



NOVA
UNIVERZA

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Mešane migracije »Evropskega« pravnega prostora; nezakonnost, vračanje in nevrčanje

Mateja Dimnik

Article information:

To cite this document:

Dimnik, M. (2015). Mešane migracije »Evropskega« pravnega prostora; nezakonnost, vračanje in nevrčanje, Dignitas, št. 66/67, str. 141-152.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/67/68-15>

Created on: 16. 06. 2019

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



NOVA
UNIVERZA

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



NOVA
UNIVERZA

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



NOVA
UNIVERZA

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Mešane migracije »evropskega« pravnega prostora; nezakonitost, vračanje, nevračanje

Mateja Dimnik

POVZETEK

Namen prispevka je spomniti na pomen načel in temeljnih človekovih pravic in še zlasti na pomen ohranjanja človekovega dostojanstva slehernega posameznika. Učinkovanje temeljnih človekovih pravic tako pri tistih posameznikih, ki so upravičeni do enega od statusov mednarodne zaščite, kot pri tistih katerim takšen status ne pripada, je bistvenega pomena za preprečitev degradacije standardov sodobne demokratične družbe. Kljub subsidiarnim mehanizmom, ki jim gre sicer pripisati izjemen pomen, je ključnega pomena že regulacija in uresničevanje temeljnih pravic na nacionalnih ravneh pravnega urejanja. Konkretnije bo prispevek posvečen vprašanju posameznikov v nezakonitem položaju, vračanju, nevračanju in pomenu učinkovanja nekaterih temeljnih pravic posameznikov v teh položajih.¹

Ključne besede: mešane migracije, mednarodna zaščita, nezakonite migracije, ESČP, SEU, Evropska unija, temeljne pravice.

¹ Prispevek je bil (z izjemo nekaj dostavkov) pripravljen na podlagi magistrskega dela avtorice tega prispevka z naslovom *Mešane migracije »evropskega« pravnega prostora; uresničevanje človekovih pravic, pod mentorstvom doc. dr. Jerneja Letnar Černičiča (z dne zagovora 14. 05. 2015 na Evropski pravni fakulteti v Novi Gorici)*. Avtorica opozarja bralke in bralce tega prispevka, da skladno z namenom prispevek orisuje le nekaj ugotovitev, ki jih je moč smiselno razlagati le v kontekstu celotnega magistrskega dela. V zvezi z navedenim je potrebno upoštevati, da je avtorica ugotovitve pripravila na podlagi virov in literature navedene v tem prispevku, kot tudi virov in literature navedene v magistrskem delu.

Mixed migration of »European« legal space; illegality, return, non-return

ABSTRACT

The purpose of this article is to remind, on the necessity of applying the fundamental principles and rights and necessity of eliminating any ambiguity concerning entitlement of human dignity to every individual. Fundamental human rights, which constitute the soul of democratic society, are to be provided to those who fall within one of the statuses of international or other protection, as well as to other migrants in need. Although we recognize the enormous value of subsidiary mechanisms, the effectiveness of human rights is crucial at the national level. Therefore the burden to regulate, provide and protect fundamental human rights primary lies on national authorities. The article highlights the complexity of situations of illegal immigrants. In particular the article outlines some of the rights, which regardless of individuals status, should not be elusive.

Keywords: mixed migrations, international protection, illegal im-migrations, ECHR, CURIA, European Union, fundamental rights.

1. Uvod

Indiferentnost. Le s težka bi si privoščili kaj takega ob množici t.i. mešanih migracijskih tokov, ki že več let in še toliko bolj v zadnjem času bremenijo politiko, strokovno in širšo javnost. Ne glede na to, da bo v nadaljevanju tega prispevka obravnava sicer osredotočena na vprašanja nezakonitosti, vračanja/nevračanja in s tem povezanih temeljnih človekovih pravic in ugotovitev, mi na samem začetku dovolite nekaj uvodnih misli. Leta 2011 je v odmevnem primeru M.S.S. proti Grčiji, ki je gotovo poznan večjemu delu pravne stroke, Evropsko sodišče za človekove pravice izpostavilo svoja opažanja v zvezi s povečano obremenitvijo držav na zunanjih mejah Evropske unije, pri čemer je poslabšanje razmer pripisalo tudi vračanju v zvezi z aplikacijo Dublinske Uredbe.²

²ECHR, Strasbourg, št. 30696/09-in the case of M.S.S. v. Belgium and Greece, 21. 1. 2011. URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103050#\[%22itemid%22:\[%22001-103050%22\]\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103050#[%22itemid%22:[%22001-103050%22]]), tč. 223 (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

Razbremenitve držav na zunanjih mejah tudi ni prinesla prenovitev zadnje navedene uredbe.³ Kljub uvidu bremena s katerim se že dlje časa soočajo države na zunanjih mejah in navsezadnje tudi ves »evropski« pravni prostor, tega prav gotovo ni moč uporabiti v opravičilo, ko gre za kršitve temeljnih človekovih pravic in s tem gradnikov sodobne zahodne demokratične družbe, z dosežki katere se, ali smo vsaj se tako radi pohvalili. Pri tem ne gre mimo vprašanja o dometu 80. člena PDEU in njegovega izvajanja za dosego resnične solidarnosti med državami članicami.⁴ Le s težka se postavimo na stališče, da je njegov domet izčrpan s finančno podporo obremenjenim državam članicam. Ustrezneje ga je razlagati skozi dejansko solidarnost, ki bi že skozi sekundarno ureditev lahko dosegla porazdelitev »migracijskega bremena«. V času zaostrelega bremena migracijskih tokov je Evropska unija, poleg še drugih ukrepov, v okviru izvajanja 78/3 člena PDEU uvedlačasne ukrepe, za porazdelitev bremena nenadnega prihoda državljanov tretjih držav in razbremenitev Italije in Grčije⁵.

V optimističnem pričakovanju učinkov ukrepov Evropske unije in v upanju po priznanju dikcije ang. »*born free and equal in dignity and rights*«⁶ ko gre za slehernega posameznika bo v nadaljevanju tega prispevka orisana problematika z nekaj pravnih in dejanskih vidikov nanašajočih se na »te in one« posameznike, ki pravzaprav sestavljajo množice mešanih migracijskih tokov.

2. Vračanje, nevračanje in pravice

Uvodoma ne gre mimo načela nevračanja, katerega jedro leži v zaščiti pred izgonom ali izročitvijo posameznika na območje, kjer bi bili kot posledica rase, vere, državljanstva, političnega prepri-

³ Uredba (EU) št. 604/2013 Evropskega parlamenta in Sveta, z dne 26. junija 2013 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za mednarodno zaščito, ki jo v eni od držav članic vloži državljan tretje države ali oseba brez državljanstva (prenovitev). UL L 108/31. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&qid=1418384598457&from=EN> (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

⁴ Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije. 2012 UL L C 326/47 URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=SL>, 80. člen (zadnjič obiskano: 17. 12. 2014).

⁵ Sklep Sveta (EU) 2015/1523 z dne 14. septembra 2015 o uvedbi začasnih ukrepov na področju mednarodne zaščite v korist Italije in Grčije, UL L 239/146, 15.9.2015. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX:32015D1523>, tč. 1 (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

⁶ The Universal Declaration of Human Rights. United Nations General Assembly, 1948. URL: <http://www.un.org/en/documents/udhr/>. Citat: 1. člen. »svobodno rojeni in enaki v dostojanstvu in pravi- cah« (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

čanja ali pripadnosti določeni socialni skupini ogrožena njegovo življenje ali svoboda.⁷

Načelo nevračanja je doživelo svojo evolucijo na ravni Sveta Evrope, katerega varstvo je bilo, skozi več odločitev Evropskega sodišča za človekove pravice, priznано v okviru dometa 3. člena EKČP. ESČP je skozi prepoved mučenja, nečloveškega in ponižujočega ravnanja ali kaznovanja načelu nevračanja priznal tudi ekstra teritorialno učinkovanje.⁸

O arbitrarnosti izgona ali vrnitve in izpostavitve posameznika nedopustnim okoliščinam je moč govoriti, kadar je podan izkaz okoliščin:⁹

*».....substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country«.*¹⁰

Nevračanje zaščiteno že z Ženevsko konvencijo iz leta 1951 in njenim Protokolom iz leta 1967, je dobilo svoje varstvo tudi na ravni Evropske unije. Povedano potrjuje že sklicevanje na uporabo Ženevske konvencije¹¹ tako na primarni kot tudi na sekundarni ravni prava EU.

Potrebno je poudariti, da je kot to izhaja iz Listine¹² in Pojasnil k Listini o temeljnih pravicah,¹³ obseg pravic vsebovan v Listini varovan vsaj toliko ali bolje rečeno bi moral biti varovan vsaj toliko, kot je varovan z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic.¹⁴ Izhajajoč iz zadeve N.S. bi lahko zaključili, da je vsaj obseg načela nevračanja varovanega z Listino primerljiv z obsegom njegovega varstva v okviru 3. člena EKČP.¹⁵

⁷ Ženevska konvencija, Konvencija o statusu beguncev, 1951. Protokol o statusu beguncev, 1967. UNHCR. URL: <http://www.unhcr-centraleurope.org/si/pdf/viri/konvencije/besedilo-konvencije-o-beguncih-in-njenega-protokola.html>, 33. člen.

⁸ ECHR, Strasbourg, št. 27765/09-in the case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy, 23. 2. 2012. URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231#\[%22itemid%22:\[%22001-109231%22\]\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231#[%22itemid%22:[%22001-109231%22]]) (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

⁹ Prav tam.

¹⁰ Prav tam, citat, tč. 114.

¹¹ Konvencije o statusu beguncev.

¹² Listina Evropske unije o temeljnih pravicah (2010/C 83/02). UL L C 83/389, 2010. URL: <http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:SL:PDF>, 52/3 člen (zadnjič obiskano: 14. 12. 2014).

¹³ Pojasnila k Listini o temeljnih pravicah. Uradni list EU C 303, zv. 50. ISSN 1725-5244, 2007, UL L 2007/C 303/02. Št. st. 35. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SL>, 52/3 člen (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

¹⁴ V zvezi s tem gl. 4. člen Listine, (op. pod črto št. 12).

¹⁵ Sodba Sodišča, opr. št. v združenih zadevah C-411/10 in C-493/10-N.S. proti Secretary of State for the Home Department, 21. 12. 2011. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5bf5c891b022f45dab3bcf401b30afde3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhaQe>

Prav tako je primarna raven EU kot neposredno priznani pravici v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah zaščitila varstvo pred odstranitvijo, izgonom ali izročitvijo¹⁶ in pravico do azila.¹⁷

Na sekundarni ravni lahko najdemo to zaščito v ureditvi Schengenskega zakonika, ki med drugim ureja nezakonite prestopne meje.¹⁸ Domet njegovega urejanja je omejen z varstvom iskalcev mednarodne zaščite in uresničevanjem načela nevračanja saj njegova uporaba v te pravice ne sme posegati.¹⁹

Izpostaviti gre razlago dometa načela nevračanja in statusa begunca, kot ga je skozi analizo v pritrtilnem ločenem mnenju v primeru Hirsi Jamaa prikazal sodnik Pinto de Albuquerque.²⁰ Pritrditi gre navajanjem, da je priznanje statusa begunca pravzaprav ugotovitvene narave, pri čemer načelo nevračanja učinkuje tako v primerih prosilcev za mednarodno zaščito, kot tudi ko gre za posameznike, ki za mednarodno zaščito niso zaprosili.²¹ Nič manj kot z vso resnostjo je potrebno jemati navajanja izhajajoča iz zgoraj omenjenega ločenega mnenja, iz katerega sledi, da leži na državi odgovornost za raziskavo okoliščin, ki kažejo na potrebo po mednarodni zaščiti.²² Kar velja še toliko bolj če so bila dejstva, ki bi kazala na zadevne kršitve znana pred vrnitvijo in na več mestih preverljiva.²³ Uporaba načela nevračanja je potrebna vselej, ko bi to lahko pripeljalo do neposredne ali posredne kršitve 3. člena EKČP.²⁴

Ob aktualnem dogajanju gre še posebej poudariti, da je potrebno z enako skrbnostjo zagotoviti mednarodno zaščito tudi ko gre za množične prihode beguncev.²⁵

0?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=SL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=237447 (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

¹⁶ Listina, (op. pod črto št. 12), 19. člen.

¹⁷ Prav tam, 18. člen.

¹⁸ Uredba (ES) št. 562/2006 Evropskega parlamenta in Sveta, z dne 15. marca 2006 o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah). UL L 105/1. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0001:0032:SL:PDF> (zadnjič obiskano: 10. 12. 2014).

¹⁹ Prav tam, 3. člen.

²⁰ ECHR (op. pod črto št. 8), *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque*. Samostojni prevod.

²¹ Prav tam, *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, s sklicevanjem na *Judgment ECHR*, št. 30696/09-M.S.S.. Samostojni prevod.

²² Prav tam, *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque*. Samostojni prevod.

²³ ECHR, (op. pod črto št. 2) tč. 366. Samostojni prevod.

²⁴ Prav tam, tč. 286. Samostojni prevod.

²⁵ ECHR, (op. pod črto št. 8), *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque*.

2.1. Nezakonitost in nevrčanje

Zaradi različnega položaja posameznikov ki sestavljajo množice migrantov govorimo o t.i. mešanih migracijskih tokovih. Obravnava problematike kot take je na mestu saj sestavljajo množice tako posamezniki, ki izpolnjujejo pogoje za pridobitev enega od statusov mednarodne zaščite, kot tudi vsi tisti katerih motivacije za prihod na ozemlje ene od držav članic ne sodijo na nobeno od področji priznane zaščite.

Povedano v nekaterih primerih nezakonitosti nakazuje na uporabo načela nekaznovanja, ki ga je mednarodna raven priznala v Ženevski konvenciji iz leta 1951.²⁶ Načelo ang. *non-penalization* varuje nekatere skupine prosilcev za mednarodno zaščito, ko se te znajdejo v položajih, ki jih silijo v kršitev predpisov.²⁷ Uporaba tega načela ne bo prišla v poštev v primeru posameznikov, ki na ozemlju prebivajo nezakonito, niso pa vložili ali nimajo namena vložiti prošnje za mednarodno zaščito.²⁸

Ureditev o odreditvi sankcije zaradi nezakonitega vstopa ali/in prebivanja in s tem povezane pomoči je na ravni posameznih držav članic različna.²⁹ Večina držav tako predvideva sankcijo zaradi nezakonitega vstopa, ki je, odvisno od ureditve posamezne države članice, lahko izražena v obliki denarne ali/in zaporne kazni.³⁰

Ob povedanem je potrebno omeniti še sekundarno pravno ureditev prava Evropske unije, ki nalaga državam članicam, sprejem ustreznih sankcij v zvezi s pomočjo pri nedovoljenem vstopu in tranzitu državljanov tretjih držav na ozemlje ene od držav članic in v zvezi z njo predvideno izjemo, ko gre za nudenje človekoljubne pomoči.³¹ Iz dikcije te določbe izhaja, da država članica takšno

²⁶ Po UNHCR, *The UN Refugee Agency, Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, Text of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Text of the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Resolution 2198 (XXI) adopted by the United Nations General Assembly, with an Introductory Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*. dt. st. 52. URL: <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>, str. 3. Samostojni prevod. (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016)

²⁷ Prav tam, str. 3. Samostojni prevod.

²⁸ Prav tam, str. 2.

²⁹ *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them, Freedoms, FRA- European Union Agency for Fundamental Rights; March 2014*. St. st. 17. URL: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-criminalisation-of-migrants-0_en_0.pdf str. 4 (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

³⁰ Prav tam, str. 4.

³¹ Direktiva Sveta št. 2002/90/ES, z dne 28. novembra 2002 o opredelitvi pomoči pri nedovoljenem vstopu, tranzitu in prebivanju. UL L 328/17. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0090&from=SL>, 1 člen (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

izjemo lahko predvidi, ni pa nujno, da jo predvidi.³² Takšnemu urejanju ne gre pritrditi, saj človekoljubno nudenje pomoči ne sme in ne bi smelo pripeljati do uvedbe sankcij zoper tistega, ki je takšno pomoč nudil.

Najpogostejša posledica nezakonitega položaja ali neizpolnjevanja pogojev za pridobitev enega od mednarodno ali nacionalno priznanih statusov bo sprožitev postopkov vračanja predvidenih s sekundarnim pravnim redom Evropske unije. Ob povedanem je potrebno poudariti, da imajo države članice možnost, da iz sočutja, humanitarnih ali drugih razlogov ne izdajo, prekličejo ali začasno razveljavijo odločbo o vrnitvi in zadevnemu posamezniku izdajo ustrezno pravno podlago, ki povzroči ureditev statusa.³³ Prenos in izvajanje te določbe v nacionalne pravne rede nakazuje na odnos držav do zadevne problematike.

Spet drugače je potrebno obravnavati tiste posameznike katerih vrnitev ovirajo ali onemogočajo razlogi tehnične, pravne in humanitarne narave.³⁴ Povedano, po ugotovitvah FRA lahko rezultira v *de facto* toleranci, v priznanju statusa humanitarne zaščite ali na primer podelitvi začasnega dovoljenja za prebivanje.³⁵

Poleg razlogov nevračanja, kot je na primer nemožnost identifikacije³⁶ je moč govoriti tudi o »pravnih razlogih« motiviranih z učinkovanjem človekovih pravic. Slednjemu bi lahko rekli nekažno posredno urejanje statusa, kot rezultat učinkovanja doma na mednarodnopravni ravni priznanih pravic. Poleg varstva izhajajočega iz 3. člena EKČP, se je potrebno ustaviti pri eni od pravic v zvezi z urejanjem katere uživajo države članice širše polje proste presoje, in sicer pri pravici do družinskega življenja.³⁷ Kljub temu, da lahko do ureditve statusa privede tudi učinkovanje pravice do združitve z družino bo njena zavrnitev le v izjemnih primerih pomenila kršitev pravice do družinskega življenja, pri

³² Prav tam, 1/2 člen

³³ Direktiva št. 2008/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta, z dne 16. decembra 2008 o skupnih standardih in postopkih v državah članicah za vračanje nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav. UL L 348/98. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0115&qid=1418309466815&from=EN>, 6/4 člen (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

³⁴ FRA - European Union Agency for Fundamental Rights. *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union, Solidarity*. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2011. URL: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf, str. 26 (zadnjič obiskano: 11. 12. 2014).

³⁵ Prav tam, str. 33 in 34.

³⁶ Prav tam, str. 32.

³⁷ Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic. *Evropsko sodišče za človekove pravice. Council of Europe. F-67075 Strasbourg cedex*. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SLV.pdf, 8. člen in Listina, 7. člen (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

čemer je ESČP skozi svoje odločitve težo poveril tudi elementu nezakonnosti.³⁸

2.2. Še nekaj o pravicah

Nedvomno obstajajo na mednarodni ravni zadostne pravne podlage za varstvo tistih temeljnih pravic, ki jih gre ne glede na status priznati slehernemu posamezniku. Pomembno stališče je v eni od svojih publikacij zavzela FRA, ki izpostavlja, da zajema domet določb Pogodbe o delovanju EU, v delu, ki se nanaša na socialno politiko držav članic, tudi nezakonito prebivajoče posameznike.³⁹

Med temeljne človekove pravice, ki pripadajo slehernemu posamezniku med drugim prav gotovo sodi vsaj zagotavljanje jedra pravice do zdravstvene oskrbe, nespoštovanje katere bi namreč lahko privedlo tako do kršitev prepovedi vsebovanih v 3. členu EKČP, kot tudi do skrajne posledice kršitve pravice do življenja. Pravice do zdravstvene oskrbe nezakonito prebivajočih posameznikov ne gre iskati le skozi posredno učinkovanje nekaterih temeljnih pravic. Ta je namreč na različnih ravneh zaščitena kot taka. Tako je na primer odločanje v konkretnih primerih razširilo domet prvotnega besedila v Evropski socialni listini zaščitene pravice do zdravstvene oskrbe⁴⁰, tudi na primere nezakonitih migrantov.⁴¹

Skozi sekundarno pravo EU je zagotovitev pravice do nujne zdravstvene oskrbe predvidena tudi v okviru izvajanja direktive, ki ureja skupne standarde in postopke vračanja.⁴²

Poleg absolutnega varstva gradnikov demokratične družbe priznanega na mednarodni ravni je potrebno omeniti vsaj še sekundarno pravno ureditev v zvezi z zagotavljanjem varnostnih ukrepov, ko gre za postopke vračanja in zaščito nezakonitih delavcev, v zvezi z vprašanjem pravičnega plačila in uveljavljanja pravic.⁴³

³⁸ ECHR, Strasbourg, št. 1859/03- Third Section decision, *Olgun against the Netherlands*, 10. 5. 2012. URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111193#\[%22itemid%22:\[%22001-111193%22\]\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111193#[%22itemid%22:[%22001-111193%22]]), tč. 43 in 46 (zadnjič obiskano: 18. 12. 2014).

³⁹ FRA (op. pod črto št. 34), str. 47.

⁴⁰ Evropska socialna listina, Uradni list RS, št. 24/1999. <http://www.varuh-rs.si/pravni-okvir-in-pristojnosti/mednarodni-pravni-akti-s-podrocja-clovekovih-pravic/svet-evrope/evropska-socialna-listina/> 13. člen (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

⁴¹ FRA (op. pod črto št. 34), str. 24.

⁴² Direktiva, (op. pod črto št. 33) 5 člen.

⁴³ FRA - European Union Agency for Fundamental Rights. *Migrants in an irregular situation employed in domestic work : Fundamental rights challenges for the European Union and its Member States, Solidarity*. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2011. URL: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1668-FRA-report-domestic-workers-2011_EN.pdf, str. 22 in nasl. in str. 37 in nasl. (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

Kako je torej na primer s pravico do sodnega varstva in pravnega sredstva. Vsakdo ima namreč pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih odloča z zakonom ustanovljeno sodišče.⁴⁴

Direktiva o minimalnih standardih glede sankcij in ukrepov zoper delodajalce nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav nalaga državam članicam prepoved zaposlovanja nezakonito »prebivajočih državljanov tretjih držav«.⁴⁵ V primeru kršitve te prepovedi pa določa nekatere ukrepe za zaščito teh delavcev. Kadar gre za zaposlitev nezakonito prebivajočega delavca so delodajalci zavezani k plačilu celotnega zneska plačila, ki bi pripadal zakonito zaposlenemu delavcu.⁴⁶ Nezakonit položaj delavca ne vpliva na dolžnost delodajalca k plačilu zneska, ki ustreza znesku vseh socialnih prispevkov in drugih davkov.⁴⁷ Direktiva nalaga poleg prenosa teh pravic v nacionalne pravne rede tudi zagotovitev mehanizmov, ki bodo nezakonito zaposlenemu delavcu omogočili učinkovite postopke za uveljavitev še neizplačanih plačil, da bo torej delavec lahko vložil zahteve in uveljavljal sodbo.⁴⁸ Prav tako zahteva direktiva zagotovitev učinkovitih mehanizmov, ko gre za vlaganje pritožb zoper svoje delodajalce.⁴⁹ Za učinkovito zasledovanje pravic pa je ključnega pomena zagotavljanje pravice do obveščeniosti, še pred izvršitvijo odločbe o vrnitvi.⁵⁰

Navsezadnje gre nekaj pozornosti nameniti tudi postopkom vračanja. Že sama direktiva, ki ureja standarde in postopke vračanja namreč v zvezi z njenim izvajanjem nalaga državam članicam spoštovanje otrokove največje koristi, družinskega življenja, zdravstvenega stanja in načela nevračanja.⁵¹ Posebno so urejeni tudi varnostni ukrepi pred vrnitvijo posameznika katerih izvajanje je, razen v primeru pridržanja, predvideno v obdobju prostovoljnega odhoda in obdobju odložitve vrnitve.⁵² Med slednjimi gre poleg že navedenega omeniti vsaj spoštovanje načela zagotovitve

⁴⁴ EKČP, (op. pod črto št. 37), 6 člen.

⁴⁵ Direktiva št. 2009/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta, z dne 18. junija 2009 o minimalnih standardih glede sankcij in ukrepov zoper delodajalce nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav. UL L 168/ 24 URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0052&qid=1418310097390&from=EN>, 3/1 člen (zadnjič obiskano: 21. 01. 2016).

⁴⁶ Prav tam, 6/1a člen.

⁴⁷ Prav tam, 6/1b člen.

⁴⁸ Prav tam, 6/2/a člen.

⁴⁹ Prav tam, 6/2 člen in 13. člen.

⁵⁰ Prav tam, 6/2 člen.

⁵¹ Direktiva (op. pod črto št. 33), 5 člen.

⁵² Prav tam, 14/1 člen.

osnovnega izobraževanja mladoletnikom in upoštevanje potreb posebno ranljivih oseb.⁵³

Ob obravnavi sekundarnega prava Evropske unije, je potrebno spomniti na primer N. S., v katerem je Sodišče Evropske unije v zvezi z razlago sekundarne zakonodaje, pojasnilo, da sodijo v področje izvajanje prava EU tudi primeri, ko države članice delujejo v okviru polja proste presoje.⁵⁴ Za kar pa vemo, da države članice zavezuje spoštovanje Listine.⁵⁵

Ne glede na to, da smo v tem poglavju orisali le temelje ureditve lahko ugotovimo zadostnost pravnih podlag za zagotavljanje vsaj tistih temeljnih pravic slehernemu posamezniku, torej četudi pustimo ob strani vprašanje njegovega statusa.

3. Sklep

Glede na krajšo naravo tega prispevka, naj sklenemo le nekaj zaključnih misli. Neizmeren pomen gre pripisati subsidiarnima varuhoma človekovih pravic, kot sta Sodišče Evropske unije in Evropsko sodišče za človekove pravice. Slednje z razlago Konvencije kot živega instrumenta v duhu časa in potreb razvija do met varovanih pravic.⁵⁶ ESČP je skozi razlago 4. člena Konvencije – prepovedi suženjstva in prisilnega dela, podelil varstvo pred ang. *trafficking in human beings*,⁵⁷ ter v okviru tega tudi zaščito morebitnim žrtvam mešanih migracijskih tokov. Odgovornost za zagotavljanje in varstvo temeljnih pravic gre brez dvoma iskati na nacionalnih ravneh. Države namreč zavezujejo med drugim tudi prav te mednarodnopravne obveznosti, o katerih je bilo govora v tem prispevku. Tako bo ključnega pomena na primer pravilen prenos sekundarnega prava Evropske unije v nacionalne pravne rede.

Kljub temu, da kršitev pravic ne moremo opravičiti, ne gre mimo tega, da nesorazmerno breme stavljen na nekatere države članice prav gotovo prispeva k povečanemu kršenju pravic posameznikov, ki se znajdejo v množici mešanih migracijskih tokov.

⁵³ *Prav tam.*

⁵⁴ *Sodba Sodišča (op. pod črto št. 15).*

⁵⁵ *Listina, (op. pod črto št. 12), 51. člen.*

⁵⁶ *Judgment, št. 25965/04- Rantsev v. Cyprus and Russia, 7. 1. 2010, (final 10. 5. 2010). URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96549#\[%22itemid%22:\[%22001-96549%22\]\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96549#[%22itemid%22:[%22001-96549%22]]), tč. 272-282 in nasl. (zadnjič obiskano: 13. 12. 2014).*

⁵⁷ *Prav tam, tč. 272-282 in nasl.*

Navsezadnje gre še dodati, da za utilitaristične pristope in ang. *cost benefit* analize, ne smemo najti mesta, ko gre za temeljne človekove pravice »teh in onih« posameznikov in pravzaprav za varovanje pravic vseh nas in naše sodobne demokratične družbe.

Kar zadeva vračanje in nevračanje še citat:

»The act of refoulement may consist in expulsion, extradition, deportation, removal, informal transfer, "rendition", rejection, refusal of admission or any other measure which would result in compelling the person to remain in the country of origin.«⁵⁸

⁵⁸ ECHR (op. pod črto št. 8), *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, citat.

