



Številka: U-I-110/16-50

Datum: 6. 4. 2020

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. RAJKA KNEZA K ODLOČBI ŠT. U-I-110/16 Z DNE 12. 3. 2020

I. Uvod

1. V ločenem mnenju pojasnjujem svoj glas za izrek odločbe. Kot bo bralec lahko uvidel, glas v podporo izreku odločbe ni bil dan zato, ker bi se strinjal z ureditvijo financiranja osnovnega šolstva in ker bi me odločba prepričala v takšno razlago 57. člena Ustave, kot bi jo sam zastopal, temveč zato, ker gre v danih okoliščinah (glede na dosedanje odločitve Ustavnega sodišča) podpreti sledenje kontinuiteti in načelu pravni varnosti. Sam se namreč ustavim že pri vprašanju sistemske ureditve stika javnega in zasebnega interesa; ta je, menim, že ves čas ostal izven osrednje razprave in zato se ukvarjamo s posameznimi vprašanji, kaj naj oziroma mora država financirati in česa ne; ne ukvarjamo pa se s tem, ali so ta vprašanja sploh sistemsko pravilno umeščena. Na zakonodajalca zato naslavljam predlog, naj pristopi k ureditvi tega področja na način, kot ga poznamo tudi na drugih področjih, kjer se stikata javni in zasebni interes (in gre prav tako za temeljne ustavnopravne vrednote in med njimi človekove pravice). V prvem delu mnenja se zato osredotočam na (i) pravnosistemski in holistični pogled na financiranje zasebnega šolstva z javnimi sredstvi in ga (ii) prepletam z vidiki dosedanjih odločitev Ustavnega sodišča, kot tretje vprašanje pa (iii) izpostavljam neodziv na odločbo št. U-I-269/12.¹

II. Pravnosistemski in holističen pogled na javno-zasebna partnerstva in v tem okviru na financiranje ustavnega šolstva

2. Odločitev o financiranju osnovnega šolstva odpira številna pravna vprašanja, vendar ta niso le ustavna v smislu razlage 57. člena Ustave (ne le drugega odstavka), ampak tudi povsem pravnosistemska z vidika stika javnega in zasebnega interesa, pa tudi ravnanja z javnimi sredstvi.² Odprta vprašanja so povezana še z ekonomskimi vprašanji, strokovnimi

¹ Odločba z dne 4. 12. 2014 (Uradni list RS, št. 2/15, in OdlUS XX, 29).

² Javna sredstva so vselej omejena, namenjena pa so tako temu, da se zagotovi delovanje države, kot tudi temu, da se zagotavlja uresničevanje pomembnih ustavnih vrednot, tudi človekovih pravic,

vprašnji organizacije primarne ravni izobraževanja v povezavi z drugimi ravni izobraževanja itd. A vsa našeta vprašanja so se zožila predvsem na ideološko razsežnost. S tem je vprašanje financiranja zasebnih osnovnih šol postalo tudi politično. Kadar je posamezno strokovno vprašanje v osrčju ideološke delitve družbe, mi je, kot sodniku, tudi nelagodno.³ A to ni iztočnica za kakršenkoli poskus razlaganja glasu. Prav obratno. Namreč, edina resnična pomoč pri odločanju je zatekanje k pravu in umestitvi odločanja v pravnosistemske in principialne okvire ustavnega pravnega reda. Zato sem pri odločanju izhajal s holističnega pogleda, ne zgolj glede vprašanja financiranja zasebnih osnovnih šol (in podvprašanja, katerega dela njihovih programov), ampak nasploh glede tematike trka oziroma stika javnega in zasebnega interesa.

3. Ne glede na to, ali gre za šolstvo, zdravstvo, vlaganja v javno infrastrukturo, izkoriščanje naravnih virov itd., vedno je v stiku javnega in zasebnega treba izhajati iz določenih pravil transparente in učinkovite rabe javnih sredstev. Temeljna načela, ki urejajo stik javnih in zasebnih interesov pri rabi javnih sredstev, so *načela transparentnosti, sorazmernosti, uravnoteženosti, konkurence, enakosti in prepovedi državne pomoči*. Ta načela, ki so še posebno pomembna zaradi omejenosti obsega javnih sredstev, po mojem videnju v veljavni zakonski ureditvi niso spoštovana. Zato vnašajo nemir, ki je, kot omenjeno, prerasel v ideološkega. Financiranje zasebnega osnovnega šolstva tako v temelju (za zdaj) ne sproža finančnih vprašanj, ampak predvsem ideološka.

4. Vsako področje ima sicer svoje posebnosti, a vprašanje je, če te na področju izobraževanja upravičujejo odmik od omenjenih načel. Šolstvu sicer pripisujem izredno pomembnost. Šolanje je velika "*investicija*" (ena največjih) v vsakega posameznika. Seveda je povezano s pluralističnimi pogledi na različna vprašanja različnih področij, družboslovnih, socioloških, naravoslovnih, tehničnih itd., kar je tudi ustavno varovano. Izobrazbene ravni in možnosti razvijanja različnih omenjenih vidikov vplivajo na eni strani na kritične premisleke do vrednot družbe, na drugi na oblikovanje in spoštovanje vrednot; s tem tudi na zrelost družbe. Odraščajoči mladi so ranljiva, a hkrati neprecenljiva skupina družbe, ki, ko nanjo preidejo odgovornosti soodločanja, tudi vodenja, v družbenih tokovih odražajo poglede, vrednote, tabuje, mite neke družbe in njenega časa.⁴ Pa vendar tudi vse te posebnosti ne razvedenijo pravnosistemskih vidikov, iz katerih izhajam in ki jih v ločenem mnenju poskušam pojasniti ter vanje vpeti dosedanje odločitve Ustavnega sodišča glede tega vprašanja.

ki so po svoji naravi takšne, da jih brez uporabe javnih sredstev (bodisi iz proračuna bodisi iz posebnih javnih blagajn) ni mogoče učinkovito uresničevati.

³ Vedno moram kot sodnik računati z določeno etiketiranostjo, a ta je pri ideoloških temah vedno pod presijo različnih (tudi interesno obarvanih) stališč.

⁴ Glej več o tem U. Galimberti, Miti našega časa, Modrijan, Ljubljana 2011. Težko je izpostaviti strani ali poglavja v tej knjigi, kjer avtor opisuje 18 mitov današnje družbe (npr. mit o inteligentnosti, oblasti, tehniki, trgu, globalizaciji itd.), pri čemer se v vsakem lahko prepozna vloga mladih različni vplivi na mlade, vloga izobraževanja in vzgoje (tako institucij kot družine oziroma odraslih).

5. Koliko so slednje združljive z navedenimi vidiki, ki jih doslej niso odpirale, pa je, seveda, prav tako pomembno razložiti. Dosedanje razlage Ustavnega sodišča, nanašajoče se na 57. člen Ustave, obvezujejo. Zaradi načela pravne varnosti, ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave,⁵ jim je treba slediti, dokler ni ustavnopravnih argumentov za odstop od njih. Soglašam tudi s tem, da iz 57. člena Ustave izhaja *pozitivna obveznost* države zagotoviti uresničevanje osnovnošolskega izobraževanja z javnimi sredstvi, tudi s spoštovanjem pluralizma, vključno glede ustanavljanja pravnih subjektov, ki naj to izobraževanje izvajajo. Opozarjam pa, da Ustavno sodišče s to razlago 57. člena Ustave ni zaprlo vrat glede načina uveljavljanja pravice (ki je hkrati tudi ustavna obveznost), ki naj ga zakonodajalec izbere, da bo tudi dejansko učinkovit. V tem pogledu je Ustavno sodišče namreč razlago Ustave apliciralo v celoti na obstoječo zakonsko ureditev, ki je bila predmet presoje, in upošteva okolščine, ki so obstajale v času odločanja Ustavnega sodišča (zlasti zelo majhno število zasebnih osnovnih šol). Ker te okolščine tudi v času tokratne presoje ostajajo enake, sem izrek odločbe lahko podprl. Vendar opozarjam tudi, da je prav zaradi nesistemskega pristopa zakonodajalca, glede na omejitve v obsegu javnih sredstev in dolžnost zagotavljanja ustrezne mreže osnovnih šol, že sedaj ureditev problematična in lahko pripelje do protiustavnosti (predvsem pa v nedogled ne more biti tako, ker bo po mojem mnenju zanesljivo postala protiustavna). Preden razložim to trditev pojasnim še, kako razlagam odnos do predhodnih odločitev Ustavnega sodišča.

6. Pri razlagi 57. člena Ustave (tako kot tokratna odločba) ne izhajam samo iz odločbe št. U-I-269/12, na katero se sklicujejo pobudniki, ampak tudi iz prejšnjih odločitev Ustavnega sodišča. Ustavno sodišče namreč veže vsa ustavnosodna presoja, ne le zadnja odločitev, če resno jemljemo načelo pravne varnosti (in pravne kontinuitete). To je pogoj za zaupanje v vsako oblast, tudi (ustavno)sodno. Omenjena vez do vseh odločitev (glej 15. točko in naslednje obrazložitve odločbe, h kateri podajam ločeno mnenje) pomeni namreč "most" med na eni strani temeljnimi načeli rabe omejenih javnih sredstev in na drugi spoštovanjem pravne varnosti, torej spoštovanjem načela pravne države, s tem da se dosedanje odločitve Ustavnega sodišča ne spregledajo oziroma da se od njih ne odstopi (brez utemeljenih ustavnopravnih argumentov). Ta "most" ni popoln. Ne more biti prav zato, ker že sedaj zakonska ureditev financiranja zasebnega osnovnega šolstva odstopa od temeljnih postulatov učinkovite rabe javnih sredstev. Dosedanja ustavnosodna presoja se s tem v bistvu ni ukvarjala (na kar opozarja tudi 21. točka obrazložitve tokratne odločbe), ne ukvarja pa se z njo niti tokratna, ker se je omejila na presojo zatrjevanih očitkov glede na stališča iz odločbe št. U-I-269/12.

7. *Kakšen pravnosistemiški pristop bi torej bil ustrezen, da bi pravno urejanje financiranja zasebnih osnovnih šol odmaknili od ideoloških razdvajanj?* Tako kot druge določbe Ustave, ki urejajo posamezno pravico ali obveznost, 57. člen ne ureja načina dostopnosti

⁵ Pa tudi zaradi načela enakosti v zakonu in pred njim iz drugega odstavka 14. člena Ustave, ki mu je zavezano tudi Ustavno sodišče.

do pravice, kadar jo ponuja zasebni sektor. Na zakonski ravni stik javnega in zasebnega opredeljujejo zakoni, ki urejajo javno-zasebno partnerstvo, javno naročanje, različni zakoni s pravili o podeljevanju koncesij in koncesijskih razmerij itd. Ta pravila, ki smo jih večinoma izvedli v slovenski pravni sistem kot zahteve prava Evropske unije (v nadaljevanju EU), nam že na načelni ravni narekujejo ekonomično, učinkovito, transparentno oziroma pregledno rabo javnega denarja. Ta je podvržena tudi tekmi (konkurenci) med tistimi zasebnimi subjekti, ki želijo, da se z javnim denarjem financira njihova dejavnost. To je temeljni pristop tudi v pravu EU. Tako se ustvarja ustavno pomembna enakost med temi subjekti, ki so vsi v enakem položaju. Pravo EU sicer navedene zahteve ne širi na vsa področja,⁶ vendar menim, da bi ga država kljub temu morala uveljaviti tudi na področju osnovnega šolstva. Sistem, kot ga je razložilo Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-269/12, pa temu ne sledi. V tem pogledu mi tako zakon, katerega ustavnost se je ocenila, kot odločitev nista blizu; rešitev torej, ki omogoča financiranje brez vstopne tržne tekme pod enakimi pogoji in brez vnaprej določenega *numerus clausus* (števila subjektov, ki se lahko financirajo), postavlja zasebno šolstvo v drugačen, privilegiran položaj do drugih področij. Postavlja se vprašanje, ali je do takšnega položaja upravičeno. Lahko naredimo primerjavo s pravico do zdravstvenega varstva (gotovo je primerljiva z vidika varstva najbolj temeljnih družbenih vrednot v okviru človekovega dostojanstva, ki je osrednja ustavno varovana dobrina). Zdravstvene zasebne pravne osebe nimajo takšnega položaja kot zasebne osnovne šole; zdravniku, zasebniku, ne bo omogočeno javno financiranje, če mu ne bo podeljena koncesija. Financiranje zasebnega opravljanja zdravstvene dejavnosti brez dodeljene koncesije namreč ni mogoče. Koncesija pa je oziroma mora biti predmet transparentne tržne tekme (konkurence med zasebnimi ponudniki te storitve), da so lahko izpolnjeni pogoji enakopravnosti in učinkovite rabe javnih sredstev. V šolstvu, ki mu torej verjetno ne moremo pripisovati toliko drugačne ustavne upoštevnosti kot zdravstvu, je financiranje omogočeno tudi zasebnim osnovnim šolam, ki koncesije nimajo.⁷ Ker ni uveljavljen sistem koncesij, država nima

⁶ Glede šolstva glej sodbi Sodišča EU v zadevah *Wirth*, C-109/92, 15. točka, in *Humbel*, C-263/86, 17.–19. točka. Iz njiju izhaja, da javni sistem šolstva načelno ni del prostega opravljanja storitev (56. člen Pogodbe o delovanju EU), tudi če bi starši morali plačevati za posamezne storitve javnega šolstva, vendar to ni odgovor na vprašanja, kako naj se učinkovito porabljajo javna sredstva. Tudi Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL L 94, 28. 3. 2014) se sicer ne uporablja za storitve negospodarskega pomena (glej 4. člen), vendar je to posledica tega, da ima na tem področju EU omejene pristojnosti. Zato se je zakonodajalec EU moral ustaviti pri tem, da možnost uporabe direktive prepusti državam članicam EU; glej 6. točko uvodnih določb. Z drugimi besedami, koncesijski sistem, ki naj ureja stik javnega in zasebnega (poleg javnih naročil), uporablja EU kot pravnosistemski pristop, a je ureditev prepuščena državi članici, ko gre za neekonomske storitve (npr. področje socialne varnosti, zdravstva, šolstva), ker EU za to nima pristojnosti. Takšen sistem smo v Republiki Sloveniji na področju zdravstva uvedli. Ne pa na področju šolstva.

⁷ Z ustavnega vidika se ureditev financiranja pravice do zdravstvenega varstva iz javnih sredstev sicer delno razlikuje od pravice do osnovnošolskega izobraževanja iz javnih sredstev, vendar z vidika, ki ga poudarjam, nepomembno. Pri prvi pravici je zakonodajalcu v celoti prepuščen, katere tovrstne pravice bodo uveljavljane iz javnih sredstev (drugi odstavek 51. člena Ustave). Ko gre za pravico do izobraževanja, pa je že Ustava določila obvezno financiranje iz javnih sredstev za osnovnošolsko izobraževanje (drugi odstavek 57. člena Ustave).

instrumentarija, da bi lahko v nekem trenutku financiranje ustavila (na primer, ko bi se število zasebnih osnovnih šol močno povečalo, zaradi česar ne bi bilo pogojev za delovanje javnih osnovnih šol). Pluralizem učinkuje v obe smeri; zgolj ureditev, ki omogoča, da se zasebna osnovna šola ne financira, če bi bilo zaradi tega treba zapreti edino javno osnovno šolo na območju, tega ne rešuje;⁸ to pa zato, ker s tem že v izhodišču ustvarja pomembno neenakost med zasebnimi osnovnimi šolami; ko se bo njihovo število povečevalo, pa bo to že posebej izrazito. Razlogi ponotranjene pluralističnosti družbe oziroma da iz ustavne dolžnosti učencev, da obiskujejo javno veljavni izobraževalni program, izhaja, da se morajo že zgolj zato vse osnovne šole enako financirati, ki jih naslavljajo zagovorniki takšnega sistema, me v tem pogledu ne prepričajo. Koncesijski sistem bi lahko popolnoma učinkovito upošteval tudi te vidike, a bi hkrati omogočal spoštovanje enakosti med zasebnimi ponudniki osnovnošolskega izobraževanja⁹ in poskrbel za učinkovito rabo omejenih javnih sredstev (skladno z zgoraj naštetimi načeli javno-zasebnih odnosov), tudi dolgoročno.¹⁰ Na drugi strani kritiki sedanjega pristopa, ki opozarjajo na odsotnost pogoja *numerus clausus*,¹¹ izpostavijo, po mojem mnenju, pravno upošteven vidik; prav zaradi omejenosti javnih sredstev, ki morajo zagotoviti učinkovitost vseh ustavno varovanih pravic, kar se še posebno kaže pri tistih človekovih pravicah, ki jih označujemo kot t. i. pozitivne, ker državi nalagajo, da mora ustvariti pogoje za njihovo učinkovito uveljavljanje. Pri marsikateri od teh pravic, tudi pri tej, ki jo tokrat obravnavamo, tega brez nekega dalj časa kontinuirano zagotovljenega obsega javnih sredstev ni mogoče storiti. Koncesijski sistem se od (imenujem ga) "pečatnega" razlikuje po tem, in to je pomembno, da ostajata škarje in platno v rokah vsakokratne izvršilne veje oblasti; koncesija je namreč pravica koncedenta, da jo podeli, in ne koncesionarja, da jo zahteva. Pri "pečatnem sistemu" pa vsakokratna izvršilna oblast

⁸ Glej prvi odstavek 87. člena Zakona o organizaciji in financiranju vzgoje in izobraževanja (Uradni list RS, št. 16/07 – uradno prečiščeno besedilo, 36/08, 58/09, 64/09 – popr., 65/09 – popr., 20/11, 47/15, 46/16 in 49/16 – popr. – ZOFVI).

⁹ Tega vprašanja se dotakne 47. točka obrazložitve tokratne odločbe.

¹⁰ Zato se strinjam s 17. točko obrazložitve odločbe, ki opozarja, sicer z drugimi besedami, na odsotnost opisanega in precej širokogrudno omogoča financiranje zgolj z odločitvijo, da določen program ustreza zahtevam Zakona. Torej se odločitev zvede na raven "pečata", brez koncesijskih postopkov in pravil, ki bi omogočala učinkovito in transparentno ravnanje z javnimi sredstvi.

¹¹ In to pogosto povezujejo tudi s programi teh šol, ki bi hkrati ponujali neobvezne sestavine, ki oblastem ne bi bile pogodu. Do tega se ne opredeljujem. Opozarjam pa na vidik, da se mora po obstoječem sistemu zagotoviti financiranje zasebnih osnovnih šol, ki imajo tujega ustanovitelja šole v Republiki Sloveniji (ne gre za internacionalne, ampak transnacionalne primere). Člen 40 ZOFVI, ki prepoveduje ustanovitev zasebne šole tujim pravnim in fizičnim osebam, seveda ne prepreči, da takšna oseba ne ustanovi družbe (hčerke) v Republiki Sloveniji, in ta pogoj je tako izpolnjen. Družba (hčerka) bo vodena iz tujine. Z zapisanim se ne postavljam na kakršnokoli stališče, ki bi ga povezovali s (prepovedjo) neenakega obravnavanja, želim le opozoriti, da tako "pečatni" kot koncesijski sistem omogočata transnacionalne primere (meddržavni element se kaže v prehodu finančnih sredstev in družbenikov, ne pa v sedežu ustanovitelja, ki bi bil v tujini), s to pomembno razliko, da s koncesijskim sistemom koncedent (izvršilna oblast) lahko zadrži vpliv na *numerus clausus*, trajanje financiranja in druge pogoje.

to možnost izgubi (kajti, ko vlagatelj "pečat" pridobi, avtomatično sledi financiranje). Pravila *numerus clausus*,¹² ki šele omogoči zagotavljanje ustrezne mreže osnovnih šol, upoštevaje to, da morajo biti v njem tudi javne šole, vse zasebne pa morajo imeti možnost pod enakimi pogoji potegovati se za podelitev koncesije, tako ni mogoče upoštevati. Vsako javno-zasebno razmerje mora biti zato predmet jasnih pravil, o katerih pišem zgoraj, celo ne glede na to, ali določeno področje dojemamo kot družbeno pomembnejše od nekega drugega. Sistemi javno-zasebnih partnerstev ne onemogočajo pluralističnih vidikov, obratno pa njihova odsotnost lahko povzroči nesistemske in ustavno prepovedane neenakosti.¹³

8. Ustavnosodna presoja in izpodbijani zakon opisanemu pravnosistemskemu pristopu ne sledita. Kljub temu, kot sem že pojasnil, sem glasoval za izrek odločbe, ki sledi stališčem odločbe št. U-I-269/12, ampak je ne nadgrajuje v smeri, kot so predlagali pobudniki. Spoštovanje dosedanje ustavnosodne presoje je cena spoštovanja vladavine prava, o kateri pišem zgoraj. Kot opozarjam, drugi odstavek 57. člena Ustave ureja pravico do obveznega financiranja osnovnošolskega izobraževanja iz javnih sredstev, ne ureja pa dostopnosti do te pravice, kadar jo izvajajo zasebni zavodi. Ureja torej pozitivno obveznost države v tem pogledu, ne ureja pa načina, kako naj država to obveznost izpolni, da bo zagotovila učinkovito uresničevanje pravice na eni strani ob spoštovanju drugih ustavnih vrednot na drugi strani. Glede tega bi se po mojem mnenju zakonodajalec moral odmakniti od veljavnega pristopa in tudi na področju osnovnega šolstva vpeljati temeljna sistemska pravila ravnanja z javnim denarjem; torej, moral bi sistem odmakniti od "pečatnega" in ga približati koncesijskemu. Ta premik bi morala narediti že odločba št. U-I-296/12, pa ga ni, ker je izhajala iz veljavne zakonske ureditve in se s tem vprašanjem ni ukvarjala. Tokratna odločba še enkrat pritrjuje stoddotnemu financiranju obveznega programa osnovnošolskega izobraževanja v zasebnih osnovnih šolah brez koncesij, ne da bi, po mojem mnenju, zagotovila potrebno spoštovanje pravnosistemskih pravil javno-zasebnih odnosov. Da bi se to doseglo, je potrebna sistemska prenova ureditve. Vendar sem glede na obstoječi položaj, predvsem število zasebnih osnovnih šol in obstoječo mrežo javnih osnovnih šol, (še) lahko sprejel odločbo št. U-I-269/12 in v njej podano

¹² In to omogoča koncesijski sistem. Velikokrat ni pravilno razumljen. V to sem se prepričal tudi pri kritikah, ki jih je bila deležna odločba Ustavnega sodišča o presoji koncesij v zdravstvu (št. U-I-194/17). V tej odločbi je Ustavno sodišče zavzelo stališče, da gre za nesorazmeren poseg zakonodajalca v 74. člen Ustave (svobodna gospodarska pobuda), če se koncesionarjem naloži, da morajo dobiček reinvestirati v svojo dejavnost. Kritike, ki vse izhajajo s stališča, kako obravnavati koncesije v negospodarski javni službi, pa se, na žalost, ne ukvarjajo s temeljnim vprašanjem, *zakaj je koncesija sploh podeljena. Koncesija namreč ni obveznost, ampak možnost, ki je oblastni organi na državni in lokalni ravni niso zavezani uporabljati. Je torej pravica, a ne za izvajalca storitve (da jo prejme), temveč za koncedenta (da jo podeli).*

Koncesije torej omogočajo, da ima škarje in platno torej oblastni organ (izvršilna veja oblasti), ki mora poskrbeti za uravnoteženo spoštovanje vseh ustavnih vrednot (v konkretnem primeru na področju osnovnošolskega izobraževanja).

¹³ Kot pojasnjuje omenjena 47. točka obrazložitve odločbe.

aplikacijo 57. člena Ustave na izpodbijano zakonsko ureditev kot temelj za odločanje tudi v tej zadevi, čeprav menim, da bi bilo prav dosledno spoštovati koncesijski sistem financiranja, ki sam po sebi vsebuje tudi možnost *numerus clausus*. Glede na obseg te ustavnosodne presoje in glede na to, da si ne predstavljam, da bi vsaka sestava Ustavnega sodišča prav zaradi spoštovanja ustavnega načela pravne varnosti (tudi enakosti), odločala skrajno različno, tokrat nanj le opozarjam. Zakonodajalec pa mora pretehtati, kako odpraviti že sedaj vgrajeno neenakost med zasebnimi osnovnimi šolami, predvsem pa paziti, da ne bi prišel čas, ko bi se zaradi velikega števila zasebnih osnovnih šol (brez koncesije) razmere glede na potrebno mrežo javnih osnovnih šol toliko zaostrele, da bi to postalo tudi ustavnopravno problematično. Pri novem sistemskem urejanju financiranja zasebnih osnovnih šol na podlagi sistema koncesij bi moral zakonodajalec upoštevati dejstvo obstoja le nekaj zasebnih osnovnih šol, ki izvajajo osnovnošolski program z javnimi sredstvi,¹⁴ tako da bi jim dal na razpolago ustrezno dolgo prehodno obdobje, v katerem bi lahko pridobile koncesijo; seveda zaradi spoštovanja drugega načela pravne države iz 2. člena Ustave, tj. načela zaupanja v pravo. Glede na vse navedeno sem pri ključnem vprašanju, ali Ustava glede na odločbo št. U-I-269/12 zapoveduje stoddostotno financiranje tudi razširjenega dela ali samo obveznega dela javnega programa, kadar se ta izvaja v zasebnih osnovnih šolah brez koncesije, lahko izhajal iz razlage v navedeni odločbi, upoštevajoč tudi pretekle odločitve Ustavnega sodišča.

III. Financiranje razširjenih delov osnovnošolskih programov zasebnih šol

9. Odločba št. U-I-269/12 je delitev na obvezne in razširjene dele programa pojasnila v obrazložitvi. Ta delitev ni nova odločitev (*ab ovo*) v tokratni odločbi, zato Ustavno sodišče pri tem stališču ni delovalo samovoljno. Prav obratno, moralo je slediti takšnemu razlikovanju, pri čemer je pustilo višino financiranja nedotaknjeno. To pomeni, da lahko zakonodajalec glede na polje svoje proste presoje sam določi višino financiranja tudi za neobvezni oziroma razširjeni del programa. Z vidika Ustave, kot jo je razložilo Ustavno sodišče, je odločeno le, da ni obvezno stoddostotno financiranje razširjenega dela programa. Kriterij, ki ga je podprla večina, je kriterij, ali je sodelovanje pri razširjenem delu programa *obvezno* za učence. Ali je obvezno ali ne, se lahko reši tudi po formuli, ali je navzočnost *conditio sine qua non* (torej nujni pogoj) za doseganje zahtevane ravni izobrazbe. Pri vprašanju dopolnilnega pouka se mi je postavilo vprašanje, ali je kriterij ustrezen. Odločba namreč izhaja tudi s stališča, da mora osnovnošolsko izobraževanje omogočiti prehod v višje, sekundarno izobraževanje. Izhajajoč iz tega bi za dopolnilni pouk razmišljal o tem, da je ta potreben za tiste učence, ki potrebujejo dodatno pomoč. Vendar zakonodajalec tudi za takšne primere ne določa obvezne navzočnosti. Ali je takšno

¹⁴ Pri čemer je videti, da te v takem številu ne ogrožajo uravnotežene postavitve mreže osnovnih šol, ki glede na ustavno varovano pluralnost izobraževanja spoštuje tako potrebo po obstoju javne osnovne šole kot tudi zasebnih osnovnih šol na posameznem območju.

stališče zakonodajalca protiustavno? Menim, da ne in da nikogar ni mogoče prisiliti k sprejemanju dodatne pomoči. To in dejstvo, da tudi kriterij, ali je določen del programa obvezno obiskovati ali ne, ni nerazumen in pripelje do rezultata, skladnega že z razlago Ustave v odločbi št. U-I-269/12. Ni pa protiustavno odreči financiranja razširjenim delom osnovnošolskih programov. Kot je bilo pojasnjeno zgoraj, je to zakonodajalcu sicer dovoljeno, ni pa protiustavno, če se odloči drugače.¹⁵

IV. Kršitev načel pravne države in načela delitve oblasti zaradi nespoštovanja odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-269/12

10. V točkah 57–62 obrazložitve odločba tokratna odločba zavrne predlog pobudnikov, naj Ustavno sodišče določi način izvršitve odločbe št. U-I-269/12, še pred tem pa v točkah 32–34 obrazložitve tokratna odločba opozori, da se zakonodajalec na navedeno odločbo še ni odzval.

11. Ko gre za nespoštovanje odločb Ustavnega sodišča, ZUstS sicer ne določa možnosti, da bi pobudniki ali predlagatelji od Ustavnega sodišča zahtevali, naj vstopi v polje zakonodajalčeve pristojnosti in se odzove namesto njega.¹⁶ To je Ustavno sodišče pojasnilo že večkrat, zadnjič v t. i. zadevi "podrejenci".¹⁷ Pojasnilo je, da zaradi takšne

¹⁵ Zato ne bi bilo *non sequitur*, če bi zakonodajalec zaradi preprečitve poslabšanja trenutnega položaja zasebnih šol uredil tudi financiranje razširjenega programa. Odločba št. U-I-269/12 se o tem ni izrekla, tudi tokratna ne. To pomeni, da Ustavno sodišče vrača žogico zakonodajalcu, naj sam določi, ali in v kolikšni meri bo financiral razširjeni del osnovnošolskih programov zasebnih osnovnih šol; tudi v kakšnem obdobju. Tako, predpostavljam, bo to vprašanje še vedno predmet ideoloških razprav. Po tem ne bi bilo potrebe, če bi se odzval zakonodajalec, kot pišem zgoraj, kajti po dveh odločbah Ustavnega sodišča, ki omogočata financiranje obveznih sestavin osnovnošolskih programov brez koncesij, bo slej ko prej nastopil čas, ko bo to treba urediti.

¹⁶ O tem sem spregovoril tudi v okviru okrogle mize o Temeljnih pravne države v Državnem zboru 6. septembra 2019.

¹⁷ Sklep Ustavnega sodišča št. U-I-155/17 z dne 14. 12. 2017, glej točke 21–25 obrazložitve. Vendar pa je pri tej odločitvi treba upoštevati posebno okoliščino; tj. pobudniki so zahtevali presojo samega ZUstS, zorni kot pogleda na odločitev Ustavnega sodišča je zato drugačen, kot v drugih, tudi v tem prispevku citiranih primerih, kjer se je od Ustavnega sodišča zahteval način izvršitve. Poudarek je zato na vprašanju, ali je ZUstS protiustaven, ker pobudniki nimajo pravice zahtevati načina izvršitve. Pobudniki so namreč 48. členu ZUstS očitali neskladje z 2. členom, drugim odstavkom 3. člena, četrtem odstavkom 15. člena, prvim odstavkom 23. člena in 25. členom Ustave. Menili so, da je navedena zakonska določba v neskladju z Ustavo, ker pobudnikom, ko zakonodajalec zamudi z odpravo ugotovljene protiustavnosti in se nadaljujejo že ugotovljene kršitve njihovih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ne daje nobenega pravnega sredstva, s katerim bi lahko zahtevali odpravo protiustavnega stanja zaradi kršitve odločbe Ustavnega sodišča. V neskladju z Ustavo naj bi bilo, da 48. člen ZUstS Ustavnemu sodišču ne omogoča, da v takem položaju na predlog pobudnika naknadno določi način izvršitve svoje odločbe v skladu z drugim odstavkom 40. člena ZUstS zaradi odprave protiustavnega stanja. Po oceni pobudnikov izpodbijana protiustavna pravna praznina omogoča nastanek pravnega položaja, v katerem odločbe Ustavnega sodišča ostanejo neizvršene. Ustavno sodišče je pobudo kot očitno neutemeljeno zavrnilo.

ureditve ZUstS ni protiustaven. Pri tem je Ustavno sodišče izhajajo iz načela delitve oblasti (3. člen Ustave) in s tem potrdilo, da Ustavno sodišče ni v pravnem redu Republike Slovenije ustanovljeno (tudi) zato, da bi nadomeščalo zakonodajalčevo voljo, kadar se ta ne odzove, ne glede na to, da je neodziv lahko posledica tega, da ne more doseči tolikšnega soglasja, da bi sprejel predpis, ki bi odpravil protiustavno stanje.¹⁸ Z drugimi besedami, če pobudniki predlagajo oblikovanje ali le dopolnitev že določenega načina izvršitve neke odločbe Ustavnega sodišča, Ustavno sodišče o predlogu pobudnikov ne odloča, ker po ZUstS takega predloga sploh niso upravičeni podati.¹⁹ Vendar pa je treba upoštevati, da je pobuda v zadevi "podrejenci«" zahtevala presojo ustavnosti ZUstS, ker pobudniki niso imeli na voljo posebnega pravnega sredstva v primeru nespoštovanja odločbe Ustavnega sodišča, in ni šlo za okoliščine, ko bi bilo osrednje vprašanje samo stopnjevanje že izrečene sankcije. To lahko Ustavno sodišče stori samo, *sua sponte*.²⁰

¹⁸ Prav tam. Ustavno sodišče je v 23. točki obrazložitve sklepa pojasnilo, da: "Drugi odstavek 40. člena ZUstS daje Ustavnemu sodišču pooblastilo določiti, če je potrebno, kateri organ mora izvršiti njegovo odločbo in na kakšen način. Odločitev o tem, ali je treba v odločbi, s katero je odločeno o ustavnosti nekega predpisa, ali po njeni izdaji določiti tudi način izvršitve, sprejme Ustavno sodišče vselej po uradni dolžnosti. Drugi odstavek 40. člena ZUstS Ustavnemu sodišču dovoljuje začasen vstop na polje zakonodajalca, s prehodno provizorično odločitvijo, ki ni zakon, ima pa moč zakona. S tem drugi odstavek 40. člena ZUstS pomeni (sicer za zagotovitev ustavnosti nujno) izjemo od dosledne ločitve funkcij različnih vej oblasti. Zato mora o načinih izvršitve svojih odločb Ustavno sodišče odločati pazljivo in z ustrezno mero samoomejevanja. Iz obstoja navedene izjeme ni dopustno izpeljevati zahteve po obstoju posebnih pravnih sredstev, s katerimi bi lahko zainteresirane osebe od Ustavnega sodišča zahtevale, naj prevzema zakonodajno pristojnost in ureja kompleksna življenjska razmerja, pri urejanju katerih ima Državni zbor praviloma široko polje proste (politične) presoje. Za zakonodajno normiranje Ustavno sodišče navsezadnje nima niti ustreznih znanj niti ne razpolaga z ustreznimi podatki. Očitki pobudnikov, da ZUstS v položaju, ki ga opisujejo, osebno s pravnim interesom ne omogoča učinkovitega ustavnosodnega varstva, slonijo na napačni izhodiščni premisi glede položaja Ustavnega sodišča v sistemu delitve oblasti. Zato so njihovi očitki o protiustavni pravni praznini neutemeljeni."

¹⁹ Prav tam, 25. točka obrazložitve.

²⁰ Glede aktivizma Ustavnega sodišča in t. i. mehanizma stopnjevanja sankcij glej tudi A. Teršek, Ustavno sodišče in parlament: mehanizem "stopnjevanja sankcij", Pravna praksa, št 20 (2000), str. I–XVI.

Ustavno sodišče je to že velikokrat storilo; in sicer v primeru, ko je menilo, da mora dopolniti izrek svoje odločitve na ta način, da v praksi ne bo povzročal težav (glej že dopolnilno odločbo št. U-I-29/96-39 z dne 8. 1. 1998, Uradni list RS, št. 7/98, in OdlUS VII,3). Ustavno sodišče se je odzvalo na nespoštovano odločbo Ustavnega sodišča, pri čemer je zakonodajalca izrecno opozorilo, da z neodzivom hudo krši 2. člen in drugi stavek drugega odstavka 3. člena Ustave ter ponovilo svojo odločitev (glej zadevo št. U-I-168/97 z dne 3. 7. 1997, OdlUS VI, 103). Se je pa Ustavno sodišče na nespoštovanje svoje odločbe že odzvalo tudi s t. i. stopnjevanjem sankcije, in sicer tako, da je prepovedalo uporabo posameznih določb izpodbijanega zakona, po tem, ko je enkrat že ugotovilo protiustavnost (glej odločbo št. U-I-114/95 z dne 7. 12. 1995, Uradni list RS, št. 8/96, in OdlUS IV, 120). Je pa tudi že v sami odločbi, s katero je ugotovilo protiustavnost, čeprav pri drugačni tehniki ustavnosodnega odločanja (ni šlo za ugotovitveno odločbo iz 48. člena ZUstS, temveč za razveljavitveno odločbo s kratkim odločnim rokom, ki prav tako terja zakonodajalčev odziv), predvidelo položaj, če se zakonodajalec ne bi odzval v roku, tako da je za ta primer določilo način izvršitve svoje odločbe (torej je vnaprej naprej predvidelo možnost nespoštovanja v kratkem roku, glej odločbo št. U-I-327/94 z dne 16. 3. 1995, Uradni list RS, št. 20/95, in OdlUS IV, 25) itd.

12. Aktivizem, ki ga prav za zagotovitev spoštovanja svojih odločb kaže Ustavno sodišče, obstaja, a iz njega veje zadržanost. Zadržanost je na mestu zaradi načela delitve oblasti.²¹ Navzočnost aktivizma kot takšnega je do določene mere tudi potrebna, saj je s tem zakonodajalcu sporočeno, da Ustavno sodišče ne razume svoje vloge zgolj kot opozarjanje na napake, ampak tudi da odločitve doživijo epilog (da se jih spoštuje) in da Ustavno sodišče ne pristaja na mogoč učinek "potuhe".²² To je tudi del pravice do učinkovitega pravnega varstva.²³ Čemu pravno varstvo, če se odločitve ne bi spoštovale? Čemu dostop do sodišča, čemu procesna jamstva poštenega sojenja, čemu pravila, čemu sistem uresničevanja prava kot kulturnega fenomena, če manjka eden bistvenih elementov postopka in sodnega varstva – to je spoštovanje odločitev. To bi pomenilo, da je varstvo, ki ga nudi Ustavno sodišče pri presoji splošnih aktov, iluzorno,²⁴ namesto, kot je ustavno zapovedano, učinkovito. Pa vendar mora pri aktivizmu zadnjega varuha Ustave obstajati temeljno izhodišče, ki ima dva dela. Prvi je v tem, da Ustavno sodišče začasno prevzame pristojnost zakonodajalca, kadar mora za čas, dokler se ta ne odzove, zavarovati pomembne ustavne vrednote. Drugi pa je ta, da gre za področje, ki tudi glede na kompleksnost ureditve Ustavnemu sodišču sploh dopušča določiti način izvršitve svoje odločbe, saj glede na svojo vlogo v ustavnem redu pogosto nima na razpolago dovolj informacij in ustreznih strokovnih služb, ki bi mu omogočale storiti ta korak (čeprav bi bil prvi del izhodišča izpolnjen).

13. Izluščim lahko, da bolj kot je Ustavno sodišče prisiljeno biti aktivistično, več je okoliščin, ki kažejo na odsotnost zavedanja, da je tej instituciji dodeljena specifična pristojnost, da bdi nad vladavino prava v najširšem pomenu besede in da njegove odločbe posledično nosijo specifično težo za vse akterje vseh treh vej oblasti in tudi za posameznike – posledično je nespoštovanje odločb Ustavnega sodišča vprašanje spoštovanja nekega posebnega pomena. Je temeljni postulat delovanja pravne države; ta pomen je *coloratus*, je, v bolj suhoparnem pravniškem jeziku, "kvalificiran".

14. Ustavnosodni nadzor, ki zaradi nespoštovanja odločb Ustavnega sodišča ni učinkovit, pomeni zanikanje ustavnega sistema; nosi drugačno sporočilo; sporočilo, da sistem ne

²¹ Glej tudi stališče sodnice Sovdat v ločenem mnenju k sklepu št. Up-745/18, Up-716/18 z dne 17. 5. 2018: "Aktivizem Ustavnega sodišča, ko z načinom izvršitve svoje odločbe tako rekoč ustvarjamo zakonska pravila, namreč ima in mora imeti svoje meje."

²² Slednji termin sem uporabil iz ločenega mnenja sodnika Jerovška k odločbi št. U-I-304/96 z dne 7. 11. 1996. V tem mnenju je dodal tudi, da zgolj ugotovitev, da je splošni akt nezakonit (šlo je za Odlok o razpisu zakonodajnega referenduma za volitve v Državni zbor), "vendar nič ne moremo, je najbolj nevaren presedan za demontažo pravne države in demokracije sploh."

²³ Glej tudi pritrtilno ločeno mnenje sodnika Jambreka v zadevi U-I-304/96 z dne 7. 11. 1996.

²⁴ Pristopi sodnikov dosedanjih sestav Ustavnega sodišča se razlikujejo, kar je razvidno iz njihovih ločenih mnenj. Razlike so tako glede vprašanja, ali aktivizem da ali ne, pogleda na pomen načela delitve oblasti in tudi pri presoji okoliščin in resnosti kršitve zakonodajalca. S tem je seveda povezano vprašanje, kdaj bi se Ustavno sodišče moralo odzvati.

deluje prav, da postaja sprejemljivo nekaj, kar se v ustavni demokraciji enostavno ne bi smelo dogajati.²⁵ Ali kot je zapisal nekdanji ustavni sodnik mag. Krivic: "[...] to pomeni nespoštovanje Ustave in spodkopavanje zaupanja vanjo. Ne v posamezne sodne odločitve, ki jih vsakdo lahko kritizira, ampak v temeljni pravni red, ki drži državo skupaj".²⁶

15. Zapisano je le en vidik. Drugi vidik je vprašanje, ali bi se v tem primeru Ustavno sodišče moralo odzvati z določitvijo načina izvršitve odločbe, čeprav ga ob izdaji odločbe št. U-I-269/12 ni določilo. Kot sam vidim ureditev tega področja (torej, slej ko prej zgoraj opisani prehod izključno na koncesijski sistem kot edino in dolgoročno ustavnoskladno možnost urejanja odnosov med javnimi in zasebnimi interesi ter postavljanja jasnih pravil, vključno z *numerus clausus*), bi bil to prevelik, četudi začasen, vstop Ustavnega sodišča v vlogo zakonodajalca in izvršilne oblasti kot ustavno določenega predlagatelja zakonov, pri čemer gre za kompleksno ureditev. Tudi že zgolj zasledovanje poti, ki jo je začrtala odločba št. U-I-269/12, bi pomenilo takšno interdisciplinarno strokovno urejanje, poznavanje področja šolstva in vseh njegovih socioloških, področno strokovnih, vzgojno-izobraževalnih in drugih dimenzij, ki Ustavnemu sodišču ne dopuščajo opisanega aktivizma. Nujno potrebna zadržanost, ki jo narekuje načelo delitve oblasti, bi bila zato, po mojem mnenju, prekoračena. Prav obratno, menim, da mora zakonodajalec celotno področje financiranja zasebnih šol ponovno urediti (kot opisano zgoraj), da bi se v celoti doseglo usklajeno spoštovanje drugega odstavka 57. člena Ustave kot spoštovanje drugih, prej navedenih ustavnih vrednot.

V. Zaključek

16. Številne razprave, ne le tiste v strokovni literaturi, sprejemajo financiranje zasebnega osnovnega šolstva kot del pluralnosti in zagotavljanja javnega dobra. Menijo, da slednje upravičuje oziroma zahteva takšno ureditev, ki bi zasebnim osnovnim šolam omogočala financiranje že zgolj na podlagi dejstva, da njihov program ustreza zakonskim zahtevam javno veljavnega programa. Sam menim, da bi bilo treba, povsem enako kot na drugih primerljivih področjih, kjer se zagotavljajo dobrine, ki jih Ustava varuje kot človekove pravice, za ureditev stika javnega in zasebnega interesa ter transparentne in učinkovite rabe javnih sredstev, uporabiti sistem pravil javno-zasebnega partnerstva, ki je že razvit (tudi) na področju negospodarskih javnih služb. Takšen sistem bi zagotovil primerljiva pravila delovanja (v mnenju to primerjam z zdravstvom, a takšnih področij je več, npr.

²⁵ Namreč, če se zgodi, da je Ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost predpisa, lahko na to gledamo kot na dobro delujoč sistem, ki je ugotovil "napako", tj. protiustavnost. Če pa ta ni odpravljena, ne gre več le za to "napako", ampak za celoten sistem: gre za povsem drugačen, kvalificiran pogled, povsem drugo dimenzijo in drugo sporočilo. Zato so številne kritike na mestu. Zaradi dolgotrajnosti položaja in številnih neizvršenih odločb lahko razumemo tudi ostrost kritik. Ne gre namreč za začasno ali izjemno stanje, temveč za nedopustno sistemsko nespoštovanje odločb Ustavnega sodišča.

²⁶ Glej M. Krivic, Je javna šola morda višja vrednota kot pravna država? Delo, 24. 8. 2019, str. 29.

socialna varnost, posredovanje med ponudniki in iskalci dela itd.). Močno bi tudi zmanjšal oziroma povsem odpravil nepotreben ideološki naboj, ki smo mu, po mojem mnenju, po nepotrebem priča prav zaradi odsotnosti omenjenih pravil; oziroma celo več, zaradi posebnega privilegiranega statusa zasebnih osnovnih šol brez koncesije v primerjavi z zasebniki, ponudniki tako enakovrstnih storitev zasebnih osnovnih šol s koncesijo kot tudi ponudniki na drugih ustavno posebej varovanih področjih, ki morajo za financiranje opravljanja dejavnosti iz javnih sredstev pridobiti koncesijo.

17. Z drugimi besedami, sistemsko začrtana pot bi potrebovala temeljit premislek. Do uresničitve tega je glede na navedeno nakazana pot odločbe zame še sprejemljiva, kljub temu, da se mi celotna slika financiranja zasebnih osnovnih šol, ki torej ni le pravno-teoretična, ampak tudi ideološko vrednostna in ekonomska, ne izriše pravilno. Tako bi se mi izrisala zgolj, če bi tudi to temo uokvirili v opisani pravnosistemski pristop (z ustreznim rokom za prilagoditev). Dokler ta ne bo prevladal, bomo soočeni z razlikovanjem, za katerega pa sam ne najdem opravičljivih razlogov.²⁷ Svojevrstna "rana", ki jo odpiramo vsakič, ko se načne ta tema, bi se tako zaprla že v izhodišču.

18. Želim si, da bi Ustavno sodišče presekalo gordijski voz, vendar je iz zapisanih razlogov pustilo odprta vrata višini financiranja razširjenih vsebin osnovnošolskih programov v zasebnih osnovnih šolah brez koncesije. Še vedno je to v pristojnosti zakonodajalca (in zato morebiti še naprej prostor za različne ideološke in politične interese). Korak naprej bi zato pomenila le nakazana pravnosistemska pravila urejanja stika dveh sfer – javne in zasebne –, ki, v to sem se že večkrat prepričal, ne more delovati brez natančno postavljenih pravil.

dr. Rajko Knez
Sodnik

²⁷ Številni argumenti strokovne (tudi interesne) in laične javnosti, ki ne podpirajo koncesijskega sistema, me ne prepričajo in se jim ne morem pridružiti. Ponotranjena demokracija, tranzicijska družba itd. so priročni, a precej pavšalni argumenti, ki prinašajo premalo vsebine.