VRHOVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka: IV Ips 10/2021
Datum: 4. 10. 2021

ODKLONILNO LOČENO MNENJE VRHOVNE SODNICE BARBARE ZOBEC K SODBI VRHOVNEGA SODIŠČA IV Ips 10/2021 z dne 21. 9. 2021

Uvod:

1. Glasovala sem za zavrnitev zahteve za varstvo zakonitosti, ker menim, da je imela Vlada podlago za izdajo Odloka, na podlagi katerega je bila izrečena globa, v določbi 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB. Točka nestrinjanja je torej le v odgovoru na vprašanje, ali je Odlok nedopustno razširil polje kaznivosti, kot je začrtano v 39. členu ZNB. V sodbi se sicer kot odločilna izpostavlja tudi dilema, ali »je v besedilu 14. točke prvega odstavka 57. člena ZNB, v zvezi z 2. točko prvega odstavka 39. člena ZNB mogoče določno in predvidljivo prepoznati kot prekršek tudi kršitev zapovedi nošenja zaščitne maske pri gibanju in zadrževanju v zaprtih javnih prostorih«. Vendar je ta dilema pravno nepomembna ter zato le navidezna. Korenini namreč v mešanju načela zakonitosti iz drugega odstavka 120. člena Ustave, ki je eno od načel pravne države, z načelom zakonitosti v kazenskem pravu (28. člen Ustave), ki je človekova pravica. Načelo zakonitosti, oziroma legalitetno načelo pomeni, da so podzakonski predpisi in posamični akti izvršilne oblasti (tako Vlade kot upravnih organov) lahko sprejeti le na podlagi zakona, kar pomeni, da morajo temeljiti na (dovolj določni) vsebinski podlagi v zakonu, poleg tega pa morajo biti v okviru zakona, kar pomeni, da ne smejo preseči njegovega možnega pomena.[1] Načelo zakonitosti v kazenskem pravu pa zagotavlja, da nihče ne sme biti kaznovan za dejanje, za katero ni zakon določil,

1 Gl. odločbi Ustavnega sodišča št.U-I-73/94,z dne 25. 5. 1995, tč.17.–19; št. U-I-79/20 z dne 13. 5. 2021, tč. 69.

da je kaznivo, in ni zanj predpisal kazni, še preden je bilo dejanje storjeno. V prekrškovnem pravu je to načelo prilagojeno predmetu urejanja. Zato se glasi: »Nikomur ne sme biti izrečena sankcija za prekršek, če dejanje ni bilo z zakonom, uredbo ali odlokom samoupravne lokalne skupnosti določeno kot prekršek, preden je bilo storjeno, in če za tako dejanje ni bila predpisana sankcija za prekršek.« (Gl. prvi odstavek 2.člena ZP-1).

2. Zato kratko malo ne drži, kar je navedeno v 15. točki obrazložitve sodbe: »Odlok, ki ga je Vlada Republike Slovenije sprejela na podlagi 39. člena ZNB, ni pravni vir, s katerim se lahko določi prekršek (2. člen ZP-1)«. Česa takega ta določba ZP-1 pač ne določa. Nasprotno, določa, da »prekrškovno pravo, za razliko od kazenskega, ni nujno zakonsko pravo, saj so lahko prekrški določeni tudi z uredbo Vlade Republike Slovenije in z odloki samoupravnih lokalnih skupnosti«. Tega se večina dobro zaveda, saj je pravkar zapisano navedek iz 9. točke obrazložitve sodbe. Zato vidim tu tudi protislovje med tem, kar je zapisano v prvem stavku 15. točke in tem, kar je pravilno ugotovljeno v 9. točki obrazložitve sodbe.

3. Načelo legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave in načelo zakonitosti v kazenskem pravu (28. člen Ustave) imata različni vsebini in različen izvor. Varujeta različni ustavni vrednoti. Načelo zakonitosti iz drugega odstavka 120. člena Ustave je »samo« načelo, izpeljano iz delitve oblasti, medtem ko je načelo zakonitosti v kazenskem pravu človekova pravica. Ker gre torej za različni ustavni kategoriji in ker je Ustavno sodišče z odločbo št. U-I-79/21 z dne 13. 5. 2021 zaradi kršitve načela zakonitosti ugotovilo protiustavnost določb 2. in 3. točke prvega odstavka 39. člena ZNB, hkrati pa prolongiralo njuno uporabo, je vprašanje nedoločnosti, odprtosti, nedefiniranosti 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB, na katerega je Vlada oprla sporni Odlok, ki gibanje in zadrževanje v zaprtih javnih prostorih pogojuje z nošenjem zaščitne maske, v tej prekrškovni zadevi pravno docela nepomembno, neupoštevno in brezpredmetno. O tem vprašanju se je Ustavno sodišče že izreklo. In izreklo se je tako, da je ugotovilo protiustavnost in, kar je za nas bistveno, hkrati podaljšalo veljavnost protiustavnih določb 2. in 3. točke prvega odstavka 39. člena ZNB. Za odločitev v tej zadevi je tako ključno le vprašanje, ali je sporni Odlok o zaščitnih maskah znotraj dometa pojma »omejiti gibanje« iz 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB. Da je sama ubeseditev zapovedi Odloka, da je pri gibanju in zadrževanju v vseh zaprtih javnih krajih oziroma prostorih obvezna uporaba zaščitne maske, jasna, določna in brez težav razumljiva ter zato v skladu z zahtevami *lex certa*, med nami najbrž ni sporno.

4. Da bi večina lahko uporabila *exceptionem illegalis* in na tej podlagi razglasila Odlok za protiustaven, je morala zato najprej razložiti določbo 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB. Razložiti jo je seveda morala tako, da ta določba ne vključuje tudi omejitve gibanja in zadrževanja v zaprtih javnih prostorih na način pogojevanja te svobode z nošenjem zaščitne maske. Do take odločitve je lahko

prišlo le s preglasovanjem. Prepričana sem namreč, da vse razlagalne metode, najbolj pa ustavnoskladna razlaga, govorijo zoper večinsko stališče. Ker je tako jedro mojega razhajanja z večino v razlagi 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB, bom v nadaljevanju predstavila svoje pravno-hermenevtične argumente, pri tem pa težišče namenila jezikovni, teleološki in predvsem ustavnoskladni razlagi omenjene zakonske določbe.

Besedna razlaga:

5. Soglašam z večino, da je izhodišče razlage zakonsko besedilo, torej besedilo 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB, ki Vlado pooblašča, da kadar z ukrepi, določenimi s tem zakonom, ni mogoče preprečiti, da se v Republiko Slovenijo zanesejo in v njej razširijo določene nalezljive bolezni, lahko (med drugim tudi) prepove oziroma omeji gibanje prebivalstva na okuženih ali neposredno ogroženih območjih. Jedro spora je v razlagi besedne zveze »omeji gibanje prebivalstva«.

6. Medtem ko je pojem »prepovedati« dokaj jasen, določen in morda celo enoznačen, saj pomeni sporočilo, da se nekaj ne sme narediti, delati, početi, je pojem »omejevati« pomensko odprt, ohlapen in mnogoznačen. Omogoča namreč različne načine, oblike, tehnike in stopnje omejevanja. Tudi konotacij glagola »omejevati« je več. V Slovarju slovenskega knjižnega jezika jih najdemo kar šest.[2] Omejevanju pravic in svoboščin se najbolj prilegata naslednji: »narediti, povzročiti, da kdo nima česa v polni meri« in »narediti, da kako dejanje, dejavnost obsega samo to, kar nakazuje določilo«. Vprašanje določnosti »ne imeti v polni meri« pa je seveda problematično, prav tako »narediti, da kako dejanje, dejavnost obsega samo to, kar nakazuje določilo«. A to je že druga zgodba, tista, s katero se je ukvarjalo Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-79/20 z dne 13. 5. 2021, ko je ugotovilo, da je določba 2. točke pravega odstavka 39. člena ZNB zaradi nedoločnosti v nasprotju z načelom legalitete (drugi odstavek 120. člena Ustave) in zato protiustavna. Za besedno razlago in njene meje pa zadošča, da je v pojmu »omejiti« zajeto mnoštvo različnih načinov, oblik in stopenj omejevanja svobode gibanja, med njimi tudi s pogojevanjem gibanja v določenih prostorih z nošenjem zaščitne maske, kot to »nakazuje določilo« prvega odstavka 2. člena Odloka. Odprte in splošne pojme je treba tako tudi razlagati (*generalia verba sunt generaliter intelligenda*); smisel splošnih pojmov je, da ustvarjajo splošno pokritje in splošen učinek, zaradi česar sodišča z razlago ne morejo ustvarjati *ad hoc* poljubne izjeme. Splošnim pojmom je pač treba dati splošen učinek.[3]

7. Prej omenjena odločba Ustavnega sodišča gradi svoj očitek zakonodajalcu, da se je prekršil zoper načelo legalitete, prav na omenjeni pomenski odprtosti sintagme »omejiti gibanje prebivalstva«. V tč. 89 namreč pravi tako: »Zakonska določba

2 Gl. Fran>SSKJ O Franu: povzetek
3 Gl. A. Scalia, B. Garner, Reading Law: The Interpretation of Legal Texts, Thomson/West, St. Paul, MN 2012, str. 101.

"omejiti gibanje prebivalstva" je identična drugemu odstavku 32. člena Ustave, ki v upoštevnem delu določa, da je dopustno svobodo gibanja omejiti z zakonom. Tako zakonsko besedilo torej ustavne določbe v ničemer ne konkretizira, čeprav se lahko gibanje prebivalstva prepove oziroma omeji na številne načine.« V nadaljevanju nato naniza nekatere primere prepovedi oziroma omejitve gibanja.

8. Odprtost, ohlapnost in nedefiniranost pojma »omejiti gibanje«, ki je bila razlog, da je Ustavno sodišče v ubeseditvi 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB prepoznalo kršitev načela legalitete, za razlago te določbe pomeni dvoje. Najprej, da je zaradi že omenjenih sintaktičnih posebnosti pojma »omejiti gibanje« pogojevanje gibanja v določenih prostorih z nošenjem obrazne maske znotraj širokega in pomensko odprtega besednega sporočila »omejiti gibanje«; in drugič, da je taka razlaga tudi znotraj pravnega pojmovanja svobode gibanja. Ta svoboščina namreč posamezniku med drugim zagotavlja svobodo gibanja znotraj države, kar pomeni, da se posameznik lahko prosto giblje po ozemlju Republike Slovenije brez kakršnihkoli omejitev,[4] ali, kot pravi profesor Letnar Černič, »da se lahko svobodno giblje zaradi različnih potreb znotraj slovenske države«.[5] Katere so »kakršnekoli omejitve«, sem že povedala: mnogotere so, ali, kot je reklo Ustavno sodišče, »se lahko gibanje prebivalstva prepove oziroma omeji na številne načine«. Prepričana sem, da med mnoštvom različnih načinov, oblik in stopenj omejevanja svobode gibanja tudi tako, da se gibanje v določenih prostorih veže na izpolnjevanje kakega pogoja (npr. predhodna prijava, dovoljenje za gibanje, dokazilo o prebolevnosti, cepljenosti, testiranosti ipd.). V konkretnem primeru je ta pogoj nošenje zaščitne maske. Ljudem je potem dana izbira: ali se gibati po zaprtih javnih prostorih z masko na obrazu, ali pa se javnim zaprtim prostorom izogibati. Tisti, ki mask v zaprtih javnih prostorih nočejo nositi, se v teh prostorih pač ne smejo gibati, za njih velja prepoved dostopa do takih mest. Njihova svoboda gibanja, ki jim zagotavlja prosto, svobodno, neomejeno gibanje, je okrnjena, ne obstaja več v prvotni, z ustavo zagotovljeni polnosti, ni »brez kakršnihkoli omejitev«. Če v nekatere javne prostore človek ne sme, se ne more več »svobodno gibati zaradi različnih potreb znotraj slovenska države«, ne more se več »prosto gibati po ozemlju Republike Slovenije brez kakršnihkoli omejitev«.

9. Stališče v zadnjem stavku 20. točke obrazložitve, ki naj bi bilo po mnenju večine argument sistemske razlage 39. člena ZNB, je zato napačno že v premisi, iz katere izhaja.[6] Najprej zato, ker temelji na mešanju načela legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave z načelom zakonitosti v kazenskem pravu (28. člen Ustave) in iz njega izpeljane zahteve *lex scripta* ter prepovedi sklepanja po analogiji. In drugič,

4 Gl. Odločbo Ustavnega sodišča št U-I-79/20, tč. 73.

5 J. Letnar Černič v: M. Avbelj, Komentar Ustave Republike Slovenije, Del 1: človekove pravice in temeljne svoboščin, Nova univerza, Ljubljana 2019, str. 308, r. št. 5.

6 Ta stavek se glasi: „Kršitev režima nošenja zaščitnih mask se pomensko odločilno razlikuje od kršitev režima prehajanja državnih meja, od kršitev prepovedi oziroma omejitev gibanja ali zbiranja ter od kršitev režima prometa z določenim blagom ali izdelki.“

ker „kršitev režima nošenja zaščitnih mask“ ne velja kar tako, brez konteksta, ampak je intrinzično vezana na gibanje na okuženih oziroma neposredno ogroženih območjih, v tem primeru na zaprte javne prostore. Pomeni kršitev posebnega režima gibanja, režima, ki gibanje v teh prostorih pogojuje z nošenjem zaščitne maske. Ali, kot pravi kolega vrhovni sodnik Tomaž Pavčnik: „Je mogoče isto ubesediti drugače, mileje: gibanje v zaprtih javnih prostorih se omeji, razen če se zaščitimo z masko? Meni se zdi, da se zadeva izide. Ne bodimo torej črkobralci, pripoznajmo vsebino.“ [7]

O »analizi stališča v izpodbijani sodbi« (19. točka obrazložitve):

10. Sodba, ki ji nasprotujem, v 19. točki obrazložitve navaja, da je Vlada z Odlokom le prostorsko omejila domet obveznega nošenja maske, »da je pred nami pravilo o prostorski omejitvi obveznosti nošenja zaščitnih mask«, nato pa nadaljuje: »Ne pomeni pa to pravilo prepovedi ali omejitve gibanja osebam (brez zaščitnih mask) v zaprtih javnih prostorih« ter da »[t]akšne vsebine (na abstraktni ravni) ni mogoče prepoznati niti (na konkretnejši ravni) v ureditvi inšpekcijskih pooblastil za izvrševanje določb ZNB v 46.a in 47. členu.« Prvi stavek, ki ga povzemam, je že *prima facie non sequitur*. Jasno je, da je osebam brez mask prepovedano gibanje v zaprtih javnih prostorih – v nasprotnem tega sodnega primera sploh ne bi bilo. Storilec prekrška se je namreč v zaprtem javnem prostoru gibal brez zaščitne maske in prav zaradi kršitve te prepovedi mu je bila izrečena globa. Če bi se zaprtemu javnemu prostoru izognil, bi ostal neoglobljen. Odlok torej prepoveduje gibanje v zaprtih javnih prostorih brez zaščitnih mask – kar je identično omejitvi gibanja s pogojevanjem gibanja z nošenjem zaščitnih mask in, spet, identično zapovedi nošenja zaščitnih mask v zaprtih javnih prostorih.

11. Tudi argument, ki se nanaša na inšpekcijska pooblastila, ne vzdrži. Ne vzdrži že preprosto zato, ker so ukrepi zdravstvene inšpekcije nekaj drugega od izrekanja glob. Če bi bil ta argument veljaven, potem zaradi prekrškov po ZNB nikomur ne bi bilo mogoče izreči globe. Ukrepa izrekanja glob namreč 46.a in 47. člen ZNB ne predvidevata. Seveda ga ne, ker je nomotehika ZNB pač taka, da je v teh členih, ki sta umeščena pod »IV. SPREMLJANJE IN NADZORSTVO NAD IZVAJANJEM UKREPOV«, predvideno izrekanje operativnih inšpekcijskih ukrepov, medtem ko je izrekanje glob urejeno v drugih členih – v členih 53.g do 57.a, ki so umeščeni v oddelek »VII. KAZENSKE DOLOČBE«. Zato 53.g člen ZNB tudi določa: »Za vodenje prekrškovnega postopka in izrekanje glob po tem zakonu je pristojna tista inšpekcija, za katero je določena pristojnost za nadzor nad izvajanjem določb tega zakona v skladu s 46.a členom tega zakona«. Ker je torej izrekanje glob ločeno od inšpekcijskega (operativnega) nadzora nad izvajanjem določb ZNB, argument večine, da členi 46.a in 47 ZNB ne govorijo o omejitvah gibanja, ne daje opore za razlago, da je zapoved nošenja obraznih mask v zaprtih

7 T. Pavčnik, Sukanje besed, PP, št. 37, 2021, str. 19.

javnih prostorih onkraj dometa pojma »omejitve gibanja«. Konec koncev pa tako 46.a kot 47. člen ZNB pristojnega zdravstvenega inšpektorja pooblaščata »odrediti druge ukrepe in opraviti dejanja, za katere je pooblaščen z zakonom ali drugim predpisom« (gl. četrto alinejo drugega odstavka 46.a člena in 8. točko 47. člena ZNB).

Logična razlaga (kot jo opredeljuje 22. točka obrazložitve sodbe):

12. Še bolj je zgrešen argument večine v 22. točki obrazložitve, ki se sklicuje na 89. in 97. točko odločbe Ustavnega sodišča št U-I-79/20, najprej na navedbo, da iz »ZNB […] ne izhaja, da bi zakonodajalec načine dovoljenega poseganja v svobodo gibanja sploh kakorkoli opredelil« (tč. 89 odločbe št. U-I-79/20) in nato, da »mora vsaj izhodiščno presojo in opredelitev sorazmernosti ukrepov, s katerimi se posega v človekove pravice in temeljne svoboščine, opraviti zakonodajalec, saj je po Ustavi pristojnost omejevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin podeljena zgolj njemu« (tč. 97 omenjene odločbe Ustavnega sodišča). Prvi navedek ne potrjuje razlage večine, temveč nasprotno, izpodbija jo, saj, kot sem že povedala, ugotavlja, da je določba 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB preširoka, premalo določna, preveč odprta – ter da prav zato, ker omejitev gibanja ne opredeljuje, z vso svojo širino in pomensko odprtostjo zaobjema tudi pogojevanje gibanja v zaprtih javnih prostorih z nošenjem zaščitne maske.

13. Drugi navedek je povsem neupoštevan in brez sleherne povezave z razlago pojma »omejiti gibanje«. Govori namreč o vezanosti zakonodajalca na Ustavo ter da mora zato vselej, kadar z zakonodajnimi ukrepi posega v človekove pravice, ravnati v skladu z načelom sorazmernosti kot enem od načel pravne države. Pritrjujem večini, da »je naloga sodišč […], da z razlago preprečujejo poglabljanje ugotovljene neustavnosti« (22. točka obrazložitve). Vendar ne na način, da bi zaradi načela legalitete, ki je zgolj ustavno načelo, izpeljano iz načela delitve oblasti, in ne človekova pravica, žrtvovalo vrednote življenja in zdravja ljudi. Da do tega hudega ustavnega neravnotežja ne bi prišlo, je Ustavno sodišče odločilo, da se protiustavni 2. in 3. točka prvega odstavka 39. člena ZNB uporabljata naprej. Slednje ugotavlja tudi večina v 22. točki obrazložitve. A je očitno prezrla, da je Ustavno sodišče s tem z močjo zakona prolongiralo veljavnost sicer protiustavnih zakonskih določb.[8] Tako je ravnalo, ker je dalo prednost pomembnim ustavnim vrednotam kot sta življenje in zdravje, pri čemer je očitno predpostavljalo, da so (vladni) ukrepi, ki med epidemijo nalezljive bolezni omejujejo gibanje in zbiranje ljudi, vendarle potrebni in celo ustavnopravno nujni.[9]

14. Obžalujem, da je večina spregledala bistvene dele omenjene odločbe Ustavnega sodišča, med drugim točko 101, kjer Ustavno sodišče jasno pove: »Ugotovljena

8 S. Nerad, Pravni učinki odločbe Ustavnega sodišča o ZNB, Pravna praksa št. 28, l. 40 (2021), str. VII.

9 Prav tam, str. V.

protiustavnost bi narekovala razveljavitev izpodbijane zakonske ureditve. Vendar pa je Ustavno sodišče moralo upoštevati, da bi z razveljavitvijo 2. in 3. točke prvega odstavka 39. člena ZNB izvršilna oblast izgubila kakršnokoli zakonsko podlago za omejevanje gibanja in zbiranja zaradi preprečevanja nalezljivih bolezni, vključno z boleznijo COVID-19. Dokler zakonodajalec ne bi sprejel nove zakonske ureditve, tako država morda ne bi mogla izpolnjevati svoje pozitivne ustavne obveznosti, da varuje zdravje in življenje ljudi. Ker sta pravica do zdravja in življenja temeljni ustavni vrednoti, bi razveljavitev izpodbijane zakonske ureditve lahko privedla do še hujšega protiustavnega stanja kot v primeru, če se protiustavna ureditev za določen čas ohrani v veljavi. Iz tega razloga Ustavno sodišče izpodbijane zakonske ureditve ni moglo razveljaviti.«

Teleološka razlaga (prežeta z ustavnoskladno razlago):

15. Razlaga, na katero se je oprla večina, je neskladna tudi z namensko razlago. Namen, cilj in smisel celotnega ZNB je več kot jasen in očiten. Lahko rečem, da je posvečen. Posvečen, ker pomeni uresničevanje pozitivne dolžnosti države varovati življenja in zdravje ljudi, torej vrednot, ki so v vrhu hierarhije ustavnih vrednot. Zato mora biti tudi razlaga sleherne določbe tega zakona navdahnjena s tem ustavnim ciljem. In razlaga, kot jo ponujam, in ki ostaja znotraj semantičnih okvirov jezikovnega pojma »omejiti gibanje prebivalstva«, je skladna s tem ustavno posvečenim ciljem. Omogoča hiter in učinkovit odziv države (izvršilne oblasti) na nove, nepričakovane in nepredvidljive epidemiološke situacije, na take, na kakršne zakonodajalec pred četrt stoletja, ko je sprejel ZNB, tudi zaradi neslutene globalizacije, ki se je zgodila od takrat, pač ni mogel misliti. Vem, rekli boste, pa vendar je Ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost določbe 2. točke prvega odstavka 39. člena in za nameček še zaradi njegove preohlapnosti, ker, kot pravi Ustavno sodišče v 96. točki, »daje zakonodajalec Vladi bistveno preširoko polje proste presoje pri odločanju o ukrepih iz 2. in 3. točke prvega odstavka 39. člena ZNB«; do te mere široko, da sta po mnenju večine ustavnih sodnikov 2. in 3. točka prvega odstavka 39. člena ZNB vsebinsko prazni.[10]

16. Vendar je prav v tem zanka. Če pustim ob strani pomisleke zoper tak očitek zakonodajalcu,[11] pa je jasno, da ima država ne glede na nepredvidljivost in izrednost pandemije in ne glede na značilnostim nove bolezni neprilagojeno, v tem primeru preširoko, celo, kot je reklo Ustavno sodišče, vsebinsko prazno zakonsko podlago, še vedno ustavno dolžnost zavarovati življenja in zdravje ljudi. Kljub preširoki izvršilni klavzuli se mora država učinkovito odzvati tudi na tako nepredvidljive biološke katastrofe, kot je izbruh pandemije COVID-19. Vrednoti življenja in zdravja ljudi sta še vedno nad ustavnim načelom legalitete. In ko je

10 Gl. 97. točko odločbe št. U-I-79/20.

11 Menim namreč, da od njega ni mogoče pričakovati, da bi predvidel izbruhe bolezni, kot je bil pojav pandemije COVID-19, ter sprejel dovolj natančno zakonsko podlago, ki bi bila prilagojena vsem značilnostim te nove bolezni.

tako, namenska razlaga, tu pomembno okrepljena z zahtevami ustavnoskladne razlage (ki jo postulira že tolikokrat omenjena vrednota življenja in zdravja ljudi) nujno pripelje do sporočila, da pooblastilo izvršilni oblasti »omejiti gibanje« zajema tudi pogojevanje gibanja v zaprtih javnih prostorih z nošenjem zaščitne maske.

17. Vsebinsko prazne in zato protiustavne, a hkrati po volji Ustavnega sodišča še vedno veljavne izvršilne klavzule, kot sta 2. in 3. točka prvega odstavka 39. člena ZNB, je namreč treba tako tudi razlagati, torej tako, kot je rečeno v 96. točki obrazložitve odločbe št. U-I-79/20. Ustavno sodišče je tam zapisalo: »Zakonodajalec – ob vsebinsko praznih navodilih glede prostorske zamejitve ukrepov ter brez določitve načinov (vrst) ukrepanja, meril o dopustnem trajanju ukrepov, dolžnosti posvetovanja in sodelovanja s stroko ter ustreznega obveščanja javnosti – Vladi prepušča, da po lastnem preudarku izbira načine (vrste), obseg in trajanje omejitev, s katerimi se (tudi zelo intenzivno) posega v svobodo gibanja (lahko tudi vseh) prebivalcev na ozemlju Republike Slovenije.« Vlada, ki ji 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB »prepušča, da po lastnem preudarku izbira načine (vrste), obseg omejitev«, je izbrala tako omejitev gibanja, da je gibanje v zaprtih javnih prostorih vezala na izpolnjevanje določenega pogoja. Ta pogoj je nošenje zaščitne maske.

Ustavnoskladna razlaga:

18. Naj nadaljujem z ustavnoskladno razlago. Če razlago določbe 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB, na katero je večina oprla svojo odločitev, podvržemo testu univerzalizacije (splošnemu zakonu), se kaj hitro izkaže, da je protiustavna. Protiustavna zato, ker pomeni klic izvršilni oblasti, da kljub možnosti poseči po milejšem sredstvu, kar zapoved nošenja mask v zaprtih javnih prostorih nedvomno je, za dosego ustavno posvečenega cilja (preprečevanja širjenja okužb in s tem varovanja življenj in zdravja ljudi) poseže po strožjem ukrepu, torej ne po omejitvi gibanja (kot je v tem primeru pogojevanje gibanja z nošenjem zaščitne maske), temveč po popolni prepovedi, zapori gibanja v zaprtih javnih prostorih.

19. A preden se bo to zgodilo (glede na obstoječe epidemiološke razmere pričakujem, da se bo Vlada na sodbo, od katere se ograjujem, odzvala s popolno prepovedjo gibanja v zaprtih javnih prostorih), bo določen čas Odlok pravno neučinkovit. Čeprav formalno ni razveljavljen (razveljavi ali odpravi s pravnim učinkom *erga omnes* ga lahko le Ustavno sodišče), v resnici ne bo učinkoval. Glede na s sodniškim pravom razglašeno nezakonitost in posledično protiustavnost Odloka namreč nikomur ne bo grozila globa zaradi nenošenja zaščitne maske. Ker po mnenju večine Odlok ne temelji na zakonu, je *prima facie* nezakonit in avtomatično tudi protiustaven, zaradi česar ga morajo sodišča po načelu *exceptio illegalis* preprosto ignorirati. Odlok je dejansko »brezzobi tiger«, bolj podoben

priporočilu kot obvezujočemu predpisu.[12] Stanje, ki ga je povzročila večinska odločitev, od katere se odločno ograjujem, je torej dvakrat protiustavno – protiustavno tudi, če bi bila razlaga 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB, kot jo je sprejela večina, da bi lahko na njo oprla *exceptio illegalis*, semantično vzdržna in pravno korektna.

20. Večinska odločitev je zato tudi nasprotna duhu omenjene odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-79/20. V njej namreč Ustavno sodišče na več mestih izpostavlja vrhunskost vrednot življenja in zdravja ljudi ter zato tudi dopušča nadaljnjo uporabo protiustavnih določb 39. člena ZNB in na njih temelječih izpodbijanih vladnih odlokov.

Represija v funkciji obrambe ustavnih vrednot:

21. Morda se bo komu zdelo, da je moje stališče, ker se zavzemam za kazensko represijo zoper tiste, ki ne spoštujejo podzakonske zapovedi nošenja zaščitnih mask, še posebej, ker ta temelji na protiustavni 2. točki prvega odstavka 39. člena ZNB, represivno. Priznam, je represivno. Brez represije – tj. brez zagrožene, izrečene in v življenjski praksi uresničene globe bi ostala pravna norma, ki zapoveduje nošenje obrazne maske *lex imperfecta*, nič drugega kot le vladno priporočilo, v resnici pravna hipokrizija. Zapoved obstaja, a le na papirju. Odločitev večine, zoper katero pišem to mnenje, pomeni prav to. Pomeni sporočilo *urbi et orbi*, da lahko ljudje zaščite maske, če se jim tako zahoče, gladko snamejo in odvržejo. Kadar Vrhovno sodišče na podlagi 125. člena Ustave spregleda protiustaven podzakonski predpis (*exceptio illegalis*) namreč nima možnosti, kot jih ima Ustavno sodišče, možnosti, ki jih nudijo specifične ustavnosodne tehnike odločanja – od ugotovitvenih odločb (48. člen ZUstS) in razveljavitev z odložnim učinkom (prvi odstavke 161. člena Ustave) do načina izvršitve po drugem odstavku 40. člena ZUstS. Po teh orodjih Ustavno sodišče poseže predvsem takrat, ko bi z razveljavitvijo predpisa nastalo še bolj protiustavno stanje od stanja, ki ga pomeni sam obstoj izpodbijanega protiustavnega predpisa. Tudi zato sem v tem primeru odločna zagovornica represije. Vselej, ko je ta primerna in nujna služabnica najvišjih ustavnih vrednot, kot sta vrednoti življenja in zdravja ljudi, bom na strani represije – natanko toliko, kolikor je represija na strani varovanja vrhovnih ustavnih vrednot. Zato sem tudi neomajna zagovornica represije zoper teroriste. Naj bodo ti klasični ali bio-teroristi.

Vrhovna sodnica:
Barbara Zobec l.r.

12 Prim. S. Nerad, prav tam , str. VI.