pritožnika.¹¹⁶ Na primer, v sodbi *N. v. The United Kingdom* je sodišče zavzelo stališče, da je EKČP, čeprav ima veliko pravic posledice socialne ali gospodarske narave, v bistvu usmerjena v zaščito državljskih in političnih pravic.¹¹⁷ Sodišče dalje opozarja, da napredek v medicinski znanosti, skupaj s socialnimi in ekonomskimi razlikami med državami, ne more biti sam po sebi razlog prepovedi vračanja. To je ESČP ponovilo tudi v eni zadnjih sodb *Balogun v. The United Kingdom*.¹¹⁸

'Tujci, ki so podvrženi izgonu, ne morejo zahtevati pravice ostati na ozemlju države pogodbenice konvencije, da bi še naprej koristili zdravstvene, socialne in druge oblike pomoči te države, razen kadar obstajajo izjemne okoliščine.'

Sodišče ima zelo stroga merila za uporabo načela nevračanja v primeru poslabšanja ekonomsko-socialnih pravic. Pritožnik mora dokazati obstoj izrednih okoliščin, samo dejstvo slabše medicinske oskrbe, brezposelnosti, revščine, neurejenih bivalnih razmer ali drugih

¹¹⁵ ESČP, *D. v. The United Kingdom*, 2. maj 1997, Pritožba št. 30240/96, tč. 51-54.

¹¹⁶ Med drugim: ESČP, *S. C. C. v. Sweden*, 15. februar 2000, Pritožba št. 46553/99; ESČP, *Bensaid v. The United Kingdom*, 6. februar, 2001, Pritožba št. 44599/98; ESČP, *Ndangoya v. Sweden*, 22. junij 2004, Pritožba št. 17868/03; ESČP, *Hukič v. Sweden*, 27. september 2005, Pritožba št. 17416/05.

¹¹⁷ Glej tudi: ESČP, *N. v. The United Kingdom*, 27. maj 2008, Pritožba št. 26565, tč. 44.

¹¹⁸ ESČP, *Balogun v. The United Kingdom*, 10. april 2012, Pritožba št. 60286/09, tč. 31.

socialnih stisk ni dovolj. Razlog za tak pristop je očiten: strah pred odprtjem meje množici ljudi, ki sedaj živijo v revščini in trpijo zaradi pomanjkanja v razviti svet ter stroškov, ki jih prinaša skrb za te osebe.¹¹⁹

Sodišče je v zadevi *Tomic v. The United Kingdom* presojalo, ali lahko poslabšanje ekonomskih razmer sodi v okvir 3. člena EKČP.¹²⁰ Pritožnik, pripadnik srbske manjšine na Hrvaškem, je trdil, da mu ob vrnitvi na Hrvaško grozijo težave, povezane z vračanjem odvzetega premoženja, ne priznanja dokumentov in listin iz obdobja spopadov, kar pomeni težave pri pridobivanju pokojnine ali delovnega mesta. Sodišče je menilo, da gre za splošno stisko in težave, povezane s končanjem dolgotrajne vojne na tem območju, ki sicer povzroča socialno-ekonomske težave, toda ne dosega resnosti slabega ravnanja v smislu 3. člena EKČP. Röhl pri tem opozarja, da so prehrana, osnovna zdravstvena nega in zatočišče bistveni elementi dostojnega življenja, enako kot je zaščita pred neupravičenim trpljenjem zaradi preganjanja ali nasilja.¹²¹ Mejo med primeri, ki dokazujejo obstoj teh izjemnih okoliščin in ostalimi, je tako nemogoče jasno določiti.

3.3 Dejavniki za ugotavljanje utemeljenosti tveganja

Ob predpostavki, da potencialno slabo ravnanje sodi v območje 3. člena EKČP, je bistveno, da dokažemo obstoj utemeljenih razlogov za sum, da osebi v primeru vrnitve grozi resnično tveganje izpostavljenosti mučenju, nečloveškemu ali ponižujočemu ravnanju oziroma kaznovanju.¹²² Bolj kot katero ravnanje grozi pritožniku v primeru vrnitve, je pomembno, da se dokaže utemeljenost tveganja, da bo do tega ravnanja prišlo.

Zelo podoben test uporablja ComAT za ugotavljanje kršitev 3. člena UNCAT. ComAT mora ugotoviti, ali bi prisilno vračanje pritožnika kršilo obveznosti države podpisnice zapisane v 3. členu UNCAT. Pri oblikovanju tega zaključka odbor skladno z drugim odstavkom 3. člena UNCAT upošteva vse relevantne dejavnike, vključno z obstojem sistematičnih resnih, očitnih ali množičnih kršitev človekovih pravic. Vendar je odbor v primeru *Ismail Alan v. Switzerland* odločil, da obstoj resnih, očitnih ali množičnih kršitev človekovih pravic sam po sebi ni

¹¹⁹ Goodwin-Gill, Guy; McAdam, Jane: *The Refugee in International Law*, (2007), str. 315.

¹²⁰ ESČP, *Tomic v. The United Kingdom*, 14. oktober 2003, Pritožba št. 17837/03.

¹²¹ Röhl, Katharina: *Fleeing Violence and poverty: non-refoulement obligation under ...* (2005).

¹²² Na primer: ESČP, *A. A. and Others v. Sweden*, 28. junij 2012, Pritožba št. 1449/09, tč. 71; ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/09, tč. 114.

zadosten razlog za uporabo načela nevračanja.¹²³ Obstajati morajo tudi druge okoliščine, ki kažejo na osebno ogroženost zadevne osebe. Prav tako odsotnost resnih, očitnih ali množičnih kršitev človekovih pravic ne pomeni, da oseba v primeru vrnitve, ne more biti podvržena mučenju. Ravno tako kot ComAT tudi ESČP (čeprav to v EKČP ni izrecno zapisano) pri odločanju upošteva vse relevantne okoliščine, ki kažejo na realno možnost, da bo po izročitvi ali izgonu posameznik podvržen mučenju, nečloveškem oziroma ponižujočem ravnanju ali kaznovanju.¹²⁴

V prvem primeru, v katerem je ESČP ugotovilo kršitev 3. člena EKČP, *Ireland v. The United Kingdom*, je sodišče poudarilo, da mora slabo ravnanje za uvrstitev pod 3. člen EKČP doseči minimalno stopnjo resnosti ('*de minimis rule*').¹²⁵ Ocena tega minimuma je odvisna od vseh okoliščin primera, kot so trajanje ravnanja, telesne ali duševne posledice in v nekaterih primerih tudi spol, starost in zdravstveno stanje oškodovanca.¹²⁶ Temu je sodišče v sodbi *Soering* dodalo še: narava in pomen ravnanja ali kaznovanja ter način in metoda izvršitve.¹²⁷ Ker je namen prepovedi vračanja zaščititi posameznika pred bodočo škodo,¹²⁸ se pojavi naslednjih šest pravno relevantnih vprašanj.

Prvo je vprašanje definicije tveganja oziroma ugotovitev, s kakšno stopnjo verjetnosti moramo zatrjevati, da bo prišlo do ravnanj, prepovedanih s 3. členom EKČP. Drugo, katere so tiste relevantne okoliščine, ki konstituirajo '*utemeljene razloge*', da bo zadevna oseba soočena z realnim tveganjem. Tretje je vprašanje dokaznega standarda, po katerem ovrednotimo in dokažemo obstoj teh '*utemeljenih razlogov*'. Četrto je vprašanje, kdo nosi dokazno breme. Peto je vprašanje časa, kateri trenutek je odločilen za presojo kriterijev tveganja. Zadnje je vprašanje sprejemljivosti diplomatskega zagotovila kot dokaza, ki zmanjšuje tveganje, predvsem s stališča, da je to politično in ne pravno zavezujoč akt.¹²⁹

¹²³ ComAT, *Ismail Alan v. Switzerland*, 31. januar 1995, Pritožba št. 21/1995, tč. 11,1 in 11,2.

¹²⁴ Na tem mestu lahko opozorim, da EKČP za razliko od UNCAT nudi širšo varstvo, saj poleg mučenja prepoveduje vračanje, tudi ko obstaja nevarnost, da bo oseba podvržena nehumanemu oziroma ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju.

¹²⁵ ESČP, *Ireland v. The United Kingdom*, 18. januar 1978, Pritožba št. 5310/71.

¹²⁶ Ibidem, tč. 162.

¹²⁷ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 100.

¹²⁸ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 26.

¹²⁹ Written comments by Amnesty International LTD, The Association for the Prevention of Torture, Human Rights Watch, Interights, The International Commission of Jurists, Open Society Justice Initiative and Redressv primeru: ESČP, *Ramzy v. The Netherlands*, Pritožba št. 25424/05, 22. november 2005, str. 7.

3.3.1 Narava in stopnja tveganja

Za uporabo 3. člena EKČP v primeru vračanja je treba dokazati obstoj tveganja, da bo prišlo do ravnanj, prepovedanih s tem členom. Bistveno za odločitev o prepovedi vračanja je torej, kako definiramo merilo 'tveganja'. Sodišče je v primeru *Soering 'tveganje'* opredelilo kot resnično grožnjo posamezniku. Pritožniku ni bilo treba dokazati, da bo zagotovo obsojen na smrt in posledično izpostavljen 'sindromu obsojenih na smrt', dovolj je bilo, da je dokazal obstoj resničnega tveganja za tako obsodbo.¹³⁰ V primeru *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom* je ESČP ta test potrdilo in dodalo, da zgolj možnost slabega ravnanja sama po sebi ne zadostuje za ugotovitev kršitve 3. člena EKČP.¹³¹

Iz tega sledi, da mora biti tveganje resnično (tj. stvarno in ne fiktivno), osebno (nanaša se na določeno osebo) in predvidljivo. Predvidljivo pomeni, da stopnja verjetnosti, s katero zatrjujemo, da bo prišlo do ravnanj prepovedanih s 3. členom EKČP, presega merilo 'zgolj možnost ali sum', vendar je lahko nižja od merila 'zagotovo'. Standard tveganja je objektivna zahteva, ki ne vključuje subjektivnega strahu posameznika.¹³² Temelji na predstavljenih dejstvih in trditvah, na njihovi verodostojnosti glede na stanje v državi ter na kredibilnosti osebe, ki jih je predložila.¹³³

3.3.2 Relevantne okoliščine

ESČP je večkrat poudarilo, da je treba zahtevek za nevračanje zaradi njegove absolutne narave pregledati 'strogo'. To pomeni, da mora sodišče pri ugotavljanju, ali pritožniku dejansko preti ravnanje prepovedano s 3. členom EKČP, oceniti vprašanje v luči vsega predloženega gradiva in, če je to potrebno, tudi tistega, pridobljenega 'proprio muto'. Treba je preučiti tako splošne razmere v državi prejemnici, kot tudi osebne okoliščine pritožnika.¹³⁴

¹³⁰ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 94.

¹³¹ ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, tč. 111; Glej tudi ESČP, *Nwosu v. Denmark*, 10. julij 2001, Pritožba št. 50359/99 (tožba o dopustnosti).

¹³² Subjektivni pogled na dogodke, ki lahko vzbudi občutek strahu ali negotovosti pri posamezniku, je pomemben dejavnik za presojo dejanskega stanja. Vendar, ko sodišče preučuje vrnitev, mora najprej oceniti obstoj objektivne nevarnosti, za katero je vrnitvena država vedela oziroma bi morala vedeti.

¹³³ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 247.

¹³⁴ Na primer: ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, tč. 108; *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93, tč. 96; ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09, tč. 116 in 117.

Na primer sodišče je pri odločitvi, ali vrnitev *Soeringa* pomeni kršitev načela nevračanja upoštevalo tako objektivne (dolžino pripora pred usmrtno, strogo zapornega režima) kot subjektivne dejavnike (pritožnikovo starost in duševno stanje).¹³⁵

Subjektivni element tveganja je bil predmet razprave vse od sodbe v zadevi *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, kjer je sodišče uporabilo besedno zvezo '*posebne razpoznavne značilnosti*'.¹³⁶ Pritožniki so pripadali Tamilski skupnosti, ki je bila tarča nasilja in kršitev človekovih pravic na Šrilanki. Sodišče je odločilo, da do kršitve 3. člena EKČP ni prišlo, ker osebni položaj pritožnikov ni nič slabši od položaja drugih članov Tamilske skupnosti.¹³⁷ Pritožniki so tako kot ostali Tamilci imeli možnost pridržanja in grdega ravnanja, toda sodišče je odločilo, da zgolj možnost prepovedanega ravnanja brez dokaza o '*posebnih razpoznavnih značilnostih*', ki bi kazale na izpostavljenost pritožnikov slabemu ravnanju, ne zadošča. Wouters meni, da bi sodbo napačno razlagali, če bi trdili, da je treba za dokaz obstoja realnega tveganja primerjati ogroženost članov neke skupine.¹³⁸ Pravi, da je sodišče najprej reklo, da tveganje, ki je na splošno usmerjeno v skupino Tamilcev ni dovolj visoko, da bi upravičilo uporabo načela nevračanja in da pritožniki niso dokazali osebnih razlogov za obstoj dejanske nevarnosti.¹³⁹ Razlago, da mora posameznik dokazati ne samo, da je v resnični nevarnosti prepovedanega ravnanja, ampak tudi to, da je on bolj ogrožen, kot ostali v podobnih okoliščinah, bi težko uskladili z absolutno naravo prepovedi vračanja.¹⁴⁰

Pomembno je le, da zahtevki vsebuje dejstvo ali dejstva, na podlagi katerih je mogoče sklepati na osebno in predvidljivo tveganje prepovedanega slabega ravnanja. To je lahko samo dejstvo, da pritožnik pripada skupini, ki je ogrožena v takšnem obsegu, da mora biti zaščita zagotovljena za vse člane te skupine, ali pa je potrebnih več dejstev (pripadnost skupini je v tem primeru le eden izmed njih), da sodišče spozna tveganje za resnično, osebno in predvidljivo.¹⁴¹

¹³⁵ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 106 in 107 (objektivni elementi) in tč. 108 in 109 (subjektivni elementi).

¹³⁶ ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, tč. 112.

¹³⁷ Ibidem, tč. 111.

¹³⁸ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 249.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention on Human Rights* (2010), str. 43.

¹⁴¹ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 249.

Takšno razlago lahko potrdimo z odločitvijo sodišča v *Salah Sheekh v. The Netherlands*.¹⁴² Pritožnik je somalijski državljani in pripada manjšini Ashraf. Sodišče je menilo, da so kršitve človekovih pravic (ropanje, brcanje, pretepanje, zastraševanje, nadlegovanje, prisilno delo, pritožniku so zaradi pripadnosti manjšini Ashraf tudi ubili očeta in posilili sestro) manjšinam, kot je Ashraf, v Somaliji dobro dokumentirane.¹⁴³ Temu je sodišče dodalo, da je očitno razlog za trpljenje pritožnika in njegove družine pripadnost manjšini Ashraf in zaradi tega sodišče ne zahteva od pritožnika, da dokaže obstoj '*posebnih razpoznavnih značilnosti*', ki se nanašajo nanj osebno (pripadnost manjšini Ashraf je dovolj).¹⁴⁴ V zadevi *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom* je obstajala le možnost slabega ravnanja, zato bi morali pritožniki za zaščito pred vračanjem dokazati še obstoj '*posebnih razpoznavnih značilnosti*', ki bi dokazovale njihovo osebno ogroženost.¹⁴⁵ Medtem, ko lahko v zadevi *Salah Sheekh* zgolj na podlagi pripadnosti pritožnika omenjeni manjšini predvidevamo, da bo v primeru vrnitve, izpostavljen ravnanjem v nasprotju s 3. členom EKČP.¹⁴⁶

Ugotovitev, da je lahko zgolj članstvo v določeni skupini dovolj za vzpostavitev resničnega, osebnega in predvidljivega tveganja je sodišče potrdilo v *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*.¹⁴⁷ ESČP je reklo, da naj se pritožniku v primeru, ko zatrjuje članstvo v skupini, ki je sistematično izpostavljena kršitvam 3. člena in dokaže, da obstajajo utemeljeni razlogi za prepričanje o obstoju takšne prakse v povezavi s članstvom v zadevni skupini, zagotovi varstvo po načelu nevračanja.¹⁴⁸

Kot že omenjeno sodišče poleg članstva v določeni skupini upošteva tudi druge osebne okoliščine. Na primer v *Hilal v. The United Kingdom* je sodišče upoštevalo pritožnikovo politično udejstvovanje in njegove pretekle izkušnje slabega ravnanja in nezakonitega pridržanja: da je bil član opozicijske stranke; da je že bil aretiran in priprt ter da so v času njegovega pripora z njim grdo ravnali; da je bil tudi njegov brat priprt in je v zaporu zaradi slabega ravnanja umrl; in da je policija večkrat obiskala njegovo ženo ter ji grozila.¹⁴⁹

¹⁴² ESČP, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11. januar 2007, Pritožba št. 1948/04.

¹⁴³ Ibidem, tč. 146.

¹⁴⁴ Ibidem, tč. 148.

¹⁴⁵ ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87.

¹⁴⁶ ESČP, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11. januar 2007, Pritožba št. 1948/04, tč. 148.

¹⁴⁷ ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09, tč. 119.

¹⁴⁸ Glej tudi: ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06, tč. 132.

¹⁴⁹ ESČP, *Hilal v. The United Kingdom*, 6. marec 2001, Pritožba št. 45276/99, tč. 64-66.

Pomemben dejavnik je lahko tudi kaj preti bližnjemu družinskemu članu. Sodišče priznava, da dejansko tveganje izpostavljenosti prepovedanemu ravnanju enega družinskega člana raztegne varstvo pred vračanjem tudi na druge bližnje družinske člane. V *D. and Others v. Turkey* je celotna družina zahtevala zaščito po 3. členu EKČP. Ženi oziroma materi je zaradi nečistovanja grozila obsodba na 100 udarcev.¹⁵⁰ Sodišče je odločilo, da bi izgon vseh (tudi moža in otrok) pritožnikov kršil 3. člen EKČP.¹⁵¹

Niso pomembna samo osebna dejstva in okoliščine. Tveganje izpostavljenosti slabemu ravnanju je treba oceniti tudi glede na splošne razmere v državi prejemnici. To so podatki o političnem in institucionalnem stanju, o stopnji nasilja, o stiski beguncev, o delu organov pregona, o številu kršitev človekovih pravic in o izvajanju zakonodaje v državi prejemnici.¹⁵² Sodišče je na primer v *Said v. The Netherlands* upoštevalo predvsem splošno ravnanje z vojaškimi dezerterji.¹⁵³ V *NA v. The United Kingdom* pa je poleg osebnih okoliščin pritožnika (starost, pripadnost skupini, pretekle izkušnje z organi pregona) upoštevalo tudi vedno slabše varnostne razmere na Šrilanki.¹⁵⁴

3.3.3 Dokazni standard

Za uporabo načela nevračanja mora biti dosežen dokazni standard '*utemeljeni razlogi*'.¹⁵⁵ Vlagatelju se odobri zaščita pred vračanjem, če dokaže obstoj utemeljenih razlogov, da bo soočen z resničnim tveganjem slabega ravnanja prepovedanega s 3. členom EKČP.¹⁵⁶

Imamo tudi dve izjemi tega pravila; pri prvi izjemi gre za primer, kadar odgovornosti za tveganja prepovedanega ravnanja posredno ali neposredno ne moremo pripisati državi. Kot sem že omenila v poglavju 3.2.5 sodišče le v zelo izjemnih okoliščinah odloči, da odstranitev osebe zaradi slabih zdravstveno-socialnih pogojev v državi prejemnici, pomeni kršitev

¹⁵⁰ ESČP, *D. and Others v. Turkey*, 22. junij 2006, Pritožba št. 24245/03.

¹⁵¹ Ibidem, 56; Glej tudi: ESČP, *Bader and Others v. Sweden*, 8. november 2005, Pritožba št. 13284/04, tč. 46 in 47.

¹⁵² Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 264.

¹⁵³ ESČP, *Said v. The Netherlands*, 5. julij 2005, Pritožba št. 2345/02, tč. 52-54; pritožnik je bil dezerter Eritrejske vojske.

¹⁵⁴ ESČP, *NA v. The United Kingdom*, 17. julij 2008, Pritožba št. 25904/07, tč. 130-147.

¹⁵⁵ Enak test '*utemeljeni razlogi*' uporablja tudi EU v točki (e) 2. člena Direktive 2004/83/EC.

¹⁵⁶ Na primer: ESČP, *Rustamov v. Russia*, Pritožba št. 11209/10, 3. julij 2012, tč. 105; ESČP, *A. A. and Others v. Sweden*, 28. junij 2012, Pritožba št. 1449/09, tč. 71; ESČP, *Abdulkhakov v. Russia*, 2. oktober 2012, Pritožba št. 14743/11, tč. 132.

3. člena EKČP.¹⁵⁷ Druga izjema sta primera izročitve, kjer je sodišče uporabilo višji dokazni standard '*onkraj razumnega dvoma*'.¹⁵⁸ Sodišče to merilo pogosto uporablja za dokaz kršitev 3. člena EKČP, a ne v primerih vračanja.¹⁵⁹ Pomembno je poudariti, da je sodišče uporabilo strožji standard le v primeru izročitve in ne v primeru izгона prosilca za azil. Zakaj je sodišče v teh dveh primerih uporabilo strožji standard, ni povsem jasno. Wouters meni, da je razlog za tako razlikovanje lahko v tem, da bo pritožnik v primeru izročitve predan organom pregona zaradi v naprej znane (kazenske) obtožbe, prav tako so znana procesna jamstva in najvišja zagrožena kazen, medtem ko v primeru izгона ni popolnoma jasno, kakšno ravnanje ali kaznovanje lahko preti pritožniku.¹⁶⁰ Menim, da višji dokazni standard v nobenem primeru odločanja o vračanju ni opravičen. Prvi razlog zato je, da imamo veliko držav, ki so znane po zlorabah sodnega sistema (na primer prirejanje dokazov, nepošteno sojenje, pridržanje na skrivnih lokacijah, dokazi pridobljeni z mučenjem, arbitraren odvzem prostosti),¹⁶¹ drugi pa je neravnovesje moči med državo in posameznikom (država ima namreč monopol nad organi represije). Glede na pomen, ki ga ima načelo nevračanja za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, bi bilo bolj smiselno določiti naj država, ki zahteva izročitev, dokaže '*onkraj razumnega dvoma*', da oseba ne bo izpostavljena mučenju, nečloveškemu oziroma ponižujočem ravnanju ali kaznovanju.

ESČP pri presoji dokaznega gradiva ni vezano na nobena formalna pravila, za preizkus kredibilnosti zahtevka in verodostojnosti predloženih dokazov upošteva celovitost in doslednost navajanja dokazov ter preveri vse navedene podrobnosti. Na primer v *Cruz Varas and Others v. Sweden* je bil prvi pritožnik več kot 18 mesecev po prvem zaslišanju s strani švedskih organov popolnoma tiho glede njegovih domnevno nedovoljenih dejavnosti (članstvo v radikalni organizaciji proti generalu Pinochetu) in mučenju s strani čilske policije, kar po mnenju sodišča vzbuja resen dvom o njegovi verodostojnosti. Sodišče dalje opozarja, da je kredibilnost vprašljiva tudi zaradi nenehnih sprememb v njegovi zgodbi ob vsakem

¹⁵⁷ Do sedaj je edini primer, kjer so bile '*zelo izjemne okoliščine*' ugotovljene le naslednji: ESČP, *D. v. The United Kingdom*, 2. maj 1997, Pritožba št. 30240/96.

¹⁵⁸ Do sedaj je sodišče standard '*onkraj razumnega dvoma*' uporabilo le v: ESČP, *Shamayev and Others v Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 338 in ESČP, *Garabayev v. Russia*, 7. junij 2007, Pritožba št. 38411/02, tč. 76.

¹⁵⁹ Na primer: ESČP, *Ireland v. The United Kingdom*, 18. januar 1978, Pritožba št. 5310/71, tč. 161; ESČP, *Ramirez Sanchez v. France*, 4. julij 2006, Pritožba št. 59450/00, tč. 117.

¹⁶⁰ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 271.

¹⁶¹ Na primer: Poročilo Amnesty International za Ekvatorialno Gvinejo, 20. junij 2011; Poročilo Human Rights Watch za Gazo, 3. oktober 2012.

policijskem zaslišanju in dejstvu, da sodišču niso bili predloženi nobeni materialni dokazi, ki bi potrdili njegove trditve o tajnem političnem udejstvovanju.¹⁶²

Dvom v kredibilnost zahtevka se pojavi tudi, kadar je tožena stranka večkrat brez problemov obiskala državo prejemnico. V *Nwosu v. Denmark* je sodišče ugotovilo, da pritožnik ni predložil dovolj dokazov, ki bi kazali na težave ob vrnitvi v Nigerijo, med drugim je sodišče upoštevalo tudi dejstvo, da je med življenjem na Danskem večkrat brez težav obiskal Nigerijo.¹⁶³

Sodišče se zaveda, da ni realno pričakovati popolne točnosti podatkov in usklajenosti vseh dokazov pri žrtvah mučenja oziroma drugega prepovedanega ravnanja ali pri prosilcih za azil, toda če se v zgodbi pritožnika pojavijo večje nedoslednosti, lahko to oslabi verodostojnost njegovega zahtevka. Dober primer je *Bello v. Sweden*, v katerem je tožeča stranka tekom postopka spremenila podatek o stalnem bivališču, da bi lahko uporabila zgodbo iz časopisa.¹⁶⁴ Na prvem zaslišanju je tožnica, nigerijska državljanka, trdila, da je vedno živela v Ibidanu zvezni državi Oyo in predložila časopisni članek, v katerem so poročali o pobegu mlade Nigerijke iz kraja Ala-Ladfin, ker je prevarala zaročenca in zanosila z drugim moškim, za kar je po šeriatskem pravu zagrožena smrtna kazen. Na drugem pa je spremenila svojo izjavo (domnevno zato, da bi se njena zgodba bolj prilegala zgodbi iz članka) in rekla, da je živela v Ala-Ladfinu v zvezni državi Nassarawa. Poleg tega je na prvem zaslišanju trdila, da ji je pri pobegu pomagal njen fant, na drugem zaslišanju, je to spremenila in rekla, da je njen pobeg organizirala njena teta. Ker ni predložila nobenega drugega listinskega dokaza oziroma ni dala nobenega razumnega pojasnila za razlike v izjavah, je sodišče menilo, da to močno slabi kredibilnost njene zgodbe.

Na splošno velja, da naj bodo listinski dokazi, ki jih stranke priložijo zahtevku, v podporo postavljenim trditvam v zahtevku, zato morajo biti čim bolj dosledni in ne preveč splošni, nanašajo naj se na zadevno osebo. Kljub temu sodišče priznava, da pritožnik ne more vedno priskrbeti listinskih dokazov, posebno tedaj, ko se ta dokazila nahajajo v državi, iz katere je pobegnil. Toda čeprav popolna navedba dokazov o dejstvih in okoliščinah ni potrebna,¹⁶⁵

¹⁶² ESČP, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20. marec 1991, Pritožba št. 15576/89, tč. 78.

¹⁶³ ESČP, *Nwosu v. Denmark*, 10. julij 2001, Pritožba št. 50359/99 (tožba o dopustnosti).

¹⁶⁴ ESČP, *Bello v. Sweden*, 17. januar 2006, Pritožba št. 32213/04 (tožba o dopustnosti).

¹⁶⁵ ESČP, *Said v. Netherland*, 5. julij 2005, Pritožba št. 2345/02, tč. 53.

lahko odsotnost listinskih dokazov v zvezi z osnovnimi osebnimi dejstvi in okoliščinami resno oslabi verodostojnost zahtevka.¹⁶⁶ Tipičen tak primer je *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, kjer sodišče v odločitvi priznava, da v danih okoliščinah tožeče stranke ne morejo v celoti zagotoviti zadostnih dokazov, toda stranke kljub temu niso predložile zadostnih informacij v zvezi z verjetnostjo osebnega tveganja.¹⁶⁷ Dokumenti in poročila različnih mednarodnih teles, ki so jih navedli res vsebujejo splošne informacije o nasilnih dejanjih, ki so jih zagrešile oborožene sile Ruske federacije nad civilisti v Čečeniji, vendar pa ne kažejo, da bi izročitev osebno ogrozila tožeče stranke.

Sodišče pri pridobivanju dokazil upošteva tudi zamude, toda predlagatelj dokaza mora navesti pojasnilo za zamudo, saj pomanjkanje le-tega lahko vzbudi sum o pristnosti dokaza. Na primer, v *Nasimi v. Sweden* je tožeča stranka predložila kopijo o pozivu pred 'revolutionary court'¹⁶⁸ v Iranu šele eno leto in osem mesecev od datuma izdaje.¹⁶⁹ Sodišče je odgovorilo, da čeprav razume, da lahko pride do določenih težav pri pridobivanju dokumentov, stranka predhodno ni niti omenila obstoja tega dokumenta, kar nedvomno ogrozi njegovo verodostojnost.

Listinski dokazi lahko kažejo tudi na pomanjkanje pravega tveganja. V primeru *F. v. The United Kingdom* je sodišče upoštevalo ugotovitve švedske preiskovalne misije in poročilo nizozemskega urada za priseljevanje, iz katerih je bilo razvidno, da posamezniki vrnjeni v Libijo niso izpostavljeni prepovedanemu trpinčenju.¹⁷⁰

Še posebej pomembna za odločitev, ali v državi resnično obstaja tveganje slabega ravnanja, so poročila o stanju človekovih pravic v državi. ESČP v svoji praksi uporablja različne vire, na primer: poročila državnih ustanov, institucij Sveta Evrope, agencij in institucij Združenih narodov, posebno visokega komisariata ZN za begunce in različnih posebnih poročevalcev ZN (zlasti tista o mučenju), nevladnih organizacij,¹⁷¹ ministrstev za zunanje zadeve držav članic in ameriškega State Departmenta. Včasih pa se kot dokaz navajajo tudi informacije iz medijev,

¹⁶⁶ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention on Human Rights* (2010), str. 61.

¹⁶⁷ ESČP, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 349 in 350.

¹⁶⁸ Revolutionary court je posebno sodišče v Iranu, namenjen za sojenje tistim osumljenim tihotapljenja, spodbujanja k nasilju ali tistim, ki poskušajo strmolglaviti Iransko vlado.

¹⁶⁹ ESČP, *Nasimi v. Sweden*, 16. marec 2004, Pritožba št. 38865/02 (odločitev o dopustnosti).

¹⁷⁰ ESČP, *F. v. The United Kingdom*, 26. oktober 2004, Pritožba št. 36812/02 (odločitev o dopustnosti).

¹⁷¹ Najbolj citirane nevladni organizaciji sta Amnesty International in Human Rights Watch.

kot na primer v *Said v. The Netherlands*, kjer je pritožnik navajal članek iz *The Economist*.¹⁷² Sodišče je pripravljeno sprejeti vsak dokaz, razen seveda ponarejenega ali prirejenega.

3.3.4 Dokazno breme

Preden pride primer pred ESČP, poteka postopek za odobritev zaščite pred organi države podpisnice. V tem postopku mora prosilec za zaščito pred vračanjem zagotoviti '*prima facie*' dokaze in predstaviti kredibilen zahtevek, v katerem zatrjuje obstoj resničnega tveganja izpostavitvi mučenju, nečloveškemu oziroma nehumanemu ravnanju ali kaznovanju v primeru vrnitve. Prvotno je torej dokazno breme na prosilcu. Nato je država tista, ki oceni upravičenost zahtevka glede na predložene dokaze, poleg tega pa mora tudi sama zbirati podatke o razmerah v državi prejemnici.¹⁷³ Država mora opraviti učinkovito preiskavo vseh relevantnih okoliščin primera. Zaradi tega leži dokazno breme (za dokaz obstoja '*utemeljenih razlogov*'), ko pride primer pred ESČP, tako na pritožniku kot na državi. Na primer v *Saadi v. Italy* je sodišče reklo, da mora načeloma tožeča stranka predložiti dokaze, ki dokazujejo obstoj utemeljenih razlogov in ko so ti dokazi predloženi, je na državi, da odpravi vse dvome o tem, če želi dokazati, da je vrnitev skladna z EKČP.¹⁷⁴

Država pri odločanju o zahtevku za zaščito upošteva predvsem poročila ministrstva za zunanje zadeve. Toda sodišče je večkrat poudarilo, da se država ne sme zanašati samo na ta poročila, še posebno tedaj ne, ko pritožnik predloži dokaze, ki vzbujajo dvom o točnosti teh poročil. Na primer v *Salah Sheekh v. The Netherlands* je sodišče menilo, da morajo organi države pogodbenice za odločitev o vrnitvi zagotoviti zadostno podporo domačih kot tudi dokumentov drugih zanesljivih in objektivnih virov, na primer poročila drugih držav (ne)pogodbenic, agencij ZN in uglednih nevladnih organizacij.¹⁷⁵ Sodišče je v tem primeru upoštevalo poročila UNHCR, Amnesty International, Medecins San Frontieres, UK Home Office, International Crisis Group, Dutch Refugee Council in poročilo neodvisnega strokovnjaka Ghanim Alnajjarja¹⁷⁶ ali v zgoraj navedeni sodbi *Saadi v. Italy*, v katerem je

¹⁷² ESČP, *Said v. The Netherlands*, 5. julij 2005, Pritožba št. 2345/02, tč. 28.

¹⁷³ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 274.

¹⁷⁴ ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06, tč. 129.

¹⁷⁵ ESČP, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11. januar 2007, Pritožba št. 1948/04, tč. 136.

¹⁷⁶ *Ibidem*, tč. 138 in 149.

sodišče pripisalo velik pomen informacijam US State Departmenta, in tistim, ki so jih dale nevladne organizacije, zlasti Amnesty International in Human Watch.¹⁷⁷

Sodišče pri odločanju o vračanju ne upošteva le dokaznega materiala, ki so ga predložile stranke postopka, temveč zbira material tudi na lastno pobudo ('*ex proprio muto*').¹⁷⁸ Sodišče namreč ni vezano na trditve in navedbe strank in lahko samo zbira procesno gradivo ter izvaja dokaze, ki jih stranke niso predlagale. V tem okviru sodišče deluje kot pritožbeni organ, ko so izčrpana vsa nacionalna pravna sredstva.¹⁷⁹ Primer aktivne vloge sodišča pri zbiranju dokazov je *N. v. Finland*, kjer je sodišče pooblastilo dva svoja člana, naj v okviru misije za ugotavljanje dejstev ('*fact-finding mission*') na Finskem pridobita ustni dokaz od pritožnika in treh prič.¹⁸⁰ Sodišče vse preiskovalne ukrepe izvaja v skladu s poslovníkom sodišča, ki v členu A1 priloge k poslovníku določa, da lahko senat na lastno pobudo sprejme preiskovalne ukrepe, ki po njegovem mnenju lahko razjasnijo dejstva zadeve.¹⁸¹

3.3.5 Trenutek ocene tveganja

Ob številnih priložnostih je sodišče priznalo, da je treba obstoj tveganja v prvi vrsti presojati glede na dejstva, ki so znana ali bi morala biti znana v času vrnitve posameznika iz države.¹⁸² Poznamo dve vrsti primerov: a) ko država odločbe o vrnitvi pritožnika še ni izvršila in b) ko je bila odločba že izvršena.

¹⁷⁷ ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06, tč. 143.

¹⁷⁸ Med drugim: ESČP, *H.L.R. v. France*, 29. april 1997, Pritožba št. 24573/94, tč. 37; ESČP, *Salah Sheekh v. The Netherlands*, 11. januar 2007, Pritožba št. 1948/04, tč. 136; ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06, tč. 128.

¹⁷⁹ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal standards ...* (2009), str. 286 in 287.

¹⁸⁰ ESČP, *N. v. Finland*, 26. julij 2005, Pritožba št. 38885/02, tč. 152; med drugim glej tudi: ESČP, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 25, sodišče je izvedlo misijo za ugotavljanje dejstev v Gruziji in Rusiji; ESČP, *T.I. v. The United Kingdom*, 7. marec 2000, Pritožba št. 43844/98 (odločitev o dopustnosti), sodišče je zaprosilo nemške organe, naj mu predloži vse informacije v zvezi z nemškim azilnim pravom in njegovim izvrševanjem.

¹⁸¹ Svet Evrope, *Poslovník sodišča*, Evropsko sodišče za človekove pravice, Strasbourg, november 2003:

Člen A1 (preiskovalni ukrepi): Senat lahko pozove stranke, da predložijo dokumentarne dokaze, in se odloči zaslišati pričo ali izvedenca ali v katerikoli vlogi vsako osebo, katere dokazi ali izjave bi mu lahko pomagale pri izvajanju njegovih nalog; lahko zaprosi tudi vsako osebo ali ustanovo po svoji izbiri, da poda mnenje ali pripravi pisno poročilo o vsaki stvari, ki je po mnenju senata pomembna za zadevo; lahko imenuje enega ali več svojih članov ali drugih sodnikov za svoje pooblaščenke, da opravijo poizvedbo, preiskavo na kraju samem ali kako drugače zberejo dokaze, lahko imenuje tudi katerikoli osebo ali ustanovo po svoji izbiri, da skupini pooblaščenec pomaga tako, kot se mu zdi primerno.

¹⁸² Na primer: ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/09, 121; ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, tč. 107; ESČP, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20. marec 1991, Pritožba št. 15576/89, tč. 76; ESČP, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 337.

Kadar oseba še ni bila vrnjena, ESČP ne presoja, ali odločba države podpisnice o izgonu oziroma izročitvi osebe krši EKČP, ampak v primeru, ko so dokazani utemeljeni razlogi ugotovi, da bi izvršitev te odločbe pomenila kršitev EKČP.¹⁸³ Na primer v *Jabari v. Turkey* je sodišče reklo, da se tveganje ugotavlja v trenutku obravnavanja primera pred ESČP in ne v trenutku, ko je država izdala odločbo o vrnitvi osebe.¹⁸⁴ Med koncem postopka pred organi tožene države in odločitvijo ESČP namreč mine nekaj mesecev (včasih celo let), kar pomeni, da se okoliščine primera lahko spremenijo (na primer razmere v državi prejemnici). V *Said v. The Netherlands* je sodišče menilo, da so, čeprav zgodovinsko ozadje lahko osvetli trenutno stanje in njegov morebitni razvoj, sedanje razmere odločilnega pomena za odločitev.¹⁸⁵

Na primer v *Tomic v. The United Kingdom* je pritožnika hrvaška policija leta 1991 pretepla zaradi njegove srbske narodnosti, poleg tega je med letom 1991 in 2001 imelo težave s hrvaškimi organi pregona zaradi srbske narodnosti tudi več njegovih sorodnikov.¹⁸⁶ Vendar je sodišče pritožbo zavrnilo z obrazložitvijo, da je to tveganje, čeprav je izražena zaskrbljenost v preteklosti dejansko obstajala, do leta 2003 (ko je bila izdana sodba ESČP) prenehalo. Velik pomen pri odločitvi je sodišče pripisalo dejstvu, da je Hrvaška leta 1997 ratificirala EKČP in se s tem zavezala k spoštovanju pravic in svoboščin EKČP.¹⁸⁷

Kadar sodišče s sodbo odloči, da je država pogodbenica kršila določbe EKČP, je primarna obveznost te države, da zagotovi prenehanje kršitev in prepreči prihodnje.¹⁸⁸ Zato bi bilo pravilneje, če bi sodišče upoštevalo tudi trenutek, v katerem je bila odločitev o vrnitvi izdana, saj sprememba okoliščin v državi prejemnici, zaradi katerih vrnitev ni več prepovedana, ne spremeni dejstva, da je država v trenutku izdaje odločbe o vrnitvi kršila obveznosti iz EKČP. Obsodilna sodba bi bila tako znak državi pogodbenici, da ima določene napake v postopku odločanja, ki jih mora odpraviti, s tem pa bi se preprečile nadaljnje kršitve.

¹⁸³ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention on Human Rights* (2010), str. 50.

¹⁸⁴ ESČP, *Jabari v. Turkey*, 11. julij 2000, Pritožba št. 40035/98, tč. 41; glej tudi: ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93, tč. 86; ESČP, *Ahmed v. Austria*, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94, tč. 43.

¹⁸⁵ ESČP, *Said v. The Netherlands*, 5. julij 2005, Pritožba št. 2345/02, tč. 48.

¹⁸⁶ ESČP, *Tomic v. The United Kingdom*, 14. oktober 2003, Pritožba št. 17837/03.

¹⁸⁷ Glej tudi: ESČP, *Muslim v. Turkey*, 26. april 2005, Pritožba št. 53566/99, pritožba je bila vložena 1999, odločitev pa sprejeta šele leta 2005, ESČP je upoštevalo spremembe razmer v vrnitveni državi.

¹⁸⁸ Lambert Abdelgawad, Elisabeth: *The execution of judgments of ...* (2002), str.10.

Trenutek vrnitve osebe je odločilnega pomena tudi, ko je do vrnitve že prišlo. Po mnenju sodišča je pomembno tisto, kar je bilo mogoče predvidevati v času vrnitve. V *Cruz Varas v. Sweden* je sodišče zavzelo stališče, da odgovornost države podpisnice leži v aktu izpostavitve posameznika nevarnosti prepovedanega ravnanja, kar pomeni, da je treba obstoj tveganja v prvi vrsti presojati glede na dejstva, ki so bila znana oziroma bi morala biti znana v času vrnitve.¹⁸⁹ Kljub temu pa sodišče ni prekludirano pri upoštevanju informacij pridobljenih po vrnitvi, saj so te lahko posebej pomembne za potrditev ali zavrnitev utemeljenosti pritožnikovega strahu. Sodišče je tako upoštevalo dejstvo, da pritožnik po izgonu v Čile očitno ni mogel najti nobene priče oziroma ni priložil nobenih drugih dokazov, ki bi potrdili njegovo zgodbo.¹⁹⁰ Upoštevalo je tudi dejstvo, da se je Čile v tem času začel demokratično razvijati.¹⁹¹ Na podlagi tega je ESČP ugotovilo, da utemeljeni razlogi niso bili dokazani in potrdilo odločitev Švedske o izgonu. Podobno je sodišče upoštevalo dejstva in okoliščine, ki so nastale po vrnitvi pritožnikov v *Salkic and Others v. Sweden*.¹⁹² Pritožniki (vsi so bili izgnani pred koncem postopka pred ESČP) so trdili, da bodo v primeru vrnitve v Bosno in Hercegovino doživeli nepopravljivo škodo zaradi zelo slabega duševnega zdravja (tudi velika verjetnost samomora) in da nimajo nikogar, ki bi jim v matični državi pomagal. Sodišče je upoštevalo informacije o pritožnikih po njihovi vrnitvi in ugotovilo, da se njihovo zdravje ni poslabšalo ter da so prejeli ustrezno zdravstveno oskrbo, zato je sodišče potrdilo legalnost izgona.

Za razliko od teh dveh primerov pa je bilo v *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom* nesporno dokazano, da so bili trije pritožniki (deportirani na Šrilanko pred koncem postopka) dejansko trpinčeni po vrnitvi.¹⁹³ Sodišče Združenega kraljestva je celo odločilo, da je bila prošnja za azil neupravičeno zavrnjena. Toda ESČP kljub temu ni našlo kršitve 3. člena EKČP z obrazložitvijo, da v času vrnitve niso ostajale nobene posebne razpoznavne okoliščine, ki bi kazale na to, da bodo pritožniki v primeru vrnitve trpinčeni.¹⁹⁴ Podoben je tudi primer

¹⁸⁹ ESČP, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20. marec 1991, Pritožba št. 15576/89, tč. 76.

¹⁹⁰ Pritožnik je trdil, da je član radikalne organizacije proti generalu Pinochetu in zaradi tega obstaja tveganje za politično preganjanje, če se bo vrnil v Čile.

¹⁹¹ ESČP, *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20. marec 1991, Pritožba št. 15576/89, tč. 79-82.

¹⁹² ESČP, *Salkic and Others v. Sweden*, 29. junij 2006, Pritožba št. 7702/04 (odločitev o dopustnosti).

¹⁹³ ESČP, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, tč. 112.

¹⁹⁴ Podobno: ESČP, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 362-367.

Shamayev and Others v. Georgia and Russia.¹⁹⁵ Pet od trinajstih pritožnikov je bilo namreč izročeni pred sodbo ESČP. Čeprav je bila izpostavljenost (vrnjenih pritožnikov) prepovedanim ravnanjem po izročitvi dokazana, je sodišče odločilo, da na podlagi gradiva dostopnega v času njihove izročitve resni in utemeljeni razlogi za resnično tveganje nečloveškega ali poniževalnega ravnanja v smislu 3. člena EKČP niso bili dokazani. Gruzija tako z izročitvijo teh petih pritožnikov ni kršila obveznosti EKČP, medtem ko bi v primeru izročitve pritožnika, ki še ni bil izročen (gospod Gelogayev), glede na sedaj znana dejstva, kršila 3. člen EKČP.

Da se sodišče izogne takšnim situacijam, ko mora presojeti pravilnost odločitve za nazaj (še posebej primerom, ko je po vrnitvi do trpinčenje dejansko prišlo), lahko na podlagi 39. člena Poslovnika ESČP izreče začasni ukrep prepovedi izгона oziroma izročitve.¹⁹⁶ Ta ukrep prepreči vrnitev osebe pred obravnavo pritožbe oziroma pred izrekom sodbe ESČP. V primeru *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* je Turčija, kljub začasnemu ukrepu prepovedi izročitve, izročila pritožnike Uzbekistanu, kjer jim je zaradi domnevnega terorističnega napada na predsednika grozila smrtna kazen.¹⁹⁷ Sodišče je v sodbi sprejelo, da se mora vsaka država pogodbenica, kadar so bili izrečeni začasni ukrepi, vzdržati vseh dejanj in opustitev, ki bi lahko vplivale na učinkovitost končne odločitve. Ker Turčija ni spoštovala začasnih ukrepov je sodišče ugotovilo kršitev 34. člena EKČP zaradi oviranja pravice do pritožbe. Dokler sodišče ne odloči o pritožbi, je začasni ukrep najpomembnejši mehanizem za zaščito tistih, ki jim grozi tveganje izгона oziroma izročitve.

3.3.6 Diplomatsko zagotovilo

Pravico do zaščite pred vračanjem ima posameznik zaradi odsotnosti nacionalne zaščite. Nacionalna zaščita se nanaša na varstvo, ki ga zagotavlja posameznikova lastna država. To je lahko država njegovega državljanstva ali če je oseba brez državljanstva, država njegovega običajnega prebivališča. Posameznik torej v primeru (ne)vračanja zatrjuje, da se v lastno državo ne more vrniti, ker mu ta ne nudi ustrezne zaščite, zato je pomembno vprašanje, kakšno vrednost ima diplomatsko zagotovilo te države pri oceni utemeljenih razlogov za

¹⁹⁵ ESČP, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 340-367.

¹⁹⁶ 39. člen *Poslovnik sodišča*: Senat, ali kadar je to primerno, njegov predsednik na zahtevo stranke ali druge prizadete osebe ali na svojo pobudo odredi začasni ukrep, ki se mu ga zdi potrebno sprejeti v interesu strank ali ustreznega poteka postopka pred tem senatom.

¹⁹⁷ ESČP, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 6. februar 2003, Pritožba št. 46827/99 in 46951/99, tč. 72.

resnično tveganje kršitve 3. člena EKČP. Z diplomatskim zagotvilom namreč država prejemnica jamči državi pošiljateljici, da zadevni posameznik ne bo izpostavljen prepovedanim ravnanjem po njegovi vrnitvi.

Zanašanje na diplomatska zagotovila je dolgoletna praksa držav v okviru ugotavljanja, ali so izpolnjeni pogoji za vrnitev posameznika.¹⁹⁸ Splošno gledano bi lahko zagotvilo igralo pomembno vlogo pri varstvu osebe, vendar je ESČP v primeru *Chahal v. The United Kingdom* izrazilo dvom o zanesljivosti takih obljub humanega ravnanja.¹⁹⁹ Menilo je, da čeprav sodišče ne dvomi v dobro vero indijske vlade pri dajanju zagotvil (indijska vlada je podala uradno zagotvilo, da bo pritožnik v primeru vrnitve v Indijo užival enako pravno varstvo kot kateri koli drugi indijski državljani in da zato ni nobenega razloga za skrb slabega ravnanja s strani indijske oblasti), so kršitve človekovih pravic s strani pripadnikov varnostnih sil v Punjabu ostale 'globoko zakoreninjen problem'.²⁰⁰ Zagotvilo torej ne odpravlja oziroma znižuje tveganja.²⁰¹

ESČP je nato odločno potrdilo pristop iz *Chahal* tudi v naslednjih sodbah. Na primer v *Labsi v. Slovakia* je sodišče reklo, da je v primeru danih zagotvil treba ugotoviti, ali v praksi predstavljajo zadostno jamstvo za zaščito osebe.²⁰² Kredibilnost zagotovila je treba presoјati v vsakem primeru posebej in je odvisno od vseh okoliščin, ki obstajajo v času odločanja o vrnitvi. Sodišče pri tem upošteva dejavnike kot so (i) ali je zagotvilo posamezno in jasno ali splošno in ohlapno, (ii) kdo je dal zagotvilo, (iii) ali zagotvilo zadeva ravnanje, ki je zakonito ali nezakonito v državi prejemnici, (iv) ali je mogoče spoštovanje zagotovila objektivno preveriti preko diplomatskih in drugih nadzornih mehanizmov, vključno z zagotavljanjem neoviranega dostopa do zagovornika pritožnika, (v) ali v državi prejemnici obstaja učinkovit sistem zaščite proti mučenju, vključno s tem, ali je država pripravljena sodelovati z mednarodnimi nadzornimi institucijami (vključno z mednarodnimi NVO za človekove pravice) in ali je država pripravljena raziskati obtožbe o mučenju ter kaznovati odgovorne ter (vi) ali je bila zanesljivost zagotvil pregledana s strani sodišča države pošiljateljice.²⁰³ Sodišče ne pravi, da vrnitev osebe na podlagi diplomatskega zagotovila per se krši 3. člen EKČP, vendar

¹⁹⁸ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention on Human Rights* (2010), str. 62.

¹⁹⁹ ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93.

²⁰⁰ Ibidem, tč. 37.

²⁰¹ Ibidem, tč. 105.

²⁰² ESČP, *Labsi v. Slovakia*, 15. maj 2012, Pritožba št. 33809/08, tč. 119.

²⁰³ Ibidem, tč. 120.

opozarja, da diplomatska zagotovila sama po sebi niso dovolj za zagotovitev ustrezne zaščite pred tveganjem slabega ravnanja, posebno kadar zanesljivi viri poročajo o ravnanjih države prejemnice, ki so v očitnem nasprotju z načeli konvencije.²⁰⁴

Diplomatska zagotovila se navadno nanašajo neposredno na zadevno osebo, zato je njihova uporaba bolj pogosta v primeru izročitve kot v primeru izгона. V primeru izročitve je pogosto jasno, kaj se pričakuje (znana je kazenska obsodba) in je zato lažje oceniti kredibilnost takšnega zagotovila. Medtem ko se je v primerih izгона v zadnjem času razvila uporaba diplomatskih zagotovil v obliki splošne klavzule zapisane v memorandumih o soglasju (*Memorandum of Understanding*), takšna zagotovila so bolj ohlapna in splošna. Italija in Libija sta na primer podpisali Pogodbo o prijateljstvu in vanjo vnesli klavzulo, po kateri lahko Italija Libiji izžene (vrne) vse pobegle libijske begunce.²⁰⁵ Sodišče je tudi v tem primeru uporabilo enak pristop kot pri diplomatskih zagotovilih. V *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* je bilo rečeno, da se Italija ne more razbremeniti lastne odgovornosti s sklicevanjem na obveznosti iz dvostranskih sporazumov z Libijo.²⁰⁶ Odgovornosti države pogodbenice, da varuje načela zapisana v EKČP, se ne more izničiti z drugo pogodbo.

Tudi drugi organi Sveta Evrope so se opredelili do uporabe diplomatskih zagotovil, tako je na primer Parlamentarna skupščina Sveta Evrope podala izjavo, da je sklicevanje na zaupanje in zagotovila držav, ki so znane po nespoštovanju človekovih pravic, strahopetno in hinavsko.²⁰⁷ Zagotovilo namreč ni pravno zavezujoče; v primeru nespoštovanja nimamo nobene sankcije za državo.²⁰⁸ Danim zagotvilom zato ne smemo slepo zaupati, ampak se moramo v vsakem posameznem primeru do njega kritično opredeliti in ugotoviti, ali dejansko zmanjšujejo tveganje. Načelo nevračanje je, kot je ESČP že večkrat poudarilo, absolutno varovano in zato ne dopušča nobene kompenzacije.

²⁰⁴ Amnesty International: *Dangerous Deals: Europe's reliance on 'diplomatic Assurances' ...* (2010), str. 13.

²⁰⁵ Italija in Libija: *The Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation*, 30. avgust 2008, Benghazi, 19. člen.

²⁰⁶ ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09, tč. 129.

²⁰⁷ Svet Evrope, Parlamentarna skupščina: *Alleged secret detentions and unlawful ...* (2006), št. 10957, tč. 260.

²⁰⁸ UNHCR, *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, avgust 2006, Ženeva, str. 3.

3.4 Absolutni značaj načela nevračanja

3.4.1 Primerjava absolutnosti prepovedi vračanja med Evropsko konvencijo za človekove pravice in Ženevsko konvencijo o statusu beguncev

Država ima pravico in obveznost skrbeti za varnost svojih prebivalcev in v ta namen ji na primer ŽK-1951 v točki (f) 1. člena dovoljuje, da katerikoli osebi ne prizna statusa begunca, kadar obstajajo resni razlogi za sum, da je:

- a) storila kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človečnosti, kot jih določajo mednarodni instrumenti, ki sankcionirajo ta kazniva dejanja;
- b) storila hudo nepolitično kaznivo dejanje izven države pribežališča, preden je bila sprejeta vanjo kot begunec;
- c) kriva dejanj, ki so v nasprotju s cilji in načeli Združenih narodov.

Ta določba se nanaša na tiste osebe, ki so storile navedena dejanja izven države pribežališča in preden so zaprosile za azil.²⁰⁹ Kljub temu lahko država tudi kasneje, ko je status begunca že priznala, zavrne varstvo na podlagi drugega odstavka 33. člena ŽK-1951 tistemu beguncu:

'Ki zaradi resnih razlogov velja za nevarnega varnosti države, v kateri je, ali ki, glede na to da je bil pravnomočno obsojen za posebno težko kaznivo dejanje, predstavlja nevarnost za skupnost te države.'

Pomembno je poudariti, da točka (f) 1. člena in drugi odstavek 33. člena v izhodišču služita različnemu namenu. Bistvo točke (f) 1. člena je, da ne prizna statusa begunca, tistemu posamezniku, za katerega se šteje, da le-tega ni vreden.²¹⁰ Medtem ko se drugi odstavek 33. člena nanaša na begunca, ki ima sicer pravico do zaščite po načelu nevračanja, a se mu ta ne prizna, ker predstavlja nevarnost nacionalni varnosti.²¹¹ Posledica pa je v obeh primerih enaka, država ima možnost prisilno odstraniti tujca na območje, kjer bi bil lahko izpostavljen mučenju ali nehumanemu in poniževalnemu ravnanju ali kaznovanju. Visoki komisar ZN za begunce v priročniku opozarja, da je bil v času sestavljanja konvencije spomin na grozote druge svetovne vojne še zelo živ in je zato točka (f) 1. člena posledica soglasja držav, da vojni

²⁰⁹ Bruin, Rene; Wouters, Kees: *Terrorism and the Non-derogability ...* (2003), str. 16.

²¹⁰ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal Standards ...* (2009), str. 120.

²¹¹ Ibidem, str. 113.

zločinci niso vredni zaščite.²¹² Wouters dodaja, da je razvoj mednarodnega kazenskega prava, posebej razvoj koncepta univerzalne jurisdikcije²¹³ in ustanovitev mednarodnih kazenskih tribunalov, vključno z Mednarodnim kazenskim sodiščem, privedel do možnosti, da osebe, ki so zagrešile zelo huda kazniva dejanja, odgovarjajo za svoje zločine tudi zunaj meja države, v kateri so bili storjeni, zato namen točke (f) 1. člena počasi izgublja svojo vrednost.²¹⁴ Dalje Visoki komisar ZN za begunce v svojem priporočilu opozarja tudi, da je treba glede na resnost posledic, ki bi jo povzročila vrnitev begunca, z izjemo drugega odstavka 33. člena uporabiti z največjo previdnostjo in v celoti upoštevati vse okoliščine primera.²¹⁵

ESČP pa je šlo v tem pogledu še dlje, saj je zavzelo stališče, da je prepoved nevrčanja absolutno prepovedana, kadar posamezniku, ne glede na njegov prispevek, grozi mučenje, nehumano in ponižujoče ravnanje ali kaznovanje.²¹⁶ Kar pomeni, da je 3. člen EKČP oblikovan v absolutnem smislu in da besedilo te določbe pogodbenicam ne dovoljuje izjem, na primer zaradi nacionalne varnosti, javnega interesa, javnega reda in morale ali javnega zdravja. Hkrati pa tudi odstopanja od načela nevrčanja v času vojne ali ob drugi splošni nevarnosti, ki ogroža življenje naroda, niso dovoljena.²¹⁷ Vse navedeno je sodišče potrdilo v primeru *Soering*, kjer je zapisalo:

'3. člen ne dopušča izjem, ne odstopanj [...]. Iz te popolne prepovedi mučenja in nehumanega ali ponižujočega ravnanja in kaznovanja izhaja, da 3. člen vsebuje eno od temeljnih dobrin demokratične družbe, ki sestavlja Svet Evrope [...]. Izročiti osebo, če obstaja zadostni temelj za domnevo, da bo izpostavljena mučenju, [...] kljub temu da to ni izrecno navedeno v besedilu 3. člena, bi bilo preprosto v nasprotju z duhom in namenom člena in po mnenju

²¹² Visoki komisar ZN za begunce: *UNHCR Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and ...* (2011), tč. 148.

²¹³ Izraz '*univerzalna pristojnost*' najbolje opredelimo, kot kazensko pristojnost, ki temelji izključno na naravi kaznivega dejanja, ne glede na to kje je bilo storjeno.

²¹⁴ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal Standards ...* (2009), str. 121.

²¹⁵ Visoki komisar ZN za begunce: *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, Ženeva, november 1997.

²¹⁶ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 88; ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93, tč. 79; ESČP, *Ahmed v. Austria*, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94, tč. 40; ESČP, *N. v. Finland*, 26. julij 2005, Pritožba št. 38885/02, tč. 166; ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06, tč. 127; ESČP, *M. S. v. Belgium*, 31. januar 2012, Pritožba št. 50012/08, tč. 122.

²¹⁷ Drugi odstavek 15. člena EKČP.

*Sodišča se vsebovana obveznost neizročitve razširi tudi na zadeve, [...] tveganja nehumanega ali ponižujočega ravnanja in kaznovanja, ki ga določa 3. člen.*²¹⁸

Sodišče je absolutno prepoved vračanja ponovno presoјalo v primeru *Chahal*. Vlagatelj je indijski državljān, dobro znan kot podpornik separatističnega gibanja Sikh in osumljen storitve terorističnih dejanj znotraj Združenega kraljestva. Kljub temu da so organi britanske oblasti (the Secretary of State) navajali, da je potrebno 'uravnoteženje' ('*a balancing act*') interesov državne varnosti in zaščite Chahala, je sodišče znova potrdilo absolutni značaj 3. člena:

*'Prepoved zapisana v 3. členu je prav tako absolutna v primeru izгона. Tako, kadar obstajajo utemeljeni razlogi, da bi se posameznik soočil z dokazanim tveganjem, da bo izpostavljen ravnanjem v nasprotju s 3. členom, če ga odstranijo v drugo državo, je odgovornost na državi pogodbenici, da ga zaščiti. [...] V teh okoliščinah se ne sme upoštevati dejavnosti posameznika, ne glede na to kako nezaželena ali nevarna so. Zaščita v smislu 3. člena je tako širša, kot tista določena v 32. in 33. členu ŽK-1951.*²¹⁹

Enako stališče je ESČP zavzelo v primeru *Ahmed v. Austria*, v katerem je pritožnik somalijski državljān, ki mu je Avstrija leta 1992 priznala status begunca na podlagi ŽK-1951, nato pa je Zvezni urad za begunce (Bundesasylamt) leta 1994 odredil odvzem statusa begunca na podlagi drugega odstavka 33. člena ŽK-1951, zaradi sodbe okrožnega sodišča v Gradcu, ki je Ahmeda spoznalo za krivega poskusa ropā in ga obsodilo na dve leti in pol zaporne kazni.²²⁰ Sodišče je odločilo, da bi bil izgon v Somalijo, ne glede na kazensko obsodbo pritožnika, v nasprotju s 3. členom EKČP, zaradi obstoja resnične nevarnosti nehumanega ravnanja.²²¹

Kljub obstoju absolutnega značaja 3. člena EKČP se sodišče zaveda dejstva, da to lahko sproži probleme s kriminalci, ki iščejo zaščito oziroma se želijo izogniti kazenskemu pregonu.²²² V zadevi *Soering* je pritrdilo, da:

'Svetovna potovanja postajajo vsa lažja in kazniva dejana dobivajo širšo mednarodno dimenzijo, zato je čedalje bolj v interesu vseh narodov, da se osumljence kaznivih dejanj, ki

²¹⁸ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 88.

²¹⁹ ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93, tč. 41, 75, 76 in 80.

²²⁰ ESČP, *Ahmed v. Austria*, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94.

²²¹ Ibidem, tč. 41 in 47.

²²² Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal Standards ...* (2009), str. 311.

bežijo čez mejo, privede pred roko pravice. Nasprotno bi ustanovitev zatočišč za pribežnike ustvarilo nevarnost državam, ki bi morale pribežnike ščititi, ter tudi ogrozilo temelje izročitve. Te ugotovitve se morajo vključiti med dejavnike, ki jih je potrebno upoštevati pri razlagi in uporabi pojma nehumanega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja.²²³

Sodišče nato v primeru *Chahal* opozori, da ugotovitev iz zgoraj navedene točke sodbe v zadevi *Soering* ne smemo razlagati, kot da obstaja prostor za uravnoteženje tveganja slabega ravnanja z razlogi za izgon, in poudari, da:

*'Se zaveda ogromnih težav, s katerimi se soočajo države v sodobnem času pri varovanju pred terorističnimi grožnjami. Vendar tudi v teh okoliščinah konvencija prepoveduje mučenje, [...] v absolutnem smislu ne glede na ravnanje posameznika.'*²²⁴

Sodišče je dalje v sodbi *D. v. The United Kingdom*, ko je želelo Združeno kraljestvo na Sv. Krištof in Nevis izgnati bolnika z aidsom v zadnji fazi bolezni, ki je zaradi tihotapljenja mamil prestal zaporno kazen, izpostavilo, da ne kriminalna preteklost pritožnika ne dejstvo, da nehumano ravnanje izvira iz slabe socialne oskrbe v državi prejemnici ne more biti samo po sebi upravičen razlog za omejevanje uporabe 3. člena.²²⁵ Iz sodne prakse je tako razvidno, da niti dejanja žrtve niti boj proti organiziranemu kriminalu in terorizmu niti resne socialno-ekonomske težave niso zadostni razlogi za omejevanje absolutnosti 3. člena EKČP.

3.4.2 Boj proti terorizmu in 'balancing act'

Zdelo se je, da je absolutni značaj 3. člena EKČP dobro utrjen v evropski zavesti, toda teroristični napadi na WTC in Pentagon 11. septembra 2001 so ponovno odprli razpravo o iskanju ravnovesja med državno varnostjo in varstvom, ki ga nudi 3. člen. Pojavila so se namigovanja, da bo strah pred novimi napadi povzročil preobrat pri uporabi načela nevračanja.²²⁶

V ta namen je Evropska komisija 5. decembra 2001 posredovala Svetu dokument z naslovom: Odnos med varovanjem notranje varnosti in izpolnjevanjem mednarodnih

²²³ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 89.

²²⁴ ESČP, *Chahal v. The United Kingdom*, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93, tč. 79 in 81; podobno tudi v: ESČP, *Ahmed v. Austria*, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94, tč. 40.

²²⁵ ESČP, *D. v. The United Kingdom*, 2. maj 1997, Pritožba št. 30240/96, tč. 46 in 49.

²²⁶ Bruin, Rene; Wouters, Kees: *Terrorism and the Non-derogability ...* (2003), str. 6.

obveznosti.²²⁷ Dokument vsebuje priporočilo Evropske komisije, naj se absolutnost 3. člena EKČP ne razveljavi:

*'ESČP je že večkrat potrdilo, da EKČP, tudi v najbolj težkih razmerah, kot je boj proti terorizmu in organiziranemu kriminalu, prepoveduje mučenje, nehumano in ponižujoče ravnanje ali kaznovanje v absolutnem smislu. ESČP je tudi poudarilo, da za razliko od večine določb konvencije, 3. člen ne predvideva izjeme in odstopanj. Po dogodkih 11. septembra, bi lahko ESČP v prihodnosti znova odločalo o vprašanjih razlage 3. člena, zlasti glede vprašanja, v kolikšni meri lahko pride do 'ravnotežja' ('balancing act') med varstvom, ki ga potrebuje posameznik in varstvom interesov države. Pri tem naj upošteva, da je izročitev zakonita le, ko je mogoče pridobiti pravna jamstva države prejemnice v zvezi z morebitnimi kršitvami EKČP. Takšno 'jamstvo' je na primer lahko zagotovilo o neuporabi smrtne kazni, čeprav je ta po zakonodaji države dovoljena.'*²²⁸

Pozivi k spremembi razlage 3. člena EKČP pa so se vrstili na politični in diplomatski ravni posameznih držav, vlada Združenega kraljestva je v svojem poročilu zapisala:

*'3. člen EKČP je edini, ki se nanaša na ukrepe zunaj ozemlja države. Če se bi ukvarjali le z mučenjem, [...] ki se dogaja v ZK, bi lahko odstranili iz našega ozemlja kogarkoli, brez obveznosti. Skupaj z umikom prepovedi nevrčanja iz ŽK-1951 bi pojem prosilca za azil v ZK izginil. Toda pravica do azila je stara in ZK jo spoštuje skladno z ŽK-1951, zato predlagamo manjšo spremembo 3. člena. Skušamo prepričati bodisi ESČP, da spremeni svoje prejšnje mnenje bodisi se pogajati s Svetom Evrope za spremembo 3. člena. [...] Želimo, da bi lahko zavrnilo azil teroristom, kljub grožnji nehumanega ali ponižujočega ravnanja. To bi dejansko prineslo skladnost med 3. členim EKČP in ŽK-1951, ne da bi zmanjšali pravico do azila, hkrati pa bi pripomogli k naši varnosti.'*²²⁹

Pomembni vprašanja sta se pojavili pri branju teh predlogov. Prvo, kako se bo ESČP odzvalo na politične pritiske po uveljavitvi 'balancing act' med zaščito posameznika in državno

²²⁷ Evropska komisija: *The relationship between safeguarding internal security and ...* (2001).

²²⁸ Ibidem, tč. 2.3.1 in 2.3.2.

²²⁹ UK Government: *New Vision for Refugees*, 7. marec 2003, str. 9.

varnostjo, in drugo vprašanje, ki se odpira je, ali 3. člen EKČP sploh dopušča možnost za *'balancing act.'*²³⁰

Sodišče je že februarja 2005 v sodbi *Khashiyev and Akayera v. Russia* nakazalo, da svojega mnenja glede 3. člena ne bo spremenilo.²³¹ Primer sicer ne obravnava izгона ali izročitve, ampak gre za izven sodno usmrtitev Čečenov v Rusiji, toda kljub temu je pomembno stališče sodišča v 170. točki obrazložitve, ki pravi, da konvencija prepoveduje mučenje, nehumano ali ponižujoče ravnanje ali kaznovanje tudi v najtežjih razmerah, kot je boj proti terorizmu in organiziranemu kriminalu.

Istega leta, kot je bila sprejeta zgoraj navedena sodba, je bil pred ESČP vložen prvi odmeven primer, *Ramzy v. The Netherlands*, ki bi lahko prinesel spremembe pri interpretaciji absolutnosti 3. člena glede načela nevračanja.²³² Pritožnik, alžirski državljan, je bil na Nizozemskem leta 2002 aretiran in osumljen terorizma in drugih hudih kaznivih dejanj (ponarejanja potnih listin, tihotapljenja mamil, trgovine z belim blagom). Primer je bil medijsko odmeven in znan kot *'Rotterdam jihad trial'*. Pritožnik je bil leta 2003 oproščen vseh obtožb in takoj po izpustitvi iz pripora je vložil prošnjo za azil, ki pa je bila zavrnjena na podlagi grožnje nacionalni varnosti. Po neuspešni pritožbi je vložil tožbo pred ESČP, kjer je ugovarjal, da mu zaradi *'stigme'* terorista v Alžiriji grozi nehumano ravnanje. Čeprav nizozemska vlada ni imela nobenega namena izpodbijati absolutne narave 3. člena EKČP, so vlade štirih držav intervenirale v postopku in pozvale sodišče, da je treba pri presoji nehumanega ravnanja v kontekstu izгона posameznika upoštevati tudi temelje pravice državljanov pogodbenic in jih zavarovati pred terorizmom.²³³ Kasneje je interveniralo še sedem nevladnih organizacij in zavzelo stališče, da je načelo nevračanja trdno zasidrano v mednarodnem pravu in praksi, zato niti v izjemnih okoliščinah, ko bi dejanja posameznika lahko vplivala na varnost države ne smemo zanikati njegovega absolutnega značaja.²³⁴ Sodišče je pritožbo leta 2008 označilo kot dopustno, toda ker leta 2010 niti zagovornik

²³⁰ Bruin, Rene; Wouters, Kees: *Terrorism and the Non-derogability ...* (2003), str. 10.

²³¹ ESČP, *Khashiyev and Akayera v. Russia*, 24. februar 2005, Pritožba št. 57942/00 in 57945/00.

²³² ESČP, *Ramzy v. The Netherlands*, 27. maj 2008 (dopustna) in 20. julij 2010 (končna), Pritožba št. 25424/05.

²³³ ESČP, *Ramzy v. The Netherlands, Observations of the Governments of Lithuania, Portugal, Slovakia and The United Kingdom*, 21. november 2005, tč. 3.

²³⁴ ESČP, *Ramzy v. The Netherlands, Written comments by Amnesty International LTD., The Association for the Prevention of Torture, Human Rights Watch, Interights, The International Commission of Jurists, Open Society Justice Initiative and Redress*, 22. november 2005, tč. 42.

pritožnika ni imel podatka, kje se ta nahaja, je sodišče zaključilo, da je izgubil interes in primer črtalo s seznama.

Med čakanjem na odločitev v zadevi *Ramzy* je bil na sodišče vložen še en podoben primer, *Saadi v. Italy*.²³⁵ Saadi, tunizijski državljan, je bil leta 2002 v Italiji aretiran zaradi suma vpletenosti v mednarodni terorizem, kasneje je sodišče to obtožbo spremenilo v vpletenost v kazensko zaroto (vključno z napadi z eksplozivnimi sredstvi), poleg tega je bil obtožen še ponarejanja dokumentov in prikrivanja ukradenega blaga. Pred milanskim sodiščem je bil 9. maja 2005 spoznan za krivega zarote in obsojen na štiri leta in šest mesecev zaporne kazni, dva dni kasneje pa ga je tunizijsko sodišče v njegovi odsotnosti, obsodilo na dvajset let zavora zaradi članstva v mednarodni teroristični organizaciji. Leta 2006 je italijansko notranje ministrstvo na podlagi zakona '*o nujnih ukrepih za boj proti mednarodnem terorizmu*' izdalo sklep o izgonu v Tunizijo. Saadi je nato vložil zahtevek za izdajo političnega azila, ki pa je bil zavržen, zato je vložil pritožbo še na ESČP. Trdil je, da bo v primeru deportacije v Tunizijo podvržen ravnanju v nasprotju s 3. členom EKČP, saj s strani tunizijske oblasti obstaja dokumentirana praksa mučenja, nehumanega in ponižujočega ravnanja z osebami osumljenim terorizma.²³⁶

Italijanska vlada in vlada Združenega kraljestva, ki se je v postopek vključila kot intervenient, sta pozvali sodišče, naj ponovno pretehta absolutni značaj 3. člena EKČP, loči naj med dejanji države pogodbenice in nepogodbenice ter temu primerno uravnoteži pravice posameznika z obveznostjo države, da zagotovi nacionalno varnost, saj:

'Terorizem resno ogroža pravico do življenja, ki je predpogoj za uživanje vseh ostalih temeljnih pravic. V skladu z uveljavljenimi načeli mednarodnega prava, se lahko države z migracijsko zakonodajo zaščitijo pred zunanjimi napadi na državno varnost. EKČP ne zagotavlja pravice do azila, ta je urejena v ŽK-1951, kjer je izrecno navedeno, da kadar obstaja tveganje za nacionalno varnost, ima država pravico do izгона posameznika. [...]

²³⁵ ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06.

²³⁶ Zatrjeval je še kršitev pravice do poštenega sojenja, pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, ki pa niso relevantne za obravnavo problema v tem poglavju.

*Združeno kraljestvo trdi, da se mora, v primeru grožnje z mednarodnih terorizmom, stališče sodišča, kot ga je zavzelo v primeru Chahal, spremeniti.*²³⁷

Toda ESČP je soglasno zavrnilo vse argumente in znova potrdilo dolgoletno prakso, da je kadar obstaja nevarnost mučenja, nehumanega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja, prepoved vračanja absolutna in brezpogojna. Sodišče je zapisalo, da:

*'Razume težave držav pri zagotavljanju varnosti svojim državljanov zaradi terorističnega nasilja in ne podcenjuje obsega nevarnosti terorizma, toda vseeno to ne more postaviti pod vprašaj absolutne narave 3. člena. [...] Tako ne more sprejeti trditev vlade ZK, ki jo podpira tudi tožena vlada, da je treba razlikovati na podlagi 3. člena med ravnanjem, ki je povzročeno neposredno s strani države pogodbenice in ravnanjem, ki bi ga lahko povzročili organi druge države, in da je potrebno slednjega uravnotežiti z interesi skupnosti. Ker je zaščita po 3. členu absolutna, to pomeni obveznost države, da ne izžene osebe, kadar obstaja utemeljeno tveganje, da je v državi prejemnici podvržena ravnanju v nasprotju s 3. členom. Kot je sodišče že večkrat potrdilo, ne more biti nobenega odstopanja od tega pravila, zato ponovno potrjuje načelo iz sodbe Chahal, da ni mogoče tehtati slabega ravnanja z razlogi za izgon, [...] tudi če je tako ravnanje povzročeno s strani druge države. Tudi dejanja osebe, ne glede kako nezaželena ali nevarna so, ne morejo biti upoštevana. Varstvo, ki ga nudi 3. člen EKČP, je širše kot tisto iz 32. in 33. člena ŽK-1951.'*²³⁸

V ločenem pritrdilnem mnenju je sodnik Zupančič poudaril, da bi bilo razumsko nepošteno, če bi v primeru izгона zagovarjali nižjo stopnjo varstva preprosto zato, ker ima oseba kriminalno preteklost. Iz političnega vidika je jasno, da si bo država pogodbenica EKČP v takšen primeru bolj prizadevala izgnati zadevno osebo, vendar pa zgolj interes države pogodbenice tega ne opravičuje. Duh EKČP narekuje ravno nasprotno. EKČP je namreč zasnovana tako, da blokira takšne bližnjice in zaščiti posameznika pred nebrzdanimi interesi izvršilne veje ali včasih celo zakonodajne veje države pogodbenice.²³⁹

Sodbo v zadevi *Saadi* je podprl tudi takratni generalni sekretar Sveta Evrope, Terry Davis, rekel je:

²³⁷ ESČP, *Saadi v. Italy*, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06, tč. 119-122.

²³⁸ Ibidem, tč. 137-138.

²³⁹ Ibidem, Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Zupančiča, tč. 2.

'Razsodba ESČP v primeru Saadi v. Italy je nedvoumno potrdila popolno prepoved mučenja, kot je zapisana v EKČP. Ta sodba predstavlja precedenčni primer, saj se je na stran italijanske vlade postavilo še nekaj držav članic Sveta Evrope, ki so zagovarjale bolj fleksibilno interpretacijo prepovedi mučenja v povezavi z bojem proti terorizmu. Bile so nedvoumno zavrnjene. Prepoved mučenja ostaja popolna. Vlade ne le da ne smejo mučiti, ne smejo tudi omogočiti vrzeli v zakonu, ki bi dovoljevale izročitev osumljencev državam, kjer je nevarnost mučenja velika. Sklep ESČP nosi pomembno sporočilo za vse evropske vlade. Pravi, da se moramo proti terorizmu nepopustljivo boriti, vendar se moramo boriti v skladu z zakonom.²⁴⁰

Sodišče je doktrino Saadi potrdilo tudi v naslednjih podobnih primerih.²⁴¹ Na koncu velja opozoriti na mnenje Bruina in Woutersa, ki pravita, da zaščita pred vračanjem ne pomeni nekaznovanja storilcev kaznivih dejanj, temveč gre za spoštovanje temeljnih človekovih pravic, ki se jih v pravni državi ne sme odvzeti nikomur. Države odločno pozivata, naj se vzdržijo omejevanja načela nevračanja in naj za pregon domnevnih storilcev raje izvedejo druge potrebne, tako pravne kot praktične ukrepe.²⁴²

²⁴⁰ Generalni sekretar Sveta Evrope o prepovedi mučenja: *Popolno pomeni popolno*, Strasbourg, 26. junij 2008.

²⁴¹ ESČP, *Ismoilov and Others v. Russia*, 24. april 2008, Pritožba št. 2947/06, tč. 126; ESČP, *A. v. The Netherlands*, 20. julij 2010, Pritožba št. 4900/06, tč. 142; ESČP, *Sufi and Elmi v. The United Kingdom*, 28. junij 2011, Pritožba št. 8319/07 in 11449/07, tč. 212; ESČP, *Otham (Abu Qutada) v. The United Kingdom*, 17. januar 2012, Pritožba št. 8139/09, tč. 184-185; ESČP, *Al Husin v. Bosnia and Herzegovina*, 7. februar 2012, Pritožba št. 3727/08, tč. 49; ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/09, tč. 120.

²⁴² Bruin, Rene; Wouters, Kees: *Terrorism and the Non-derogability ...* (2003), str. 29.

4 PREPOVED NEVRAČANJA V OKVIRU DRUGIH DOLOČB EKČP

Ker EKČP ne vsebuje izrecne prepovedi vračanja, jo je sodišče v primeru *Soering* razvilo na podlagi temeljnih vrednot, ki jih varuje 3. člen EKČP.²⁴³ Poudarilo je, da morata biti razlaga in uporaba določb EKČP takšni, da praktično in učinkovito zagotovita vrednote demokratične družbe.²⁴⁴ Ob tem se postavi vprašanje, ali prepoved vračanja vsebujejo tudi druge določbe, ki varujejo enako temeljne vrednote kot 3. člen EKČP.²⁴⁵ Pred ESČP je bilo vloženih kar nekaj zahtev, v katerih so pritožniki zatrjevali kršitev načela nevračanja na podlagi drugih določb EKČP in čeprav je sodišče bolj naklonjeno presoji nevračanja po 3. členu, je v določenih okoliščinah priznalo obstoj prepovedi nevračanja tudi v okviru drugih določb EKČP.²⁴⁶

4.1 Pravica do življenja in prepoved smrtne kazni

Kadar je vložena zahteva za zaščito pred vračanjem na podlagi 3. člena, je v nekaterih primerih podobna trditev narejena tudi v okviru 2. člena EKČP.²⁴⁷ Te primere lahko razvrstimo v dve skupini: (i) pritožnik trdi, da bo v primeru vrnitve njegovo življenje splošno ogroženo in (ii) pritožnik trdi, da mu v primeru vrnitve grozi smrtne kazni.

ESČP nikoli ne obravnava zahteve na podlagi 2. člena, ko pritožnik (poleg kršitve 3. člena) zatrjuje, da bo po vrnitvi njegovo življenje splošno ogroženo.²⁴⁸ Sodišče je namreč mnenja, da so v tem primeru očitki kršitve 2. člena neločljivo povezani z vsebino 3. člena v zvezi s posledicami vrnitve na pritožnikovo življenje, zato zahteve ni potrebno preučiti ločeno na podlagi 2. člena, saj zadostuje že presoja skladnosti s 3. členom EKČP.²⁴⁹ Na primer zahtevo *D. v. The United Kingdom* je sodišče razglasilo za dopustno na podlagi 2. člena EKČP, nato pa je ob upoštevanju ugotovitve, da bi vrnitev pritožnika na Sv. Krištof in Nives pomenila kršitev 3. člena, menilo, da preučitev zahteve na podlagi 2. člena ni potrebna.²⁵⁰

²⁴³ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 88.

²⁴⁴ Ibidem, tč. 87.

²⁴⁵ Den Heijer, Maarten: *Whose Rights and Which Rights ...* (2008), str. 277-278; Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 345.

²⁴⁶ Goodwin-Gill, Guy S.; McAdam, Jane: *The Refugee in International Law* (2007), str. 316.

²⁴⁷ Na primer: ESČP, *H. L. R. v. France*, 22. april 1997, Pritožba št. 24573/94; ESČP, *D. v. The United Kingdom*, 2. maj 1997, Pritožba št. 30240/96; ESČP, *A. A. and Others v. Sweden*, 28. junij 2012, Pritožba št. 14499/09; ESČP, *Jabari v. Turkey*, 11. julij 2000, Pritožba št. 40035/98.

²⁴⁸ Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention ...* (2010), str. 89.

²⁴⁹ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 346.

²⁵⁰ ESČP, *D. v. The United Kingdom*, 2. maj 1997, Pritožba št. 30240/96, tč. 59.

Kot že rečeno v poglavju 3.2.3 pa je drugače, kadar pritožnik zatrjuje, da mu v primeru vrnitve grozi smrtna kazen. Sodnik de Meyer je v sodbi *Soering* v pritrdilnem ločenem mnenju rekel, da kljub temu da besedilo prvega odstavka 2. člena EKČP ne prepoveduje z zakonom predpisane smrtne kazni, bi pritožnikova izročitev ZDA kršila predvsem njegovo pravico do življenja. Opozoril je, da je bil prvi odstavek 2. člena EKČP sprejet v posebnih zgodovinskih okoliščinah (kmalu po drugi svetovni vojni) in zato ne odraža več današnjega stanja. Določbo je po njegovem mnenju prehitel razvoj pravne zavesti in prakse. Hkrati je poudaril, da je brezpravnost prvega odstavka 2. člena priznal tudi Odbor ministrov SE, ko je decembra 1982 osnoval Protokol št. 6 h Konvenciji, ki zadeva odpravo smrtne kazni v mirnem obdobju.²⁵¹ Sodnik de Meyer zato ocenjuje, da bi bila izročitev pritožnika iz ZK v ZDA zakonita le, če bi ZDA podale absolutna zagotovila, da smrtna kazen ne bo izvršena.²⁵²

Toda sodišče je vse do primera *Bader and Others v. Sweden* menilo, da lahko vprašanje nevračanja po 3. členu EKČP sprožijo le okoliščine, ki zadevajo smrtno kazen, ne sme pa se 3. člena razlagati kot splošno prepoved smrtne kazni, saj bi to izničilo celotno besedilo prvega odstavka 2. člena EKČP.²⁵³ V primeru *Bader and Others v. Sweden* je sodišče prvič priznalo tveganje smrtne kazni kot enega od razlogov za prepoved vračanja na podlagi 2. člena EKČP.²⁵⁴ Primer obravnava vrnitev sirske družine, potem ko so ji na Švedskem zavrnilo prošnjo za azil. V zahtevi je oče (prvi vlagatelj) trdil, da je bil v Siriji v odsotnosti obsojen na smrt zaradi sokrivde pri umoru.²⁵⁵ Sodišče je v sodbi zapisalo, da ob pomanjkanju zagotovila, da bo prvi vlagatelj deležen novega sojenja, na katerem smrtna kazen ne bo izrečena, obstaja realna možnost za izvršitev smrtne kazni, zato bi Švedska v primeru vrnitve pritožnika v Sirijo kršila 2. člen EKČP.²⁵⁶ Sodišče je svojo odločitev uprlo na sodbo *Öcalan v. Turkey*, v kateri je odločilo, da se mora smrtna kazen s podpisom Protokola št. 6 h Konvenciji s strani vseh držav članic SE obravnavati kot nesprejemljiva oblika kaznovanja v miru, ki ni prepovedana le na podlagi Protokola št. 6, ampak tudi ni skladna z 2. členom EKČP.²⁵⁷ Pri tem je zanimiva odločitev sodišča v primeru *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, ki je bil

²⁵¹ Danes imamo poleg Protokola št. 6 tudi Protokol št. 13 h Konvenciji, ki ga je Odbor ministrov SE sprejel februarja 2002 in prepoveduje smrtno kazen v vseh okoliščinah.

²⁵² ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, ločeno mnenje sodnika de Meyer.

²⁵³ Ibidem, tč. 103 in 104.

²⁵⁴ Boeles, Pieter; Bruins, Marianne: *Case Reports of the European ...* (2006), str. 376.

²⁵⁵ ESČP, *Bader and Others v. Sweden*, 8. november 2005, Pritožba št. 13284/04.

²⁵⁶ Ibidem, tč. 47 in 48.

²⁵⁷ ESČP, *Öcalan v. Turkey*, 12. maj 2005, Pritožba št. 46221/99, tč. 58 in 59; primer sicer ne obravnava vračanja, ampak splošno prepoved smrtne kazni znotraj države pogodbenice.

zaključen le mesec dni pred sodbo *Öcalan* in šest mesecev pred sodbo *Baber*. Sodišče je menilo, da lahko država pogodbenica, ki ni ratificirala Protokola št. 6 in ni pristopila k Protokolu št. 13, izvrši smrtno kazen v določenih okoliščinah, skladnih z 2. členom EKČP.²⁵⁸ Zaradi kratke časovne razlike med sodbami je nejasno, ali je sodišče s sodbama *Baber* in *Öcalan* spremenilo stališče iz sodbe *Shamayev* in smrtno kazen absolutno prepovedalo, ali pa stališča ni spremenilo in je smrtno kazen v določenih okoliščinah še vedno štelo kot legitimno obliko kaznovanja.²⁵⁹

Nedvoumni odgovor na to vprašanje je sodišče dalo s sodbo v zadevi *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom* (primer iraških državljanov obtoženih vpletenosti v umor dveh britanskih vojakov, zaradi česar so bili izpostavljeni resnemu tveganju izvršitve smrtne kazni z obežanjem), s katero je absolutno prepovedalo smrtno kazen kot nesprejemljivo obliko kaznovanja v vseh okoliščinah.²⁶⁰ V sodbi je sodišče zapisalo, da pred šestdesetimi leti, ko so sestavljali EKČP, smrtna kazen ni bila obravnavana kot kršitev mednarodnih standardov in je bila zato kot izjema vključena v pravico do življenja, vendar je, kot je zapisano v obrazložitvenem poročilu k Protokolu št. 13, prišlo do razvoja v smeri popolne 'de facto' in 'de iure' odprave smrtne kazni v državah članicah SE.²⁶¹ Sodišče je opozorilo, da se je položaj razvil tudi od sodbe *Öcalan* in da so zdaj vse razen dveh držav pogodbenic podpisale Protokol št. 13 in ga vse, razen treh tudi ratificirale.²⁶² To kaže na dejstvo, da se je 2. člen spremenil tako, da prepoveduje smrtno kazen v vseh okoliščinah.²⁶³ Sodišče poleg tega meni, da 2. člen EKČP in 1. člen Protokola št. 13 h Konvenciji vsebujeta prepoved vrnitve posameznika v drugo državo (podobno kot 3. člen EKČP), kadar obstajajo utemeljeni razlogi za tveganje, da bo v primeru vrnitve soočen s tveganjem smrtne kazni.²⁶⁴ Sodišče je s tem jasno povedalo, da 2. člen določa obveznost nevračanja, kadar se ugotovi resna nevarnost smrtne kazni. Sodišče je nato reklo, da je treba smrtno kazen, ki vključuje namerno in naklepno uničenje človeškega življenja s strani državnih organov in povzroča tako telesno bolečino kot intenzivno psihološko trpljenje, šteti za nečloveško in ponižujočo ter kot tako v nasprotju s 3. členom EKČP. Glede na to ugotovitev je sodišče sklenilo, da ni treba posebej odločiti, ali je

²⁵⁸ ESČP, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02, tč. 333.

²⁵⁹ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 347.

²⁶⁰ ESČP, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, 2. marec 2010, Pritožba št. 61498/08.

²⁶¹ Ibidem, tč. 116.

²⁶² Protokol št. 13 je do sodbe *Öcalan v. Turkey* podpisalo 43 držav in ga ratificiralo samo 29 držav.

²⁶³ Ibidem, tč. 120.

²⁶⁴ Ibidem, tč. 123.

prišlo tudi do kršitve pravic toženih strank na podlagi 2. člena EKČP in 1. člena Protokola št. 13.²⁶⁵

Pri tem se zdi nekoliko nenavadno, da sodišče ni sprejelo odločitve o kršitvi 2. člena EKČP in 1. člena Protokola št. 13. Glede na vse, kar je sodišče reklo v zvezi z nevračanjem v okviru 2. člena, ugotovitev kršitve 3. člena nujno pomeni tudi kršitev 2. člena, zato bi bilo primerno, da bi se sodišče izreklo tudi o kršitvi 2. člena EKČP.

Sodišče je s sodbo *Al-Saadoon* doseglo 'izbris' smrtne kazni iz 2. člena EKČP, kar je potrdila tudi Parlamentarna skupščina SE.²⁶⁶

4.2 Pravica do poštenega sojenja

Pritožnik je v primeru *Soering* poleg kršitve 3. člena zatrjeval tudi kršitev 6. člena EKČP. Trdil je, da bo v primeru vrnitve v Virginijo zaradi odsotnosti brezplačne pravne pomoči za vložitev 'habeas corpus' pritožbe pred zveznim sodiščem prikrajšan za zagotavljanje pravnega zastopanja, kot ga nudi točka (c) tretjega odstavka 6. člena EKČP. Sodišče je na ta očitke odgovorilo, da igra pravica do poštenega sojenja v kazenskem postopku, kot jo konkretizira 6. člen, pomembno vlogo v demokratični družbi, zato sodišče ne izključuje možnosti, da bi lahko odločba o vrnitvi v okoliščinah, ko pritožniku grozi očitno tveganje zavrnitve poštenega sojenja v državi prejema izjemoma povzročila vprašanje po 6. členu EKČP.²⁶⁷ Toda sodišče je menilo, da dejstva v primeru ne predstavljajo takega tveganja, zato ni podrobneje analiziralo okoliščin, v katerih bi bila prepoved vračanja na podlagi 6. člena mogoča.

Za odgovor na vprašanje, katere so tiste okoliščine, ki pomenijo 'očitno tveganje zavrnitve poštenega sojenja', moramo pogledati kasnejšo sodno prakso. V zadevi *Einhorn v. France*, ki obravnava izročitev (iz Francije v ZDA) pritožnika, ki je bil v ZDA v odsotnosti obsojen na doživljenjsko zaporno kazen zaradi kaznivega dejanja umora, je sodišče reklo, da bi izročitev pritožnika v ZDA sprožila vprašanje skladnosti s 6. členom, če bi obstajali utemeljeni razlogi

²⁶⁵ Ibidem, tč. 144 in 145.

²⁶⁶ Svet Evrope, Parlamentarna skupščina: *The death penalty in Council of Europe ...* (2011).

²⁶⁷ ESČP, *Soering v. The United Kingdom*, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88, tč. 57 in 113.

za sum, da pritožniku po vrnitvi ne bo zagotovljeno novo sojenje in bi moral služiti kazen, ki so mu jo prisodili v odsotnosti.²⁶⁸

Nato je ESČP v sodbi *Al-Moayad v. Germany*, kjer je obravnavalo izročitev jemenskega terorističnega osumljenca iz Nemčije v ZDA, dodalo, da gre za očitno zanikanje pravičnega sojenja in s tem zavrnitev pravnega varstva v primeru, ko oseba, ki je priprta zaradi suma načrtovanja ali storitve kaznivega dejanja, ne bi imela dostopa do neodvisnega in nepristranskega sodišča, ki bi pregledal zakonitost njenega pridržanja in v primeru neutemeljenega suma sprejel oprostitev.²⁶⁹ Prav tako po mnenju sodišča pomeni očitno zanikanje pravičnega sojenja v smislu 6. člena tudi namerna zavrnitev dostopa do odvetnika, še posebej tedaj, ko je oseba v priporu v tujini.²⁷⁰

ESČP v nobenem od zgoraj omenjenih primerov ni ugotovilo obstoja utemeljenih razlogov za prepričanje, da bo pritožnik trpel tako zanikanje pravičnega sojenja, zato so bile vse zahteve na tej podlagi zavrnjene. Prvi primer, v katerem je ESČP ugotovilo, da bi bil izgon pritožnika v nasprotju s 6. členom EKČP, je *Omar Othman v. The United Kingdom*.²⁷¹ Primer obravnava izročitev jordanskega državljana, ki je med drugim zatrjeval, da mu bo v primeru vrnitve nepošteno sojeno na podlagi dokazov pridobljenih z mučenjem. Sodišče je opozorilo, da še nikoli ni ugotovilo, da bi bil izgon v nasprotju s 6. členom, kar pomeni, da je test '*očitnega zanikanja pravičnega sojenja*' strog preizkus nepravčnosti, ki očitno presega zgolj nepravilnosti ali pomanjkanja zaščitnih ukrepov v postopkih obravnave, ki bi lahko privedli do kršitve 6. člena v državi pogodbenici. Potrebna je kršitev načel poštenega sojenja, ki so tako temeljnega pomena, da privedejo do razveljavitve ali uničenja samega bistva pravice.²⁷²

Pri presoji, ali je ta test izpolnjen, je po mnenju sodišča potrebno uporabiti enak standard in enako dokazno breme kot v primeru izгона na podlagi 3. člena. Pritožnik mora zato predložiti dokaze, ki bi dokazali obstoj utemeljenih razlogov za domnevo, da bo v primeru

²⁶⁸ ESČP, *Einhorn v. France*, 16. oktober 2001, Pritožba št. 71555/01, tč. 33; glej tudi: ESČP, *Bader and Others v. Sweden*, 8. november 2005, Pritožba št. 13284/04.

²⁶⁹ ESČP, *Al-Moayad v. Germany*, 20. februar 2007, Pritožba št. 35865/03, tč. 101, primer obravnava izročitev jemenskega terorističnega osumljenca iz Nemčije v ZDA.

²⁷⁰ Ibidem, tč. 101.

²⁷¹ ESČP, *Omar Othman v. The United Kingdom*, 17. januar 2012, Pritožba št. 8139/09.

²⁷² Ibidem, tč. 260.

vrnitve izpostavljen dejanski nevarnosti očitnega zanikanja pravičnega sojenja. Ko pritožnik predloži te dokaze, je na strani vlade, da o tem odpravi vse dvome.²⁷³

V obravnavanem primeru je sodišče presojalo, (i) ali obstaja resnična nevarnost uporabe dokazov pridobljenih z mučenjem in (ii) če je tako, ali to pomeni očitno odklonitev pravnega varstva.²⁷⁴ ESČP se je strinjalo z angleškim sodiščem za pritožbe, da bi uporaba dokazov pridobljenih z mučenjem pomenila očitno zanikanje pravice. Opiranje na take dokaze bi upravičilo mučenje prič in osumljencev v predkazenskem postopku. Poleg tega so taki dokazi nezanesljivi, saj oseba naredi vse, samo da mučenje preneha. Sodišče je nato ugotovilo, da je uporaba mučenja za pridobitev dokazov v Jordaniji razširjena in da so bili dokazi o vpletenosti pritožnika v teroristično zaroto pridobljeni z mučenjem enega od soobtoženih. Zaradi odsotnosti zadostnega zagotovila Jordanije, da ti dokazi ne bodo uporabljeni, je sodišče sklenilo, da je njegov izgon v Jordanijo zaradi očitnega odrekanja sodnega varstva v nasprotju s 6. členom EKČP.²⁷⁵

S to odločitvijo je sodišče jasno povedalo, da je izvajanje z mučenjem pridobljenih dokazov v očitnem nasprotju ne samo z določbo 6. člena, ampak tudi z najbolj osnovnimi mednarodnimi standardi poštenega sojenja. Celotno sojenje je zaradi uporabe takih dokazov ne le nemoralno in nezakonito, prav tako je povsem nezanesljivo v svojem izidu. Sodišče ne izključuje niti možnosti, da enako velja tudi za dokaze, pridobljene z drugimi oblikami slabega ravnanja nižje intenzivnosti, kot je mučenje.²⁷⁶ Ta sodba predstavlja pomemben mejnik v razvoju pravice do poštenega sojenja in načela nevračanja. Kot pravi sodišče, je sojenje temelj pravne države, zato noben pravni sistem, ki temelji na vladavini prava ne sme dopustiti vstopa dokazov (ne glede na zanesljivost), ki so bili pridobljeni z mučenjem.²⁷⁷

4.3 Pravica do svobode in varnosti

Poleg kršitve 6. člena je sodišče v zadevi *Omar Othman v. The United Kingdom* presojalo tudi, ali se lahko 5. člen uporablja v primeru vračanja.²⁷⁸ Pritožnik je namreč zatrjeval, da bo v primeru vrnitve v Jordanijo pred sojenjem 50 dni priprt v samici. Sodišče je na to vprašanje

²⁷³ Ibidem, tč. 261.

²⁷⁴ Ibidem, tč. 271.

²⁷⁵ Ibidem, tč. 272-285.

²⁷⁶ Ibidem, tč. 267.

²⁷⁷ McCarthy, Conor: *Diplomatic Assurances, Torture and Extradition: The Case of Othman ... (2012)*.

²⁷⁸ ESČP, *Omar Othman v. The United Kingdom*, 17. januar 2012, Pritožba št. 8139/09, tč. 231.

odgovorilo, da čeprav v zadevi *Tomic*²⁷⁹ ni bilo prepričano, ali se lahko posameznik v primeru izгона sklicuje tudi na 5. člen EKČP, bi bilo nelogično, če bi se oseba, ki ji v državi vrnitve grozi zapor zaradi očitno nepoštenega sojenja, lahko sklicevala na načelo nevračanja na podlagi 6. člena, medtem ko se oseba, ki ji grozi zapor brez kakršnegakoli sojenja, ne bi mogla sklicevati na načelo nevračanja na podlagi 5. člena EKČP. Prav tako bi bilo nesmiselno, če se oseba ne bi smela sklicevati na 5. člen, da prepreči vrnitev, v primeru ko je bila v državi vrnitve že obsojena na podlagi nepoštenega sojenja in ne bi bilo nobene možnosti ponovitve kazenskega postopka ter bi bilo očitno, da bo po vrnitvi v to državo tam prestajala zaporno kazen.²⁸⁰ Sodišče tako meni, da bi država pogodbenica kršila 5. člen EKČP, če bi vrnila osebo v državo, kjer bi obstajalo resno tveganje za očitno kršitev tega člena.²⁸¹

Sodišče sicer v primeru *Othman* ni ugotovilo kršitve 5. člena EKČP, je pa na podlagi te sodbe ugotovilo kršitev tega člena v primeru *El-Masri v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*.²⁸² Primer obravnava pritožbo nemškega državljana libanonskega porekla, ki je bil žrtev 'izredne oziroma skrivne izročitve' tajnim agentom CIA.²⁸³ Pritožnika so leta 2003 v Makedoniji aretirali zaradi suma vpletenosti v teroristično organizacijo, najprej so ga za 23 dni zaprli in trpinčili v hotelu v Skopju, nato pa so ga predali tajnim agentom CIA, ki so ga prepeljali v Afganistan, kjer so ga trpinčili še več kot štiri mesece. Ves ta čas so ignorirali njegove prošnje za srečanje s predstavniki nemške vlade. Maja 2004 so ga oklenjenega in z zavezanimi očmi preko Albanije vrnil v Nemčijo.²⁸⁴

Sodišče je v obrazložitvi najprej opozorilo na posebnosti pri dokaznem bremenu v primerih 'izginotja'. V teh primerih lahko, kljub pomanjkanju dokazov o uradnem pridržanju, ugotovimo, da je državni organ uradno povabil osebo naj vstopi v prostor pod njegovim nadzorom in da je od takrat naprej ni bilo več videti. V takih okoliščinah po mnenju sodišča

²⁷⁹ ESČP, *Tomic v. The United Kingdom*, 14. oktober 2003, Pritožba št. 17837/03, sodišče je menilo, da je manj jasno, ali lahko možnost samovoljnega pridržanja sproži vprašanje kršitve 5. člena v primeru vračanja.

²⁸⁰ ESČP, *Omar Othman v. The United Kingdom*, 17. januar 2012, Pritožba št. 8139/09, tč. 232.

²⁸¹ Ibidem, tč. 233.

²⁸² ESČP, *El-Masri v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13. december 2012, Pritožba št. 9630/09.

²⁸³ V sodbi *Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom* (tč. 113) je sodišče sprejelo opredelitev pojma 'izredna izročitev', kot jo uporablja Obveščevalno-varnostni odbor Združenega kraljestva ter pomeni: 'izvensodno premestitev osebe iz ene sodne pristojnosti ali države v drugo, za namen pridržanja in zasliševanja zunaj normalnega pravnega sistema, kjer obstaja realna nevarnost mučenja ali krutega, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja'.

²⁸⁴ ESČP, *El-Masri v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13. december 2012, Pritožba št. 9630/09, tč. 16-36.

preide dokazno breme iz pritožnika na toženo vlado, ki mora zagotoviti verodostojna in prepričljiva pojasnila o tem, kaj se je zgodilo na samem kraju ter dokazati, da zadevne osebe niso zadržali, ampak je lahko prostovoljno zapustila prostore.²⁸⁵ Sodišče je nato ugotovilo, da je bila zgodba pritožnika podana zelo natančno, specifično in dosledno ter da njegove trditve podpira velika količina posrednih dokazov, pridobljenih z mednarodnimi poizvedbami in preiskavo, opravljeno s strani nemških organov.²⁸⁶ Ob upoštevanju teh dokazov je sodišče odločilo, da preide dokazno breme na toženo vlado, ki pa ni dala zadovoljivega in prepričljivega pojasnila o tem, kako so se dogodki odvijali, zato je sodišče ugotovilo, da so trditve pritožnika dokazane s stopnjo prepričljivosti '*onkraj razumnega dvoma*'.²⁸⁷

Sodišče je naprej v sodbi ugotovilo več kršitev določb konvencije,²⁸⁸ toda za razvoj načela nevračanja je bistvena ugotovitev sodišča, da so makedonske oblasti s predajo pritožnika organom ZDA le tega izpostavile očitnemu tveganju kršitev pravic zapisanih v 5. členu EKČP. V zvezi s tem je sodišče opozorilo, da 5. člen EKČP določa obveznost države, da se vzdrži tako aktivnih kot pasivnih kršitev pravic, zapisanih v tem členu. Makedonske oblasti so, kljub dejstvu, da so vedele oziroma bi morale vedeti, kakšne bodo posledice izročitve, predale pritožnika agentom CIE in s tem omogočile njegovo nadaljnje arbitrarno pridržanje v Afganistanu. Sodišče je zaradi tega odločilo, da je Makedonija odgovorna za kršitev 5. člena EKČP za celotni čas pridržanja pritožnika v Afganistanu.²⁸⁹ S to sodbo je sodišče priznalo prepoved samovoljnega odvzema prostosti kot eno od temeljnih vrednot demokratične družbe.

4.4 Ostale pravice

Sodišče ne izključuje možnosti, da implicitno prepoved vračanja vsebujejo tudi druge določbe, zlasti 8. in 9. člen EKČP.²⁹⁰ Pri tem moramo upoštevati omejitve, na katero je sodišče opozorilo v primeru *F. v. The United Kingdom*.²⁹¹ Primer obravnava vrnitev pritožnika v Iran, kjer bo, kot je trdil, zaradi prepovedi homoseksualnosti kršena njegova pravica do

²⁸⁵ Ibidem, tč. 153.

²⁸⁶ Ibidem, tč. 156 in 157.

²⁸⁷ Ibidem, tč. 165, 166 in 167.

²⁸⁸ Sodišče je ugotovilo kršitev 3., 5., 8. in 13. člena EKČP.

²⁸⁹ ESČP, *El-Masri v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13. december 2012, Pritožba št. 9630/09, tč. 238 in 239.

²⁹⁰ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 351.

²⁹¹ ESČP, *F. v. United Kingdom*, 22. junij 2004, Pritožba št. 17341/03 (tožba o dopustnosti).

spoštovanja zasebnega in družinskega življenja (8. člen EKČP). Sodišče je menilo, da čeprav imajo v Iranu prepoved homoseksualnih razmerij, kar bi se v državi pogodbenici štelo za kršitev 8. člena, to ni dovolj za prepoved vračanja. Po mnenju sodišča bi morala biti moralna celovitost osebe bistveno prizadeta, da bi se vzpostavila odgovornost nevračanja v okviru 8. člena. Nemogoče bi bilo namreč zahtevati od države pogodbenice, da vrne osebo samo v državo, ki v celoti in učinkovito zagotavlja vse pravice in svoboščine določene v konvenciji.²⁹²

Podobno odločitev je sodišče sprejelo tudi v primeru *Z. and T. v. The United Kingdom* glede potencialne kršitve pravice do svobode vesti, mišljenja in vere. Primer obravnava vrnitev dveh kristjanov v Pakistan, kjer ne bosta smela javno izražati svoje vere. Sodišče sicer ni zavrnilo možnosti, da se lahko odgovornost nevračanja v izjemnih okoliščinah ustvari tudi na podlagi 9. člena, ko bi osebi grozilo resnično tveganje grobe kršitve tega člena v državi vrnitve, toda po mnenju sodišča si je težko predstavljati primer, v katerem bi imeli očitno kršitev 9. člena, brez kršitve 3. člena EKČP.²⁹³

Ob tem den Heijer ugotavlja, da čeprav se zdi, da si je sodišče pustilo odprta vrata za sprejem prepovedi vračanja tudi na podlagi drugih določb EKČP, je v resnici težko pričakovati sodbo, v kateri bo sodišče ugotovilo dovolj grobo kršitev na primer 8. ali 9. člena EKČP za vzpostavitev odgovornosti nevračanja, pa hkrati ne bo ugotovilo kršitve 3. člena EKČP.²⁹⁴

²⁹² Ibidem.

²⁹³ ESČP, *Z. and T. v United Kingdom*, 28. februar 2006, Pritožba št. 27034/05, (tožba o dopustnosti).

²⁹⁴ Den Heijer, Maarten: *Whose Rights and Which Rights ...* (2008), str. 314.

5 OBVEZNOSTI DRŽAVE

Prepoved vračanja, kot je razvita na podlagi EKČP je samostojna norma, ki varuje osebe znotraj pristojnosti države pogodbenice pred tveganjem kršitve temeljnih človekovih pravic, zato je na državi, da zagotovi učinkovito varstvo osebi, za katero ugotovi, da je upravičena do zaščite pred vračanjem.²⁹⁵

5.1 Prepoved vračanja

Glavna obveznost države je, da se vzdrži odstranitve osebe v državo, kjer bo izpostavljena resničnemu tveganju kršitve človekovih pravic. Gre za omejitev pravice države do nadzora vstopa, bivanja in izгона tujcev, ter zajema vse oblike prisilne odstranitve osebe iz države, vključno z izgonom tujca, izročitvijo v kazenskih postopkih in posrednim ali verižnim vračanjem.²⁹⁶

V primeru *Ahmed v. Austria* je sodišče reklo, da prepoved prisilne odstranitve osebe traja dokler obstajajo utemeljeni razlogi, da bo oseba v primeru vrnitve izpostavljena resničnemu tveganju kršitve 3. člena EKČP.²⁹⁷ Kar posledično pomeni, da lahko država osebo vrne, ko se razmere v državi vrnitve izboljšajo do te mere, da resnično tveganje preneha.²⁹⁸

Države med seboj pogosto sklepajo bilateralne pogodbe o izročitvi oseb oziroma o predaji pobeglih storilcev kaznivih dejanj, zaradi tega lahko pride do konflikta med pogodbenimi obveznostmi, ko izročitvena pogodba zavezuje državo, da posameznika izroči, medtem ko ji prepoved vračanja pa podlagi EKČP to prepoveduje. Glede tega je sodišče v sodbi *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom* reklo, da država pogodbenica EKČP ne sme skleniti pogodbe z drugo državo, če je ta v nasprotju z obveznostmi konvencije.²⁹⁹ To je nato ponovilo tudi v sodbi *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Sodišče je menilo, da čeprav sporazum med Italijo in Libijo določa vrnitev na morju prestreženih migrantov v Libijo, to ne izniči

²⁹⁵ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 315.

²⁹⁶ Ibidem, str. 317.

²⁹⁷ ESČP, *Ahmed v. Austria*, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94, tč. 47.

²⁹⁸ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 318.

²⁹⁹ ESČP, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, 2. marec 2010, Pritožba št. 61498/08, tč. 138.

obveznosti države iz EKČP.³⁰⁰ Sodišče je s tem opozorilo na resnost posledic, ki bi jih potencialna vrnitev imela za posameznika in poudarilo absolutnost prepovedi vračanja.³⁰¹

Obveznost nevračanja prepoveduje ne le vrnitev osebe v državo, kjer obstaja resna nevarnost, da bo izpostavljena kršitvam temeljnih pravic, temveč tudi vrnitev v tretjo državo, iz katere bo nato vrnjena v državo, v kateri se sooča z utemeljenim tveganjem kršitve. V primeru *T. I. v. The United Kingdom*, ki obravnava možnost vrnitve pritožnika iz ZK preko Nemčije na Šrilanko je sodišče reklo, da posredna predaja osebe drugi državi (Nemčiji) ne zmanjša odgovornosti ZK, da osebi zagotovi ustrezno zaščito pred vračanjem.³⁰² V primeru *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* je sodišče to ponovilo in reklo, da mora država, ki osebo predaja državi posrednici pridobiti ustrezna jamstva, da po predaji ta oseba ne bo vrnjena v državo, v kateri ji grozi tveganje kršitve 3. člena. Hkrati pa je sodišče dodalo, da je ta obveznost še toliko bolj pomembna, kadar država posrednica ni pogodbenica EKČP.³⁰³

Iz tega sledi, da je treba v vsakem primeru, ne glede na to, ali je država posrednica pogodbenica EKČP ali ne, posebej ugotoviti skladnost predaje s 3. členom EKČP.³⁰⁴ Pri tem pa moramo upoštevati tako stanje v državi posrednici, kot tudi obstoj pravnih varovalk pred nedovoljeno vrnitvijo.³⁰⁵

5.2 Obveznost zagotoviti procesna jamstva

Prepoved vračanja pomeni tudi, da mora država vsaki osebi, ki sodi v njeno pristojnost in išče zaščito pred vračanjem oziroma opozori na nevarnost v primeru vrnitve, omogočiti individualno presojo njenega zahtevka. Država ne sme uvesti nobenih stvarnih ali pravnih omejitev za dostop do začetka postopka. To vključuje zavrnitev dostopa do postopka zaradi pomanjkanja ustrezne dokumentacije, kot je vizuma, potnega lista ali osebne izkaznice.³⁰⁶

Poleg tega je sodišče v zadevi *Jabari v. Turkey* reklo, da tudi časovni roki ne smejo biti prekratki in neprilagodljivi ter da mora imeti oseba realno možnost, da dokaže svojo

³⁰⁰ ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09, tč. 129.

³⁰¹ Moreno-Lax, Violeta: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or ...* (2012), str. 11.

³⁰² ESČP, *T. I. v. The United Kingdom*, 7. marec 2000, Pritožba št. 43844/98 (odločitev o dopustnosti).

³⁰³ ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09, tč. 129.

³⁰⁴ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 322.

³⁰⁵ Moreno-Lax, Violeta: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or ...* (2012), str. 12; glej tudi: ESČP, *M. S. S. v. Belgium and Greece*, 21. januar 2011, Pritožba št. 30696/06, tč. 286-298.

³⁰⁶ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 330.

trditev.³⁰⁷ Po mnenju sodišča je avtomatična in mehanična uporaba rokov za oddajo prošnje za azil v nasprotju z varstvom temeljnih vrednot zajetih v 3. členu EKČP.³⁰⁸

Podobno je v primeru, ko se država sooča z množičnim prihodom prosilcev za azil. Država ne sme vrniti tujcev kot skupine, brez ocene položaja vsake osebe posebej, vsaki osebi mora dati priložnost, da predstavi svoje argumente proti njeni odstranitvi.³⁰⁹ To je sodišče potrdilo v primeru *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ko je Italija izvedla vrnitev prebeglih migrantov v Libijo brez kakršnegakoli formalnega postopka.³¹⁰ Po mnenju sodišča, vojaško osebje na krovu italijanske vojne ladje ni bilo ustrezno usposobljeno za vodenje individualnih pogovorov, prav tako ni imelo pomoči pravnih svetovalcev ali tolmačev, ki bi lahko pripomogli k preverbi posebnih okoliščin.³¹¹ Sodišče je zato odločilo, da je Italija kršila obveznosti EKČP, ker tem osebam ni zagotovila individualnega pregleda posameznih okoliščin. Ker pa je bila v tem primeru predaja pritožnikov kolektivne narave, je sodišče sklenilo, da je Italija kršila 4. člen Protokola št. 4 h Konvenciji, ki prepoveduje skupinski izgon tujcev.³¹²

Poleg individualne obravnave mora biti prosilcu za zaščito zagotovljena tudi možnost, da lahko v primeru, ko z odločitvijo o njegovi vrnitvi ni zadovoljen, to odločitev izpodbija pred instančnim organom.³¹³ Sodišče je v primeru *Jabari v. Turkey* menilo, da mora glede na nepopravljivo škodo, do katere pride, če se zatrjevana nevarnost mučenja ali slabega ravnanja uresniči, prosilec za zaščito imeti dostop do učinkovitega pravnega sredstva kot ga predpisuje 13. člen EKČP.³¹⁴ Država mora zagotoviti neodvisen in strog pregled odločitve o vrnitvi, kadar obstajajo tehtni razlogi za realno tveganje kršitve 3. člena, ter možnost, da zadrži izvajanje spornega akta.³¹⁵ Sodišče pa ne določa nobenih omejitev glede vrste organa, ki pregleduje odločitev prve stopnje; to je lahko sodni, parasodni ali upravni organ, edina zahteva je, da je nepristranski in neodvisen od prvotne odločitve.³¹⁶

³⁰⁷ ESČP, *Jabari v. Turkey*, 11. julij 2000, Pritožba št. 40035/98, tč. 40.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ Moreno Lax, Violeta: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or ...* (2012), str. 16.

³¹⁰ ESČP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/65/09.

³¹¹ Ibidem, tč. 185.

³¹² Ibidem, tč. 186.

³¹³ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 358.

³¹⁴ ESČP, *Jabari v. Turkey*, 11. julij 2000, Pritožba št. 40035/98, tč. 50.

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 359.

5.3 Obveznost ureditve statusa

Logična posledica prepovedi vrnitve bi bila, da bi morala država osebi dovoliti vstop in tolerirati njeno prisotnost na državnem ozemlju. Vendar obveznost države, da taki osebi zagotovi dovoljenje za prebivanje (kakršnekoli oblike ali vrste), po mnenje sodišča ne izhaja iz nobene določbe EKČP.³¹⁷ Na primer sodišče je v zadevi *Alimzhanova and Lisikov v. Sweden* reklo, da konvencija ne zagotavlja pravice do azila ali statusa begunca, temveč zgolj prepoveduje izgon osebe v državo, kjer je lahko izpostavljena ravnanju v nasprotju s 3. členom EKČP.³¹⁸ Enako je sodišče odločilo v primeru *Bonger v. Netherlands*, v katerem je pritožnik trdil da mu, čeprav iz Nizozemske ne bo izgnan, ta ne bo zagotovila dovoljenja za prebivanje in mu bo s tem onemogočila, da postane polnopraven član nizozemske družbe.³¹⁹ Sodišče je menilo, da niti 3. člen niti katerakoli druga določba konvencije in njenih protokolov ne zagotavlja pravice do dovoljenja za prebivanje in je pritožbo zavrnilo.³²⁰

Številni opozarjajo, da so osebe zaradi neurejenosti statusa prisiljene v brezdomstvo, prosjačenje in prostitucijo, s čimer so izpostavljene nadaljnjemu tveganju nasilja in izkoriščanja.³²¹ To pa ogroža tudi absolutni pomen prepovedi vračanja, saj so se osebe zaradi neurejenega statusa prisiljene vrniti oziroma oditi drugam.³²² Največji problem predstavljajo osebe, ki se ne morejo vrniti v državo na podlagi načela nevračanja, hkrati pa ne izpolnjujejo pogojev za podelitev statusa begunca ali subsidiarne zaščite, na primer na podlagi ŽK-1951 ali zakonodaje EU.³²³ Ureditev statusa teh oseb je prepuščena nacionalni zakonodaji, ki zaradi finančnega bremena raje podeljuje statuse z manjšim paketom pravic, kar pa znižuje standard zaščite. Posledice tega so socialna izključenost, skrajna revščina in brezdomstvo.³²⁴ Wouters ob tem opozarja, da lahko takšno stanje ob odsotnosti regulacije s strani ESČP privede do nevzdržne situacije, še posebej v primerih, ko se oseba dalj časa ne more vrniti.³²⁵ Sodišče bi zato moralo osebam, ki se zaradi načela nevračanja ne morejo vrniti, zagotoviti vsaj minimalne pravice, ki omogočajo človekovo dostojanstvo. To lahko sodišče stori na

³¹⁷ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 325.

³¹⁸ ESČP, *Alimzhanova and Lisikov v. Sweden*, 24. avgust 1999, Pritožba št. 38821/97, (tožba o dopustnosti).

³¹⁹ ESČP, *Bonger v. Netherlands*, 15. september 2005, Pritožba št. 10154/04, (tožba o dopustnosti).

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Na primer: Morris, Nigel: *Refugees are forced into destitution' in Britain because ...* (2012).

³²² Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 29.

³²³ Ibidem, str. 326.

³²⁴ Pestana Máximo, Inês: *Tolerated stay - what protection does it give?* (2012).

³²⁵ Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 570.

podlagi dejstva, da je država skladno s 1. členom EKČP dolžna jamčiti pravice in svoboščine EKČP vsem, ki sodijo v njeno pristojnost, tudi tujcem (razen kadar je izjema nujna v demokratični družbi), in človekovega dostojanstva, ki je neodtujljiva pravica vsakogar. S tem bi se osebi zagotovila učinkovitejša zaščita in poudaril bi se pomen absolutnosti prepovedi vračanja.³²⁶

Problema neurejenega statusa se zaveda tudi Parlamentarna skupščina SE, ki je v Priporočilu 1917 menila, da je bil SE ustanovljen predvsem za zaščito pravic vseh ljudi v Evropi, vključno z migranti, begunci, prosilci za azil in razseljenimi osebami, ki predstavljajo eno najbolj ranljivih skupin ljudi v Evropi, zato obstaja potreba ne le po krepitvi njihovih pravic, ampak tudi po zagotovitvi teh pravic v praksi.³²⁷ Parlamentarna skupščina zato Odboru ministrov predlaga naj sprejme dolgoročno strategijo na področju migracij in azila v Evropi, katere prednostne naloge naj bodo: vključitev pravice do azila v EKČP; revizija Evropske socialne listine, tako da bodo minimalne pravice, ki zagotavljajo človeško dostojanstvo zagotovljene tudi nezakonitim priseljencem; nadaljnji razvoj standardov in smernic za vključevanje migrantov v evropsko družbo; določitev skupnih standardov za zagotovitev minimalnih pravic za nezakonite migrante in zagotavljanje strategij za obravnavo nezakonitih priseljencev, ki se ne morejo vrniti; sprejem smernic glede načela nevračanja v luči naraščajočega števila primerov v zvezi z vračanjem pred ESČP in težav, povezanih z intervencijami na morju in še nekatere.³²⁸ Vse to so nujni ukrepi, s katerimi bi se zagotovila učinkovita zaščita ne le osebam, ki potrebujejo zaščito pred vračanjem, temveč vsem migrantom. Toda vprašanje je, kdaj bo Odbor ministrov sprejel predlagane ukrepe. Prosilci za zaščito namreč državam predstavljajo predvsem finančno breme, zato se jim želijo izogniti, še posebej sedaj v času gospodarske negotovosti v Evropi.

³²⁶ Lambert, Helene: *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees ...* (2005), str. 50 in 51 in Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal ...* (2009), str. 570.

³²⁷ Parlamentarna skupščina SE: Priporočilo 1917: *Migranti in begunci: Stalen izziv za SE* (2010), tč. 2 in 3.

³²⁸ Ibidem, tč. 12.

6 SKLEP

V diplomski nalogi sem predstavila analizo Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter prakse Evropskega sodišča za človekove pravice v zvezi z načelom nevračanja.

Glavni namen načela je prepoved vrnitve osebe v državo, kjer obstaja realno tveganje, da bo izpostavljena mučenju ali nečloveškemu in ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju, zato je bilo prvo vprašanje, na katerega je moralo sodišče odgovoriti, ali odgovornost pade na državo pogodbenico, kljub temu da bo potencialna kršitev nastala na ozemlju druge države. Sodišče je odgovorilo, da je država odgovorna za spoštovanje v konvenciji navedenih pravic vedno, kadar obstaja vzročna zveza med njenimi dejanji in škodnim ravnanjem. Država z izdajo odločbe o vrnitvi neposredno vpliva na položaj posameznika, zato se hkrati z izdajo odločbe konkretizira obveznost države, da osebe ne vrne, če obstaja resno tveganje za kršitev 3. člena EKČP.

EKČP ne vsebuje izrecne prepovedi vračanja, kot jo na primer ŽK-1951, ampak vsebuje le generalno klavzulo o prepovedi mučenja ali nečloveškega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja, zato je bilo drugo vprašanje, ali bi sodišče z uporabo načela nevračanja neutemeljeno širilo svoje pristojnosti. Sodišče se je na to vprašanje odzvalo s pojasnilom, da je EKČP '*living instrument*', ki ga je treba razlagati glede na družbene spremembe in sodobne navade ter poudarilo, da morata biti razlaga in uporaba določb EKČP takšni, da praktično in učinkovito zagotovita vrednote demokratične družbe. Zaradi tega bi bila izročitev v danih okoliščinah, kljub temu da ni izrecno navedena v besedilu 3. člena, v nasprotju z duhom in namenom tega člena.

EKČP običajno ne presoja, ali ravnanje, ki mu bo posameznik potencialno izpostavljen, pomeni kršitev 3. člena EKČP. Vsak primer, ki pride pred sodišče je namreč edinstven in zato je nemogoče napraviti seznam vseh ravnanj, ki lahko sprožijo prepoved vračanja. Kljub temu lahko primere razvrstimo v pet skupin glede na razloge, zaradi katerih oseba zaprosi za zaščito pred vračanjem: (i) sodelovanje v politični opoziciji, (ii) telesno kaznovanje, (iii) okoliščine povezane s smrtno kaznijo, (iv) kršitev s strani tretje osebe in (v) kršitev socialno-ekonomskih pravic. Pri analizi sodb ugotovimo, da gre sodišče v smeri širjenja definicije mučenja ali nečloveškega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja, s tem pa širi tudi

zaščito pred vračanjem. Na primer v sodbi *Chanal v. The United Kingdom* je priznalo zaščito pred vračanjem le visokim predstavnikom opozicijske stranke, medtem ko jo je pet let kasneje v sodbi *Hilal v. The United Kingdom* priznalo tudi rednim članom opozicije. V sodbi *Soering v. The United Kingdom* je ESČP menilo, da lahko le okoliščine, ki zadevajo smrtno kazen sprožijo vprašanje nevračanja, osem let kasneje v sodbi *Bader and Others v. Sweden* pa je odločilo, da je že samo tveganje smrtne kazni dovolj za prepoved vračanja. V sodbi *H. L. R. v. France* je ESČP sprejelo, da se lahko 3. člen uporabi tudi, ko škodno ravnanje izvira od posameznikov ali skupin, ki niso pod pristojnostjo države. Dokazati je treba le, da je tveganje resnično in da država ni sposobna zagotoviti ustrezne zaščite. Edino področje, kjer sodišče uporablja izjemno stroga merila za uporabo načela nevračanja je v primeru poslabšanja ekonomsko-socialnih pravic. Sodišče je do danes ugotovilo kršitev 3. člena zaradi poslabšanja zdravstvenega stanja pritožnika le v primeru *D. v. The United Kingdom*.

Da sodišče lahko prepove vračanje, mora biti izpolnjen test utemeljenega tveganja, ki dokazuje, da osebi v primeru vrnitve grozi resnično tveganje izpostavljenosti mučenju ali nečloveškemu in ponižujočemu ravnanju ali kaznovanju. V vsakem primeru posebej moramo analizirati vse okoliščine, tako splošne razmere v državi prejemnici, kot tudi osebne okoliščine pritožnika in oceniti, ali obstajajo utemeljeni razlogi za sum, da osebi v primeru vrnitve grozi resnično tveganje izpostavljenosti s 3. členom EKČP prepovedanemu ravnanju.

Pritožniku ni treba dokazati, da bo do kršitve zagotovo prišlo, dovolj je da dokaže obstoj resničnega, osebnega in predvidljivega tveganja. Sodišče običajno zahteva dokazni standard '*utemeljeni razlogi*'. Pri tem menim, da bi bil višji dokazni standard '*onkraj razumnega dvoma*', ki ga je sodišče do sedaj uporabilo le v dveh primerih, neupravičen. Razloga za to sta neravnovesje moči med državo in posameznikom ter dejstvo, da imamo veliko držav, ki so znane po zlorabah sodnega sistema.

Ko primer pride pred ESČP je dokazno breme najprej na pritožniku, ki mora predložiti dokaze za obstoj utemeljenih razlogov, ko to stori, pa je država tista, ki mora dokazati upravičenost odločitve o vrnitvi. Sodišče pri tem države opozarja na uporabo diplomatskih zagotovil, saj meni, da diplomatska zagotovila sama po sebi niso dovolj za zagotovitev ustrezne zaščite pred tveganjem slabega ravnanja, posebno kadar zanesljivi viri poročajo o ravnanjih države prejemnice, ki so v očitnem nasprotju z načeli konvencije. Pri presoji tega dokaznega gradiva

sodišče ni vezano na nobena formalna pravila. Za preizkus kredibilnosti zahtevka in verodostojnosti predloženih dokazov upošteva celovitost in doslednost navajanja dokazov ter preveri vse navedene podrobnosti. Pri pridobivanju dokazil upošteva tudi zamude, vendar mora predlagatelj dokaza navesti pojasnilo za zamudo, saj pomanjkanje le-tega vzbudi sum o pristnosti dokaza. Lahko pa sodišče dokaze zbira tudi na lastno pobudo, na primer v okviru misije za ugotavljanje dejstev.

Za trenutek ocene tveganja v primeru, ko oseba še ni bila vrnjena, sodišče upošteva trenutek obravnavanja primera pred sodiščem. Če pa je bila oseba že vrnjena, upošteva trenutek dejanske vrnitve, tako obstoj tveganja presoja glede na dejstva, ki so bila državi pošiljateljici znana oziroma bi morala biti znana v trenutku vrnitve. Ob tem menim, da bi bilo pravilneje, če bi sodišče upoštevalo tudi trenutek, v katerem je bila odločitev o vrnitvi izdana, saj sprememba okoliščin v državi prejemnici, zaradi katerih vrnitev ni več prepovedana, ne spremeni dejstva, da je država v trenutku izdaje odločbe o vrnitvi kršila obveznosti EKČP.

Za razliko od ŽK-1951, je načelo nevračanja v okviru EKČP absolutno varovano, kar pomeni, da ne dovoljuje nobenih izjem in je neodvisno od prispevka posameznika. Sodišče tega mnenja ni spremenilo niti po terorističnih napadih v ZDA leta 2001 in povečanju števila terorističnih groženj po svetu, ko so to zahtevale vlade držav SE. Čeprav sodišče razume težave držav pri zagotavljanju varnosti svojim državljanov zaradi terorističnega nasilja in ne podcenjuje obsega nevarnosti terorizma, vseeno meni, da to ne more postaviti pod vprašaj absolutne narave 3. člena EKČP.

Sodišče je sicer bolj naklonjeno presoji nevračanja po 3. členu, toda v zadnjih nekaj letih je priznalo obstoj prepovedi nevračanja tudi v okviru 2., 5. in 6. člena EKČP. V primeru *Bader and Others v. Sweden* je sodišče prvič priznalo tveganje smrtne kazni kot enega od razlogov za prepoved vračanja na podlagi 2. člena EKČP. V primeru *Omar Othman v. The United Kingdom* je uporabo z mučenjem pridobljenih dokazov označilo kot očitno zanikanje pravice do poštenega sojenja in zaradi tega prepovedalo vrnitev pritožnika. V primeru *El-Masri v. The former Yugoslav Republic of Macedonia* je sodišče ugotovilo, da je Makedonija s predajo pritožnika tajnim agentom CIA tega izpostavila očitnemu tveganju kršitev pravic zapisanih v 5. členu EKČP. Sodišče pa ne izključuje možnosti, da implicitno prepoved vračanja vsebujejo tudi druge določbe, zlasti 8. in 9. člen EKČP.

Glavna obveznost, ki izhaja iz prepovedi vračanja je, da se država vzdrži odstranitve osebe v državo, kjer bo izpostavljena resničnemu tveganju kršitve človekovih pravic. To zajema vse oblike prisilne odstranitve osebe iz države, vključno z izgonom tujca, izročitvijo v kazenskih postopkih in posrednim ali verižnim vračanjem. Prepoved vračanja pomeni tudi, da mora država vsaki osebi, ki sodi v njeno pristojnost in išče zaščito pred vračanjem oziroma opozori na nevarnost v primeru vrnitve, omogočiti individualno presojo njenega zahtevka in ji v primeru, ko s to odločitvijo ni zadovoljna, nuditi možnost pritožbe. Logična posledica prepovedi vrnitve osebe bi bila tudi, da bi morala država tolerirati prisotnost osebe na svojem ozemlju, vendar zaščita pred vračanjem ne vsebuje avtomatično tudi pravice do ureditve statusa. Kljub temu menim, da bi moralo sodišče osebam, ki se zaradi načela nevračanja ne morejo vrniti, zagotoviti vsaj minimalne pravice, ki omogočajo človekovo dostojanstvo. S tem bi se povečala učinkovitost zaščite pred vračanjem, in poudaril pomen absolutnosti prepovedi.

Za konec naj poudarim, da je namen konvencije spoštovanje pravne države, katere cilj je varstvo in nadaljnji razvoj človekovih pravic in temeljnih svoboščin. To pa je nezdržljivo z možnostjo izročitve ali izгона osebe, za katero obstaja utemeljeno tveganje za kršitev temeljnih vrednot demokratične družbe.

7 LITERATURA IN VIRI

7.1 Knjige

1. Clayton, Gina: *Immigration and Asylum Law (2nd Edition)*, Oxford University Press Inc., New York 2006.
2. Clements, Luke; Mole, Nuala; Simmons, Alan: *European Human Rights - Taking a Case under the Convention (2nd Edition)*, Sweet&Maxwell, London 1999.
3. Cooper, John: *Cruelty-an Analysis of Article 3*, Sweet&Maxwell, London 2003.
4. Gomien, Donna: *Kratek vodič po Evropski konvenciji o človekovih pravicah*, Ministrstvo za pravosodje, Ljubljana 2009.
5. Goodvin-Gill, Guy S.; McAdam, Jane: *The Refugee in International Law (3rd Editon)*, Oxford University Press Inc., New York 2007.
6. Janis, Mark W.; Kay, Richard S.; Bradley, Anthony W.: *European Human Rights Law, Text and Materials (3rd Editon)*, Oxford University Press Inc., New York 2008.
7. Lazarova Trajkovska, Mirjana: *Pilot judgments procedure before the European Court of Human Rights*, disertacija, Pravna fakulteta, Ljubljana 2012.
8. Mole, Nuala; Meredith, Catherine: *Asylum and the European Convention on Human Rights (Human rights files, No. 9)*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2010.
9. McAdam, Jane: *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press Inc., New York 2007.
10. Ovey, Clare; White, Robin C.A.: *The European Convention on Human Rights (5th Editon)*, Oxford University Press Inc., New York 2010.
11. Pavčnik, Marjan: *Teorija prava (3. izdaja)*, GV Založba, Ljubljana 2007.
12. Ribičič, Ciril: *Evropsko pravo človekovih pravic: izbrana poglavja*, Pravna fakulteta, Ljubljana 2007.
13. Wouters, Cornelis Wolfram: *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia Publishers, Antwerpen 2009.

7.2 Članki

1. Boeles, Pieter; Bruins, Marianne: *Case Reports of the European Court of Human Rights*, v: *European Journal of Migration and Law*, Vol. 8, No. 3/4, Leiden 2006, str. 357-377.
2. Bruin, Rene; Wouters Kees: *Terrorism and Non-Derogability on Non-Refoulement*, v: *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15, No. 1, Oxford University Press Inc. 2003, str. 5-29.

3. Den Heijer, Maarten: *Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights*, v: *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, No. 3, Leiden 2008, str. 277-314.
4. Battjes, Hemme: *Landmarks: Soering's Legacy*, *Amsterdam Law Forum*, Vol. 1, No. 1, 26. september 2008.
5. Moreno-Lax, Violeta: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, *Human Rights Law Review*, 4. oktober 2012.
6. Van Zyl Smit, Dirk: *Outlawing Irreducible Life Sentences: Europe on the Brink?*, *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 23, No. 1, oktober 2010, str. 39-48.
7. Vedsted-Hansen, Jens: *The European Convention on Human Rights, Counter-Terrorism, and Refugee protection*, v: *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 29, No. 4, UNHCR 2011, str. 45-62.

7.3 Pravni viri

1. Direktiva Sveta 2004/83/ES z dne 29. aprila 2004 o minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebujejo mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite.
2. Direktiva 2008/115/ES z dne 16. december 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav.
3. Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, sprejel Odbor ministrov Sveta Evrope, 4. november 1950, Ur.l. RS (13.6.1994) MP, št. 7-41/1994 (RS 33/1994), spremenjena in dopolnjena s Protokoloma št. 11 in 14.
4. Institut de Droit International, *Resolution: Asylum in Public International Law (excluding neutral asylum)*, Bath, 1950.
5. Konvencija o statusu beguncev, sprejela Diplomatska konferenca ZN o statusu beguncev, 28. julija 1951, Ur.l. FLRJ-MP, št. 7/1960.
6. Konvencija proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju, sprejela Generalna skupščina ZN, 10. december 1984, Ur.l. RS-MP 7-40/1993.
7. Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, sprejela Generalna skupščina ZN, 16. december 1966, Ur.l. SFRJ-MP, št. 7/1971.
8. Protokol o statusu beguncev, sprejela Generalna skupščina ZN, 16. december 1966, Ur.l. FLRJ-MP, št. 15/1967.
9. Splošna deklaracija o človekovih pravicah, sprejeta in razglašena z resolucijo Generalne skupščine ZN št. 217 A (III), New York, 10. december 1948.
10. Svet Evrope, Odbor ministrov, *Recommendation Rec (94) 5E on guidelines to inspire practices of the member States of the Council of Europe concerning the arrival of asylum-seekers at European airports*, 21. junij 1994.

11. Svet Evrope, Parlamentarna skupščina, Recommendation (434) on the granting of the right of asylum to European refugees, 1. oktober 1965.
12. Svet Evrope, Poslovnik sodišča, Evropsko sodišče za človekove pravice, Strasbourg, 1. september 2012.
13. Svet Evrope, Parlamentarna skupščina: Resolucija 1807, The death penalty in Council of Europe member and observer states: a violation of human rights, 3. januar 2011.
14. Svet Evrope, Parlamentarna skupščina: Priporočilo 1917, Migrants and refugees: a continuing challenge for the Council of Europe, 12. april 2010.
15. The Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation between Italy and Libya, Benghazi, 30. avgust 2008.
16. Uredba sveta (ES) št. 343/2003 z dne 18. februar 2003 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za azil, ki jo v eni od držav članic vloži državljani tretje države.
17. Ustanovna listina Združenih narodov, San Francisco, 26. junij 1945, začetek veljavnosti 24. oktober 1945.

7.4 Spletni viri

1. Amnesty International: Dangerous Deals: Europe's reliance on 'diplomatic Assurances' against torture, 12. april 2010, The United Kingdom, URL: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/201/201101/20110124_705dangerousdeals_en.pdf, (21. december 2012).
2. Amnesty International: Equatorial Guinea: Surge in arbitrary arrests ahead of AU summit, 20. junij 2011, URL: <http://www.amnesty.org/en/for-media/press-releases/equatorial-guinea-surge-arbitrary-arrests-ahead-au-summit-2011-06-20>, (21. december 2012).
3. Dzehtsiarou, Kanstantsin: European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, German Law Journal, Vol. 12, No. 10, URL: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1382>, (21. februar 2013).
4. Evropska komisija, Delovni dokument: The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments, 5. december 2001, URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47dfb2e0.html>, (21. december 2012).
5. EUROSTAT: Asylum statistics, URL: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Asylum_statistics, (11. december 2012).

6. Generalni sekretar Sveta Evrope o prepovedi mučenja: Popolno pomeni popolno, 26. junij 2008, URL: http://www.svetevrope.si/sl/novice/generalni_sekretar_sveta_evrope_o_prepovedi_mucenja_8220_popolno_pomeni_popolno_8221/index.html, (21. december 2012).
7. Hall, Julia: Not the Way Forward- The UK's Dangerous Reliance on Diplomatic Assurances, URL: <http://www.hrw.org/node/75603/section/1>, (27. oktober 2011).
8. Harrison, Karen; Tamony, Anouska: Death Row Phenomenon, Death Row Syndrome and their Affect on Capital Cases in the US, Internet Journal of Criminology, 2010, URL: http://www.internetjournalofcriminology.com/Harrison_Tamony_%20Death_Row_Syndrome%20_IJC_Nov_2010.pdf, (20. september 2012).
9. Human Rights Watch: Gaza: Arbitrary Arrests, Torture, Unfair Trials, 3. oktober 2012, URL: <http://www.hrw.org/news/2012/10/03/gaza-arbitrary-arrests-torture-unfair-trials>, (21. december 2012).
10. Kamminga, Steven H.J.: Soering v The United Kingdom, URL: <http://www.scribd.com/doc/34316280/Soering-v-United-Kingdom>, (27. oktober 2011).
11. Lambert, Helene: The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities, URL: http://westminster.academia.edu/HeleneLambert/Papers/83337/The_European_Convention_on_Human_Rights_and_the_Protection_of_Refugees_Limits_and_Opportunities, (7. oktober 2011).
12. Letsas, George: The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy, URL: <http://ssrn.com/abstract=2021836>, (21. februar 2013).
13. McCarthy, Conor: Diplomatic Assurances, Torture and Extradition: The Case of Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, 18. januar 2012, URL: <http://www.ejiltalk.org/diplomatic-assurances-torture-and-extradition-the-case-of-othman-abu-qatada-v-the-united-kingdom/>, (21. december 2012).
14. Miller, Sarah: Revising Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention, v The European Journal of International Law Vol. 20, No. 4, 2010, URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/20/4/1223.full>, (13. december 2011).
15. Morris, Nigel: Refugees are forced into destitution in Britain because they cannot be sent back, The Independent UK, 10. december 2012, URL: <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/refugees-are-forced-into-destitution-in-britain-because-they-cannot-be-sent-back-8397634.html>, (21. december 2012).

16. Observations of the Governments of Lithuania, Portugal, Slovakia and The United Kingdom, 21. november 2005, v primeru Ramzy v. The Netherlands, Pritožba št. 25424/05, URL: http://www.redress.org/Government_intervenors_observations_in_Ramzy_case%2021November.pdf, (12. december 2012).
17. Pestana Máximo, Inês: Tolerated stay: what protection does it give?, URL: <http://www.fmreview.org/young-and-out-of-place/pestana.html>, (21. februar 2013).
18. Röhl, Katharina: Fleeing violence and poverty: non-refoulement obligations under the European Convention of Human Rights, URL: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=41f8ef4f2&query=%22European%20Convention%20of%20Human%20Rights%22%20+non%20+refoulement>, (27. oktober 2011).
19. Spiga, Valentina: ECHR - Al Saadoon case: risk of death penalty amounts to cruel and degrading treatment, URL: <http://legalift.wordpress.com/2010/03/05/echr-al-saadoon-case-risk-of-death-penalty-amounts-to-cruel-and-degrading-treatment/>, (27. oktober 2011).
20. Stoyanova, Vladislava: The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory, URL: <http://www.americanstudents.us/IJHRL3/Articles/Stoyanova.pdf> (27. oktober 2011).
21. The Redress Trust and The Immigration Law Practitioners' Association: Non-Refoulement under Threat, URL: <http://www.redress.org/downloads/publications/Non-refoulementUnderThreat.pdf>, (27. oktober 2011).
22. Torture and Non-Refoulement, Briefing to the 60th of the UN Commission on Human Rights, URL: <http://www.hrw.org/news/2004/01/28/torture-and-non-refoulement>, (27. oktober 2011).
23. UK Government: New Vision for Refugee, 7. marec 2003, URL: http://www.proasyl.de/texte/europe/union/2003/UK_NewVision.pdf, (21. december 2012).
24. UNCHR: Do1thing, URL: <http://do1thing.unhcr.org/>, (17. marec 2012).
25. UNHCR v Sloveniji: Beg pred nevarnostjo in preganjanjem, URL: <http://www.unhcr-centraleurope.org/si/komu-pomagamo/begunci.html>, (17. marec 2012).
26. UNHCR: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, URL: <http://www.unhcr.org/4ec262df9.html>, (17. marec 2012).
27. UNHCR: Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection, avgust 2006, URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44dc81164.html>, (21. december 2012).

28. UNHCR: Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, december 2011, URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>, (21. december 2012).
29. UNHCR: Note on the Principle of Non-Refoulement, november 1997, URL: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=438c6d972>, (27. oktober 2011).
30. Written comments by Amnesty International LTD, The Association for the Prevention of Torture, Human Rights Watch, Interights, The International Commission of Jurists, Open Society Justice Initiative and Redress, v primeru Ramzy v. The Netherlands, Pritožba št. 25424/05, 22. november 2005, URL: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/RamzyBriefNov2005.pdf>, (12. december 2012).

7.5 Odločbe

7.5.1 Evropsko sodišče za človekove pravice

1. ESČP, Ireland v. The United Kingdom, 18. januar 1978, Pritožba št. 5310/71.
2. ESČP, Tyrer v. The United Kingdom, 25. april 1978, Pritožba št. 5856/72.
3. ESČP, Marckx v. Belgium, 13. junij 1979, Pritožba št. 6833/74.
4. ESČP, Soering v. The United Kingdom, 7. julij 1989, Pritožba št. 14038/88.
5. ESČP, Cruz Varas and Others v. Sweden, 20. marec 1991, Pritožba št. 15576/89.
6. ESČP, Vilvarajah and Others v. The United Kingdom, 30. oktober 1991, Pritožba št. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87.
7. ESČP, Tomasi v. France, 27. avgust 1992, Pritožba št. 12850/87.
8. ESČP, Chahal v. The United Kingdom, 15. november 1996, Pritožba št. 22414/93.
9. ESČP, Ahmed v. Austria, 17. december 1996, Pritožba št. 25964/94.
10. ESČP, H. L. R. v. France, 22. april 1997, Pritožba št. 24573/94.
11. ESČP, D. v. The United Kingdom, 2. maj 1997, Pritožba št. 30240/96.
12. ESČP, Mohammed Lemine Ould Barar v. Sweden, 19. januar 1999, Pritožba št. 42367/98.
13. ESČP, Selmouni v. France, 27. julij 1999, Pritožba št. 25803/94.
14. ESČP, Alimzhanova and Lisikov v. Sweden, 24. avgust 1999, Pritožba št. 38821/97.
15. ESČP, S. C. C. v. Sweden, 15. februar 2000, Pritožba št. 46553/99.
16. ESČP, T. I. v. The United Kingdom, 7. marec 2000, Pritožba št. 43844/98.

17. ESČP, İlhan v. Turkey, 27. junij 2000, Pritožba št. 22277/93.
18. ESČP, Jabari v. Turkey, 11. julij 2000, Pritožba št. 40035/98.
19. ESČP, Kudła v. Poland, 26. oktober 2000, Pritožba št. 30210/96.
20. ESČP, Xhavara and 12 Others v. Italy and Albania, 11. januar 2001, Pritožba št. 39473/98.
21. ESČP, Bensaid v. The United Kingdom, 6. februar 2001, Pritožba št. 44599/98.
22. ESČP, Hilal v. The United Kingdom, 6. marec 2001, Pritožba št. 45276/99.
23. ESČP, Nwosu v. Denmark, 10. julij 2001, Pritožba št. 50359/99.
24. ESČP, Einhorn v. France, 16. oktober 2001, Pritožba št. 71555/01.
25. ESČP, Christine Goodwin v. The United Kingdom, 11. julij 2002, Pritožba št. 28957/95.
26. ESČP, Ammari v. Sweden, 22. oktober 2002, Pritožba št. 60959/00.
27. ESČP, Mamatkulov and Askarov v. Turkey, 6. februar 2003, Pritožba št. 46827/99, 46951/99.
28. ESČP, Tomic v. The United Kingdom, 14. oktober 2003, Pritožba št. 17837/03.
29. ESČP, Ndangoya v. Sweden, 22. junij 2004, Pritožba št. 17868/03.
30. ESČP, F. v. United Kingdom, 22. junij 2004, Pritožba št. 17341/03.
31. ESČP, Nasimi v. Sweden, 16. marec 2004, Pritožba št. 38865/02.
32. ESČP, F. v. The United Kingdom, 26. oktober 2004, Pritožba št. 36812/02.
33. ESČP, Khashiyev and Akayeva v. Russia, 24. februar 2005, Pritožba št. 57942/00 in 57945/00.
34. ESČP, Shamayev and 12 Others v. Georgia and Russia, 12. april 2005, Pritožba št. 36378/02.
35. ESČP, Muslim v. Turkey, 26. april 2005, Pritožba št. 53566/99.
36. ESČP, Öcalan v. Turkey, 12. maj 2005, Pritožba št. 46221/99.
37. ESČP, Said v. The Netherlands, 5. julij 2005, Pritožba št. 2345/02.
38. ESČP, N. v. Finland, 26. julij 2005, Pritožba št. 38885/02.
39. ESČP, Bongert v. Netherlands, 15. september 2005, Pritožba št. 10154/04.
40. ESČP, Hukič v. Sweden, 27. september 2005, Pritožba št. 17416/05.
41. ESČP, Bader and Others v. Sweden, 8. november 2005, Pritožba št. 13284/04.
42. ESČP, Bello v. Sweden, 17. januar 2006, Pritožba št. 32213/04.
43. ESČP, Z. and T. v. United Kingdom, 28. februar 2006, Pritožba št. 27034/05.
44. ESČP, D. and Others v. Turkey, 22. junij 2006, Pritožba št. 24245/03.

45. ESČP, Salkic and Others v. Sweden, 29. junij 2006, Pritožba št. 7702/04.
46. ESČP, Ramirez Sanchez v. France, 4. julij 2006, Pritožba št. 59450/00.
47. ESČP, Salah Sheekh v. The Netherlands, 11. januar 2007, Pritožba št. 1948/04.
48. ESČP, Al-Moayad v. Germany, 20. februar 2007, Pritožba št. 35865/03.
49. ESČP, Collins and Akaziebie v. Sweden, 8. marec 2007, Pritožba št. 23944/05.
50. ESČP, Garabayev v. Russia, 7. junij 2007, Pritožba št. 38411/02.
51. ESČP, Saadi v. Italy, 28. februar 2008, Pritožba št. 37201/06.
52. ESČP, Ismoilov and Others v. Russia, 24. april 2008, Pritožba št. 2947/06.
53. ESČP, Ramzy v. The Netherlands, 27. maj 2008, Pritožba št. 25424/05.
54. ESČP, NA v. The United Kingdom, 17. julij 2008, Pritožba št. 25904/07.
55. ESČP, Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, 22. september 2009, Pritožba št. 30471/08.
56. ESČP, Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom, 2. marec 2010, Pritožba št. 61498/08.
57. ESČP, A. v. The Netherlands, 20. julij 2010, Pritožba št. 4900/06.
58. ESČP, Ramzy v. The Netherlands, 20. julij 2010, Pritožba št. 25424/05.
59. ESČP, N. v. Sweden, 20. julij 2010, Pritožba št. 23505/09.
60. ESČP, S. S. and others v. Denmark, 20. januar 2011, Pritožba št. 54703/08.
61. ESČP, M. S. S. v. Belgium and Greece , 21. januar 2011, Pritožba št. 30696/09.
62. ESČP, Izevbekhai v. Ireland, 17. maj 2011, Pritožba št. 43408/08.
63. ESČP, Sufi and Elmi v. The United Kingdom, 28. junij 2011, Pritožba št. 8319/07 in 11449/07.
64. ESČP, Auad v. Bulgaria, 11. oktober 2011, Pritožba št. 46390/10.
65. ESČP, Hussein v. Sweden, 13. oktober 2011, Pritožba št. 10611/09.
66. ESČP, Harkins and Edwards v. The United Kingdom, 12. januar 2012, Pritožba št. 9146/07 in 32650/07.
67. ESČP, Omar Otham (Abu Qutada) v. The United Kingdom, 17. januar 2012, Pritožba št. 8139/09.
68. ESČP, M.S. v. Belgium, 31. januar 2012, Pritožba št. 50012/08.
69. ESČP, Al Husin v. Bosnia and Herzegovina, 7. februar 2012, Pritožba št. 3727/08.
70. ESČP, Baysakov and others v. Ukraine, 18. februar 2012, Pritožba št. 54131/08.
71. ESČP, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, 23. februar 2012, Pritožba št. 27765/09.
72. ESČP, Mannai v. Italy, 27. marec 2012, Pritožba št. 9961/10.

73. ESČP, Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom, 10. april 2012, Pritožba št. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 in 67354/09.
74. ESČP, Balogun v. The United Kingdom, 10. april 2012, Pritožba št. 60286/09.
75. ESČP, S. F and Others v. Sweden, 15. maj 2012, Pritožba št. 52077/10.
76. ESČP, Labsi v. Slovakia, 15. maj 2012, Pritožba št. 33809/08.
77. ESČP, A. A. and Others v. Sweden, 28. junij 2012, Pritožba št. 1449/09.
78. ESČP, Rustamov v. Russia, 3. julij 2012, Pritožba št. 11209/10.
79. ESČP, Abdulkhakov v. Russia, 2. oktober 2012, Pritožba št. 14743/11.
80. ESČP, El-Masri v. The former Yugoslav Republic of Macedonia, 13. december 2012, Pritožba št. 9630/09.

7.5.2 Evropska komisija za človekove pravice

1. EComHR, X. v. Germany, 25. september 1965, Pritožba št. 1611/62.
2. EComHR, Soering v. The United Kingdom, 19. januar 1989, Pritožba št. 14038/88.

7.5.3 Odbor Združenih narodov proti mučenju

1. ComAT, Ismail Alan v. Switzerland, 31. januar 1995, Pritožba št. 21/1995.