



Številka: U-I-83/20-40

Datum: 14. 9. 2020

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. RAJKA KNEZA K ODLOČBI ŠT. U-I-83/20 Z DNE 27. 8. 2020

Ustavna presoja sorazmernosti omejitve gibanja med občinami v cilju omejitev širjenja virusa SARS-CoV-2

I. Uvod

Z razlogi odločbe, ki utemeljujejo sprejeto odločitev, soglašam. V ločenem mnenju želim opozoriti na *(i)* merila za presojo dopustnosti posegov v človekove pravice v *okoliščinah začetnega obdobja epidemije oziroma pandemije* dotlej neznane hude nalezljive bolezni. Glede tega se je v začetnih vsebinskih obravnavah te zadeve moj pogled na merila za presojo dopustnosti cilja ukrepa in njegove sorazmernosti nekoliko razlikoval od kolegice in kolegov iz večine, v nadaljnjih razpravah pa so se naši razlogi, ki utemeljujejo sprejeto odločbo, ujeli. Želim pa predstaviti tudi svoje razloge, zaradi katerih menim, da so bili izpolnjeni pogoji za *(ii) neposredno presojo skladnosti izpodbijanih odlokov z 32. členom Ustave*, ne da bi bilo poprej treba presojati zakonske določbe, ki pomenijo njihov vsebinski legalitetni okvir.

II. Glede uporabe testa ustavne dopustnosti posega in strogega testa sorazmernosti v okoliščinah izpodbijane ureditve

Ustavno sodišče je bilo soočeno s posegom v svobodo gibanja, eno pomembnih človekovih pravic (prvi odstavek 32. člena Ustave). Kot vselej je Ustavno sodišče tudi tokrat v temelju opravilo presojo po testu dopustnosti cilja, ki mu poseg sledi (tretji odstavek 15. člena Ustave), in strogem testu sorazmernosti (2. člen Ustave). Drugi odstavek 32. člena Ustave omogoča posege v pravico zaradi omejitve širjenja nalezljivih bolezni, kar je ustavno dopustni cilj, vendar pa morajo biti posegi po ustaljeni ustavnosodni presoji sorazmerni oziroma morajo izpolnjevati pogoje strogega testa sorazmernosti. Pri tej presoji sem sam izhajal iz dveh premis. Na eni strani iz tega, da je v Ustavi zapisan ustavno dopustni razlog za omejitve pravice obtežen s pomembnimi ustavnimi vrednotami (predstavljenimi v 42. točki obrazložitve odločbe), in na drugi strani,

da so okoliščine, v katerih je bil sprejet ukrep omejevanja svobode gibanja, posebne do te mere, da bi bilo treba oblikovati prilagojena izhodišča za uporabo strogega testa sorazmernosti posega v prvi odstavek 32. člena Ustave v izraženih okoliščinah epidemije oz. pandemije (primerjaj 46. točko obrazložitve odločbe).

Prvo navedeno pomembno opredeljuje težo ustavno dopustnega cilja, ki mu sledi poseg, drugo navedeno ima pomemben odsev pri korakih strogega testa sorazmernosti.

Pozitivne obveznosti države pri varovanju življenj in javnega zdravja so zaradi pomena teh vrednot posebej poudarjene. Ko imamo opravka z epidemijo in pandemijo hudo nalezljive bolezni, je treba pravicam in svoboščinam posameznika ob bok postaviti tudi njegovo odgovornost do drugih ljudi, s katerimi sobiva. Gre za obvezo medsebojnega spoštovanja pravic in svoboščin, vsakogar do vsakogar (medsebojna solidarnost). Poseg v pravico posameznika, ki zasleduje varnost zdravja in ohranjanje življenj ljudi, je zato v korelaciji z odgovornostjo posameznika do drugih ljudi, še posebno ranljivih skupin. Teža posega v pravico do svobode gibanja, ki ga je tokrat presojalo Ustavno sodišče, ni bila majhna (čeprav je bilo gibanje omogočeno znotraj meja občin, v nekaterih primerih pa ni bilo omejeno), a jo pomembno blaži omenjeni pomen dolžnosti vsakogar do drugih ljudi in do družbene skupnosti (ta dolžnost obstaja že sicer, *a fortiori* v okoliščinah pandemije). V tem pogledu gre torej za solidarnost med ljudmi in ne za dolžnosti države. V pogojih epidemije ni neutemeljeno pričakovati, da posamezniki svoje interese še toliko bolj presojajo v luči višjih vrednot družbe, ne le v luči osebnih pravic in svoboščin.¹

Ko se prvič pojavi nova neraziskana in hudo nalezljiva bolezen, ki lahko prizadene zdravje in življenja ljudi, so pristojne oblasti, ki jim Ustava nalaga pozitivne obveznosti ukrepanja, soočene z veliko negotovostjo. To je še posebej res v začetnem obdobju, takoj ob pojavu, in manj po tem, ko se bolezen že nekaj časa širi. V začetnem obdobju je toliko manj mogoče napovedati ali predvidevati, ali bodo posamezni ukrepi učinkoviti ali ne in če bodo, kdaj bodo, kakšne bodo posledice, če ukrepi ne bodo učinkoviti, prav tako tudi ni mogoče predvidevati, kako se bo javnost odzvala na ukrepe, itd. V takih okoliščinah postane pomembno *načelo previdnosti*.

Država mora po načelu previdnosti sprejeti pravočasne in zadostne (previdnostne, ne le preventivne) ukrepe, ki naj ustavne vrednote (zdravje, življenja ljudi v tem primeru) čim bolj učinkovito zavarujejo. Kadar je z razumevanjem bolezni in učinkovanjem ukrepov neogibno povezana neka stopnja negotovosti, ker je bolezen v stroki še pomembno neraziskana, morajo imeti pristojni oblastni organi za odrejanje ukrepov za zasledovanje ustavno dopustnih ciljev na razpolago nekoliko širše polje proste presoje. Zavezani so k ukrepanju, pri čemer čas ni njihov zaveznik (prav obratno), ker okoliščine terjajo sprejetje ukrepov ne glede na navedena številna odprta vprašanja, o katerih imajo lahko tudi strokovnjaki povsem različna mnenja (načelo *tempus regit actum*). Pri tem so učinki v

¹ Glej tudi 43. in 55. točko obrazložitve odločbe ter op. 14 in tam citirano podobno stališče nemškega Zveznega ustavnega sodišča.

času sprejetja ukrepa, čeprav morajo izhajati iz obstoječih dejanskih upoštevnih okoliščin, ki so pravzaprav edini sprožilni razlog zanje, v začetku vedno do neke mere negotovi. Pa vendar morajo pristojni organi ves čas upoštevati, da ukrepi lahko hudo posegajo v druge ustavno varovane dobrine, zato to ne more pomeniti, da imajo pri sprejetju posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine kar proste roke. Ko se odločajo za ukrepe, morajo izhajati iz podatkov in znanstvenih spoznanj, ki so dosegljivi v času sprejemanja ukrepov (46. točka obrazložitve odločbe).

Načelo previdnosti in iz njega izhajajoči previdnostni ukrepi so tisti, ki so v razumni zvezi z neznanimi ali nepopolno znanimi vzroki in posledicami nekega pojava in katerih cilj je preprečiti poslabšanje stanja oziroma preprečiti neobvladljive razmere. Zato bi lahko npr. prestroge zahteve (poudarjam, v tedanjih okoliščinah) po podrobnih strokovnih podlagah na eni strani utirale pot k (protiustavnim) omejitvam, ki jih pri nujnem hitrem sprejemanju odločitev ne bi bilo mogoče spoštovati, in na drugi strani vnašale določeno omahovanje v trenutke, ko je treba nujno hitro reagirati.²

Pri tem posebej poudarjam, da ne gre za pravila, ki izhajajo iz načela preventive, temveč za ukrepe iz načela previdnosti. Med previdnostnimi in preventivnim ukrepi je znatna razlika. Pri preventivnih ukrepih gre, drugače kot pri previdnostnih, praviloma za to, da so pristojni oblastni organi natančneje seznanjeni z okoliščinami, vzroki, posledicami, vzročno zvezo med vzroki in posledicami, in gre za pomembno večjo predvidljivost izvajanja ukrepov in njihovih učinkov. Prav to jih razlikuje od previdnostnih ukrepov, saj pri preventivnih ukrepih vemo, kateri so potrebni za preprečitev nezaželenih posledic. Vnaprej se ve, kaj preprečuje določen razvoj dogodkov, prav tako, po kakšnih postopkih in kakšne ukrepe je treba sprejeti, kolikšna mera invazivnosti ukrepov je potrebna, v kolikšni meri se morajo izvajati, kako dolgo itd., da se nastop posledice prepreči. Pri ukrepih načela previdnosti, kot so ga izoblikovali pravna teorija, Sodišče Evropske unije in ESČP, pa gre za drugačne, neznane ali ne dovolj znane okoliščine, posledice itd. Menim, da so (bile) okoliščine virusa SARS-CoV-2 prav takšne, da so narekovale (so)uporabo načela previdnosti.

Poudarjam, da navedeno lahko velja le za čas, v katerem se je sprejemal izpodbijani ukrep (marec, april 2020). Takrat se je nalezljiva bolezen v Sloveniji pojavila ne le prvič, ampak je šlo tudi za prve dni in tedne te bolezni, pri čemer je bilo razširjanje te bolezni tedaj tudi v svetovnem merilu nov pojav. Situacij in vseh okoliščin iz tega obdobja se ne da več primerjati z današnjimi okoliščinami. Čeprav gre še vedno za bolezen, ki se je v svetu pojavila prvič, pa danes spopadanje z njo traja že pol leta in med tem časom je o bolezni znanega precej več, lažje se strokovno presojuje resnice in neresnice o virusu SARS-CoV-2. Enako velja za prenose in okužbe ter posledice, ki jih lahko pusti bolezen.

² Normodajalec je bil soočen z okoliščinami, v katerih je moral hitro reagirati, pri tem pa ni imel na voljo preizkušenih ali predvidljivih preventivnih ukrepov, temveč le previdnostne ukrepe. Menim, da je povedno tudi dejstvo, da je Ustavno sodišče v trku različnih stališč sodnic in sodnikov presojalo ukrepe nekaj mesecev, normodajalec pa se je moral odločati v zelo kratkem času, merjenem v nekaj dnevih.

Pomembno je tudi, da se je zdravstveni sistem imel čas prilagoditi. Prilagodilo se je celotno vsakodnevno življenje družbe, prav tako so pristojni organi imeli možnost ukrepanja glede različne potrebne opreme, kadrovskih virov, potrebnih za ukrepanje zaradi preprečevanja nadaljnjega širjenja bolezni, pa tudi njenega zdravljenja (NIJZ, zdravstveni zavodi) itd. Vse navedeno pomembno zmanjšuje negotovost glede možnih posledic, ki jih prinaša ukrepanje; tako pozitivnih posledic (koristi), ki jih da izvajanje ukrepov za doseg ustavno dopustnega cilja, kot negativnih posledic, ki jih povzročijo ti ukrepi za pravice, v katere se s tem namenom posega. Zato je tako zelo pomembno presojati sprejete ukrepe v luči takratnih okoliščin in dolžnega ukrepanja pristojnih organov prav v tistem času. Te okoliščine odločba poudari predvsem pri opravljeni presoji nujnosti in primernosti ukrepa.³ Izdvojiti kaže eksponencialno oz. rapidno rast števila okuženih in grozeč zlom zdravstvenega sistema, seveda upošteva takratne okoliščine, v katerih sta bila spreta izpodbijana odloka. Takšne okoliščine se verjetno, vsaj za bolezen, ki jo povzroča virus SARS-CoV-2, ne morejo identično ponoviti. Prav prvine teh okoliščin in z njimi povezana negotovost so se namreč danes v precejšnji meri spremenile. Zato je treba sprejeto odločitev Ustavnega sodišča razumeti v luči začetnega obdobja epidemije in pandemije ter po mojem mnenju glede na navedene okoliščine, upoštevne pri razlogovanju dopustnosti presojanega ukrepa, ne pomeni prejudica, ki bi ga bilo mogoče enostavno v celoti preslikati na morebitne prihodnje ukrepe.

Predlog, da bi načelo previdnosti kot odločilno merilo presoje uporabili tudi v tej zadevi, večinsko ni bil sprejet.⁴ Sam menim, da bi lahko izrecna vgraditev tega načela lažje in določneje postavila izhodišča in kriterije za presojo, kateri ukrepi prestanejo strogi test sorazmernosti in zakaj. Načelo je precej povednejše oziroma izhodiščna razmejevanja, kdaj je treba test prilagoditi, bi tako imela jasnejše temelje.⁵ Tako bi bilo tudi toliko lažje razumeti časovno komponento in z njo povezane okoliščine negotovosti, o katerih pišem. Vendar kljub temu, da sprejeta odločba tega načela ne omenja, menim, da so njegove najpomembnejše prvine vtakane v merila presoje ustavne dopustnosti presojanega ukrepa

³ Pri tem ne gre le za posamezne izjave predstavnikov izvršilne veje oblasti, tudi ne tiste na družbenih omrežjih, kot izhaja iz pobude, četudi se lahko zastavi vprašanje njihove upravičenosti in ustreznosti. Pri ustavnosodni presoji je treba zajeti v celoti vse okoliščine in razloge za sprejete ukrepe, na katere v odgovorih opozarja Vlada.

⁴ Kljub temu pa ta odločitev upošteva posebnosti, to je okoliščine, ki jih je neposredno ali posredno povzročil virus SARS-CoV-2, vključujoč predvsem težak položaj zdravstvenega sistema, ki mu je dnevno grozila nezmožnost nudenja zdravstvenih storitev, in s tem ogrožanje zdravja in življenj prebivalcev.

⁵ To načelo je izoblikovalo Sodišče Evropske unije pod vplivom svoboščin notranjega trga, varstva okolja in potrošnikov ter za tako imenovana postindustrijska tveganja (kot npr. gensko spremenjeni organizmi, različna sevanja, izdelki, ki vsebujejo še ne (dovolj) raziskane nevarne snovi, itd.). Načelo previdnosti tudi ni neznano ESČP, ki ga uporablja tudi pri presoji dopustnosti omejitev človekovih pravic. Glej npr. N. De Sadeleer, *The Precautionary Principle in EU Law*, AV&S, 2010, str. 173–184, in literaturo v tč. 20 odločbe. Načelo sicer prinaša neko mero pravne nevarnosti, kajti oblastem dopušča sprejemanje ukrepov, v katerih učinkovitost same ne morejo biti prepričane. Vendar pa to ne pomeni, da je oblastem dana arbitrarnost in samovolja, kajti še vedno so oblasti vezane na dognanja stroke in ukrep mora biti še vedno skladen s kriteriji prilagojenega strogega testa sorazmernosti.

(zato tudi lahko v tem ločenem mnenju na posameznih mestih odkažem na nekatere nosilne točke obrazložitve odločbe), s čimer sem se kot sodnik poročevalec pri (na koncu) sprejeti odločbi lahko poistovetil in soglašal. Menim, da je tako v posebnih okoliščinah, v katerih se je sprejemala izpodbijana ureditev, previdnostno načelo na poseben (impliciten) način vstopilo v načelo sorazmernosti. Slednje je poleg ustavno dopustnega cilja splošno sprejeto osrednje ustavnosodno orodje za presojo dopustnosti posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine in takšno ostaja tudi po tej odločbi, čeprav je v njej nekoliko prilagojeno posebni naravi presojanega posega v človekovo pravico, prav skozi vidike previdnostnega načela. Zato menim, da je primerno na to posebej opozoriti, kajti v tem pogledu je odločitev Ustavnega sodišča precedenčna. Tako bo lahko spodbujena tudi teoretična razprava o uporabi tega načela v ustavnopravni teoriji za primere morebitnih prihodnjih pandemij in epidemij nalezljivih bolezni, ki si jih seveda ni mogoče želeli, veliko vprašanje pa je, ali se jim svet in z njim mi lahko izognemo.

III. Presoja ukrepa omejitve gibanja neposredno na podlagi Ustave

Eno izmed vprašanj, kjer smo sodniki ostali razdeljeni, je bilo vprašanje, ali je mogoče opraviti presojo predpisa Vlade neposredno na podlagi Ustave, ne da bi se Ustavno sodišče poprej ukvarjalo s presojo ustavnosti Zakona o nalezljivih boleznih.⁶ Menim, da neposredna presoja ustavnosti ukrepa, konkretiziranega s predpisom Vlade, ne pomeni neupoštevanja zakona, ki ukrep predvideva; upoštevne zakonske določbe odločba razloži (34. do 37. točka obrazložitve odločbe). Če bi Ustavno sodišče pri presoji izpodbijanega ukrepa glede na zatrjevane očitke protiustavnosti v pobudi podvomilo v ustavnost zakonskih določb, ki pomenijo vsebinsko podlago za njegovo uveljavitev, bi tako in tako že na podlagi 30. člena ZUstS moralo poprej opraviti presojo ustreznih zakonskih določb.

Pri vsebinski presoji ustavnosti predpisa, za katero so izpolnjene procesne predpostavke, je treba vselej izhajati iz očitkov pobude, ki tokrat naslavlja protiustavnost odloka in ne njegove protizakonitosti ali protiustavnosti ZNB. Po pobudnikovem izrecnem zapisu v pobudi ni sporno, da lahko izvršilna oblast na podlagi 39. člena ZNB prepove oziroma omeji gibanje na okuženih ali neposredno ogroženih območjih. Torej pobudnik v ustavnost zakonskih določb ne dvomi. Ustavno sodišče je pobudo sprejelo in začelo postopek za oceno ustavnosti izvršilnega predpisa vedoč, da pobudnik ne postavlja pod vprašaj navedenega.

V postopku vzpostavitve kontradiktornosti je tudi nasprotna stranka (Vlada) odgovarjala na očitke o protiustavnosti ukrepa iz odloka. Ustavno sodišče ne more samo dodajati očitkov. Tako je tudi, če odloča po koneksiteti (30. člen ZUstS⁷). Ustavno sodišče začne

⁶ Uradni list RS, št. 33/06 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZNB.

⁷ Določba se glasi: "Pri odločanju o ustavnosti in zakonitosti predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil, Ustavno sodišče ni vezano na predlog iz zahteve oziroma pobude.

postopek presoje določb izpodbijanega ali drugega predpisa po koneksiteti le, če je izpolnjen eden od dveh zakonsko določenih pogojev. V tem primeru bi Ustavno sodišče to storilo praviloma že skupaj s sprejemom pobude, ko je začelo postopek za oceno ustavnosti prvega izpodbijanega odloka, če bi menilo, da je to nujno za rešitev zadeve. Ne gre namreč pozabiti, da je nasprotni udeleženec v postopku pred Ustavnim sodiščem pri presoji zakona vedno Državni zbor, ki bi se o tem moral imeti možnost izjaviti, ne pa Vlada, ki je nasprotni udeleženec v postopku izdaje te odločbe, h kateri pišem ločeno mnenje. Zato Ustavno sodišče takšne odločitve ne bi moglo sprejeti brez posebne odločitve, s katero bi začelo postopek za oceno ustavnosti zakonskih določb. Ob sklepu o sprejemu pobude se to vprašanje prav glede na vsebino očitkov pobudnika večini sodnikov ni zastavilo, prav tako ne kasneje, saj se niti z razširitvijo pobude na nov odlok te pobudnikove trditve niso spremenile. Večina sodnikov tudi kasneje v tem primeru ni videla razlogov za oceno ustavnosti zakona, ko gre za izpodbijano omejevanje svobode gibanja, saj je pobudnik izrecno zatrjeval, da zanj ni sporno omejevanje svobode gibanja na okuženih in ogroženih območjih, kot ga določa ZNB, ki določa pooblastilo Vladi, da ga s svojim predpisom uveljavi.

Ustavno sodišče ni presojalo drugih vidikov kot le sorazmernost ukrepa omejitve gibanja na podlagi Ustave glede na obseg pobudnikovih očitkov. Pri tem sem soglašal z večino sodnikov, da določbe ZNB, ki so predstavljene v odločbi, ostajajo dovolj odprte v tem pogledu, da ne onemogočajo sprejemanja sorazmernih ukrepov izvršilne veje oblasti, ki je vedno pri izvajanju svojih pristojnosti vezana tako na Ustavo kot na zakon.

To pomeni, da se je Ustavno sodišče osredotočilo na očitke iz pobude (glede ukrepa omejevanje gibanja in jih presojalo z vidika ustavne dopustnosti takšnega omejevanja), nismo pa se ukvarjali z drugimi vprašanji, ki jih pobudnik ne naslavlja in ki niso bila nujna za odločitev v tej zadevi. Ustavnost zakonskih določb sicer odpirajo nekatere druge pobude,⁸ o katerih bo Ustavno sodišče odločalo (s poglobljeno vsebinsko obravnavo ustavnosti določb le, če bodo pobude sprejete in na njihovi podlagi začet postopek za oceno ustavnosti posameznih zakonskih določb). Vedno je mogoče, da, seveda upoštevaje vsebino pobudnikovih očitkov, Ustavno sodišče, med drugim, presodi, da je posamezni podzakonski akt nezakonit in že zato protiustaven (tretji odstavek 153. člena Ustave, kadar gre za neskladnost z zakonom in posredno z Ustavo), ali oceni, da gre za protiustavnost iz drugega razloga (na primer zaradi kršitve načela legalitete, drugi odstavek 120. člena Ustave).⁹ To je (vedno) tako, ker je Ustavno sodišče vezano na

Ustavno sodišče lahko oceni tudi ustavnost in zakonitost drugih določb istega ali drugega predpisa ali splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil, katerih ocena ustavnosti ali zakonitosti ni bila predlagana, če so te določbe v medsebojni zvezi ali če je to nujno za rešitev zadeve."

⁸ Glej 63. točko odločbe.

⁹ Ali z drugimi besedami – če podzakonski predpis iz enega razloga ni neustaven, še ne pomeni, da ni v neskladju z Ustavo iz drugega razloga. Lahko je tudi nezakonit in nezakonitost povzroči tudi njegovo neustavnost. Če bi bilo Ustavno sodišče soočeno npr. z dvema pobudama in bi bilo med eno in drugo pobudo več let razlike ter bi v prvi (glede na očitke) odločili (le) o ustavnosti, čez

substancirane očitke pobudnika, o katerih se je imel možnost nasprotni udeleženec v postopku tudi izjaviti (spoštovanje načela kontradiktornosti). To torej ne pomeni, da se je Ustavno sodišče s tem že opredelilo do morebitnih drugih očitkov,¹⁰ ki tokrat niso bili uveljavljani, in tudi ne, da se je do ustavnosti istega predpisa opredelilo iz drugih (še) neočitanih razlogov. Navedeno pomeni, da je potencialno še vedno mogoče, da se bo Ustavno sodišče ukvarjalo z vprašanji, ki lahko vodijo do ugotovitve o nezakonnosti ukrepov (in s tem posredno protiustavnosti), in prav tako potencialno, do ugotovitve protiustavnosti zakona, ki je bil vsebinski okvir za izdajo tokrat presojane ustavnosti podzakonskega predpisa. Vendar pa to ni bila tema te zadeve in to ni bilo vprašanje, s katerim bi se Ustavno sodišče moralo soočiti v tem primeru.

Odgovorilo je (le) na vprašanje ustavne dopustnega cilja in sorazmernosti izpodbijanega ukrepa v dveh izvršilnih predpisih neposredno na podlagi Ustave, kar pa so omogočile upoštevne določbe ZNB. Z drugimi besedami, ZNB določa tak ukrep in hkrati ne vsebuje določb, ki bi preprečevale nesorazmeren podzakonski ukrep, in tako pušča izvršilnemu normodajalcu dovolj prostora pri sprejemanju predpisov, pri čemer mora ta upoštevati tako Ustavo kot zakon; torej tudi neposredno kriterije strogega testa sorazmernosti, ko z ukrepom, ki ga določa že zakon, konkretizira poseg v človekovo pravico. In (le) na to je Ustavno sodišče odgovorilo.¹¹

Presoje zakonskega urejanja ukrepa omejitve gibanja, tj. posega v človekovo pravico iz prvega odstavka 32. člena Ustave, ni mogoče izenačiti s presojo, ali konkretizacija takega ukrepa v izvršilnem predpisu izpolnjuje pogoje legalitete, ali je torej skladna z drugim odstavkom 120. člena Ustave. Res se do neke mere ti presoji prekrivata; namreč v tem, da le zakon lahko vzpostavlja vsebinski okvir za izvirno urejanje posegov v človekovo pravico, česar izvršilni predpis ne sme. V delu, kjer pride do tega, smo soočeni, če se izrazim matematično, s "presečno množico" – *določnost posega v zakon* namreč vpliva na *vsebinsko omejevanje* človekove pravice. Vendarle se pri presoji skladnosti podzakonskega predpisa z načelom legalitete Ustavno sodišče zadovolji z odgovorom na vprašanje, ali ima ureditev vsebinski okvir v zakonu; treba je torej odgovoriti na obstoj meja, ki jih izvršilni veji oblasti določil zakonodajalec (odnos podzakonskega akta do zakona). Presoja dopustnosti posega v človekovo pravico, ki nujno vključuje tudi presojo sorazmernosti ukrepa, pa je izrazito vprašanje intenzitete ukrepa, torej prekoračitve meja, ki jih je podzakonskemu normiranju določil ustavodajalec.

nekaj let pa bi v drugi pobudi glede na očitke presojali in ugotovili nezakonnost, prejšnja ugotovitev ustavne skladnosti ne bi predstavljala ovire pri oceni zakonitosti predpisa, če ta poprej ni bila predmet presoje.

¹⁰ Stališče, da sprejeti ukrep vlade ni bil nesorazmeren in je v tem pogledu torej bil ustavnoskladen, Zakon pa to oceno omogoča, pomeni, da v tem pogledu ZNB ni protiustaven.

¹¹ Kot tudi odločba ne daje podlage za smer presoje drugih ukrepov, ki sta jih Vlada ali zakonodajalec sprejela v zvezi s preprečevanjem širjenja te nalezljive bolezni.

Glede navedenega pa je v primeru ZNB nekaj posebnosti. ZNB, ki (kot ga predstavi in razloži odločba) ureja 64 različnih nalezljivih bolezni (in možnost še novih, kakršna je tudi SARS-CoV-2) in *ex ante* določa uporabo najprej manj in nato bolj invazivnih ukrepov glede na razsežnosti nalezljivih bolezni, predvidi ukrepe za vnaprej neznane bolezni, kjer je negotovosti največ, itd. Tako na eni strani ni mogoče trditi, da v primerih, ko ureja ob intenzivnejših ukrepih posege v človekove pravice, ne izhaja iz vgrajene sorazmernosti, saj so posegi dopustni šele, ko z blažjimi ukrepi ni mogoče doseči preprečevanja in obvladovanja širjenja bolezni. Na drugi strani pa je navzoča mera abstraktnosti, ki jo zahteva narava zakona oziroma področje, ki ga ureja, in nedoločenost, celo nepredvidljivost okoliščin, ki se lahko pojavijo in lahko povzročijo že prikazano, tudi veliko negotovost. Tako ZNB nujno dopušča širše polje ukrepanja in s tem tudi možnost oprave tehtanja normodajalca (Vlade), ki mora njegove določbe konkretizirati prav glede na okoliščine ob pojavu posamezne nalezljive bolezni. Nujnost presojanja ustavnosti ZNB po koneksiteti (30. člen ZUstS) v delu, ki omogoča omejevanje gibanja, za namene presoje odlokov, po mojem mnenju zato ni podana (še sploh ne glede na pobudnikova zatrjevanja) in zato tudi ni bila onemogočena (zgolj) presoja obstoja dopustnega cilja in sorazmernosti ukrepa omejitve gibanja podzakonskega predpisa z vidika Ustave – njenega prvega odstavka 32. člena.

Navedeno so pomembno drugačne okoliščine od tistih, s katerimi je bilo soočeno avstrijsko ustavno sodišče, ko je presojalo uredbo¹² avstrijske vlade. Namreč, v postopku je pobudnik zahteval tudi presojo ustavnosti zakona,¹³ pri čemer je avstrijsko Ustavno sodišče ugotovilo, da zakon izpolnjuje ustavne zahteve glede določnosti, ni pa ocenilo pravilnosti ustavnopravnih očitkov glede pravice do svobode gibanja, nato pa je bilo soočeno še s trkom med podzakonskim predpisom (uredbo) in zakonom. V tej presoji pa je avstrijsko Ustavno sodišče odločilo, da je uredba prekoračila meje, ki so bile odredbodajalcu dane z zakonom; torej je sodišče opravilo presojo skladnosti z načelom legalitete in ugotovilo protiustavnost uredbe, ker je prekoračila vsebinski okvir zakona. Namreč, uredba je določila prepoved gibanja na javnih površinah, kar je avstrijsko Ustavno sodišče razlagalo kot zahtevo, da se ne zapušča prebivališča.¹⁴

¹² *Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes*, BGBl. II Nr. 98/2020, 15. 3. 2020 s kasnejšimi spremembami.

¹³ Avstrija je sprejela poseben zakon o Covid-19 (*Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19* (t. i. *COVID-19, Maßnahmengesetz*), BGBl. I št. 12/2020, 15. 3. 2020, s kasnejšimi spremembami), pri tem pa določila, da se gibanje lahko omeji na posamezne kraje, na primer šole. Glej naslednjo opombo.

¹⁴ Avstrijski zakon o Covid-19 je ožji kot ZNB. Določa možnost odredbodajalca prepovedati dostope na določene kraje ("*... das Betreten von bestimmten Orten untersagt werden*"). Avstrijsko Ustavno sodišče, je, izhajajoč tudi iz gradiv za pripravo zakona, pojasnilo, da se je par. 1 zakona tako nanašal na trgovine, objekte poslovanja, par. 2 pa na druge določene kraje. Ne le poslovni prostori, tudi igrišča, vrtci, cone, kjer se zadržujejo ljudje, itd. Ne gre torej za večja območja znotraj države, ampak je te možnosti precej zožil. Uredba, na drugi strani, pa je uporabila kriterij *javnih površin* z nekaj izjemami. Uredba tako presega zakonske okvirje. Cilj takšne uredbe je zato, je menilo avstrijsko Ustavno sodišče, da ljudje ostanejo doma. Javne kraje po uredbi je torej razlagalo tako, da je do njih nujno dostopiti, če želi kdo priti do druge krajevne točke. Glej točke

Teh okoliščin, tako očitkov iz pobude kot različnosti ureditev zakonov in podzakonskih predpisov, zato ne gre enačiti s primerom, ki ga je imelo pri izpodbijanem predpisu pred seboj Ustavno sodišče.

Razlog, da sem tudi sam podprl takšen pristop, ni v tem, da bi se že vnaprej opredelil do očitkov iz drugih pobud glede morebitne protiustavnosti zakona, temveč menim, da je, upoštevaje obseg zatrjevanih očitkov v obravnavani pobudi, mogoče odgovoriti neposredno na ustavnost podzakonskega predpisa, ker Zakon ureja in s svojimi določbami omogoča ustavnoskladen sorazmeren poseg v človekovo pravico, ki ga konkretizira izvršilni predpis, tako kot v tem primeru. Menim, da je takšen pristop mogoč, kljub temu, da lahko obravnave drugih pobud pripeljejo do drugačnega rezultata presoje ZNB.

dr. Rajko Knez
Sodnik

64–66 odločbe (V 363/2020-25 z dne 14. 7. 2020). Takšne omejitve pa zakon ne dovoljuje, zato uredba krši zakon. Uredba dejansko zahteva, tako avstrijsko Ustavno sodišče, zahtevo "ostani doma". Doda še, da četudi bi zakon vseboval to možnost, ni neupravičljiva. Sodišče v tem pogledu omeni sorazmernost, a te presoje ne opravi (glej točko 88 odločbe).