

sodba I U *42/2012*

|  |  |
| --- | --- |
| **Institut:** | *mednarodna zaščita* - zavrnitev ponovne prošnje - mladoletni prosilec - pravice otroka - dokazna ocena - obrazložitev odločbe - subsidiarna zaščita - načelo največje otrokove koristi - informacije o izvorni državi - dejanje preganjanja - razlogi preganjanja |
| **Področje:** | PRAVO VIZUMOV, AZILA IN PRISELJEVANJA - PRAVO EVROPSKE UNIJE |
| **Zveza:** | ZMZ člen 2, 2/3, 16, 16/1, 16/1-1, 16/1-2, 26, 26/2, 26/2-1, 26/2-6, 27, 47, 47/6.Listina EU o temeljnih pravicah člen 24, 24/2, 24/3.Direktiva Sveta 2004/83/ES z dne 29. 4. 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 potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite preambula točka 12, člen 20, 20/5.Konvencija o otrokovih pravicah člen 3, 3/1. |
| **Datum odločbe:** | 14.02.2012 |

**Jedro**

Tožena stranka bi morala pri odločanju uporabiti pravni institut oziroma načelo „največje“ otrokove koristi. Upoštevanje mladoletnosti pri postavljanju vprašanj in tudi zastopanje mladoletnega prosilca sta zgolj nujna elementa v postopku dokazovanja in ugotavljanja dejanskega stanja v smislu 6. odstavka 47. člena ZMZ in 3. odstavka 16. člena ZMZ (ter 17. člena t.i. Procesne Direktive 2005/85/ES). Načelo varovanja največje koristi otroka pa mora imeti pomen tudi v procesu tehtanja realnosti tveganja za kršitev absolutnih pravic mladoletnika v primeru vrnitve v izvorno državo in se mora odražati tudi v dokaznem bremenu tožene stranke in pravilih ter standardih dokazovanja (v zvezi s subsidiarno zaščito). To pomeni, da je naloga organa, ki odloča, da v izpodbijanem aktu kot glavno vodilo upošteva načelo varovanja največjih otrokovih koristi.

Tožena stranka ni ugotavljala vseh potrebnih in pravno relevantnih dejstev preko informacij o stanju v izvorni državi glede vračanja mladoletnikov brez spremstva in glede možnosti, da bi tožnika v izvorni državi sprejeli starši.

Tožena stranka je v obrazložitvi odločbe izpeljala nekaj elementov neverodostojnosti tožnika. Vendar pa negativne odločitve glede statusa begunca ni oprla na oceno neverodostojnosti v tem smislu, da tožnik ni izkazal utemeljenega strahu pred preganjanjem, ampak je ugotovila, da tožnik ni izkazal potrebne podlage (nobene izmed petih možnih razlogov) za preganjanje.

**Izrek**

Tožbi se ugodi, izpodbijana odločba Ministrstva za notranje zadeve št. 2142-294/2009/45 (1232-07) z dne 22. 12. 2011 se odpravi in se zadeva vrne toženi stranki v ponoven postopek.

**Obrazložitev**

Z izpodbijanim aktom je tožena stranka na podlagi 33. člena v povezavi z 3. točko 3. člena Zakona o mednarodni zaščiti (ZMZ), na vlogo mladoletnega prosilca za mednarodno zaščito, začasno nastanjenega v Azilnem domu v Ljubljani, v postopku priznanja mednarodne zaščite v Republiki Sloveniji, pri čemer tožnika zastopa zakoniti zastopnik Slovenska Filantropija, Center za psihosocialno pomoč beguncem (zanje A.A.) in B.B. iz Pravno-informacijskega centra nevladnih organizacij, odločila, da se prošnja mladoletnega prosilca, ki trdi, da je C.C., star 15 let, rojen v kraju Syahbota, zavrne. V obrazložitvi akta je navedeno, da je tožnik vložil že tretjo prošnjo za priznanje mednarodne zaščite v Republiki Sloveniji. Prosilec ob podaji prošnje svoje istovetnosti ni izkazal. Prošnjo je vložil najprej 16. 12. 2009. Ker je zapustil azilni dom in se v roku treh dni vanj ni vrnil, je bil ta postopek s sklepom 5. 3. 2010 ustavljen. V skladu z Uredbo (ES) št.343/2003 z 18. 2. 2003 je bil prosilec 31. 3. 2010 s strani Republike Avstrije vrnjen v Republiko Slovenijo, kjer je drugo prošnjo vložil 6. 4. 2010. Ker je prosilec 9. 5. 2010 ponovno samovoljno zapustil azilni dom, je bil tudi ta postopek s sklepom 17. 5. 2010 ustavljen. Danski migracijski organi so v skladu z Dublinsko uredbo 6. 8. 2010 zaprosili Republiko Slovenijo za prevzem odgovornosti za obravnavanje prošnje prosilca, vendar do njegove predaje ni prišlo, ker je pred tem zapustil Kraljevino Dansko. Prosilec je bil po Dublinski uredbi s strani Kraljevine Norveške v Republiko Slovenijo vrnjen 28. 3. 2011 in je 30. 3. 2011 še tretjič podal prošnjo za priznanje mednarodne zaščite. V prošnji je navedel, da ne ve svojega rojstnega datuma, star je 15 ali 16 let, rojen pa je v vasi Sangi Masha, mestu Jaghuri in provinci Ghazni v Afganistanu. Zadnje prebivališče je imel v Kabulu. Pripada etnični skupini Hazara in govori farsi-dari jezik. Kdaj je odšel iz izvorne države, se ne spominja, po odhodu pa je bival v Iranu, Turčiji, Grčiji, Sloveniji, Avstriji, Italiji, Danski in Norveški. V izvorni državi živita še njegova starša in sestra, brat pa je v Italiji zaprosil za mednarodno zaščito, vendar ne ve, če jo je tudi dobil.

Prosilec je bil zaprošen za pojasnilo, zakaj je kar dvakrat samovoljno zapustil azilni dom in ni počakal na odločitvi pristojnega organa. Navedel je, da je bil njegov namen priti v Italijo, zato ni želel ostati v Sloveniji. V Italiji so mu drugi Afganistanci rekli, da je bolje, da zaprosi za mednarodno zaščito v Avstriji, kjer so boljši pogoji, zato je tja odšel. Afganistanci, s katerimi se je pogovarjal, so mu tako svetovali. V Italiji ni nič delal, tam je bil tri do štiri tedne. Ne spomni se, kje. Spoznal se je z Afganistanci, ki so mu rekli, da gredo iz Italije, ker so v drugi državi boljši pogoji. Šel je naprej, dokler ga ni prijela policija in mu povedala, da je na Danskem. Tam je bil tudi nek Afganistanec, ki so ga deportirali, zato je po treh mesecih pobegnil na Norveško. Tam je sam zaprosil za mednarodno zaščito, vendar so ga vrnili nazaj v Slovenijo.

Za mednarodno zaščito prosi zaradi enakih razlogov, kot jih je navedel že v prvi prošnji za mednarodno zaščito. Njegov starejši brat Č.Č. je nekje delal, kar ni bilo všeč talibanom, zato so ga ubili. Takrat on ni vedel, kaj dela brat. Drugi brat, s katerim sta potovala v Evropo, mu je povedal, da je delal za Američane. Kaj je delal, ne ve, tudi brat tega ni vedel. Ko je bil brat ubit, je bil star 8 ali 9 let. Nato so Američani prišli k njim domov in želeli, da brat D.D. nadaljuje bratovo delo. Talibani so izvedeli, da v njihovo hišo prihajajo tujci in so brata D.D. zaprli za en mesec. Nato je brat iz zapora pobegnil, talibani pa so jim grozili, da bodo pobili vso družino. Tako se je oče odločil, da se preselijo v Kabul. Tam z bratom nista odhajala iz hiše in zaradi varnosti se je oče odločil, da ju pošlje stran, ven iz države. Ostali družinski člani so ostali v Kabulu. O tem, kako je z njimi, nima nobenih novic. Vsi niso zapustili države, zato, ker niso imeli dovolj denarja. Tako predvideva, saj bi drugače vsi odšli skupaj. Brata je nazadnje videl v Italiji, ne ve kdaj. Če ne bi tam imel težav, če ne bi bilo nevarno zanj, da ga odpeljejo in ubijejo, sploh ne bi prišel v Evropo. Sam s talibani ni imel težav. Njegove težave so bile samo zaradi njegovega brata Č.Č.

Na osebni razgovor sta prišla tudi prosilčeva pooblaščenka B.B., sodelavka Pravno-informacijskega centra nevladnih organizacij ter A.A., zastopnica zakonitega zastopnika prosilca. Zaradi zadržanosti zakonite zastopnice prosilca je bil osebni razgovor prestavljen, potekal je 27. 9. 2011 v prostorih Azilnega doma in udeležili so se ga vsi vabljeni, v imenu pooblaščenke oziroma PIC-a je bil prisoten E.E. Povedal je, da je rojen v manjši vasici Sia Buta (pravilno Syahbota), ki se nahaja blizu Sangi Mashe. Navedel je, da je imel enega brata, ki je dve leti starejši od njega, in eno sestro, ki je stara med 8 in 10 let. Šole ni obiskoval, tudi njegovi vrstniki in brat niso hodili v šolo. Vasi niso zapuščali, samo oče je morda občasno hodil ven. Preživljali so se s pomočjo starejšega brata, ki je delal zunaj in občasno prihajal domov. Koliko je bil star ta brat, ne ve natanko. Bil je vidno starejši od njega in drugega brata. Ko se je družina preselila v Kabul, je bil star 13 let. Pobrali so vse njihove stvari in odšli. Zakaj so se selili, mu ni nihče povedal. Tam je preživel manj kot leto dni. Bil je zaprt v hiši in ni hodil ven, družil se je samo z bratom in sestro. Stikov z drugimi niso imeli. Nato ju je oče z bratom napotil v Iran. Od takrat ni imel več stikov s starši.

Ko je zapuščal Afganistan ni ničesar vedel. Ni vedel, kam gre in ne, zakaj gre. Brat mu je šele v Sloveniji povedal razlog, ki ga je navedel ob podaji prošnje za mednarodno zaščito. Prosilec je navedel pogoste vpade talibanov v njihovo in okoliške vasi, ko so mlajše fante odpeljali s seboj, kasneje pa so izvedeli, da je veliko teh fantov ubitih, mrtvih. Eden od razlogov za odhod iz Afganistana je strah pred talibani. To je zanj osebno osnovni, glavni razlog. Uradna oseba je nato prosilca prosila za pojasnilo, zakaj v vseh treh prošnjah za mednarodno zaščito, ki jih je podal, in v katerih je bil opozorjen, da mora govoriti resnico in izpovedati vsa dejstva, zaradi katerih prosi za mednarodno zaščito, nikoli ni omenil strahu pred talibani. Prosilec je nadaljeval, da ni povedal še vseh razlogov in na vprašaje ni odgovoril, temveč je nadaljeval, da je bila njihova hiša s strani talibanov zaznamovana, da nekdo iz hiše sodeluje z Američani in da delujejo proti Islamu. Na njihov naslov je prispelo pisno opozorilo talibanov, da naj brat Č.Č. prekine sodelovanje z Američani, drugače bo ubit on in vsa njegova družina. Čez nekaj časa so izvedeli, da je bil brat Č.Č. ubit. Želeli so zaposliti tudi drugega brata. Ko so za obiske privržencev Američanov izvedeli talibani, so brata odpeljali in zaprli. Večkrat so ga pretepli. Zaprt je bil približno mesec dni, potem pa je iz zapora zbežal. Koliko je bil star, ko je bil brat ubit, ne ve. Morebiti je bil star 8-9 let. Uradna oseba je nato prosilca soočila z njegovo izjavo iz prve prošnje za mednarodno zaščito, ko ga je njegova zakonita zastopnica vprašala, kdo je Č.Č., in tega ni vedel, češ, da je to ime že slišal, vendar ne ve, na koga se nanaša. Prosilec je odgovoril, da je brata poznal, brat, s katerim sta zapustila Afganistan, pa mu je šele v Sloveniji povedal, da mu je bilo ime Č.Č. Vedel je le, da je to bil njegov brat, ki ga je klical „brat“ in ne po imenu. Za dogodek s starejšim bratom je izvedel šele tukaj. V Afganistanu ni vedel, da je njegov najstarejši brat umrl niti ni vedel za njegovo sodelovanje z Američani. Ker je iz navedb prosilca izhajalo, da je bil ob smrti najstarejšega brata star 8-9 let in naj bi Afganistan zapustil pri približno 13-tih letih, ga je uradna oseba pozvala za pojasnilo njegovih izjav, da se je družina kmalu po smrti najstarejšega brata preselila v Kabul, kjer naj bi ostal manj kot leto dni. Prosilec je odgovoril, da ne ve, koliko je bil star, ko je bil ubit njegov brat. Prihodov talibanov in privržencev Američanov se osebno ne spominja. Ob obiskih so običajno otroke poslali ven iz hiše. Njihovo ogroženost zaradi talibanov bi lahko preprečili tako, da bi prenehali sodelovati z Američani, morebiti bi jih potem pustili pri miru. Strah pred talibani je prosilec opisal kot vdore neznanih oseb, saj ne ve, ali so to dejansko bili talibani. Prosilec je odgovoril, da se je to dogajalo ponoči, drugi dan pa so videli da je nekaj mlajših fantov izginilo. Ti napadalci so lahko bili talibani ali kateri drugi neznanci. Na koncu je še zakonita zastopnica zastavila nekaj vprašanj prosilcu, in sicer, kako so na bratovo sodelovanje z Američani gledali sosedje. Prosilec je odgovoril, da so sosedje verjetno skoraj zanesljivo vedeli, da brat sodeluje z Američani, vendar z njimi zaradi tega niso imeli težav. On osebno z vrstniki, s katerimi se je igral, ni imel težav. Za starša pa tega ne ve. Zastavljeno mu je bilo tudi vprašanje, ali talibani novačijo fante v svoje vrste, in prosilec je pojasnil, da so jih uporabljali kot samomorilce, za preprodajanje mamil ali za izvajanje vojaških aktivnosti. Uradna oseba je nato prosilca prosila za pojasnilo, kako vse to ve, in ta je pojasnil, da se tega zavedajo vsi že od rojstva, da je to samoumevno. Prepričan je, da se dogaja, da se mlajši fantje vojskujejo za talibane, če pa tudi preprodajajo mamila, pa ne ve podrobno. Strah je bil prisoten tudi v Kabulu, saj bi jih drugače oče pustil se svobodno gibati naokoli. Zakonita zastopnica ga je vprašala tudi, ali je ob prvi podaji prošnje za mednarodno zaščito v Sloveniji vedel, kaj vse bi lahko bilo pomembno za njegovo prošnjo, in prosilec je odgovoril, da šele sedaj ve natanko.

Na koncu je prosilec še izrazil strah pred vrnitvijo v Afganistan in Kabul. Od njegovega odhoda ni imel stikov z družino in ne ve, ali so sploh še živi in kje živijo. Tako ne ve, kam naj bi se vrnil, kam bi prispel, lahko bi ga prevzeli tudi talibani in ga uporabili za vojne zadeve, lahko bi ga prevzeli prekupčevalci z mamili in ga prisilili v preprodajo, lahko pa bi ga tudi kdo ugrabil in prodal naprej. Ne verjame, da so starši ostali tam, če so sploh še živi. Verjetno so odšli v katero drugo državo, katero, tega pa ne ve.

Prosilčeva zakonita zastopnica je v spis predložila tri članke, dostopne na spletnih straneh: dokazilo v zvezi z vračanjem afganistanskih otrok iz Irana z dne 17. marca 2011; »Pripadniki Hazarov še vedno trpijo v Afganistanu«; »Položaj otrok v Afganistanu«. Pooblaščenec pa je predložil UNHCR-jeve kvalifikacijske smernice za oceno potreb po mednarodni zaščiti prosilcev za azil iz Afganistana s 17. december 2010.

Tožena stranka nato v obrazložitvi odločbe navaja, da tožnik s talibani ni imel nobenih stikov in problemov, bil je še otrok. O teh dogodkih ve samo iz bratovega pripovedovanja. Za probleme s talibani zaradi najstarejšega brata in njegovo smrt ob odhodu iz Afganistana ni vedel. Ob odhodu tudi ni vedel, kam gre, niti zakaj mora oditi. Pristojni organ je postopek prilagodil prosilčevi starosti in zastavljena so mu bila kratka in enostavna vprašanja, na katere pa prosilec v večni primerov ni vedel odgovora. Na vprašanja, ki so se nanašala na dogodke v zvezi z njegovim najstarejšim bratom, je odgovoril, da se ne spomni in da se je morebiti to pripetilo. Pristojni organ je pri tem upošteval prosilčevo mladost ter možnost, da o ključnih dogodkih res ni bil seznanjen, vendar se dvom v resničnost zatrjevanega poraja zaradi ostalih spremljajočih se okoliščin. Prosilec ni poznal imena svojega najstarejšega brata in četudi bi ga pozabil ali ga tako nikoli ni klical, bi se moral takrat, ko ga je njegova zakonita zastopnica vprašala, ali mu kaj pomeni ime Č.Č., spomniti, da je to ime njegovega brata. Njegovega pojasnila, da je brata vedno klical samo „brat“ in je šele tukaj izvedel za njegovo ime, pristojni organ ne more sprejeti za verjetnega, saj mu v tem primeru ime Č.Č. sploh ne bi moglo zveneti znano, kot je zatrdil. Prosilec je vedel, kako je ime mami in očetu, pa ju verjetno nikoli ni klical po njunem imenu, in tako kot so starši njega včasih klicali po imenu, so klicali po imenu tudi druge otroke. Takrat bi prosilec moral slišati ime Č.Č. in vedeti, da je to njegov brat, čeprav je bil še otrok.

Razlog, ki ga je navajal prosilec, ni vezan na njegovo osebno izkušnjo. Prosilec tudi ni opazil kakšnih sprememb ali posebnosti v obnašanju in življenju njegove družine. Ker se prosilec iz svoje mladosti izredno veliko ne spomni, je mogoče zaključiti, da ni doživel nič pretresljivega, kar bi se mu še posebej vtisnilo v spomin. Ne glede na njegove nekoliko različne navedbe, kdaj naj bi brat umrl in kdaj naj bi se preselil v Kabul (enkrat naj bi se to zgodilo pri njegovih 8-9 letih, drugič nekje pri 13-tih), pristojni organ ocenjuje, da prosilec v nobenem primeru ni bil majhen otrok, da se tega ne bi mogel spomniti, ali da ne bi opazil, da se je življenje v njegovi družini nekoliko spremenilo. Čeprav bi starši pred njim uspešno skrivali svoje probleme, je povsem neverjetno, da bi mu prikrili bratovo smrt oziroma je neverjetno, da bi takšen tragičen dogodek v družini, zaradi katerega naj bi se družina iz njegove rojstne vasi preselila v veliko mesto Kabul, pri njem ostal povsem neopažen. Tako je tudi neverjetno, da bi brat, ki je samo dve leti starejši od njega, bil seznanjen z vsemi podrobnostmi in problemi, ki so težili družino, prosilec pa o tem ne bi vedel popolnoma ničesar. Celo opazil naj ne bi, da bi vsakdan družine v nekem obdobju izstopal od običajnega, kar bi bilo ob takih situacijah, kot jih je navajal prosilec, težko verjeti. Težko je verjeti, da ne bi bilo zaznati žalosti v družini zaradi bratove smrti ali nekega nemira ob grožnjah talibanov, navsezadnje pa tudi negotovosti ob izginotju drugega brata.

Pristojni organ ugotavlja, da prosilec v zvezi s tem ni doživel nobene osebne izkušnje in njegovemu strahu pred talibani, ki naj bi bil prisoten od vedno, manjka subjektivni element. Če bi se prosilec v svojem domačem okolju dejansko počutil ogroženega zaradi novačenja s strani talibanov in v zvezi s tem imel kakšne neposredne ali posredne izkušnje, bi to zagotovo izpostavil sam od sebe ob podaji ene od treh prošenj za mednarodno zaščito, saj je to edini razlog, o katerem naj bi govoril iz osebnih izkušenj. Pristojni organ prosilčeve navedbe ocenjuje kot precej pavšalne in neprepričljive, pri čemer ni zanemarljivo, da jih do osebnega razgovora sploh nikoli ni omenjal. Celo na eksplicitno vprašanje, ali je imel v izvorni državi še kakšne druge težave, in ali so to vsi razlogi, zakaj zaproša za mednarodno zaščito (dogodki povezani z najstarejšim bratom Č.Č.), je prosilec jasno dogovoril, „da, samo to“. Po ZMZ ni dolžnost pristojnega organa, da sam najde razloge za priznanje mednarodne zaščite prosilcu oziroma da z dokazi ovrže prosilčeve nedokazane navedbe glede okoliščin za mednarodno zaščito, temveč je breme dokazovanja, da so v konkretnem primeru izpolnjeni pogoji za mednarodno zaščito predvsem na prosilcu, ki mora izpolniti svoje dolžnosti iz 21. člena ZMZ. Pojasnilo prosilca, da šele sedaj po treh vloženih prošnjah ve natanko, kaj je pomembno za njegov postopek, pristojni organ ne more šteti za verjetno in opravičljivo. Prav zaradi starosti prosilca, ker je prosilec mladoletna oseba, mu je pristojni organ zagotovil postavitev zakonitega zastopnika še pred pričetkom vseh treh postopkov. Zakoniti zastopnik je dodatno pooblastil še Pravno-informacijski center nevladnih organizacij (PIC). Njuna naloga je, da skrbita za najboljše interese otroka in varujeta njegove pravice v postopku priznanja mednarodne zaščite. Mladoletnemu prosilcu so bile vsakič (trikrat) njegove pravice in dolžnosti s strani njegovega pooblaščenca dodatno pojasnjene, zato je njegovo sklicevanje zgoraj povsem neutemeljeno.

Kot je pristojni organ že ugotovil, prosilec v postopku uveljavlja ogroženost in strah pred talibani oziroma neznanimi osebami zaradi splošne situacije v Afganistanu, ki pa ni povezano z njegovo raso, vero, narodnostjo, političnim prepričanjem ali pripadnostjo posebni družbeni skupini. Tega prosilec v postopku niti ne uveljavlja, zato v konkretnem primeru ni mogoče ugotoviti vzročne zveze med dejanji in razlogi preganjanja, saj do dejanj preganjanja v skladu s 1A. členom Ženevske konvencije sploh ni prišlo, da bi lahko ta pomenila preganjanje. Šele na podlagi ugotovitve, da gre za preganjanje v smislu ZMZ, se lahko ugotavlja utemeljenost prosilčevega strahu pred preganjanjem. Pristojni organ pa je ugotovil, da v konkretnem primeru ni prišlo do dejanj preganjanja v smislu 26. in 27. člena ZMZ, zato tudi ni mogoče ugotavljati prosilčevega utemeljenega strahu pred preganjanjem. Navsezadnje je družina zapustila prosilčevo rojstno vas in se preselila v Kabul ter tako prekinila stike s talibani in obenem izpolnila njihove zahteve. Prekinili so sodelovanje z Američani in se celo odselili. V Kabulu namreč težav s talibani niso imeli več, nihče ni vedel, da tam živijo. Prosilčevo navajanje, da so bili v Kabulu zaradi strahu večinoma zaprti v hiši, pristojni organ šteje za zavajajoče. Prosilec je namreč večkrat povedal, da ob odhodu iz izvorne države ni vedel, zakaj mora oditi in ni vedel za grožnje talibanov. Torej se mu življenje v Kabulu ni zdelo nič posebnega in nič nenavadnega, saj bi drugače opazil drugačno vzdušje v družini in vedel, zakaj mora zapustiti družino. Čeprav je večkrat navedel, da se ni imel možnosti igrati zunaj in se družiti z vrstniki, pa ga to očitno ni motilo, ker bi bilo glede na njegovo starost (13 let) pričakovati, da bo staršema zastavljal vprašanja. Pristojni organ tako ugotavlja, da prosilec ni podal nobenega utemeljenega pojasnila, zakaj je moral biti v Kabulu ves čas zaprt v hiši in tudi ni utemeljil njihovega strahu pred talibani po preselitvi v Kabul. Kabul je navsezadnje milijonsko mesto, v katerega ljudje dnevno prihajajo in odhajajo, zato ni verjeti, da bi preselitev prosilčeve družine sploh bila opažena, še posebej pa, da bi z njo bili seznanjeni talibani, ki bi izvajali nadaljnje pritiske nad družino.

Za izpolnjevanje pogojev za status begunca morajo biti kumulativno podani objektivni in subjektivni pogoji, torej dejanja preganjanja in utemeljen strah pred preganjanjem, pri čemer je mogoče presojati subjektivni pogoj strahu le ob obstoju relevantnega objektivnega dejanja preganjanja oziroma grozečih dejanj in nevarnosti, na podlagi katerih obstaja tako utemeljen strah, da je oseba zapustila svoje ozemlje. Organ je ugotovil, da prosilec ne izpolnjuje pogojev za priznanje statusa begunca. Pristojni organ se je seznanil s članki, ki jih je kot dokazilo k prosilčevim izjavam preložila zakonita zastopnica. Glede prispevka „Hazare še vedno trpijo v Afganistanu“ je organ ugotovil, da je zaradi časa nastanka povsem neaktualen, saj je bil napisan že leta 2003. Poleg tega pa je na tem mestu potrebno dodati, da prosilec v svojih treh prošnjah niti na osebnem razgovoru, nikoli ni omenil kakršnihkoli problemov v zvezi s svojo etnično pripadnostjo. Tudi na izrecno vprašanje njegove zakonite zastopnice o tem, je odgovoril, da tega ne ve. Njegov odgovor kaže na to, da sam in njegova družina težav zaradi pripadnosti Hazarom niso imeli. Predloženi članek tako v ničemer ne preverja oz. dokazuje prosilčevih izjav, zaradi česar bi ga bilo potrebno objektivno obravnavati. Podobno tudi članka o vračanju afganistanskih otrok iz Irana v Afganistan, ki poroča o stotinah otrok, beguncev ali ilegalnih pribežnikov v Iranu, katere so iranske oblasti brez vednosti staršev izgnale v Afganistan, kjer pogosto ne poznajo nikogar, v konkretnem primeru ni mogoče aplicirati na prosilca. Pristojni organ ocenjuje navedbe v članku in druge podobne zgodbe kot zelo tragične, ki pa niso primerljive s prosilčevo zgodbo. Ta je pred odhodom iz izvorne države imel urejeno družinsko življenje in v Kabulu družino, h kateri se po mnenju pristojnega organa lahko vrne. Prosilec ob vrnitvi v izvorno državo ne bi bil iztrgan iz družinskega življenja in ne bi bil nasilno ločen od staršev, temveč bi se z družino ponovno združil. Pristojni organ lahko sledi otrokovi največji koristi in to je živeti s svojo družino, v kateri je otrokova pravica, da starši skrbijo zanj. Prosilčeva zaskrbljenost ob morebitni vrnitvi se nanaša zgolj na njegovo družino, ker od svojega odhoda z njimi ni imel nobenega stika. Tako ne ve, ali so sploh živi, in če so, kje živijo. Iz njegovih izjav je razvidno, da je do odhoda iz izvorne države tam imel starše in sestro in je živel v urejeni družini, ki je skrbela zanj. Prosilec je na vprašanja o vrnitvi v izvorno državo odgovarjal v prepričanju, da njegova družina ne živi več v Kabulu, pri čemer ni navedel nobenih posebnih okoliščin, ki bi ga lahko napeljale na takšno prepričanje. Prav zato je njegova izjava, da v Kabulu ni nikogar, ki bi ga prevzel, precej neverjetna. Neverjetne pa so tudi izjave, da z družino nima nobenega stika, čeprav ima oče mobilni telefon, vendar mu ob zapustitvi države ni zaupal svoje telefonske številke, kamor bi ga lahko poklical. Tudi njegov odgovor na hipotetično vprašanje uradne osebe, ali bi se po njegovem mnenju lahko vrnil v Kabul, če bi tam poiskal njegove starše, na katerega je odgovoril, da ne verjame, da so starši ostali tam, in če so sploh živi, da so verjetno odšli v katero drugo državo, katero, pa ne ve, kaže na to, da prosilec možnost vrnitve kategorično zavrača, kar pa ni stvar postopka mednarodne zaščite.

V spis je priložen tudi članek o položaju otrok v Afganistanu, v katerem je prosilčeva zakonita zastopnica izpostavila (podčrtala) posamezne dele. Ti prikazujejo položaj otok na splošno, o njihovem zaposlovanju in delu ter samih razmerah v Afganistanu. Govori o težavah pri dostopnosti do zdravstvenih centrov in veliki umrljivosti otrok do 5 leta starosti, težave z dobavo električne energije in pitne vode, velikemu številu odvisnikov od drog, nedostopnosti do izobraževanja (predvsem deklic), veliki nepismenosti med odraslimi, otroškemu delu, izpostavljenosti trgovini z ljudmi, spolnemu nasilju in zlorabam. Ob koncu je izražena skrb zaradi naraščanja števila notranje razseljenih ljudi in povečanja števila prebivalstva, saj se je od leta 2002 v Afganistan vrnilo 5 milijonov beguncev, ki še dodatno obremenjujejo skupnost, ki se bori za preživetje z omejenimi viri. Pristojni organ je ugotovil, da na podlagi opisanih težkih okoliščin, tožnik nikoli ni obiskoval osnovne šole, tako kot tudi ne njegov brat, kar pa se mu ni zdelo nič nenavadnega, saj šole niso obiskovali niti njegovi vrstniki. Navedel ni nobenega posebnega razloga in pojasnila, zakaj je tako bilo niti sam ni izražal želje po šolanju, da bi mu to lahko bilo preprečeno, zato pristojni organ neizobraženosti prosilca ne more šteti kot hudo kršitev človekovih pravic, sicer pa neobiskovanje šole nikakor ne more predstavljati standarda grožnje, zahtevanega za priznanje subsidiarne zaščite.

Pristojni organ je podrobneje preučil tudi poročilo UNHCR-ja oz. kvalifikacijske smernice za oceno potreb po mednarodni zaščiti prosilcev za azil iz Afganistana. Prosilčev pooblaščenec je izpostavil poglavja, ki se nanašajo na ogroženost oseb, ki sodelujejo z uradnimi oblastmi in koalicijskimi silami v Afganistanu, na ogroženost mladoletnikov in na ogroženost glede na splošno varnostno situacijo v Afganistanu. Pristojni organ je v poročilu zasledil, da bi osebe, ki sodelujejo z mednarodnimi koalicijskimi silami, lahko bile v nevarnosti zaradi njihovega političnega mnenja kot tudi njihovi družinski člani, vendar v konkretnem primeru prosilec navedb o bratovem sodelovanju z Američani ni prepričljivo podal. V drugi prošnji se tega ni več spomnil in je odgovoril, da ga je morebiti enkrat peljal tja, v tretji prošnji in v osebnem razgovoru pa mu je to povedal drug brat in ne ve, s čim se je ukvarjal brat, ki je bil ubit. Četudi zanemarimo navedeno, pa v primeru prosilca tudi ne moremo posredno pripisati nevarnosti zaradi sodelovanja družinskega člana s koalicijskimi silami. Njegova družina je zapustila vas, se preselila v Kabul in prekinila stike s Talibani. Ti so navsezadnje dosegli svoj namen, saj je družina tako dejansko prekinila tudi stike z Američani. UNHCR- jevo poročilo navaja, da so člani družin lahko v nevarnosti pred oboroženimi proti-vladnimi skupinami, vendar na območjih, kjer te skupine vršijo nadzor. Province, kjer se je to dogajalo, so še posebej izpostavljene, med njimi pa Kabul ni omenjen.

Pristojni organ je preveril še, ali so razmere v Kabulu, kjer je prosilec nazadnje s svojo družino živel, takšne, da bi vrnitev lahko predstavljala resno in individualno grožnjo za življenje ali osebnost civilista zaradi samovoljnega nasilja v situacijah mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada. Poročilo UNHCR navaja, da je splošna varnostna situacija v Afganistanu še vedno zelo pereča, varnostne razmere so se v nekaterih delih države celo poslabšale. Oboroženi spopadi so se okrepili v južnih provincah in se razširili na območja, ki so prej veljala za stabilna. Njihova analiza incidentov, konfliktov in nasilja, je pokazala, da se stopnje nasilja po provincah močno razlikujejo. UNHCR-jevo stališče je, da samovoljno nasilje v nekaterih delih Afganistana dosega takšne razsežnosti, da bi ga lahko, tako po obsegu kot po njegovih oblikah, označili za sistematično znašanje nad civilisti. Poleg posebej izpostavljenih provinc, poročilo opozarja še na nekatere druge regije, v katerih je nasilje odvisno od aktivnosti oboroženih skupin. Tako med prvimi kot drugimi pa Kabul z okolico nikjer ni omenjen. Sistematičnega in vsesplošnega znašanja nad prebivalci s strani upornikov, ki bi to lahko predstavljalo resno in individualno grožnjo za vsakega civilista na tem območju, v Kabulu ni zaslediti. UNHCR aktualno spremlja razmere tudi v Afganistanu ter o tem redno izdaja smernice, zato bi v primeru kritičnih razmer v Kabulu o tem zagotovo poročali. Iz samega poročila ne izhaja, da bi bilo njihovo stališče, da je stopnja samovoljnega nasilja v provinci Kabul tako visoka, da bi bila vsaka oseba ob vrnitvi v to provinco ogrožena. Ker pa je tudi splošno znano, da je mesto Kabul v primerjavi z nekaterimi drugimi deli države v smislu varnostne situacije precej varno, organ ni pridobival še nadaljnjih poročil o razmerah v Kabulu, temveč je objektivni element prosilčeve prošnje presojal preko informacij o izvorni državi, ki jih je v postopku predložil prosilec.

Sodišče Evropske unije je v zadevi št. C-465/07 Meki Elgafaji in Noor Elgafaji proti Staatssecretaris van Justitie s 17. 2. 2009 zavzelo stališče, da čimbolj je prosilec morebiti sposoben dokazati, da ga grožnje posamično zadevajo zaradi elementov, ki so značilni za njegov položaj, tem nižja stopnja samovoljnega nasilja bo zadoščala, da se osebi prizna pravica do subsidiarne zaščite. Prosilec v konkretnem primeru pa ni navajal nobenih takih okoliščin, ki bi utemeljevale priznanje zaščite tudi po nižji stopnji nasilja.

Prosilec v postopku ni izkazal, da bi mu v primeru vrnitve v izvorno državo grozila smrtna kazen ali usmrtitev, ali da bi bil podvržen mučenju ali nečloveškemu ali poniževalnemu ravnanju ali kazni prosilca v izvorni državi, niti ne izpolnjuje pogojev za priznanje statusa subsidiarne zaščite zaradi resne in individualne grožnje za življenje ali osebnost civilista zaradi samovoljnega nasilja v situacijah mednarodnega ali oboroženega notranjega spopada. Organ je na podlagi druge alineje 52. člena v povezavi s prvo alinejo 53. člena ZMZ zavrnil prošnjo prosilca za priznanje mednarodne zaščite.

V tožbi tožnik pravi, da se ne strinja z navedbami tožene stranke, da ni navajala nobenih relevantnih dejanj in okoliščin, katerih intenzivnost bi bilo mogoče šteti za preganjanje v smislu 26. člena ZMZ. Prosilec je navedel smrt najstarejšega brata, zapor in pretepanje drugega brata s strani Talibanov in vpade Talibanov v njihovo vas, ter novačenje mladih fantov. Res je, da se vsa ta dejanja preganjanja niso dejansko zgodila tožeči stranki, vendar pa so se dogodila njegovimi ožjim družinskim članom. Tožena stranka zmotno uporablja pojem „utemeljen strah pred preganjanjem“, ki ga pojmuje le kot „že doživeta dejanja preganjanja“. V zadnjem odstavku na 6. strani odločba sicer omeni, da bi bila tudi „grozeča dejanja in nevarnost preganjanja“ lahko razlog za strah pred preganjanjem, toda takoj iz naslednjega stavka se vidi, da odločba tega v resnici sploh ne upošteva in išče samo že doživljeno preganjanje. Takšna interpretacija pojma „utemeljen strah pred preganjanjem“ iz 26. člena je zmotna. Preganjanje po Ženevski konvenciji ne pomeni zgolj preganjanja, ki se je zgodilo v preteklosti, ampak je predvsem pomembno, kaj prosilcu grozi ob morebitni vrnitvi v matično državo – utemeljeni strah pred nadaljnjim preganjanjem. Tožeča stranka pa sploh ne presodi ali obstaja verjetnost, da bi podobna usoda, kot je doletela njegova dva starejša brata, morebiti doletela tudi prosilca samega, če države ne bi pravočasno zapustil in kaj bi se z njim zgodilo ob vrnitvi v izvorno državo. Zaključek tožeče stranke, da prosilec ni uveljavljal preganjanja po Ženevski konvenciji, ter da zato tožena stranka ni ugotavljala intenzivnosti preganjanja, temveč je ugotovila, da prosilec ne izpolnjuje pogojev za priznanje statusa begunca, je torej popolnoma napačen.

Na problem ustavnosti ali ustavnokonformne interpretacije 26. člena ZMZ že več let opozarja tudi F.F. Po njegovem mnenju so „odločbe 26. člena ZMZ v nasprotju z ustavno zahtevo, da morajo biti zakoni v skladu z ratificiranimi in Slovenijo zavezujočimi mednarodnimi konvencijami. Ker 26. člen ZMZ govori (nejasno ali celo zavajajoče) samo o „dejanjih preganjanja“ in ne o utemeljenem strahu pred njimi (tudi če jih prosilec sam še ni doživel), je vsa dosedanja upravna in sodna praksa sledila (zavestno) tej napačni, „dobesedni“ interpretaciji, saj so bila vse dosedanja opozorila na pravno zgrešenost takega ravnanja in odločanja zaman. Ta očitna neskladnost z Ženevsko konvencijo je v tem, da konvencija kot temeljni pogoj za podelitev statusa begunca predpisuje utemeljen strah pred preganjanjem, ne pa že izvršena kakršnakoli „preganjalna dejanja“. Bistvena razlika med tema dvema pojmovanjema je jasno poudarjena tudi v literaturi, še zlasti v delu morda največje avtoritete azilskega prava J. C. Hathawaya: »The Law on Refugee Status« (1991). To neskladnost z Ženevsko konvencijo bi bilo morda sicer možno premostiti oziroma odpraviti z ustrezno interpretacijo 26. člena ZMZ – torej tako, da bi se pojem „dejanja preganjanja“ interpretiral v smislu dejanj, pred katerih nevarnostjo ima prosilec utemeljen strah, in ne v smislu že izvršenih dejanj. Taka interpretacija bi seveda zahtevala popolno in radikalno opustitev dosedanje večletne ustaljene upravne in upravnosodne prakse. Če je Upravno sodišče vsaj v tem primeru končno le pripravljeno pristati na to „konvenciji konformno“ interpretacijo ZMZ in to interpretacijo v sodbi jasno podati, potem 26. člen ZMZ v tem pogledu seveda ne bi bil več v neskladju z Ženevsko konvencijo – drugače pa tožnik predlaga sprožitev postopka po 156. členu Ustave. Nadalje tožena stranka trdi, da tožeča stranka ni izkazala subjektivnega strahu pred preganjanjem, saj ni doživela osebne izkušnje preganjanja. Tožeča stranka se takšnim sklepanjem ne strinja. Iz vseh treh vlog in iz osebnega razgovora izhaja, da se prosilec boji vrnitve v Afganistan zaradi strahu pred Talibani. Dejstvo, da se njemu samemu niso pripetili dogodki, ki so se pripetili njegovima bratoma, še ne pomeni, da tožeča stranka ni upravičeno v strahu pred vrnitvijo. Glede na to, da je šolanje otrokova osnovna pravica, bi tožena stranka morala preveriti po uradni dolžnosti, ali je bilo prosilcu šolanje dejansko onemogočeno, ali pa šole zgolj ni obiskoval zaradi drugih razlogov. Nemožnost šolanja namreč pomeni hudo kršitev ene od temeljnih človekovih pravic in torej lahko predstavlja utemeljen razlog za podelitev status begunca.

Res je, da tožeča stranka ni vedela za vzročno zvezo med svojo narodnostjo in dejanji preganjanja, vendar pa je splošno znano dejstvo, da so pripadniki etnične skupine Hazara bili in v določeni meri še vedno so zelo na udaru s strani Talibanov. Talibani so v večini Paštuni, sunitske veroizpovedi, kar pomeni da je veliko bolj verjetno, da bodo za samomorilske napada izbrali pripadnika druge narodnosti; drugo dejstvo pa je, da je pri presojanju potrebno upoštevati zgodovino in sicer Talibani so v preteklosti izvajali masovne poboje Hazarov. Res so danes v Afganistanu tako imenovani neo-Talibani, ki se v nekaterih pogledih razlikujejo s Talibani iz prejšnjega režima, vendar pa je glede na številna mednarodna poročila mogoče trditi, da so Hazari še vedno posebna tarča Talibanov. Članek „Afghan Election: Conflict between Democracy and Terrorism in Ghazni“ navaja da je življenje v provinci Gazni najbolj nevarno ravno za Hazare. Profesor W. Maley v svojem poročilu „On the Position of the Hazara Minorty in Afghanistan“, ki ga navaja tudi UNHCR v svojih kvalifikacijskih smernicah za oceno potreb po mednarodni zaščiti prosilcev za azil iz Afganistana, je tudi mnenja, da ni noben predel Ghaznija varen za Hazare. Hazari pa niso v nevarnosti le v provinci Ghanzni; le nekaj tednov nazaj je bilo v Kabulu, v napadu na Hazare ubitih več kot 50 ljudi. Tožena stranka bi torej morala po uradni dolžnosti preveriti povezavo med zatrjevanim preganjanjem in narodnostno pripadnostjo, saj ni mogoče pričakovati od mladoletnika, da bo vedel ali so določena dejanja preganjanja usmerjena le na pripadnike določene etnične manjšine. Poleg podlage narodnostna pripadnost, pa bi tožeča stranka morala preučiti tudi možnost upravičenosti do statusa begunca na podlagi pripadnosti posebni družbeni skupini, ki jo v tem konkretnem primeru tvori specifični profil otrok iz Afganistana, ki so v nevarnosti pred tem, da postanejo žrtve Talibanov. Iz UNHCR kvalifikacijskih smernic izhaja, da so otroci ena izmed najbolj ranljivih skupin v Afganistanu in da so Talibani odgovorni za veliko večino kršitev človekovih pravic otrok. Že prosilec sam je na osebnem razgovoru omenil, da so Talibani novačili mlajše fante. Kljub temu, da se tožena stranka ne sklicuje več na 22 (3) člen ZMZ-ja, ki je bil s strani Ustavnega sodišča razglašen za protiustavnega, pa je tožena stranka de facto zopet uporabila ta člen, saj ni upoštevala informacij o izvorni državi. Glede na 22. člen ZMZ-ja bi tožena stranka morala preučiti vse splošne in specifične informacije o izvorni državi.

Dejstvo je, da je tožeča stranka živela z družino v provinci Ghazni, ki je strateška provinca in varnostne razmere so tam zelo težke, še posebno za pripadnike manjšine Hazara. Tožeča stranka bi prav tako morala preveriti informacije, nanašajoče se na Kabul, saj prosilec trdi, da se je oče bal, da so jim sledili Talibani. Zaradi tega niso (razen očeta) zapuščali svojega stanovanja. Tožena stranka je v ta namen preučila le poročilo UNHCR in nobenih drugih poročil. Iz UNHCR-ovega poročila izhaja, da so tarče Talibanov pogosto otroci, tožena stranka bi torej morala preveriti, ali ne bi tožena stranka ob primeru vrnitve v matično državo bila podvržena dejanjem preganjanja, ki so usmerjena na otroke.

Glede vprašanja verodostojnosti prosilca tožnik pravi, da je sklepanje tožene stranke preuranjeno in do takšnega zaključka bi po mnenju tožeče stranke lahko prišel le izvedenec na tem področju (psiholog), ki bi podal izvedeniško mnenje o tem, kolikšna je sploh stopnja prosilčevih sposobnosti za spominjanje vsega dogajanja pred pobegom glede na njegovo takratno starost, upoštevajoč pri tem tudi ves stres na poti do Evrope in devetletnega tavanja po vsej Evropi, ter o tem, ali je možno, da bi otrok v njegovi takratni starosti brata res ne poznal po imenu. Tožena stranka na tem mestu tudi neupravičeno zavrne prosilčevo razlago, da bratovega imena ni poznal, saj ga je vedno naslavljal le „starejši brat“, kljub temu da iz poročila o Afganistanski kulturi izhaja, da mlajši kličejo starejše po njihovem nazivu in ne po imenu ter da se nazivi označujoč sorodstvene vezi pogosto uporabljajo za izkazovanje spoštovanja in prijateljstva.

Poleg tega je prosilec na osebnem razgovoru omenil težave s spominom: /.../ „na splošno imam rahle težave s spominom, kar opažam pri vsakodnevnih opravilih, večkrat kaj pozabim /...“, kar še dodatno kaže na to, da je izvedeniško mnenje potrebno. Iz istih razlogov je neutemeljeno tudi sklepanje tožene stranke, da je prosilčevo navajanje, da so bili v Kabulu zaradi strahu večinoma zaprti v hiši zavajajoče, saj bi prosilec moral opaziti drugačno vzdušje v družini in bi moral vedeti, zakaj mora zapustiti družino. Tožena stranka neprepričljivo zavrne možnost, da so starši želeli prosilca zaščititi in da mu zato o grožnjah s strani Talibanov niso ničesar povedali.

Tožeča stranka zatorej predlaga sodišču obravnavo bratove vloge kot dodaten dokaz, saj brat navaja, da je utrpel hude poškodbe s strani Talibanov, ko so ga zaprli. Ima vidne poškodbe na hrbtu, sprednjem delu in desni roki. Toženi stranki se zdi tudi neverjetno, da starši ne bi dali otrokoma telefonske številke preden so ju poslali na kakšno pot. Iz podaje vloge brata izhaja, da je njemu oče dal številko družine, kjer sta skupaj z očetom včasih delala. Brat je to številko tudi dvakrat poklical. Enkrat mu je uspelo govoriti z očetom, drugič pa je bila številka mrtva. Kljub temu, da je oče imel mobilni telefon, pa je po mnenju tožeče stranke preuranjeno sklepanje, da bi moral številko posredovati vsaj enemu od sinov. Prav verjetno je da oče ni želel, da bi kdorkoli vzpostavil direktni stik med njim in otrokoma, saj bi to lahko predstavljalo dodatno nevarnost.

Obravnava zgolj poročil, ki sta jih predložila zastopnica in pooblaščenec ni dovolj, saj poročila ne izkazujejo trenutnega stanja v Kabulu. Predložena poročila so iz leta 2003 in 2010. Za oceno trenutne nevarnosti bi tožena stranka morala preučiti novejša, aktualna poročila, iz katerih izhaja, da je stanje še slabše, kot je bilo, ko je UNHCR izdal svoje smernice. Nasprotno, tožena stranka celo trdi da je splošno znano, da je Kabul varnejši od ostalih delov države. Takšna trditev je nesmiselna, saj varnejši še ne pomeni nujno tudi varen po standardih, po katerih se subsidiarna zaščita ne prizna. Če bi tožena stranka preučila informacije o izvorni državi, bi ugotovila, da Kabul še zdaleč ni tako varen, kot tožena stranka trdi da je, še posebno pa ne za mladoletnika. Kabul je tarča rednih napadov, v katerih je verjetnost žrtev med civilisti zelo visoka. Situacija se na zadnja poročila slabša in ne izboljšuje. Tožeča stranka v ta namen navaja nekaj primerov aktualnih poročil iz leta 2011.

Tožena stranka nadalje trdi, da bi UNHCR zagotovo poročal, če bi se situacija v Kabulu poslabšala. Tožeča stranka želi poudariti, da UNHCR ni dolžan izdajati poročil o situaciji v določeni državi vsak mesec, niti ne vsako leto, torej ta argument ne vzdrži. Tožeča stranka želi zopet opozoriti na to, da je po Ženevski konvenciji pomembno, kaj se bo z prosilcem zgodilo ob morebitni vrnitvi v matično državo in da zgolj dejstvo, da pred odhodom prosilec sam ni bil deležen kršitev svojih pravic, kot jih navaja poročilo, še ne izključuje možnosti, da bi bil ob vrnitvi pred takšnimi kršitvami varen. Pri takšni trditvi tožena stranka popolnoma spregleda dejstvo da je prosilec mladoletnik, in da je že to samo po sebi posebna osebna okoliščina, ki ga postavlja v ranljivejši položaj. Prosilec bi bil kot mladoletnik v Kabulu ali kjerkoli lahko izpostavljen hudim kršitvam človekovih pravic, saj iz številnih poročil omenjenih v tej tožbi izhaja, da je položaj otrok v Afganistanu še posebno slab.

Sodišču predlaga, da izpodbijano odločbo tožene stranke odpravi in jo nadomesti s svojo odločbo, v kateri se tožeči stranki prizna *mednarodna zaščita* (primarno status begunca), podrejeno pa, da odpravi odločbo tožene stranke in zadevo vrne v ponovno odločanje. Tožeča stranka je brez premoženja in brez zaposlitve, zato ne more plačati sodne takse brez škode za lastno preživljanje. S plačilom taks pa bi bila občutno zmanjšana sredstva, s katerimi razpolaga.

V odgovoru na tožbo tožena stranka pravi, da iz obrazložitve vložene tožbe izhaja, da je tožeča stranka napačno razumela pojem preganjanja v smislu 26. člena Zakona o mednarodni zaščiti. Če dejanje ni preganjanje v smislu ZMZ (26. in 27. člena ZMZ), ni dejanske podlage za ugotavljanje prosilčevega utemeljenega strahu pred preganjanjem (sodba Vrhovnega sodišča I Up 286/2008 z 26. 6. 2008). Tožena stranka se tudi ne more strinjati s tožnikom, da uporablja pojem „utemeljen strah pred preganjanjem“ le kot „že doživeta dejanja preganjanja“. Doživeta dejanja preganjanja se v skladu z deseto alinejo 23. člena ZMZ upoštevajo pri obravnavanju dejstev in okoliščin, poglavitna ugotovitev pa je, ali ima prosilec ob vrnitvi v izvorno državo utemeljen strah pred preganjanjem, ki je točno opredeljeno v 26. in 27. členu ZMZ. Vsekakor že doživeta dejanja preganjanja utemeljenost strahu pred preganjanjem povečujejo, nikakor pa to ne pomeni, da mora biti prosilec že izpostavljen preganjanju pred odhodom iz izvorne države. Ker je tožena stranka v izpodbijani odločbi ugotovila, da v tožnikovem primeru niso podani razlogi preganjanja (27. člen ZMZ), ni mogla uporabiti pojma kot „že doživeta dejanja preganjanja“, saj preganjanja sploh ni bilo. Utemeljen strah pred preganjanjem je mogoče presojati le ob predpostavki obstoja grozečih dejanj in nevarnosti preganjanja. Tožeča stranka pa je navedla strah pred Talibani zaradi bratovega dela za Američane, ki v tem primeru ne more pomeniti preganjanja, saj ta razlog ni povezan s petimi razlogi po Ženevski konvenciji, na podlagi katerih se presoja upravičenost do statusa begunca.

Tožena stranka poudarja, da ni bistveno, ali so se dejanja, za katere tožnik zmotno zatrjuje, da so preganjanje, zgodila tožniku samemu ali pa njegovim ožjim družinskim članom, bistveno je, da dejanj, ki jih je navedel tožnik v postopku (smrt najstarejšega brata, zapor in pretepanje drugega brata s strani Talibanov), nikakor ni mogoče šteti kot preganjanje, saj se niso zgodila zaradi tožnikove pripadnosti oziroma pripadnosti njegovih družinskih članov določeni rasi ali etnični skupini, pripadnosti določeni veroizpovedi, njegovi narodni pripadnosti, pripadnosti posebni družbeni skupini ali zaradi njegovega političnega prepričanja, ampak zaradi tega, ker naj bi najstarejši brat tožnika delal za Američane, kar pa se nikakor ne more opredeliti kot preganjanje. Talibani namreč nasprotujejo in obsojajo kakršnokoli sodelovanju z mednarodnimi koalicijskimi silami, ne glede na to, katere narodnosti je oseba, ki sodeluje s koalicijskimi silami.

Tožnik nadalje navaja, da preganjanje po Ženevski konvenciji ne pomeni zgolj preganjanja, ki se je zgodilo v preteklosti, ampak je predvsem pomembno, kaj prosilcu grozi ob morebitni vrnitvi v izvorno državo. Tožena stranka se z navedenim stališčem strinja.

Tožena stranka se strinja, da lahko v izjemnih primerih ob akumulaciji različnih ukrepov, vključno s kršitvami človekovih pravic, nemožnost šolanja predstavlja utemeljen razlog za podelitev statusa begunca, vendar tožnik ni navedel nobenega posebnega razloga, zakaj ni obiskoval šole, in mu torej to ni bilo onemogočeno zaradi njegove rase, vere, narodnosti, pripadnosti določeni družbeni skupini ali določenem političnem prepričanju. Navedel ni niti nobenih posebnih aktivnosti staršev, na podlagi katerih bi mu to bilo mogoče pripisati. Tožnik je opisal, da je živel v zelo majhni vasici, vedel je, da tam ni bilo mošeje, da so imeli majhno trgovinico, ni pa vedel, ali je bila tam tudi šola, čeprav naj bi v tej vasi Syahbota živel 13 let. Tožena stranka pa ni po uradni dolžnosti dolžna preverjati, zakaj se tožnik ni šolal, saj za to tudi nima možnosti, če tožnik ni navedel nobenega posebnega razloga za to. Po ZMZ ni dolžnost tožene stranke, da sama najde razloge za priznanje mednarodne zaščite prosilcu oziroma da z dokazi ovrže prosilčeve nedokazane navedbe glede okoliščin za mednarodno zaščito, temveč je breme dokazovanja, da so v konkretnem primeru izpolnjeni pogoji za mednarodno zaščito v skladu z 21. členom ZMZ predvsem na prosilcu, ki edini ve, kaj se je z njim dogajalo v izvorni državi. Tožnik bi moral s svojimi besedami, na preprost način, opisati težave, s katerimi se je soočal. Tožena stranka je dolžna te izjave o težavah prepoznati in jih pravilno umestiti. Ker pa v konkretnem primeru tožnik sploh ni navajal nobenega razloga, zakaj sam ni obiskoval šole (obiskovali je niso niti drugi otroci), niti ni v zvezi s tem podal kakšnih drugih izjav, ki bi jih bilo mogoče preverjati (odgovarjal je kratko zgolj na zastavljena vprašanja uradne osebe), tudi ni bilo mogoče presojati njegovega neobiskovanja šole v smislu razlogov za priznanje mednarodne zaščite. Znano dejstvo pa je, da je v izvorni državi tožnika zaradi skoraj dvajsetletnega vojnega stanja na splošno velik problem neizobraženost oziroma nepismenost prebivalstva, kar je še posebej pereče pri rekrutiranju v Afganistanske policijske in vojaške sile. Pri tem niso izpostavljeni prebivalci Hazarske narodnosti, ki imajo po določenih mednarodnih poročilih v okraju Jaghuri, iz katerega izhaja tožnik, celo boljše možnosti za izobraževanje kot na primer večinsko paštunsko prebivalstvo. Glede na to, da tožnik v tožbi ni obrazložil, zakaj navedenih dokazov ni uveljavljal že v postopku mednarodne zaščite, tožena stranka naslovnemu sodišču predlaga, da navedene informacije o izvorni državi opredeli kot nedovoljeno tožbeno novoto in jih ne upošteva.

Tožena stranka meni, da tožnik s predloženimi članki zavaja in špekulira, saj tožnik v svoji prošnji ni zatrjeval preganjanja zaradi svoje hazarske narodnosti in to niti ne izhaja iz smisla njegovih izjav. Nasprotno pa je toženi stranki iz drugih primerov znano, da različna poročila podajajo informacije, da so se razmere za ljudstvo Hazara znatno izboljšale po padcu Talibanov, čeprav se še vedno soočajo s starimi zamerami. Zgodovinska dejstva je treba razlagati v luči aktualnih sprememb, na podlagi informacij pa je mogoče zaključiti, da so Hazari na ozemljih, kjer so v večini (kar je primer tudi v okraju Jaghuri, provinca Ghazni, od koder prihaja tožnik), precej varni pred uporniki, na mešanih ozemljih in ozemljih, ker so v manjšini, pa niso nič bolj (oziroma le izjemoma) izpostavljeni njihovemu ravnanju kot Paštuni. Oborožen spopad v Afganistanu nima etničnih razsežnosti in tudi v tako imenovanem Paštunskem pasu ne, zaradi česar prosilčeva hazarska narodnost ne predstavlja okoliščine, ki bi lahko vplivala na njegovo večjo ogroženost. Tožena stranka je ob tem upoštevala tudi dejstvo, da naj bi bil tožnik ob času zapustitve rodne vasi star že približno 13 let in bi bilo torej od njega upravičeno pričakovati, da v kolikor bi kot pripadnik Hazarov v rodni vasi imel kakršne koli težave, bi se le-teh težav moral vsaj malo zavedati in bi jih zagotovo omenil, sicer na preprost način in primerno njegovi starosti, ter ne bi odgovoril „ne vem, če smo imeli kakšen težave zaradi tega“. Tožbeni argument, da od mladoletnika ni mogoče pričakovati, da bo vedel, ali so določena dejanja preganjanja usmerjena le na pripadnike določene etnične manjšine, pa je zavajajoč. Tožena stranka ponovno poudarja, da mladoletnemu tožniku ni potrebno vedeti, ali določena dejanja pomenijo preganjanje ali celo, da se ta nanašajo samo na določeno etnično manjšino, saj je pomembno zgolj, da s preprostimi besedami pove, kaj se je dogajalo v izvorni državi. Takšno argumentiranje tožnika tožena stranka ocenjuje kot neprimerno. Kljub temu, da je tožnik mladoletna oseba, pa je še vedno dolžan navesti dejstva in okoliščine, ki so se mu pripetile in zaradi katerih je bil prisiljen zapustiti izvorno državo, kar je tožnik tudi storil. Povedal je, da sam osebno ni doživel nič posebnega, da vse, kar ve, mu je povedal brat, s katerim sta zapustila izvorno državo, ključen razlog odhoda iz izvorne države pa je bilo bratovo delo pri Američanih, zaradi česar so ga Talibani ubili. Tožena stranka vztraja, da je pravilno ocenila, da tožnikove navedbe o tem, kaj se je dogajalo v izvorni državi, ne morejo pomeniti preganjanja ter vsekakor niso povezane z njegovo pripadnostjo določeni etnični manjšini, kot to želi prikazati tožeča stranka. Toženi stranki tudi ni jasno, kaj je tožnik mislil z upravičenostjo do statusa begunca na podlagi pripadnosti posebni družbeni skupini, ki naj bi jo v tem konkretnem primeru tvoril specifični profil otrok iz Afganistana, ki so v nevarnosti pred tem, da postanejo žrtve Talibanov. ZMZ v 27. členu določa tudi razlog preganjanja zaradi pripadnosti posebni družbeni skupini. To, da je tožnik otrok iz Afganistana, tožena stranka vsekakor ne more umestiti v posebno družbeno skupino in kaže na pomanjkljivo znanje pripravljavca tožbe, ki očitno meni, da lahko v posebno družbeno skupino umesti kogarkoli. Tožena stranka poudarja, da ima tožnik v izvorni državi družino in starša, ki sta do njegovega odhoda skrbela zanj. Samo njegovo pavšalno zatrjevanje, da Talibani novačijo mlade fante, še ne more pomeniti niti verjetnosti grozeče resne škode v smislu ZMZ, nikakor pa ne moremo vseh afganistanskih otrok (s starši ali brez) obravnavati kot posebno družbeno skupino, ki ji je treba samo zato, ker so otroci v Afganistanu, podeliti status begunca.

Tožena stranka pravi, da je spoštovala drugi odstavek 22. člena ZMZ, ki ji nalaga, da mora v postopku preverjati izjave prosilca v povezavi z informacijami o izvorni državi. Ker tožnik evidentno ni zatrjeval preganjanja zaradi svoje hazarske narodnosti, tožena stranka ni preverjala stanja v izvorni državi glede Hazarov. Tožena stranka zgolj informativno pojasnjuje, da ji je iz drugih primerov znano, da pripadniki Hazarov na splošno niso preganjani zaradi svoje narodnosti, okraj Jaghuri (provinci Ghazni), od koder izhaja prosilec in kjer je prebivalstvo 100 % hazarske narodnosti, pa je znano kot eno najbolj mirnih področij Afganistana.

Tožnik nadalje predlaga, da se mu postavi izvedenec psiholog, ki bi podal izvedeniško mnenje o tem, kolikšna je sploh stopnja prosilčevih sposobnosti za spominjanje vsega dogajanja pred pobegom glede na njegovo takratno starost Tožena stranka ob tem ponovno opozarja na 52. člen ZMZ. Ker tožnik v postopku izdaje upravnega akta ni predlagal izvedenca psihološke stroke in ob tem v tožbi niti ni obrazložil, zakaj tega ni storil, tožena stranka sodišču predlaga, da omenjeni predlog obravnava kot nedovoljeno tožbeno novoto. Poleg tega pa želi tožena stranka izpostaviti, da v kolikor bi tožnik predlagal postavitev izvedenca psihološke stroke v postopku mednarodne zaščite, bi tožena stranka takšen predlog zavrnila, ker bi v skladu s 44. členom ZMZ in ob upoštevanju 189. člena in 14. člena ZUP ocenila, da postavitev izvedenca ni upravičena. Tožnik in njegova zakonita zastopnica namreč v postopku mednarodne zaščite nista nikdar izpostavila, da naj bi tožnik imel kakršne koli težave s spominom.

Kar pa zadeva obravnavo prošnje za mednarodno zaščito, ki jo je podal brat tožnika, pa tožena stranka navaja, da je bila navedena bratova prošnja (že tretja po vrsti) podana dne 22. 12. 2011 ob 16. 30 uri, se pravi potem, ko je bila izpodbijana odločba že izdana. Pri tem ne gre prezreti dejstva, da je brat tožnika namero za vložitev prošnje podal že dne 14. 12. 2011, vendar se je tik pred podajo prošnje premislil, ker se ni strinjal z nastanitvijo v Centru za tujce. Ob tem pa tožena stranka zgolj pripominja, da bi obravnava tožnika skupaj z njegovim bratom pravzaprav vnesla še dodaten dvom v verodostojnost tožnika, saj iz prošenj njegovega brata izhajajo bistveno drugačna dejstva kot iz izjav tožnika. Tožena stranka ob tem primeroma zgolj dodaja, da iz izjav tožnika izhaja, da ni nikoli videl trupla svojega brata, da je bil oče zgolj obveščen o smrti njegovega brata, pri čemer se tožnik ni spomnil nobenih posebnosti v zvezi s tem. Iz tretje prošnje njegovega brata pa izhaja, da so ob cesti našli grozovito iznakaženo truplo starejšega brata z napisom na prsih, da bodo z vsemi, ki sodelujejo z Američani, ravnali na enak način. Iz prve prošnje njegovega brata pa izhaja, da naj bi Američani pripeljali truplo starejšega vrata na njihov dom in naj bi jim povedali, da so ga ubili Talibani. Ne glede na to, katera zgodba njegovega brata je resnična, če katera sploh je, pa se nobena od teh ne sklada z izpovedjo tožnika, ki o truplu brata ničesar ni vedel, čeprav naj bi ga pripeljali prav na dom oziroma naj bi ga grozovito iznakaženega našli ob cesti. Glede na navedeno je tožena stranka prepričana, da v kolikor bi upoštevala še prošnjo tožnikovega brata, to v resnici ne bi bilo v korist tožnika.

Tožena stranka poudarja, da je glede situacije v Kabulu upoštevala zadnje poročilo UNHCR, ki ga je v spis preložil tudi tožnik, na podlagi česar tožena stranka lahko upravičeno sklepa, da se z njim strinja. UNHCR-jevo stališče je, da samovoljno nasilje v nekaterih delih Afganistana dosega takšne razsežnosti, da bi ga lahko, tako po obsegu kot po njegovih oblikah, označili za sistematično znašanje nad civilisti. Kabul z okolico nikjer ni omenjen. Sistematičnega in vsesplošnega znašanja nad prebivalci s strani upornikov, ki bi to lahko predstavljalo resno in individualno grožnjo za vsakega civilista na tem območju, v Kabulu ni zaslediti. V kolikor stališče tožene stranke glede navedenega dejstva ne bi bilo pravilno, bi moral tožnik predložiti nasprotne dokaze, ki bi zatrjevali drugačno stanje. Navedena poročila oziroma članki, ki jih je v tožbi navedel tožnik, pa ne potrjujejo drugačnega stanja, kot ga je ugotovila tožena stranka. Iz predloženih člankov oziroma poročil, ki večinoma obravnavajo posamezne atentate, pa ravno tako ne izhaja, da bi bila stopnja nasilja v Kabulu vsaj približno takšna, da bi življenje v Kabulu predstavljalo resno in individualno grožnjo za življenje ali osebnost civilista zaradi samovoljnega nasilja v situacijah mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada. Ker tožnik ni uspel dokazati, da je stanje v Kabulu drugačno, kot to izhaja iz najnovejšega poročila UNHCR, tožena stranka ugotavlja, da je bilo stanje v Kabulu ob odsotnosti kakršnih koli posebnih osebnih okoliščin tožnika v izpodbijani odločbi pravilno ugotovljeno.

V odgovoru tožeče stranke ta vztraja pri vseh navedbah v tožbi. Tožena stranka trdi, da Talibani nasprotujejo in obsojajo kakršnokoli sodelovanje z mednarodnimi koalicijskimi silami ne glede na to, katere narodnosti je oseba, ki sodeluje s koalicijskimi silami. S to trditvijo se tožeča stranka nikakor ne more strinjati. Dejstvo, da nekdo sodeluje z mednarodnimi koalicijskimi silami pomeni, da se ne strinja s političnim prepričanjem Talibanov, torej je podlaga za omenjeno dejanje preganjanja drugačno politično prepričanje, kot ga imajo nedržavni subjekti preganjanja v konkretnem primeru. Kljub temu, da prosilec sam ni sodeloval z Američani, pa je zaradi sodelovanja njegovega najstarejšega brata družina postala tarča Talibanov, ki so jih smatrali kot osebe, ki se ne strinjajo z njihovim političnim prepričanjem.

Tožeča stranka želi ponovno poudariti, da nezmožnost obiskovanja šole lahko predstavlja dejanje preganjanja v smislu Ženevske Konvencije in lahko vodi do priznanja statusa begunca. Tožena stranka bi morala to dejanje presojati torej z vidika statusa begunca in ne subsidiarne zaščite.

Glede na to, da tožena stranka ni sama poiskala informacij o izvorni državi, temveč se je v odločbi oprla le na poročila, ki jih je predložila tožeča stranka, je kršila 22. člen ZMZ (več o tem v tožbi, točki III in V). Ker torej tožeča stranka ni sama poiskala relevantnih informacij o izvorni državi, jih je tožeča stranka nekaj navedla v tožbi. Tožena stranka teh informacij ni bila dolžna navesti pred izdajo odločbe, saj nikjer ne obstaja obveznost, da mora prosilec izvesti natančno iskanje informacij o stanju v izvorni državi; nasprotno, ta obveznost obstaja na strani tožene stranke (glede na 22. člen ZMZ-ja bi tožena stranka morala preučiti vse splošne in specifične informacije o izvorni državi) in prosilec je upravičeno pričakoval, da bo tožena stranka to tudi storila. Poleg tega je to tudi praksa tožene stranke; na primer v odločbi 2142-285/2010/29, z dne 30. 9. 2011 je tožena stranka navajala kar precej virov o izvorni državi prosilca. V tožbi je zapisala, da specifični profil otrok iz Afganistana lahko tvori posebno družbeno skupino. To izhaja iz UNHCR-ovih smernic, in sicer, da posebej ranljivi otroci lahko predstavljajo posebno družbeno skupino. Otroci, ki so zaradi sodelovanja njihovih družinskih članov z mednarodnimi koalicijskimi silami, ogroženi s strani Talibanov, bi lahko predstavljali posebno družbeno skupino in dolžnost tožene stranke je da takšno morebitno vzročno zvezo preveri.

Tožeča stranka želi poudariti, da pred izdajo odločbe ni mogla vedeti, da bo tožena stranka, ki ni psiholog, z gotovostjo trdila, kaj vse se 13 letni otroci morajo spomniti. Tožeča stranka je zato predlagala postavitev izvedenca, da se pridobi strokovno mnenje, kakšen je dejansko spomin 13 letnika, upoštevajoč njegovo izvorno okolje in ostale dejavnike, kot so stresna pot do Evrope. Kar se tiče vloge za mednarodno zaščito tožnikovega brata, želi tožeča stranka zgolj ponoviti, da je tožeča stranka oprla svojo vlogo za mednarodno zaščito tudi na dejanja preganjanja, ki so se zgodila njegovemu bratu. Zaradi tega, predvsem pa zato, ker tožena stranka trdi, da ji starši niso razkrili razlogov, zakaj mora zapustiti Afganistan, in da ji je vse kar ve, kasneje povedal brat, bi bilo po mnenju tožeče stranke logično, da bi tožena stranka upoštevala tudi izjave brata.

Sklicevanje na poročilo UNHCR še ne pomeni, da se tožeča stranka strinja s tem da v Kabulu v času pisanja odločbe (leta 2011) ni višje stopnje nevarnosti, saj to iz UNHCR poročila ne izhaja. Ob presojanju trenutnega stanja v izvorni državi prosilca je tožena stranka dolžna preučiti obstoječe aktualne vire, česar pa tožena stranka v konkretnem primeru ni naredila. Tožeča stranka se najprej ne strinja, da je njena dolžnost, predložiti aktualna poročila o trenutnem stanju v izvorni državi. ZMZ izrecno navaja, da je to dolžnost tožene stranke (člen 22), poleg tega pa je tožena stranka za to tudi bolj usposobljena, saj ima oddelek za iskanje informacij o izvorni državi in tam v ta namen zaposlene raziskovalce. Drugič, pa se tožeča stranka ne strinja, da poročila, ki jih je sama predložila, ne kažejo na to, da je nevarnost v Kabulu nizke stopnje. Številni napadi, ki so se zgodili v zadnjih mesecih, katere žrtve so bili civilisti in pa ocena tveganja s strani AKE, so po mnenju tožene stranke zadostni dokazi o tem, da se je situacija v Kabulu poslabšala in da ni primerna za vrnitev mladoletnika. Kar se tiče pa Smernic UK Home Office, pa tožena stranka popolnoma napačno interpretira pojem osebne okoliščine in pri tem popolnoma spregleda prvi del odstavka, in sicer da se morajo odločevalci opreti na najnovejše podatke o državi. Zavoljo jasnosti tožeča stranka še enkrat citira omenjene smernice: „Pomembno je, da se odločevalci v konkretnem primeru oprejo na najnovejše podatke o državi, in presodijo, ali, je v okoliščinah, ki prevladujejo v času sprejemanja odločitve, v Kabulu na voljo zadostna zaščita za posameznega prosilca, pri čemer morajo v celoti upoštevati njihove osebne okoliščine.“

Dejstvo, da je prosilec mladoletnik, je torej že ena izmed njegovih osebnih okoliščin in tožena stranka bi jo morala vzeti v obzir, ob opiranju na najnovejše podatke o državi, pri presoji ali je v Kabulu na voljo zadostna zaščita.

V odgovoru tožena stranka pravi, da samo dejstvo, da nekdo sodeluje z mednarodnimi koalicijskimi silami, ne pomeni, da se zato ne strinja s političnim prepričanjem Talibanov. Večina sodelavcev mednarodnih koalicijskih sil namreč samo opravlja delo, ki je trenutno v Afganistanu eno izmed bolje plačanih in se ljudje zanj odločajo zaradi svojega preživetja. Talibani lahko to njihovo početje razumejo kot nestrinjanje z njimi, vendar v konkretnem primeru to ni bil razlog za zapustitev Kabula, kamor se je družina preselila.

Tožnik je imel skozi cel postopek mednarodne zaščite možnost, da sam predloži različne informacije, kar je sicer storil šele v tožbi zoper izpodbijano odločbo, pri čemer ni navedel opravičljivega razloga, zakaj tega ni storil že v postopku. Tožena stranka ob tem še enkrat poudarja, da so tožnik oziroma njegovi pooblaščenci in zakonita zastopnica imeli ves čas postopka možnost predložiti relevantne informacije o izvorni državi in ne le takrat, ko bi jim (v kolikor bi jim) tožena stranka v mnenje poslala informacije, ki bi jih eventualno sama pridobila, kot to smiselno izhaja iz drugopisa tožbe. Tožena stranka pa kljub temu, da gre v tem primeru za nedovoljeno tožbeno novoto (52. člen ZUS-1), še ugotavlja, da s strani tožnika predložene informacije ne potrjujejo drugačnega stanja, kot ga je v izpodbijani odločbi ugotovila tožena stranka. Novice o posameznih atentatih in incidentih, ki jih je predložil tožnik in o katerih poročajo tudi različne mednarodne organizacije, kljub njihovi tragičnosti, v Kabulu ne dosegajo stopnje nasilja, ki bi lahko predstavljalo resno in individualno grožnjo za življenje ali osebnost civilista zaradi samovoljnega nasilja v situacijah mednarodnega ali notranjega oboroženega spopada. Sama količina pridobljenih informacij te ugotovitve UNHCR-ja, kot priznane mednarodne organizacije, specializirane za begunce, ne more spremeniti. Iz UNHCR-jevih smernic sicer res izhaja, da se otroci s specifičnimi profili, ki jih poročilo izrecno navaja, lahko štejejo kot pripadniki posebne družbene skupine, vendar nikjer ni omenjeno, da je ta specifični profil tudi to, da njihov družinski član sodeluje z mednarodnimi koalicijskimi silami, kot to zavajajoče trdi tožnik.

V naslednjem odgovoru tožeča stranka pravi, da glede na 27 člen ZMZ „pri ocenjevanju dejstva, ali ima prosilec utemeljen strah pred preganjanjem, ni pomembno, ali prosilec dejansko ima rasne, verske, nacionalne, družbene ali politične lastnosti, ki se preganjajo, pod pogojem, da takšne značilnosti prosilcu pripisuje subjekt iz 24. člena tega zakona.“ Ta člen zajema t.i. pripisano politično mišljenje, ki je že dolgo sprejeto kot podlaga za preganjanje po Ženevski konvenciji. Za obstoj podlage preganjanja ni potrebno, da ima prosilec dejansko določeno politično mnenje, ki nasprotuje prepričanju subjektov preganjanja, dovolj je, da subjekti preganjanja prosilcu pripisujejo nasprotno prepričanje. To se lahko zgodi tudi, če otrok ne more izraziti političnih stališč ali dejavnosti svojih staršev, vključno takrat, ko starši otroku namerno prikrivajo te informacije, da bi ga zaščitili.

Tožeča stranka ni dolžna sama izvesti natančne raziskave o obstoječih informacijah o izvorni državi, temveč je nasprotno to dolžnost tožene stranke, ki izhaja iz 22. člena ZMZ. Prosilec je pričakoval, da bo tožena stranka to tudi storila. Prosilec se je potrudil in predložil nekaj informacij o izvorni državi tekom postopka, seveda pa ne vseh. Pridobitev informacij o stanju v izvorni državi je dolžnost tožene stranke, ki je za to tudi bolj usposobljena, saj ima prav za to ustanovljen oddelek in tam v ta namen zaposlene raziskovalce. Ta dolžnost izhaja tudi iz UNHCR-ovih posodobljenih smernic o azilnem postopku, in sicer, da lahko otroci le omejeno poznajo razmere v državi izvora ali pa ne morejo pojasniti razlogov za njihovo preganjanje.

Tožeča stranka želi še enkrat poudariti, da je aktualnost informacij o izvorni državi eden izmed pogojev pri presojanju le teh virov kot dokazov. Poglavitno vprašanje je, ali so trenutne razmere v Afganistanu varne za vrnitev mladoletnika. Dolžnost tožene stranke je, da odgovor na to vprašanje poišče v aktualnih poročilih in ne zgolj v poročilu iz leta 2010.

Kljub ugovoru tožene stranke, želi tožeča stranka zopet predložiti dodatna poročila o stanju v Kabulu. In sicer prilaga poročilo z dne 3. 2. 2011, iz katerega izhaja, da se je število civilnih žrtev v Kabulu povečalo v letu 2011, da so otroci še bolj pogosto žrtve oboroženih spopadov. V članku z dne 7. 12. 2011 avtor navaja, da Kabul ni varen za Hazare, ker so bili Hazara posebne tarče dveh bombnih napadov. Nadalje profesor navaja, da je nerealno pričakovati, da lahko Hazare zaščiti država. Na splošno slaba kakovost afganistanske policije, pogosto v kombinaciji z zakoreninjenimi predsodki proti Hazarom, pomeni, da je težko pričakovati, da bo policija pripravljena ali sposobna zaščititi Hazare, vključno v Kabulu (stran 9). Tožeča stranka je zgolj podala lastno mnenje, da takšna posebna družbena skupina lahko obstaja in dolžnost tožene stranke je, da takšno morebitno vzročno zvezo preveri. UNHCR-ove posodobljene smernice o azilnem postopku navajajo, da ne obstaja zaključen seznam, katere skupine lahko tvorijo posebno družbeno skupino v smislu Ženevske konvencije. Namesto tega je izraz pripadnost določeni družbeni skupini treba razumeti kot pojem, ki se razvija, ki je odprt za raznoliko in spreminjajočo se naravo skupin v različnih družbah in glede na razvoj mednarodnih norm človekovih pravic.

Za konec tožeča stranka omenja še to, da je pri vračanju mladoletne osebe potrebno preveriti, ali mu bo ob vrnitvi zagotovljen primeren sprejem in nega. Tožeča stranka se zaveda, da ta dolžnost ne izhaja iz ZMZ, temveč iz Zakona o tujcih, vendar pa je v konkretnem primeru, kjer mladoletnik trdi, da je izgubil vse stike s starši, to vprašanje pomembno za sam postopek mednarodne zaščite. Tožena stranka tekom postopka ni preverila, ali je mogoče vzpostaviti stik z mladoletnikovimi starši, ampak je avtomatično sklepala, da mladoletnik ob vrnitvi ne bi spadal v skupino mladoletnikov brez spremstva. Takšno sklepanje pa brez kakršnih koli dokazov ni utemeljeno. Poleg tega ima tožena stranka tudi dolžnost da čim prej začne postopek iskanja otrokovih staršev ali drugih sorodnikov, ki izhaja iz 16. člena ZMZ.

Tožba je utemeljena.

Med strankama ni sporno, da je tožnik mladoletnik in tožena stranka ni ugotovila, da bi bil tožnik neverodostojen glede zatrjevanja, da ob tem, ko ne pozna točnega rojstnega datuma, meni, da je (v času zaslišanja, ki je potekalo dne 27. 9. 2011) star med 15 ali 16 let. To pomeni, da bi morala tožena stranka pri odločanju uporabiti pravni institut oziroma načelo „največje“ otrokove koristi, pa tega ni storila oziroma je to načelo napačno uporabila. Upravno sodišče je namreč v zadevah mednarodne zaščite, ko je šlo za mladoletnike že zavzelo pravno stališče glede omenjenega načela in mu dalo na podlagi mednarodnega prava in sodne prakse pravno veljavo v zadevah mednarodne zaščite na naslednji način (sodba Upravnega sodišča v zadevi I U 377/2011 z dne 28. 3. 2011):

Gre za splošno pravno načelo, ki izvira iz Konvencije ZN o otrokovih pravicah (MKOP, Uradni list SFRJ, št. 15/1990, Akt o notifikaciji nasledstva konvencij OZN ... Uradni list RS - MP, št. 9/92, Uradni list RS, št. 35/92). Določilo 1. točke 3. člena pravi, „naj bodo pri vseh dejavnostih v zvezi z otroki, bodisi da jih vodijo državne bodisi zasebne ustanove /.../ sodišča, upravni organi ali zakonodajna telesa, otrokove koristi glavno vodilo.“ Z vidika zveze med Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (MKVČP) ter načelom varovanja otrokovih koristi je Upravno sodišče v isti sodbi opozorilo na sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi Neulinger in Shuruk proti Švici (z dne 2. 6. 2010). V tej sodbi ESČP pravi, da MKVČP ne more biti interpretirana v vakuumu, ampak mora biti interpretirana in uporabljena v harmoniji s splošnimi načeli mednarodnega prava (odst. 131), pri čemer v zvezi s konceptom varstva otrokovih koristi ESČP poleg že omenjene MKOP omenja še Deklaracijo ZN o otrokovih pravicah iz leta 1959, Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah, Listino EU o temeljnih pravicah in nekatere druge mednarodne listine (odst. 49-56). Iz tega ESČP izpelje, da je „trenutno širok konsenz – vključno v mednarodnem pravu - za podporo ideji, da je pri vseh odločitvah, ki zadevajo otroke, najpomembnejša njihova največja korist (odst. 135). Vendar pa to po presoji Upravnega sodišča, upoštevajoč načelo subsidiarnosti sodnega varstva pravic iz MKVČP pred ESČP ter doktrine določenega polja proste presoje držav podpisnic MKVČP na predmetnem področju, ne pomeni, da ko sodišče ugotovi, kaj je največja korist za otroka v posamičnem primeru, to nujno vodi k odločitvi, ki je v popolnosti skladna s to koristjo. V tem se Upravno sodišče strinja s stališčem Vrhovnega sodišča Združenega kraljestva v zadevi ZH [(Tanzania) (FC) v Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 4, z dne 1. 2. 2011, mnenje sodnice Lady Hale odst. 26]. Podlago za to Upravno sodišče vidi v dejstvu, da je koncept varovanja otrokovih koristi v pravu EU pravno načelo, ne pa temeljna pravica. Temeljna pravica otroka je na primer, da ima redne osebne odnose in neposredne stike z obema staršema (3. odstavek 24. člena Listine EU o temeljnih pravicah (Listina, Uradni list EU, C 83/389, 30. 3. 2010 v zvezi z sodbo Sodišča EU v zadevi C-403/09 PPU, Detiček, z dne 23. 12. 2009, odst. 53-59), med tem ko določilo 2. odstavka 24. člena Listine ne pomeni temeljne pravice, ampak splošno pravno načelo. To določilo pravi, da pri vseh ukrepih javnih organov ali zasebnih ustanov, ki se nanašajo na otroke, se morajo upoštevati predvsem koristi otroka. Takšna interpretacija 3. odstavka 24. člena Listine je skladna s stališčem Sodišča EU iz časa pred inkorporiranjem Listine v primarno pravo EU. V zadevi C-540/03 z dne 27. 6. 2006 je namreč Sodišče EU postavilo, da je MKOP zavezujoča za vse članice EU (odst. 37), vendar pa koncept otrokovih koristi ni pravica (na primer pravica do vstopa v državo članico), ki bi preprečila izvrševanje določenega polja proste presoje države glede nadzora nad vstopom in zakonitim bivanjem tujcev v državi članici (odst. 59), mora pa sodišče v zadostni meri upoštevati koncept otrokovih koristi (odst. 63. in 73.). Vendar pa Direktiva št. 2003/86/ES o pravici do združitve družine, na katero se sodba Sodišče EU v zadevi C-540/03 nanaša, ni imela v preambuli omenjenega koncepta otrokovih koristi. Direktiva št. 2004/83/ES, katere implementacijski akt je ZMZ, in jo mora sodišče upoštevati v tem upravnem sporu, pa v preambuli v recitalu 12. pravi: „Korist otroka mora biti najpomembnejše vodilo držav članic pri izvajanju te direktive.“ Tako je Upravno sodišče zapisalo v sodbi v zadevi I U 377/2011 z dne 28. 3. 2011.

Upoštevajoč določeno polje proste presoje tako z vidika MKVČP kot tudi Listine, in ob dejstvu, da je slovenski zakonodajalec izrecno vnesel načelo „največje“ otrokove koristi v ZMZ (1. alineja 1. odstavka 16. člena) Upravno sodišče meni, da bi morala tožena stranka v obravnavani zadevi drugače upoštevati neprerekano okoliščino, da je tožnik mladoletnik, in pojasnila tožnika, da je izgubil stik s starši in sestro, ki so morda ostali v Kabulu, morda pa ne oziroma da tožnik ne ve, kje se trenutno nahajajo njegovi starši. Ti dve okoliščini bi morala tožena stranka upoštevati tako pri vprašanju tožnikove varne (v smislu 3. člena MKVČP) vrnitve v Kabul spričo v postopku predloženega članka (»Položaj afganistanskih otrok«) in poročila Visokega komisariata ZN za begunce z dne 17. 10. 2010, ki navajata tveganja zaradi novačenja otrok v oborožene skupine Talibanov ter drugih protivladnih skupin ter zlorabljanja otrok v spolne namene in prisilno delo (subsidiarna zaščita), kot tudi pri vprašanju zveze med podlago za preganjanjem in utemeljenim strahom (status begunca).

V zadevah mednarodne zaščite je sicer treba najprej presojati, ali prosilec izpolnjuje pogoje za status begunca in šele potem pogoje za subsidiarno zaščito, in tožena stranka je tako tudi ravnala glede na potek obrazložitve izpodbijanega akta. Vendar pa bo sodišče v nadaljevanju najprej presojalo zakonitost dela odločbe, ki se nanaša na subsidiarno zaščito, ker napačna uporaba načela varovanja največje otrokove koristi izstopa v tej zadevi in je (še) bolj kot na pogoje za status begunca vezana na pogoje za subsidiarno zaščito.

Iz izpodbijane odločbe izhaja, da je tožena stranka načelo varovanja največje koristi za otroka upoštevala samo v tem smislu, da je tožena stranka „postopek prilagodila prosilčevi starosti“ in da so mu bila „zastavljena kratka in enostavna vprašanja“, da je organ „upošteval prosilčevo mladost ter možnost, da o ključnih dogodkih res ni bil seznanjen“ ter da je naloga zakonitega zastopnika in PIC, da „skrbita za najboljše interese otroka in da varujeta njegove pravice v postopku priznanja mednarodne zaščite.“ To je nezadostna in napačna razlaga načela varovanja največje koristi otroka iz 2. odstavka 24. člena Listine v zvezi z 12. točko preambule ter členom 20(5) Direktive 2004/83/ES, 1. točko 3. člena MKOP ter 1. alineje 1. odstavka 16. člena ZMZ.

Upoštevanje mladoletnosti pri postavljanju vprašanj in tudi zastopanje mladoletnega prosilca sta zgolj nujna elementa v postopku dokazovanja in ugotavljanja dejanskega stanja v smislu 6. odstavka 47. člena ZMZ in 3. odstavka 16. člena ZMZ (ter 17. člena t.i. Procesne Direktive 2005/85/ES). Vendar mora imeti načelo varovanja največje koristi otroka pomen tudi v procesu tehtanja realnosti tveganja za kršitev absolutnih pravic mladoletnika v primeru vrnitve v izvorno državo in se mora odražati tudi v dokaznem bremenu tožene stranke in pravilih ter standardih dokazovanja (v zvezi s subsidiarno zaščito). Načelo varovanja največje otrokove koristi ni namreč vključeno le v procesno direktivo št. 2005/85/ES, ampak tudi v t.i. materialno Direktivo št. 2004/83/ES (točka 12 preambule in člen 20(5)), kar pomeni, da ga je treba upoštevati tudi pri materialno-pravnem ugotavljanju izpolnjevanja pogojev za status begunca in subsidiarne zaščite. Ob tem mora sodišče razčistiti, kaj pomeni slovenska različica načela iz 2. odstavka 24. člena Listine v povezavi z 12. točko preambule k materialni direktivi. V slovenski različici Listine je navedeno, da /.../ „se morajo upoštevati predvsem koristi otroka“. Na mestu pojma „predvsem“ je v angleški različici Listine „primary“, v francoski različici Listine pa „primordial“, kar zadovoljivo ustreza pojmu „predvsem v slovenski različici Listine, a je v slovenski različici materialne direktive jasno navedeno, da mora biti „korist otroka najpomembnejše vodilo držav članic pri izvajanju te direktive.“ To vse skupaj brez vsakršnega interpretativnega dvoma pomeni, da je varovanje otrokovih koristi glavno vodilo (tako se glasi tudi besedilo MKOP) oziroma najpomembnejše vodilo; vendar pa slovenska različica Listine in slovenska različica 12. točke preambule materialne direktive izpuščata pojem „največje“ koristi glede na to, da angleška vsebuje pojem „best interes“, francoska pa „l'intérêt supérieur“. Vendar tudi tu ni interpetativnega problema, ker ZMZ v 1. alineji 1. odstavka 16. člena uporablja pojem „največje“ otrokove koristi. Upoštevanje načela največje koristi mora biti torej glavno vodilo pri odločanju o prošnji za subsidiarno zaščito in status begunca.

Da se načelo varovanja največjih koristi za otroka razteza čez okvire, ki jih je tožena stranka upoštevala v izpodbijani odločbi, izhaja tudi iz nekaterih drugih mednarodnih smernic in ustavno-pravne prakse. Na primer Smernice UNHCR za mednarodno zaščito št. 8: Prošnje za azil otrok na podlagi člena 1(A)2 in 1(F) Konvencije o status beguncev in Protokola 1967 z dne 22. 12. 2009 (UN High Commissioner for Refugees, Guidelines on International Protection no. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 22. 12. 2009) v odstavkih 65. in 73 navajajo, da bi morali pri odločanju o mednarodni zaščiti za mladoletnike veljati posebne procesne in dokazne garancije, tako da bi imeli pristojni organi večje breme dokazovanja, kot to velja v primerih, ko ne gre za mladoletnika in da bi morala biti v veljavi bolj široka uporaba načela, po katerem je treba v dvomu odločiti v korist prosilca. Ustavno sodišče je v odločbi U-I-292/09-9, Up-1427/09-16 z dne 20. 10. 2011 postavilo, da „mora pristojni organ tudi sam zbrati vse potrebne podatke in ni vezan samo na navedbe ali predložene dokaze prosilca“ (18. odstavek obrazložitve); če to velja na splošno v zadevah mednarodne zaščite, potem še toliko bolj velja v zadevah, ko je prosilec mladoletnik in je treba spoštovati načelo „največje“ otrokove koristi, saj mora po določbi 2. odstavka 16. člena ZMZ uradna oseba, ki vodi postopek, dajati pomoč pri učinkovitem uveljavljanju pravic po zakonu.

To pomeni, da je nepravilno stališče tožene stranke, da je naloga (samo) zakonitega zastopnika in pooblaščenca, da skrbi za otrokove koristi, ampak je tudi naloga organa, ki odloča, da v izpodbijanem aktu kot glavno vodilo upošteva načelo varovanja največjih otrokovih koristi.

Nadalje je treba po določilu 2. alineje 1. odstavka 16. člena ZMZ že v postopku o mednarodni zaščiti čim prej začeti postopek iskanja staršev ali drugih sorodnikov mladoletnika, kar pa iz izpodbijane odločbe ni razvidno, pa bi moralo biti. Tožena stranka poenostavljeno pravi, da meni, da se tožnik lahko vrne k staršem v Kabul, čeprav je tožnik zatrjeval, da ne ve, kje so starši, kar pa je tožena stranka preprosto štela za neverjetno. Na tak način tožena stranka ni v zadostni meri poskušala ugotoviti, ali je utemeljeno pričakovati, da bi tožnika v izvorni državi sprejeli starši in niti ni poskušala vzpostaviti stika s tožnikovimi starši. S tem tožena stranka ni izpolnila obveznosti iz 2. alineje 1. odstavka 16. člena ZMZ, ki je neposredno povezana z varovanjem največje koristi za otroka prvič zato, ker je ta obveznost postavljena že v ZMZ in ne (šele) v Zakonu o tujcih in drugič, ker je vprašanje, ali je v izvorni državi poskrbljeno za nujno potrebno varnost in ustrezen sprejem z vidika osnovnih pogojev za življenje zavrnjenih mladoletnih prosilcev za mednarodno zaščito vezano na tveganje v smislu 2. člena ZMZ v povezavi s 3. členom MKVČP in sicer bodisi, da je mladoletnik brez staršev ali brez stikov s starši, bodisi da je organ pred tem v ugotovil, da sicer ni gotovo, je pa utemeljeno pričakovati, da bi mladoletnika v izvorni državi sprejeli starši oziroma sorodniki. Ko je na primer v podobnem primeru odločalo pritožbeno sodišče v Združenem kraljestvu [Court of Appeal, Civil Division, DS (Afghanistan) and Secretary of State for the Home Department, 8. 2. 2011, Roval Court of Justice, Strand, London, WC2A 2LL], kjer je bil pritožnik mladoletnik brez spremstva, a je imel mamo in strica v Afganistanu, je pritožbeno sodišče odločilo, da je nižje sodišče kršilo pravo, ker ni v zadostni meri ugotovilo, ali je za primer vrnitve pritožnika poskrbljeno za njegovo varnost in ustrezno bivanje v izvorni državi v povezavi z možnostjo navezave stikov s pritožnikovo mamo in stricem (mnenje sodnika Lorda Pilla, odst. 44). Za tožnika bi bilo vsekakor zelo koristno, da bi storil vse, kar je v njegovi moči, da bi toženi stranki pomagal navezati stik s starši, vendar pa obveznost poskusiti vzpostaviti stik s starši mladoletnega prosilca na strani tožene stranke obstaja ne glede na pomoč prosilca. Iz primerljive prakse držav izhaja, da se pristojni organ ob tem poslužujejo pomoči mednarodne organizacije Rdečega križa. Velja pa tudi upoštevati smernice UNHCR, da je treba pri tem navezovanju stikov upoštevati nevarnost, da te aktivnosti ne bi spravile v nevarnost družine prosilca za azil (in da te aktivnosti ne pridejo v poštev, kadar obstajajo znaki, da so starši vpleteni v nasilje nad otroci – odst. 69 Smernic UNHCR za mednarodno zaščito št. 8: Prošnje za azil otrok na podlagi člena 1(A)2 in 1(F) Konvencije o status beguncev in Protokola 1967 z dne 22. 12. 2009). To so sprejete smernice tudi v okviru prava EU (člen 19(3) Direktiva št. 2003/9/ES o minimalnih standardih za sprejem prosilec za azil).

Tožena stranka torej ni ugotavljala vseh potrebnih in pravno relevantnih dejstev preko verodostojnih in relevantnih informacij o stanju v izvorni državi glede vračanja mladoletnikov brez spremstva in glede možnosti, da bi tožnika v izvorni državi sprejeli starši. Zato je odločitev o zavrnitvi subsidiarne zaščite nezakonita in je s tega vidika potrebno zadevo vrniti toženi stranki v ponoven postopek (kršitev določbe 3. odstavka 2. člena ZMZ v povezavi z 2. odstavkom 24. člena Listine, 12. točko preambule ter člen 20(5) Direktive 2004/83/ES oziroma 1. in 2. alinejo 16. člena ZMZ).

V ponovnem postopku tožena stranka lahko upošteva, da po stališču ESČP iz sodb v zadevah Husseini proti Švedski z dne 6. 9. 2011 (oziroma 13. 10. 2011) in J.H. proti Združenemu kraljestvu z dne 29. 11. 2011 (oziroma 20. 12. 2011), ki temeljita tudi na dejstvih iz Smernic UNHCR o upravičenosti za ugotavljanje potreb po mednarodni zaščiti prosilcev za azil iz Afganistana z dne 17. 12. 2010, ki je bilo predloženo tudi v obravnavanem upravnem sporu, „ni znakov, da je situacija v Afganistanu /.../“ (Husseini, odst. 84) oziroma /.../ „posebej v Kabulu, kamor naj bi bil pritožnik vrnjen“ (J.H., odst. 55) /.../ „tako resna, da bi vrnitev pritožnika sama po sebi pomenila kršitev 3. člena MKVČP.“ To pa glede na sodbo Sodišča Evropske unije (SEU) v zadevi Elgafaji (C-465/07 z dne 17. 2. 2009, odst. 28), po kateri določilu 3. člena MKVČP ustreza določilo 15(b) člena Direktive 2004/83/ES konkretneje za ta upravni spor pomeni naslednje:

- v zadevi Husseini (in v zadevi J.H.) je ESČP ugotovilo, da situacija v Afganistanu ni tako resna, da bi vrnitev pritožnika sama po sebi pomenila kršitev 3. člena MKVČP, v okoliščinah, ko pritožnik ni bil mladoleten, ampak je bil star 31 let (oziroma 20 ali 23 let), med tem ko je v predmetnem upravnem sporu tožnik mladoletnik brez spremstva staršev;

- ugotovitev ESČP, da situacija v Afganistanu ni tako resna, da bi vrnitev pritožnika sama po sebi pomenila kršitev 3. člena MKVČP, se nedvomno povezuje tudi z zakonskim dejanskim stanom iz 3. alineje 28. člena (oziroma 15.c člena Direktive 2004/83/ES), to je na stanje nasilja v situacijah notranjega ali mednarodnega oboroženega spopada, česar MKVČP sicer ne ureja, vendar pa mora tudi odločanje o subsidiarni zaščiti na podlagi 3. alineje 28. člena ZMZ temeljiti na celoviti analizi konkretnih okoliščin v zvezi s tožnikom, ker je treba vsak primer obravnavati individualno (1. odstavek 7. člena ZMZ; Husseini, odst. 96) in ima(ta) pristojni organ (in sodišče) obveznost, da potem, ko morebiti ugotovi(ta), da Afganistanu ni takšno stanje, da bi že sama vrnitev zavrnjenega prosilca za mednarodno zaščito sama po sebi pomenila kršitev 3. člena MKVČP, ugotovi(ta) tudi, ali so morda osebne in partikularne okoliščine pritožnika takšne, da zahtevajo zaščito pred kršitvijo 3. člena MKVČP (J.H., odst. 56).

- tožeča stranka lahko v ponovnem postopku predloži nova ali druga relevantna poročila o stanju v Afganistanu, ki jih je uporabilo ESČP v zadevi Husseini, da bi s tem argumentirala zahtevek za subsidiarno zaščito;

- potrebno je upoštevati, da je stališče ESČP v zadevi Husseini iz sodne presoje malega senata ESČP, ki še ni nujno dokončna, ker je v zadevi vložena prošnja za sprejem pritožbe pred velikim senatom ESČP.

Tožena stranka pa je nepravilno uporabila materialno pravo tudi glede ugotavljanja statusa begunca.

V zvezi s presojo zakonitosti odločitve, ki se nanaša na status begunca, sodišče najprej ugotavlja, da je tožena stranka v obrazložitvi odločbe izpeljala nekaj elementov neverodostojnosti tožnika. Vendar pa negativne odločitve glede statusa begunca ni oprla na oceno neverodostojnosti v tem smislu, da tožnik ni izkazal utemeljenega strahu pred preganjanjem, ampak je ugotovila, da tožnik ni izkazal potrebne podlage (nobene izmed petih možnih razlogov) za preganjanje (1. odstavek 27. člena ZMZ). Tako ni jasno, kakšen pomen ima tisti del obrazložitve izpodbijane odločbe, ki se nanaša na ugotovljene tri elemente neverodostojnosti. Zaradi učinkovitejšega vodenja nadaljnjega postopka se zato sodišče v nadaljevanju kljub temu opredeljuje tudi do (ne)pravilnosti dokazne ocene o neverodostojnosti tožnika v treh elementih.

Prva ugotovljena neverodostojnost se nanaša na nepoznavanje imena starejšega brata, ki naj bi bil ubit s strani Talibanov. Do te neverodostojnosti tožena stranka pride z uporabo stereotipa, ki v dokazni oceni ni sprejemljiv. Tožena strank namreč ne more izhajajoč iz kulturnih vzorcev in percepcije razumevanja družinskega okolja v Sloveniji predvidevati ali predpostavljati, kako je tožnik prav gotovo klical svojo mamo, očeta in brata in kako so starši klicali svoje otroke, brez da bi ob izpeljavi ocene o neverodostojnosti izkazala vsaj minimalno poznavanje in upoštevanje lokalnih običajev v državi izvora. Ker tudi sodišče ne pozna teh navad, ne more pritrditi oceni tožene stranke, da bi tožnik moral dobro poznati ime svojega najstarejšega brata, brez da bi ga o tem posebej podučil drugi brat na begu iz Afganistana, in ki naj bi bil precej starejši od tožnika in ubit v času, ko je bil tožnik star 8-9 let. Nesprejemljiv stereotip v dokazni oceni je tudi ocena, da je težko verjeti, da ne bi bilo zaznati žalosti v družini zaradi bratove smrti ali nekega nemira ob grožnjah Talibanov in da bi moral opaziti, da se je življenje v njegovi družini spremenilo. Enako bi bilo mogoče izpeljati tudi dokazni sklep na podlagi predvidevanj, da so starši tožnika morda povsem razumno želeli najmlajšega sina zavarovati pred določenimi vedenji o tem, kaj počne najstarejši brat in ga s tem poskusiti oddaljiti od nevarnih dogodkov. Tretji element neverodostojnosti po mnenju tožene stranke je v tem, da je tožnik precej pavšalen in neprepričljiv, ker občutka ogroženosti in novačenja s strani Talibanov ni omenil do osebnega razgovora. Ta ugotovitev tožene stranke ni točna in ne ustreza podatkom v spisu, kajti iz prošnje tožnika za mednarodno zaščito z dne 30. 3. 2011 izhaja, da je tožnik uveljavljal strah pred Talibani in je opisal nasilno smrt brata, zaprtje brata, grožnje družini s strani Talibanov (stran 8, odgovor na drugo in sedmo vprašanje; str. 9, odgovor na šesto vprašanje). Navedeni trije elementi neverodostojnosti, tako kot jih je ugotovila tožena stranka, torej ne morejo imeti nobenega vpliva na obstoj utemeljenega strahu pred preganjanjem, pri čemer pa ta zveza niti ni razvidna iz izpodbijane odločbe.

Z materialno-pravnega vidika uporabe 2. odstavka 3. člena ZMZ pa je nepravilno stališče tožene stranke, da razlog, ki ga je navajal prosilec, „ni vezan na njegovo osebno izkušnjo“ in da njegovemu „strahu pred Talibani manjka subjektivni element“. Subjektivni element v tožnikovem argumentiranem zahtevku je strah in sicer strah pred Talibani, da bi ga potem, ko so ubili njegovega najstarejšega brata, in so prihajali na njegov dom in grozili njegovemu drugemu bratu, ker so izvedeli, da so k njemu prihajali privrženci Američanov, da bi ga uporabili, kot so starejšega brata, ga morda zaprli in pretepli, kot so starejšega brata, oziroma da bi ga Talibani rekrutirali, kar so sicer po navedbah tožnika počeli s številnimi mladimi Afganistanci. Ali je ta strah preveč subjektiven, da bi bil utemeljen v smislu 2. odstavka 3. člena ZMZ, pa je stvar, ki bi jo morala tožena stranka ugotoviti s presojo vseh relevantnih okoliščin, vezanih na tožnika in njegovo družino, ter z analizo informacij o stanju v izvorni državi. Tega pa tožena stranka ni naredila. Subjektivni element torej v tožnikovi izpovedbi ne manjka, vprašanje, ki je ostalo nerazčiščeno, pa je, ali je ta strah v zadostni meri objektivno utemeljen.

V nadaljevanju obrazložitve sicer tožena stranka ne vztraja več, da tožnik nima subjektivnega elementa iz 2. odstavka 3. člena ZMZ, ampak tožena stranka ugotavlja, da ogroženost in strah pred Talibani oziroma neznanimi osebami zaradi splošne situacije v Afganistanu ni „povezan z njegovo raso, vero, narodnostjo, političnim prepričanjem, pripadnostjo posebni družbeni skupini.“ To je spet druga podlaga za zavrnitev prošnje od do zdaj obravnavanih. Tožena stranka v zvezi s tem dodaja, da tožnik v postopku te povezave ne uveljavlja. Res je sicer, da mora tožnik navesti vse okoliščine v zvezi z njegovim preganjanjem, ki so mu znane, vendar pa ni obveznost na tožniku, da vzpostavi materialno-pravno pravilno povezavo med preganjanjem in razlogi za preganjanje. Pravni preizkus te povezave mora narediti tožena stranka. Na primer, ker je mladoletni tožnik trdil, da je pripadnik etnične manjšine Hazarov, je to dovolj, da bi to tožena stranka ustrezno obravnavala in ni treba, da bi tožnik v upravnem postopku sam ali po pooblaščencu in zakonitem zastopniku navajal, da je kot pripadnik Hazarov bolj podvržen preganjanju kot drugi mladoletniki.

Namesto, da bi tožena stranka na podlagi znanih in pridobljenih dejstev opravila preizkus zveze med preganjanjem in podlago za preganjanje, zgolj ponavlja, da do dejanj preganjanja sploh ni prišlo. To ne drži. Tožnik trdi, da je do preganjanja prišlo, ker se boji Talibanov po vsem tem, kar se je dogajalo z člani njegove družine, ko je bil on še otrok in morda zaradi mladosti Talibani niso še neposredno stopili z njim v kontakt in mu grozili. To, da še ni bilo neposrednega kontakta med tožnikom in Talibani, pa ne more biti odločilno, je pa lahko pomembno, kajti begunec je lahko tudi tisti, ki je zatečen kot begunec (člen 5(1) Direktive 2004/83/ES). Na opisan način argumentacije, ki je napačna, tožena stranka pride do sklepa, da do preganjanja ni prišlo v smislu 26. in 27. člena ZMZ. Ker so dejanja preganjanja zoper določeno osebo lahko tudi grožnje in nasilje družinskim članom te osebe, kolikor je ta oseba z družinskimi člani povezana z dejstvi, zaradi katerih je bilo nasilje že izvedeno in ker iz ZMZ in Ženevske konvencije o status beguncev ter Direktive 2004/83/ES ne izhaja, da mora biti nasilje vedno izvedeno neposredno zoper osebo, ki prosi za mednarodno zaščito, je tožena stranka napačno uporabila prvo in zadnjo alinejo 2. odstavka 26. člena ZMZ. V preambuli materialne direktive št. 2004/83/ES je namreč v 20. točki izrecno navedeno, da je treba pri oceni prošnje mladoletnikov za mednarodno zaščito upoštevati posebne oblike preganjanja otrok. Ker določilo govori o „preganjanju“ se torej na tej točki odraža pomen varstva načel največje koristi za otroka pri vprašanju izpolnjevanja pogojev za status begunca in dejanja usmerjena na otroke izrecno omenja tudi zadnja alineja 2. odstavka 26. člena ZMZ. O potrebnosti po upoštevanju in posebni pozornosti na specifične oblike preganjanja otrok se je izrekel tudi Odbor ZN o pravicah otrok v smernicah v zvezi s prošnjami za azil, ki jih podajo otroci. Ota odbor je nadzorni mehanizem spoštovanja MKOP (UN Committee on the Rights of the Child: Guidelines on Child Asylum Claims, December 2009, general Commnet no. 6, odst. 74). Tega posebnega pristopa pri ugotavljanju posebnih oblik preganjanja otrok tožena stranka ni izvajala in je zato določilo 27. člena ZMZ v zvezi z 2. odstavkom 3. člena ZMZ napačno uporabila.

Določilo 27. člena ZMZ v zvezi z 2. odstavkom 3. člena ZMZ je tožena stranka napačno uporabila, ker je otrok v Afganistanu lahko pripadnik določene družbene skupine v smislu 4. alineje 1. odstavka 27. člena v povezavi z določilom 5. odstavka 27. člena ZMZ. Biti mladoletnik v Afganistanu in brez stika s straši, je namreč značilnost, ki je tako temeljnega pomena za identiteto, da se take osebe ne samo ne sme prisiliti, da se tej identiteti odreče, ampak se tej identiteti v celoti niti ni mogoče odreči, poleg tega pa ima nedvomno omenjena skupina v Afganistanu posebno identiteto, saj jo kot tako za vojaško-politične namene dojemajo Talibani, ali jo kot tako za druge prepovedane namene, kot je trgovina z ljudmi, spolno nasilje, trgovina z drogami ali drug kriminal, dojemajo kriminalne skupine. Tožnik bi torej lahko bil preganjan zaradi pripadnosti ranljivih skupin otrok z ali brez staršev. Ker pa je tožnik po narodnosti Hazar, ki po trditvah tožnika spada med etnične skupine s posebnim tveganjem, in naj bila njegova družina preko bratov povezana z Američani oziroma naj bi bila zaradi tega preganjana s strani Talibanov, bi morala tožena stranka tudi te okoliščine upoštevati pri presoji, ali je podan razlog za preganjanje iz 4. alineje 1. odstavka 27. člena ZMZ, pa tega ni storila, zaradi česar je materialno pravo napačno uporabila. V deloma primerljivih okoliščinah, ko je šlo za mladoletnika iz Afganistana brez spremstva staršev, ki je uveljavljal preganjanje v primeru vrnitve v Kabul, pri čemer je bil njegov oče informator vlade v Kabulu, brat pa vojaški oficir, ubit s strani Talibanov, prosilec pa je bil enkrat udeležen v petju protialibanske pesmi, je sodišče Združenega kraljestva tožniku priznalo status begunca (Upper Tribunal, AA and Secretary of State for the Home Department, 28. 10. 2010, 23. 5. 2011).

Pripomba tožene stranke, da tožbena umestitev otroka iz Afganistana v posebno družbeno skupino „kaže na pomanjkljivo znanje pripravljavca tožbe“ je torej neustrezna in neprimerna in ne prispeva nič k pomenu deljene odgovornosti tožene stranke in zastopnikov prosilcev za azil za kakovostno stanje pravne države na predmetnem področju. V primerljivi sodni praksi držav članic je mogoče najti stališče sodišč, da je mladoletnik otrok iz Afganistana brez spremstva staršev v državi članici EU, ki ima strah pred Talibani, lahko pripadnik določene družbene skupine (v določenih primerih v povezavi z dejanskim ali tudi pripisanim političnim prepričanjem proti Talibanom) v sodbah: Asylum and Immigration Tribunal [LQ, Afghanistan [2008] UK AIT 00005[; Upper Tribunal [HK and Others, (Afghanistan) CG [2010] UKUT 378 (AC]; Court of Appeal [Civil Division), DS (Afghanistan) and Secretary of Stete for the Home Department, 8. 2. 2011; Court of Appeal [Civil Division, ZH, (Afghanistan) and Secretary of stete for the Home Department, 7. 4. 2009]; Upper Tribunal [AA (unattended children) Afghanistan CG (2012) UKUT 00016 (IAC).

Kljub temu, da tožena stranka ni ugotovila obstoja podlage za preganjanje, pa je tožena stranka v nadaljevanju ugotavljala obstoj utemeljenega strahu pred preganjanjem in pri tem je upoštevala nekaj, kar bo lahko preizkusila tudi v ponovnem postopku. Ko bo v ponovnem postopku tožena stranka upoštevala zgornjo interpretacijo določila 4. alineje 1. odstavka 27. člena ZMZ, namreč lahko med drugim upošteva tudi, da je Kabul veliko mesto, v katerega prihajajo in odhajajo ljudje dnevno in je vprašanje, če bi bila tožnikova družina opažena s strani Talibanov in da bi Talibani tudi v Kabulu izvajali pritisk na njegovo družino – seveda pod pogojem, da bo stik s tožnikovo družino v Kabulu vzpostavljen; vendar pa bo morala ta pomislek upoštevati šele ob in po pridobitvi ter preučitvi relevantnih informacij o stanju v izvorni državi, ki jih bo morala oceniti na podlagi kriterijev, ki so že dalj časa del sekundarnega prava EU in sicer: relevantnost za konkreten primer glede na čas in vsebino informacij, zanesljivost, točnost, uporaba različnih virov, nepristranost, objektivnost (4(a) člen Uredbe št. 439/2010 o ustanovitvi Evropskega azilnega podpornega urada, 8((2)(a)in (b) Procesne direktive). Ob tem se tožena stranka brez upravičenega razloga ne bo smela izogniti vsaj poročilom, kot so: Report of the UNHCR for Human Rights on the Situation of Human Rights in Afghanistan, 19. 1. 2011; UN Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA), Annual Report 2010, Protection of Civilians in Armed Conflict; Human Rights Watch, Annual Report, Afghanistan, Janaury 2011; Afghanisatn NGO safety Office (ANSO) Reports; UN, Report of the Secretary general to the Security Council on Children and Armed Conflict in Afghanisan 3. 2. 2011.

Na tej podlagi je sodišče tožbi ugodilo, izpodbijani akt odpravilo in zadevo vrnilo toženi stranki v ponoven postopek (4. in 2. točka 1. odstavka 64. člena ZUS-1). Tožena stranka mora izdati nov upravni akt v 30 dneh od prejema sodbe, pri tem pa je vezana na stališča sodišča, ki zadevajo vodenje postopka in uporabo materialnega prava (4. odstavek 64. člena ZUS-1).

Ker je tožnik že po Zakonu o sodnih taksah oproščen plačila sodnih taks, sodišče ni posebej v izreku odločilo, da je tožnik oproščen plačila sodnih taks.

Datum zadnje spremembe:

27.11.2012