



Številka: U-I-446/20-12
U-I-448/20-9
U-I-455/20-9
U-I-467/20-9
Datum: 30. 4. 2021

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MATEJA
ACCETTA K ODLOČBI ŠT. U-I-446/20, U-I-448/20, U-I-455/20, U-I-
467/20 Z DNE 15. 4. 2021**

I.

1. Z bistvenimi razlogi za odločitev Ustavnega sodišča se strinjam in sem lahko podprl izrek odločbe. V tem ločenem mnenju pa pojasnujem svoje nestrinjanje z enim od pomembnih poudarkov iz njene obrazložitve, kjer odločba pravzaprav ponavlja ustaljeno stališče Ustavnega sodišča: da je pri presoji dopustnosti posega v pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave treba uporabiti prilagojeni test sorazmernosti, pri katerem se presoja le tretji korak običajnega testa sorazmernosti, proporcionalnost oziroma sorazmernost v ožjem smislu. Po moji presoji to ne drži, ampak bi se tudi v primeru pravice iz 74. člena Ustave presoja dopustnosti posega morala opraviti po strogem testu sorazmernosti z vsemi koraki tega testa.

2. Ker pričujoča odločba navedeno ustaljeno stališče izrecno ponavlja in poudarja, se ponuja kot primerna priložnost, da v ločenem mnenju pojasnim razloge za svoje zadržke. Te podrobneje pojasnujem v nadaljevanju in jih skušam strniti v tri vsebinske sklope: (1) razumevanje domnevnih temeljev prilagojenega testa v ustavnosodni presoji, kot naj bi jih postavila ali vsaj izrazila odločba št. U-I-66/08;¹ (2) konceptualno (ne)vzdržnost tako prilagojenega testa; in (3) vsebinsko utemeljenost prilagoditve testa v primeru posega v pravico iz 74. člena Ustave.

II.

¹ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-66/08 z dne 11. 12. 2008 (Uradni list RS, št. 121/08, in OdlUS XVII, 73).

Sporočilo odločbe št. U-I-66/08

3. Razvoj standardov ustavnosodne presoje sicer pogosto poteka postopoma, a v zadevah v zvezi s presojo dopustnosti posega v pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave Ustavno sodišče kot izhodiščno utemeljitev posebnega testa poudarja odločbo v zadevi št. U-I-66/08. Tako je stališče povzeto v odločbi v pričujoči zadevi (24. točka obrazložitve odločbe):

*"Pri presoji dopustnosti posega v 74. člen Ustave Ustavno sodišče uporablja prilagojen test sorazmernosti, v okviru katerega se presoja le, ali je teža posledic omejitve pravice do svobodne gospodarske pobude sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi te omejitve nastale."*²

4. Odločba št. U-I-66/08 torej velja kot nekakšna sintezna oziroma izhodiščna utemeljitev prilagojenega testa sorazmernosti v primeru posegov v pravico do svobodne gospodarske pobude. Priznam, da imam že tu nekaj pomislekov glede tega, ali iz odločbe št. U-I-66/08 res izhaja načelno sporočilo, ki ji ga pripisujejo kasnejše odločitve Ustavnega sodišča. Tako se glasi ključni del besedila iz citirane točke obrazložitve tiste odločbe:³

"[...] [I]zpodbijana ureditev pomeni poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude iz prvega odstavka 74. člena Ustave družbe naslednice oziroma njenih delničarjev. Ustavno sodišče je tako moralo presoditi, ali za takšno ureditev obstaja javna korist in ali je poseg v skladu s splošnim načelom sorazmernosti (2. člen Ustave). Glede na obrazložitev v točkah 60 in 61 je izpodbijana ureditev v javno korist. Vprašanje pa je, ali je teža posledic te omejitve v pravico do svobodne gospodarske pobude sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi te omejitve nastale."

5. V tem besedilu sam ne najdem izrecne utemeljitve prilagojenega testa, kot tudi ne sporočila, da Ustavno sodišče pri presoji posega v pravico do svobodne gospodarske pobude *na splošno* ne bi presojalo primernosti in nujnosti izpodbijane ureditve. Če naj bi šlo za konceptualno pomembno prilagojeni test sorazmernosti, bi se mi zdelo vsaj zelo koristno, če ne celo potrebno, da bi odločba, ki naj kasneje služi kot nekakšno referenčno izhodišče prilagojenega testa, to vprašanje izrecno in neposredno naslovila. Tu take izrecne obravnave tega vprašanja oziroma utemeljitve prilagojenega testa ni.

6. Kolikor besedilo na kratko že povzame izhodišče testa sorazmernosti, se celo nasprotno zdi, da govori o klasičnem testu sorazmernosti: Ustavno sodišče je tudi v

² Odločba to poved opremlja s sklicem na opombo, v kateri se sklicuje na odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-66/08, 86. točka obrazložitve, ter dodatno še na odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-52/16 z dne 12. 1. 2017 (Uradni list RS, št. 5/17, in OdlUS XXII, 1), 22. točka obrazložitve, ki vsebuje povsem enako ubeseditev kot pričujoča odločba.

³ Odločba št. U-I-66/08, 86. točka obrazložitve.

citirani odločbi namreč presoјalo, "ali je poseg v skladu s splošnim načelom sorazmernosti". Priznam, da bi vsaj za moje oči taka ubeseditev težko že nakazovala kaj drugega kot potrditev pristopa, ki ga je Ustavno sodišče, kadar gre za presojo posega v človekovo pravico, razvilo nekaj let prej v odločbi št. U-I-18/02, ko je zapisalo:⁴

"Poleg tega, da lahko poseg v človekove pravice temelji le na legitimnem [oziroma ustavno dopustnem], stvarno upravičenem cilju, je treba po ustaljeni ustavnosodni presoji vselej oceniti še, ali je ta v skladu z načeli pravne države (2. člen Ustave), in sicer s tistim izmed teh načel, ki prepoveduje prekomerne posege države tudi v primerih, ko se z njimi zasleduje legitim [oziroma ustavno dopusten] cilj (splošno načelo sorazmernosti). Oceno, ali ne gre morda za prekomeren poseg, opravi Ustavno sodišče na podlagi t. i. strogega testa sorazmernosti. Ta test obsega presojo treh vidikov posega:

1) ali je poseg sploh nujen (potreben) v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči brez posega nasploh (kateregakoli) oziroma da cilja ni mogoče doseči brez ocenjevanega (konkretnega) posega s kakšnim drugim, ki bi bil po svoji naravi blažji;

2) ali je ocenjevani poseg primeren za dosego zasledovanega cilja v tem smislu, da je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči; če ga ni mogoče doseči, poseg ni primeren;

3) ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu oziroma načelo proporcionalnosti).

Šele če poseg prestane vse tri vidike testa, je ustavno dopusten."

7. Razen drobne, a nezanemarljive nerodnosti, da je odločba št. U-I-18/02 po moji presoji postavila napačni vrstni red korakov testa (presoja primernosti je vsaj zame po vrstnem redu brez dvoma prvi korak pred presojo nujnosti),⁵ ki mu je nato Ustavno sodišče v kasnejših odločitvah še večkrat sledilo, ta izhodišča v celoti podpiram in tudi po moji presoji korektno povzemajo "običajni" strogi test sorazmernosti.

8. Razlaga, da je odločba št. U-I-66/08 v 86. točki obrazložitve (pa čeprav zgolj tihoma) za primer presoje posegov v pravico do svobodne gospodarske pobude vzpostavila ali utemeljila prilagojeni test sorazmernosti, tako lahko sloni le na razlagi sosledja zadnjih dveh povedi te točke obrazložitve (ki je v upoštevnem delu povzeta v 4. točki tega mnenja): češ, ker je obrazložitev z vprašanja obstoja javne koristi neposredno preskočila na vprašanje proporcionalnosti oziroma sorazmernosti v ožjem smislu, je s tem implicitno morala pomeniti tudi stališče Ustavnega sodišča, da presoje primernosti in nujnosti v

⁴ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003 (Uradni list RS, št. 108/03, in OdlUS XII, 86), 25. točka obrazložitve (pripisa v oglasih oklepajih dodana).

⁵ Svoje stališče o tem sem pojasnil v ločenem mnenju k odločbi št. Up-320/14, U-I-5/17 z dne 14. 9. 2017 (Uradni list RS, št. 59/17, in OdlUS XXII, 9).

takih primerih ni treba opraviti oziroma se ta celo ne sme opraviti. Čeprav tudi taka razlaga za moje oči ne bi povsem zadoščala kot obrazložena utemeljitev prilagojenega testa, bi se mi zgolj z vidika citirane točke obrazložitve zdela verjetnejša, če bi Ustavno sodišče sicer presojo vedno opravljalo po vseh korakih testa sorazmernosti ter torej posameznih korakov ne bi preskakovalo, kar pa ob poudarjanju njihove kumulativnosti žal pogosto počne, do česar sem tudi že izrazil zadržke.⁶ V tem smislu bi zadnja poved lahko preprosto odražala odločitev Ustavnega sodišča, da je presojo smotrno osredotočiti na zadnji korak testa sorazmernosti, ker je tam očitana protiustavnost najbolj verjetna.

9. Končno pa bi bila mogoča tudi razlaga, da je Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-66/08 štelo, da je glede na trditve pobudnic oziroma začrtani obseg presoje treba v konkretni zadevi presojo opraviti le glede tretjega koraka testa. Podobno je namreč izrecno zapisalo v kasnejši odločbi U-I-47/15 (ki se je sicer nanašala na presojo skladnosti s pravico do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave):⁷

"[...] Glede na obseg ustavne presoje (primerjaj 5. točko obrazložitve te odločbe) je treba ugotoviti, da je za predlagatelja ustavno sporna le prekomernost posega, ne pa njegova legitimnost. Ustavno sodišče se je zato osredotočilo na ta del presoje. Ugotovilo je, da teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico ni sorazmerna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale na področju varovanja vrednot iz 34. člena in prvih odstavkov 50., 54. in 56. člena Ustave (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu oziroma načelo proporcionalnosti)."

10. Teza, da je Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-66/08 za primere presoje skladnosti s 74. členom Ustave uvedlo prilagojeni test sorazmernosti, tako po moji oceni ni docela prepričljiva. Kakega posebnega prilagojenega testa odločba sploh ne omenja, še manj pa ga obrazloženo utemeljuje. Za sklep, da je v tisti zadevi Ustavno sodišče uporabilo prilagojeni test, je treba predpostaviti, da bi v nasprotnem primeru, potem ko je ugotovilo, da so izpodbijane določbe prestale test sorazmernosti v ožjem smislu, presojo nadaljevalo (in moralo nadaljevati) še s presojo njihove primernosti in nujnosti.⁸ Zgolj z velikimi zadržki lahko zato pogojno sprejemem stališče, da je Ustavno sodišče v zadevi U-I-66/08 uporabilo prilagojeni test sorazmernosti, pa čeprav ga ni z ničimer obrazloženo utemeljilo na načelni ravni.

11. Že opisanim zadržkom dodajam še dva. Prvič, taista odločba št. U-I-66/08 le nekaj točk obrazložitve pred citirano 86. točko, ko opredeljuje izhodišča presoje skladnosti izpodbijane ureditve s 74. členom Ustave, ponovi pomemben poudarek glede omejevanja pravice do svobodne gospodarske pobude, da "mora zakonodajalec pri uzakonitvi

⁶ Prav tam, 5.–9. točka mnenja.

⁷ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-47/15 z dne 24. 9. 2015 (Uradni list RS, št. 76/15), 19. točka obrazložitve.

⁸ Ta teza predpostavlja, da bi Ustavno sodišče kljub uvodni zamejitvi obsega presoje na prav tak način ravnalo tudi v zadevi U-I-47/15, če ne bi ugotovilo, da je bila ureditev v nasprotju s pogojem sorazmernosti v ožjem smislu.

omejitve izbrati tak ukrep, ki bo zagotovil učinkovito varstvo javne koristi in hkrati kar najmanj posegel v ustavno pravico".⁹ To je težko razumeti drugače kot poudarek, da mora ta ukrep zadoščati pogoju nujnosti. Drugič, odločba v nadaljevanju obrazložitve po domnevni vzpostavitvi prilagojenega testa še vedno utemeljuje, zakaj izpodbijana ureditev prinaša koristi za zasledovani cilj oziroma opredeljeno javno korist – z drugimi besedami, da je primerna za doseganje zasledovanega cilja.¹⁰ A s tem prehajam že v drugi vsebinski sklop svojih pomislekov, ki se mu posvečam v nadaljevanju.

III.

Konceptualna (ne)vzdržnost prilagojenega testa

12. Kot izhodišče nadaljnje razprave lahko ugotovitev iz prejšnjega odseka povzamem tako: čeprav odločba št. U-I-66/08 ne vsebuje posebne (in po moji oceni potrebne) utemeljitve prilagojenega testa, pogojno – in z zadržki – sprejemam tezo, da je Ustavno sodišče v navedeni zadevi res uporabilo prilagojeni test sorazmernosti. V vsakem primeru ga je v kasnejših zadevah nato vsekakor še večkrat (in izrecneje) potrdilo. V skladu s tako prilagojenim testom torej Ustavno sodišče v primerih presoje skladnosti ukrepa s pravico iz 74. člena Ustave presoja le sorazmernost v ožjem smislu, ne pa tudi primernosti in nujnosti tega ukrepa.

13. Tako stališče je nemara treba razumeti še nekoliko strožje: v skladu z njim primernosti in nujnosti ukrepa Ustavno sodišče sploh ne sme presojati. Odločitev o tem, ali poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude narekuje tudi presojo prvih dveh korakov testa sorazmernosti, namreč ne more biti prepuščena vsakokratni diskrecijski odločitvi Ustavnega sodišča; če prilagojeni test sorazmernosti v primeru posega v pravico do svobodne gospodarske pobude predvideva le presojo sorazmernosti v ožjem smislu, to mora pomeniti, da izključuje tako možnost izvedbe prvih dveh korakov strogega testa sorazmernosti kot tudi vsebinsko upoštevnost prvih dveh pogojev sorazmernosti. Povedano drugače: kot zapoveduje tako prilagojeni test, je ukrep dopusten, tudi če ni primeren in nujen za doseg zasledovanega cilja, če je le sorazmeren v ožjem smislu.

14. Takšno stališče se mi zdi že konceptualno nevzdržno. Na načelni ravni terja možnost obstoja ukrepa, ki bi sicer (a) pomenil poseg v pravico do svobodne gospodarske pobude (torej bi imel upošteveno (ne-ničelno) težo posledic za to pravico) in (b) sploh ne bi bil primeren za doseg zasledovanega cilja (torej za zasledovani cilj ne bi prinašal upoštevnih koristi), pa bi (c) nato vseeno preстал test sorazmernosti v ožjem smislu (pri

⁹ Odločba št. U-I-66/08, 82. točka obrazložitve.

¹⁰ Glej denimo odločbo št. U-I-66/08, 88. točka obrazložitve: "[S]prejeta ureditev povečuje preglednost poslovanja teh družb ter delničarjem omogoča, da delnice hitro zamenjajo za denar. [...] S tem pa je predvsem zavarovan interes malih delničarjev, kar je tudi cilj izpodbijane ureditve." Do določene mere podobne poudarke o koristih izpodbijane ureditve za varstvo položaja malih delničarjev vsebujeta tudi 90. in 91. točka obrazložitve.

katerem bi torej ničelna korist za ustavno dopustni cilj pretehtala nad ne-ničelno težo posledic za pravico). V pravu morda ni prav veliko matematičnih gotovosti, nemožnost takega ukrepa pa se mi zdi ena od njih.

15. V zgoraj že omenjenem ločenem mnenju k odločbi št. Up-320/14, U-I-5/17 sem na splošno utemeljeval, zakaj bi moralo po moji presoji Ustavno sodišče strogi test sorazmernosti vedno izvajati po ustaljenem vrstnem redu korakov, primernost pred nujnostjo, nujnost pa pred sorazmernostjo v ožjem smislu. Poleg razloga, da bi na ta način zakonodajalec – če bi denimo šlo za ugotovitev protiustavnosti zakonske ureditve – dobil ustrežnejše sporočilo o tem, na katerem koraku testa sorazmernosti se je pojavil razlog za ugotovljeno protiustavnost izpodbijane ureditve, bi to po moji presoji narekovala že notranja skladnost razlogovanja, saj presoja kasnejšega koraka testa implicira izpolnjenost predhodnih korakov kot nekakšne predpostavke, ki dejansko šele omogoči presojo tega kasnejšega koraka.¹¹ To velja tudi v primeru posega v pravico do svobodne gospodarske pobude.

16. Če začnem pri očitnejšem vprašanju pogoja primernosti: ukrep, ki prestane test sorazmernosti v ožjem smislu, je neizogibno lahko le tak ukrep, ki prestane tudi test primernosti; še več, v vsakem primeru je treba test primernosti izvesti vsaj kot nekakšno "predhodno vprašanje" testa sorazmernosti v ožjem smislu, saj brez ugotovitve o primernosti ukrepa Ustavno sodišče niti ne more opredeliti njegovih koristi za zasledovani cilj, ki naj jih sooči s težo posledic za prizadeto pravico. Prilagojeni test, ki želi test sorazmernosti omejiti zgolj na korak sorazmernosti v ožjem smislu in iz njega izključiti korak primernosti, je že v tem pogledu protisloven, saj se izrecno odpoveduje tistemu, kar nato tiho vseeno vključuje kot svojo predpostavko.

17. Da prilagojeni test iz presoje izključuje korak primernosti, je po moji presoji torej tako vsebinsko neprepričljivo kot dejansko neizvedljivo. Te pomanjkljivosti ne more razrešiti niti teza, da je primernost na nek način vsebovana v sorazmernosti v ožjem smislu. To namreč velja v vseh primerih tehtanja sorazmernosti in vsaj zame tudi glede vseh korakov testa sorazmernosti, pa tudi predhodnega testa ustavne dopustnosti: noben ukrep ne more biti sorazmeren v ožjem smislu, če ni (že prej) *primeren* za dosego cilja, ki je (na samem začetku opredeljen kot) *ustavno dopusten*.¹² Če bi torej implicirano upoštevnost predhodnih korakov testa kot smiselno poenostavitev dopustili v primeru tega prilagojenega testa, potem ne vidim razloga, zakaj te logike ne bi izpeljali do konca: po eni strani potem tudi pri prilagojenem testu ne bi bilo treba najprej ločeno opraviti presoje, ali za ureditev obstaja javna korist (saj je tudi to vprašanje vsebovano v zadnjem koraku sorazmernosti v ožjem smislu); po drugi strani pa bi lahko tudi običajni strogi test sorazmernosti na splošno prevedli zgolj v zahtevo po sorazmernosti v ožjem smislu. Sam težko razberem razloge za podporo takemu pristopu, medtem ko pravna doktrina in praksa (v Sloveniji in drugod) vedno znova pritrjujeta smiselnosti testa sorazmernosti v

¹¹ Ločeno mnenje k odločbi št. Up-320/14, U-I-5/17, zlasti 6.–8. točka mnenja.

¹² Še vedno za hip ob strani puščam korak nujnosti, ki se mu posvečam v nadaljevanju.

več korakov. Sam pa nadalje ne uspem razbrati prepričljivih razlogov, zaradi katerih bi bil sporni prilagojeni test v tem oziru kaka izjema.

18. Na konceptualni ravni si nemara kaže zastaviti še vprašanje, ali se smiselnost prilagojenega testa morda vendarle kaže pri koraku nujnosti. Če bi želeli iskati argumente v prid prilagojenemu testu, bi ti morda lahko merili prav na ta vidik: da se zaradi prilagojenega testa pri posegih v pravico do svobodne gospodarske pobude torej ni treba spraševati, ali bi cilj enako učinkovito lahko dosegli tudi z milejšim ukrepom, ki bi torej enako učinkovito dosegal zasledovani cilj, a manj posegal v prizadeto pravico. To bi pomenilo, da bi presojo prestal tudi ukrep, ki bi v primerjavi z nekim alternativnim, enako učinkovitim ukrepom povzročil težje posledice za pravico do svobodne gospodarske pobude, če le te posledice še vedno ne bi bile težje od koristi ukrepa za zasledovano javno korist. Seveda tudi taka razlaga ne bi odpravila pomanjkljivosti glede izključitve testa primernosti, prav tako pa ne bi v zadostni meri ponudila vsebinskega razloga, zakaj naj bi pravica do svobodne gospodarske pobude sploh narekovala uporabo prilagojenega testa, čemur se posvečam v zadnjem odseku tega mnenja. Poleg tega pa imam tudi glede take morebitne razlage pomisleke, ali že konceptualno sploh lahko vzdrži.

19. Po moji presoji namreč tudi za korak nujnosti velja, da je kot predpostavka slednjega vsebovan v testu sorazmernosti v ožjem smislu. Takole sem zapisal v že omenjenem ločenem mnenju:¹³ *"Ko se [sodišče] vpraša o sorazmernosti v ožjem smislu, pa s tem potrjuje obstoj vseh predhodnih predpostavk, da do tehtanja med koristmi in bremenom ukrepa sploh lahko pride: (1) da je na eni strani tehtnice pravica, v katero ukrep posega, (2) na drugi pa ustavno dopusten cilj (zlasti druga pravica ali javna korist), ki (3) ga ukrep dejansko lahko dosega, in to (4) vsaj brez očitnih kandidatov za milejše sredstvo."* Ko gre za zahteve splošnega načela sorazmernosti, je nujnost ukrepa predpostavka za to, da sodišče sploh lahko opravi tehtanje sorazmernosti v ožjem smislu.

20. Ker gre za enega vsebinsko morda najbolj občutljivih poudarkov tega mnenja, naj skušam to obrazložiti še nekoliko podrobneje. Pri presoji sorazmernosti v ožjem smislu sodišče tehta med koristmi ukrepa za zasledovani cilj in bremenom ukrepa za prizadeto pravico. Koristi ukrepa za cilj, kot sem že poudaril, pri tem ni mogoče opredeliti, dokler se ne ugotovi, da ukrep sploh je primeren za doseganje zasledovanega cilja. Poleg tega pa tehtanja koristi in bremen konkretnega ukrepa tudi ni mogoče ustrezno opraviti, dokler ni ugotovljeno, da je ta ukrep najmilejše sredstvo za doseg tega cilja oziroma da med možnimi alternativnimi ukrepi vsaj ne obstaja očitni kandidat za milejše sredstvo, ki bi enako učinkovito dosegal zasledovani cilj. Vsaj zame je namreč nepredstavljivo, da obstoj milejšega ukrepa ne bi vplival na to tehtanje: da torej ne bi zmanjševal celokupne koristi presojanega ukrepa oziroma še dodatno povečeval teže posledic bolj omejujočega ukrepa za prizadeto pravico. Še več: vsaj potencialno je lahko pri tehtanju sorazmernosti v ožjem smislu upošteven tudi alternativni ukrep, za katerega je sodišče ob predhodni presoji nujnosti izpodbijanega ukrepa ugotovilo, da ni enako učinkovit ukrep z vidika

¹³ Ločeno mnenje k odločbi št. Up-320/14, U-I-5/17, 8. točka mnenja.

doseganja zasledovanega cilja – če tak alternativni ukrep ni bistveno manj učinkovit pri doseganju cilja, hkrati pa bistveno manj posega v prizadeto pravico, lahko kljub temu, da ni pomenil usodne ovire že pri presoji nujnosti izpodbijanega ukrepa, ponovno učinkuje v zadnjem koraku testa sorazmernosti kot referenčna primerjalna vrednost za opredelitev mejne koristnosti izpodbijanega ukrepa.¹⁴

21. Tako stališče bi bilo, končno, tudi v sozvočju z drugimi poudarki pri presoji posegov v pravico do svobodne gospodarske pobude, kot izhajajo iz ustavnosodne presoje. V kontekstu presoje pogojev za opravljanje gospodarske dejavnosti je Ustavno sodišče svoj pristop pomembno (na novo) opredelilo v odločbi št. U-I-163/05¹⁵ in mesec dni kasneje potrdilo v odločbi št. U-I-212/03,¹⁶ ko je zapisalo:¹⁷

"Ustava v prvem odstavku 74. člena določa, da je gospodarska pobuda svobodna, v drugem stavku drugega odstavka tega člena pa, da se gospodarska dejavnost ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo. Zakonodajalec torej lahko pravico do svobodne gospodarske pobude omeji, če to zahteva javna korist. Iz dosedanje ustavnosodne presoje je razvidno, da zakonodajalčeva svoboda pri omejevanju te pravice ni absolutna in neomejena. Tudi v tem primeru veže zakonodajalca splošno načelo sorazmernosti, ki mu dovoljuje, da ustavno pravico omeji le toliko, kolikor je zaradi varovanja javne koristi, zaradi katere je ustavno dopustno poseči v pravico, treba poseči v ustavno pravico. Zato mora zakonodajalec pri uzakonitvi omejitve izbrati tak ukrep, ki bo zagotovil učinkovito varstvo javne koristi in hkrati kar najmanj posegel v ustavno pravico. [...]"

22. To besedilo poudarjeno odraža tudi zahtevo po spoštovanju pogoja nujnosti – ne zgolj s končnim poudarkom, da mora zakonodajalec izbrati tak ukrep, ki bo "kar najmanj posegel v ustavno pravico", ampak že s predhodnim poudarkom, da mu "splošno načelo sorazmernosti [...] dovoljuje, da ustavno pravico omeji le toliko, kolikor je zaradi varovanja javne koristi [...] treba poseči v ustavno pravico". To izhodišče sam težko razumem drugače, kot da v presojo sorazmernosti – po moji presoji ustrezno – tudi v primeru pravice iz 74. člena Ustave vključuje pogoj nujnosti.

23. Če naj bi odločba št. U-I-66/08 res želela za presojo dopustnosti posegov v pravico do svobodne gospodarske pobude vzpostaviti poseben prilagojeni test sorazmernosti, ki bi se omejil zgolj na zadnji korak sorazmernosti v ožjem smislu, bi to po moji oceni narekovalo še jasnejšo obrazložitev, ki bi po možnosti izrecno utemeljila odstop od prejšnjega stališča (ali vsaj njegovo neupoštevnost). Toda take izrecne obrazložitve v

¹⁴ O tem glej denimo A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge University Press, Cambridge 2012, str. 352–356, kjer avtor ta razmislek med drugim ponazarja na eni od odločitev izraelskega vrhovnega sodišča.

¹⁵ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-163/05 z dne 27. 10. 2005 (Uradni list RS, št. 97/05, in OdlUS XIV, 76).

¹⁶ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-212/03 z dne 24. 11. 2005 (Uradni list RS, št. 111/05, in OdlUS XIV, 84).

¹⁷ Odločba št. U-I-163/05, 20. točka obrazložitve; skoraj povsem enako ubeseditev vsebuje tudi odločba št. U-I-212/03, 13. točka obrazložitve.

odločbi št. U-I-66/08 ni. Nasprotno – kot sem zgoraj že poudaril, tudi omenjena odločba ravnokar citirana poudarka iz odločbe št. U-I-163/05 v celoti ponovi,¹⁸ in to le nekaj točk obrazložitve pred tisto, v kateri naj bi postavila temelje prilagojenemu testu sorazmernosti. Še več: enak poudarek vsebuje tudi pričujoča odločba, ki – s sklicevanjem na odločbo št. U-I-66/08 – v 15. točki obrazložitve poudarja, da zakonodajalca "tudi pri urejanju gospodarske dejavnosti veže splošno načelo sorazmernosti (2. člen Ustave), ki mu dovoljuje, da posamezno ustavno pravico omeji le toliko, kolikor je to potrebno zaradi varovanja javne koristi". Mar to ni argument, ki za ustavno dopustnost sprejetega ukrepa zahteva zadostitev pogoju nujnosti oziroma ugotovitev, da za doseg istega cilja ne obstaja milejši, a enako učinkovit ukrep?

24. Iz navedenih razlogov ocenjujem, da v uvodu povzeti prilagojeni test, ki ga sprejema tudi odločba v pričujoči zadevi, že po konceptualni plati – ne glede na to, ali ga je odločba št. U-I-66/08 sploh želela uvesti kot takega – ni ne dovolj prepričljiv ne vzdržen, saj testa sorazmernosti v ožjem smislu sploh ni mogoče opraviti brez upoštevanja predhodnih korakov primernosti in nujnosti. V zadnjem odseku pa dodajam še svoje zadržke glede vprašanja, ali bi bil tak prilagojeni test tudi sicer vsebinsko smiseln, kadar bi šlo za pravico do svobodne gospodarske pobude.

IV.

Vsebinska utemeljenost prilagojenega testa v primeru pravice iz 74. člena Ustave

25. Tudi po vsebinski plati namreč ne razumem razlogov, ki naj bi v primeru posega v pravico iz 74. člena Ustave narekovali prilagojeni test sorazmernosti. Za trenutek pozabimo na ugotovitve iz prejšnjega odseka, v skladu s katerimi je to tako ali tako že po konceptualni plati težko izvedljivo, in predpostavimo, da je res mogoče uvesti prilagojeni test sorazmernosti, ki iz presoje zavestno in dosledno izključuje pogoja primernosti in nujnosti. Zakaj bi bil tak prilagojeni test ustrezen test za presojo dopustnosti posegov v pravico iz 74. člena Ustave?

26. Razumem in pritrjujem razlogovanju (povzetemu v 14. in 15. točki obrazložitve odločbe), da ima zakonodajalec pri ukrepih gospodarske politike široko polje proste presoje, kar posledično narekuje tudi zadržano presojo Ustavnega sodišča. Vendar pa odločba v isti sapi dodaja poudarek, da zakonodajalca še vedno veže splošno načelo sorazmernosti, vključno z zahtevo nujnosti,¹⁹ ki jo vsaj tradicionalno lahko nemara razumemo celo kot jedro zahtev načela sorazmernosti pri presoji dopustnosti omejitev človekovih pravic.²⁰ Ne vidim razloga, da bi te okoliščine narekovale prilagojeni test, ki bi

¹⁸ Odločba št. U-I-66/08, 82. točka obrazložitve.

¹⁹ Glej citat v 23. točki mnenja zgoraj.

²⁰ O tem glej denimo zapis v Barak, nav. delo, str. 337–339, pa čeprav avtor tam poudarja, da pomen koraka nujnosti ne zmanjšuje pomena drugih korakov. Podobno je pogoj nujnosti tudi v ospredju določb Evropske konvencije o človekovih pravicah (Konvencija o varstvu človekovih

– če bi to sploh bilo mogoče – iz presoje izključeval posamezne korake strogega testa sorazmernosti. Navsezadnje je svobodna gospodarska pobuda brez dvoma prepoznana kot pomembna človekova pravica in ustavna vrednota.²¹

27. Končno pa prav tako ne morem slediti razlogovanju, da bi pogoj javne koristi ali način, na kakršnega je javna korist umeščena v drugi odstavek 74. člena Ustave, lahko razlagali tako, da bi primernost in nujnost nekega ukrepa izkazovala že zakonodajalčeva ustrezna utemeljitev javne koristi, ki jo ta ukrep zasleduje. Tudi v tem pogledu se namreč položaj pravice do svobodne gospodarske pobude ne razlikuje bistveno od številnih drugih (ustavnih in konvencijskih) pravic, pri katerih je predvidena možnost omejevanja pravice zaradi varovanja upoštevne javne koristi, kot navsezadnje poudarjajo tudi zgoraj citirani poudarki iz že sprejetih odločb.

V.

28. Pričujoče ločeno mnenje je nekoliko daljše, ker zagovarja odstop od ustaljenega stališča Ustavnega sodišča, ki z uporabo prilagojenega testa sorazmernosti (vsakič vsaj simbolno, deloma pa tudi dejansko) vpliva na ustavnosodno presojo dopustnosti posegov v pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave. Poziv k spremembi takega stališča pa terja poglobljeni razmislek in utemeljitev.

29. Zgoraj sem navedel razloge, zakaj bi Ustavno sodišče po moji presoji to moralo storiti. Skušal sem prikazati in ponazoriti, da je po moji presoji vprašljiva že domnevna izhodiščna utemeljitev prilagojenega testa z odločbo št. U-I-66/08, da tak test tudi po konceptualni plati ni prepričljiv in vzdržen ter da vsaj sam navsezadnje tudi ne uspem razbrati razlogov, ki bi po vsebinski plati pri presoji posegov v pravico iz 74. člena Ustave narekovali odstop od uporabe običajnega strogega testa sorazmernosti. Iz prepleta teh razlogov sam pridem do sklepa, da bi Ustavno sodišče moralo opustiti stališče, da se v takih primerih uporablja prilagojeni test sorazmernosti.

dr. Matej Accetto
Sodnik

pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – EKČP), po katerih so dopuščene določene omejitve konvencijskih pravic, ki so "nujne v demokratični družbi".

²¹ Glej denimo odločbo Ustavnega sodišča št. U-II-1/12, U-II-2/12 z dne 17. 12. 2012 (Uradni list RS, št. 102/12, in OdlUS XIX, 39), 42.–43. točka obrazložitve.