



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

Številka: Up-456/10-23
U-I-89/10-17

Datum: 10. 3. 2011

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA JANA ZOBCA K ODLOČBI ŠT. U-I-89/10 in Up-456/10, KI SE MU PRIDRUŽUJE SODNIK DR. ERNEST PETRIČ

1. Glasoval sem proti odločbi, ker se ne strinjam z odločilnim stališčem večine, da je rok, v katerem mora tujec zapustiti državo, do tolikšne mere negotov in nepredvidljiv, da ne izpolnjuje zahteve po določnosti kaznovalnih norm (*lex certa*), v tem primeru zahteve po vsebinski določljivosti trenutka, ko nastopi položaj nezakonitega prebivanja. Soglašam sicer z dogmatskimi in pravno teoretskimi izhodišči presoje, kot so pojasnjena v 11. do 17. točki obrazložitve odločbe, še posebej s tem, da "[k]azenskopravna oziroma prekrškovna norma izpolnjuje zahtevo po določnosti, če je mogoče z ustaljenimi metodami razlage ugotoviti vsebino prepovedanega ravnanja in če je ravnanje organov, ki imajo pooblastila za sankcioniranje prepovedanega položaja, določno in predvidljivo", ter nato s stališčem, da "pomensko odprt izraz še ne pomeni, da je zato kršena zahteva po določnosti kazenskopравnih predpisov". V nadaljevanju bom pojasnil, da pritrjujem tudi marsikateremu stališču iz nosilne 18. točke obrazložitve. Drugače kot večina pa menim, da uporaba splošnih razlagalnih izhodišč (ki bi jim lahko dodali še zahtevo po razumni predvidljivosti razlage kaznovalnih norm)¹ ponuja jasen in predvidljiv odgovor na ključno vprašanje: kdaj stopi oseba, ki ji je pravnomočno naloženo, da mora zapustiti Republiko Slovenijo, v položaj nezakonitega prebivanja.

2. Gre torej za vsebino pravnega standarda "nezakonito prebivanje", ki ga mora z razlago napolniti sodišče v vsakem konkretnem primeru. V kaznovalnem pravu sta sicer prepovedani zakonska in pravna analogija, so pa dopustne metode razlage, ki ostajajo znotraj možnega besednega pomena zakona (npr. gramatikalna, logična, in sistematična razlaga). Ker mora tudi v kaznovalnem pravu razlaga temeljiti na izhodišču, da je zakon v sebi sklepčna logična celota, je treba v primeru, ko gramatikalna razlaga pripelje do nesmiselnega sklepa, pomen zakona preveriti še z drugimi metodami razlage (tako Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-213/98 z dne 16. 3. 2000, OdlUS IX, 58). In do takega položaja je prišlo v konkretnem primeru. Izenačitev trenutka izvršljivosti upravne odločbe o zavrnitvi prošnje za mednarodno zaščito in trenutka, ko je za pritožnika nastopil položaj nezakonitega prebivanja, ne da bi sodišče pri tem upoštevalo rok, v katerem bi pritožnik lahko prostovoljno zapustil Republiko Slovenijo, je namreč v popolnem neskladju s pravico do prostovoljne izpolnitve obveznosti – čeprav je nesporno, da ima to pravico tudi oseba v položaju, v kakršnem se je znašel pritožnik. Tako kot trenutek pravnomočnosti in izvršljivosti ne moreta nastopiti istočasno, ker bi bila sicer pravica do prostovoljne izpolnitve

¹ Tako ESČP v zadevi *Liivik proti Estoniji* (sodba z dne 25. 6. 2009).

obveznosti izvoljena, tudi izvršljivost ne more nastopiti že takrat, ko je stranki vročena pravnomočna odločba druge stopnje (ali ko stranka kako drugače izve za vsebino odločitve o pritožbi). Smisel paricijskega roka je zgolj v tem, da se "dolžniku" zagotovi pravica do prostovoljne izpolnitve obveznosti.² Prostovoljna izpolnitev pa se že zaradi zakonov fizike ne more zgoditi v trenutku, že z nastopom pravnomočnosti. Vzrok (v tem primeru pravnomočnost odločbe, ki ukazuje zapustitev države) in posledica (izpolnitev te obveznosti) pač ne moreta nastati hkrati. Življenjske izkušnje in zdrav razum pa zadoščajo za spoznanje, da je nekaj pičlih ur premalo, da bi tujec, nastanjen v Azilnem domu, zapustil državo.

3. Ko je tako, trenutek izvršljivosti upravne odločbe ne more nastopiti, ne da bi imel "dolžnik" na razpolago rok, v katerem bi (glede na vse okoliščine primera) mogel prostovoljno zapustiti državo. Pravnega standarda "nezakonitega prebivanja v Republiki Sloveniji" zato ni mogoče zapolniti, ne da bi pri tej hermenevitični operaciji upoštevali rok, v katerem bi tujec lahko prostovoljno zapustil državo. Nezakonito prebivanje nastopi šele v trenutku izvršljivosti odločbe, torej po poteku roka za prostovoljno izpolnitev obveznosti.

4. Zato se strinjam z ugotovitvijo, da "[...] morajo pristojni organi in sodišče pri odločanju, ali gre za nezakonito prebivanje v Republiki Sloveniji, upoštevati rok, postavljen v skladu s prvim odstavkom 47. člena v zvezi s četrnim odstavkom 47. člena Zakona o tujcih (Uradni list RS, št. 64/09 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZTuj-1), v katerem mora tujec zapustiti državo", ter da je "[t]a rok [...] treba določiti poleg roka, ki izhaja iz upravne odločbe o zavrnitvi prošnje za mednarodno zaščito" (18. točka obrazložitve). "Stališče" okrajnega sodišča, ki se pri normativni konkretizaciji pojma "nezakonito prebivanje v Republiki Sloveniji" na ta rok ni oziralo, je torej izrazito napačno. Vendar to še ne pomeni, da so določbe ZTuj-1 o paricijskem roku (ki bi jih moralo sodišče uporabiti) premalo jasne in nedoločne ter da bi bil to razlog, da je pri zapolnjevanju pojma "nezakonito prebivanje v Republiki Sloveniji" sodišče ta rok enostavno prezrlo.

5. Da je normativno sporočilo teh zakonskih določb lahko prepoznavno, izhaja že iz naslednjih, v nadaljevanju 18. točke obrazložitve navedenih ugotovitev Ustavnega sodišča, ki jim v celoti pritrjujem: "Zakonsko besedilo 'nemudoma oziroma v roku, ki mu je bil postavljen', je pomensko odprto in organu odločanja implicitno nalaga dolžnost, da konkretizira rok, v katerem je oseba dolžna zapustiti državo. Iz jezikovne razlage zakonskega besedila izhaja, da je navedeni rok treba pojmovati enovito, kar pomeni, da drugi del besedila dopolnjuje prvega." Prav tako soglašam z nadaljnjo ugotovitvijo, da "[...] zakonsko besedilo ne omogoča razlage, po kateri bi šlo za dva medsebojno neodvisna roka (ali nemudoma ali v roku, ki je bil tujcu postavljen)". *Sapienti sat.* Razlagalno zadrego (ki je po mojem zgolj namišljena) je torej mogoče brez težav premagati. Rešitev ponujajo pravkar navedena iz 18. točke obrazložitve povzeta razlagalna izhodišča ter (brez posebnih težav in pretiranih miselnih naporov dosegljivo) spoznanje, da so določbe prvega in četrtega odstavka 47. člena ZTuj-1 med seboj logično povezane ter da govorijo o istem – o roku za prostovoljno izpolnitev obveznosti.

² Prim. L. Ude v: L. Ude. in A. Galič (ur.), Pravnidni postopek, zakon s komentarjem, 3. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 55; V. Rijavec, Civilno izvršilno pravo, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 108; in M. Dika v: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, Sudsko izvršno pravo, Informator, Zagreb 1984, str. 142.

6. In poleg tega še naslednje: Po prvem odstavku 47. člena ZTuj-1 mora tujec, ki nezakonito prebiva v Republiki Sloveniji, državo zapustiti "nemudoma oziroma v roku, ki mu je bil postavljen". Že jezikovnega pojma "nemudoma" ni mogoče enačiti s pojmi "takoj" ali "v trenutku", "v hipu". Za tako razlago ni podlage ne v gramatikalni ne v logični razlagi, pa tudi ne v namenski razlagi. V gramatikalni ne zato, ker se pojem "nemudoma" lahko nanaša samo na nekaj, kar se dogaja med dvema časovnimi točkama, torej v nekem časovnem intervalu – sicer kratkem, a vendar v času, ne pa na nekaj (kar se zgodi) v časovni točki. Pomeni "brez zamujanja", po Slovarju slovenskega knjižnega jezika "brez odlašanja".³ Logična razlaga pa pove, da tujec, ki mu je s pravnomočno odločbo ukazano, da mora zapustiti državo, tega ne more storiti v istem trenutku, v katerem postane odločba pravnomočna – že zato, ker v primerih, ko nastopi pravnomočnost šele z izdajo sodbe druge stopnje, za njo niti ne ve. In celo če bi za njo izvedel, je tudi brez posebnega razčlenjevanja vsakomur jasno, da države v istem hipu (v isti časovni točki) pač ne more zapustiti – lahko bi jo zapustil kvečjemu v naslednjem trenutku. Pravnomočnost je namreč vzrok, nezakonito prebivanje pa posledica (vzrok in posledica pa se nikoli ne zgodita v istem trenutku). In tudi pravica do prostovoljne izpolnitve obveznosti, ki jo je treba spoštovati tudi v teh primerih ter jo zato upoštevati pri razlagi spornih določb ZTuj-1 (tu smo že pri namenski razlagi), nujno vključuje paricijski rok – kar pomeni čas, v katerem je obveznost (brez odlašanja, brez zamujanja, se pravi nemudoma) sploh mogoče izpolniti.

7. Zato prvi odstavek 47. člena ZTuj-1 tudi govori o roku,⁴ še bolj jasno pa o paricijskem roku govori četrti odstavek tega člena, ki v tem pogledu pomembno dopolnjuje prvi odstavek. Predpostavlja namreč, da mora organ, ki izda odločbo z ukazom tujcu, naj zapusti državo, "upoštevati čas, v katerem tujec to lahko stori, pri čemer ta rok ne sme biti daljši od treh mesecev". Zakonodajalec je s tem rok zamejil na obeh skrajnih točkah. Povedal je namreč, da mora biti ta vsaj tako dolg, da bo tujec (glede na konkretne okoliščine življenjskega primera) lahko zapustil državo (ko gre za nekoga z druge celine, ki je nastanjen v Azilnem domu, je že brez posebnega utemeljevanja jasno, da države ne more zapustiti kar v nekaj urah), vendar da ne sme biti daljši od treh mesecev. Ob tem je dal naslovníkom/uporabnikom zakona (kar je zelo pomembno, so ti v tem primeru ne tujci kot potencialni storilci prekrška, temveč upravni organi in sodišče) tudi jasen, v prvem odstavku 47. člena ZTuj-1 vsebovan napotek: določbe o paricijskem roku je treba razlagati restriktivno in minimalistično, na način, ki ne dopušča praznega teka. Pri določanju roka se torej ne sme biti popustljiv do tujčevega obotavljanja, odlašanja, zamujanja; rok naj bo zatorej kratek, se pravi ne daljši, kot je nujno potrebno, da tujec glede na konkretne okoliščine, ki spremljajo njegov primer, prostovoljno zapusti državo. Šele ko ta rok (jasno in določno zapisan v odločbi, ki tujcu nalaga obveznost zapustitve države) poteče in je tujec še vedno na ozemlju Republike Slovenije, se uresniči zakonski dejanski stan iz 3. točke 98. člena ZTuj-1.

8. Večina sicer meni drugače. V četrtem odstavku 47. člena ZTuj-1 vidi vnos dodatne razlagalne negotovosti, ker je zakonodajalec uporabil pomensko povsem odprt izraz,

³ Prislov "nemudoma" izraža, da se dejanje zgodi brez odlašanja.

⁴ To poudarja tudi obrazložitev odločbe, ko v 18. točki pove: "Iz jezikovne razlage zakonskega besedila izhaja, da je navedeni rok treba pojmovati enovito, kar pomeni, da drugi del besedila dopolnjuje prvega."

ne da bi konkretnije opredelil okoliščine, ki bi bile lahko upoštevne pri določitvi razumnega časa za prostovoljno izpolnitev obveznosti zapustitve države (prim. 18. točka obrazložitve). Vendar ta očitek zbledi že takoj v nadaljevanju obrazložitve, ki nato kar sama primeroma našteva te okoliščine (priprava tujca na zapustitev države, ureditev ustreznih dokumentov, način sodelovanja tujca s policijo pri prostovoljni odstranitvi ter čas, ki je za to potreben, ipd.), do katerih je Ustavno sodišče prišlo, kako drugače kot prav po nakazani (dokaj enostavni in predvidljivi) razlagalni poti. Zato se zdi, da je na tej točki demantiralo svoj prejšnji očitek zakonodajalcu, da ni konkretnije opredelil okoliščin, ki bi bile lahko upoštevne pri določitvi razumnega časa za prostovoljno izpolnitev obveznosti. Tako kot jih je našlo samo (pri čemer je še dodalo, da mora biti ta rok razumen – tudi s tem se je mogoče samo strinjati), bi jih po isti (dovolj jasni in razumno predvidljivi) razlagalni poti zmogli najti tudi naslovniki (dosledneje **uporabniki**) **pravne norme**. Ti pa **so upravni organi in sodišče (in ne tujci, edini potencialni storilci prekrška iz 3. točke 98. člena ZTuj-1)**, ki na podlagi te določbe določijo paricijski rok. Tujci, ki jim je naložena zapustitev države (samo ti bi bili lahko prizadeti zaradi kršitve načela *legi certae*), so naslovniki samo posredno. Sporna določba jih namreč zavezuje šele, ko jo z določitvijo konkretne dolžine paricijskega roka normativno konkretizira upravni organ oziroma sodišče. Ko pa je enkrat to storjeno, **ko upravni organ ali sodišče ta rok številčno opredelita, za naslovnike (tujce, ki morajo zapustiti Republiko Slovenijo) ni več niti sledu o kaki nedoločnosti, nejasnosti, nepredvidljivosti**.

9. Moj glas proti je torej izključna posledica nasprotovanju ugotovitvi, da je "[r]ezultat razlage navedenih določb ZTuj-1 [...] v tolikšni meri negotov in nepredvidljiv, da ne izpolnjuje zahteve po vsebinski določljivosti trenutka, ko nastopi položaj nezakonitega prebivanja," ter da se je zato zakonodajalec pregrešil zoper načelo *lex certa* (kar pomeni neskladje s prvim odstavkom 28. člena Ustave). Ker je to edino nosilno stališče odločbe, sem pač moral glasovati proti. Kar pa ne pomeni, da ne bi glasoval za enako odločitev, če bi bila utemeljena z drugimi razlogi – denimo s kršitvijo pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave), ker tujcu, ki mora zapustiti državo, ni zagotovljeno učinkovito (in enakopravno) varstvo pravic z ustavno pritožbo.⁵ Vendar, ker se Ustavno sodišče o tem ni izreklo, sem pač moral glasovati proti.

Jan Zobec
Sodnik

dr. Ernest Petrič
Sodnik

⁵ Pravica do ustavne pritožbe seveda ni ustavno zajamčena. Vendar, če pravni red daje neko pravno sredstvo, potem ni dovolj, da je to pravno sredstvo samo formalno in teoretično. Biti mora tudi dejansko učinkovito – prav suspenzivnost pa je pomemben mehanizem zagotavljanja te učinkovitosti (prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-275/97 z dne 16. 7. 1998, OdlUS VII, 231; prim. sodbe EKČP v zadevah *Muminov proti Rusiji*, sodba z dne 11. 12. 2008; *Čonka proti Belgiji*, sodba z dne 5. 2. 2002; in *Gebremedhin [Gaberamadhien] proti Franciji*, sodba z dne 26. 4. 2007). In kadar zakonodajalec neko pravno sredstvo dopusti, mora biti to pravno sredstvo pod enakimi pogoji dostopno vsem (prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-2089/06, U-I-106/07 z dne 18. 10. 2007, OdlUS XV, 111; podobno stališče izhaja iz prakse ESČP – prim. *Brualla Gómez de la Torre proti Španiji*, sodba z dne 19. 12. 1997).