



Številka: U-I-79/20-31
Datum: 25. 5. 2021

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNICE DR. ŠPELCE MEŽNAR K ODLOČBI ŠT. U-I-79/20 Z DNE 13. 5. 2021

Odločba o (proti)ustavnosti 2. in 3. točke prvega odstavka 39. člena ZNB je prelomna. Ne zaradi vsebine (ta je pričakovana), pač pa zaradi dolgotrajnega in težavnega procesa odločanja, ki je do nje vodil.

Ni skrivnost, da se je Ustavno sodišče okrog presoje ZNB razdelilo že lansko leto ob zadevi U-I-83/20. Tedaj se je (večinsko) odločilo, da bo neposredno presojalo vsebino (sorazmernost) dveh vladnih odlokov, ki sta prepovedovala gibanje med občinami. Ob tem je namenoma pustilo odprto vprašanje, ali je 39. člen ZNB, na katerem je izpodbijani ukrep temeljil, skladen s temeljnim legalitetnim načelom.¹ Da je šlo za metodološko zgrešen pristop, je Ustavno sodišče priznalo s tokratno odločbo. Ena izmed njenih posledic je namreč tudi ta, da odloka, o katerih je Ustavno sodišče lansko leto presodilo, da sta skladna z Ustavo, nista več skladna z Ustavo, saj temeljita na (protiustavnem) 39. členu ZNB.

Zaradi svojih učinkov² bo odločitev sprožila burne odzive. Upravičeno se bo postavilo vprašanje, zakaj je Ustavno sodišče presojo ustavnosti zakonske določbe, na kateri je temeljila velika večina v zadnjem letu sprejetih vladnih odlokov, opravilo šele zdaj.³ Nepravniki se bodo morda spraševali, zakaj so zaradi slabega zakona avtomatično neveljavni tudi vsi podzakonski akti, ne glede na to, kako logične in koristne ukrepe z vidika varstva javnega zdravja so urejali. Nekateri pravniki pa bodo kritizirali dejstvo, da

¹ Pred Ustavnim sodiščem je bilo tedaj že nekaj (starejših, torej prej vloženih) pobud, s katerimi je bila izpodbijana določba 39. člena ZNB. Poleg tega je bila vsebina 39. člena ZNB že na prvi pogled ustavnopravno „suspektna“ – kar pomeni, da bi moralo Ustavno sodišče njeno presojo opraviti tudi po uradni dolžnosti. Več o tem glej OLM Mežnar [file:///Users/spelca/Downloads/U-I-83-20-Odklonilno-LM-dr.-Me%C5%BEnar%20\(2\).pdf](file:///Users/spelca/Downloads/U-I-83-20-Odklonilno-LM-dr.-Me%C5%BEnar%20(2).pdf)

² Čeprav je Ustavno sodišče v tej zadevi ugotovilo neveljavnost le petih (izpodbijanih, v točki 6 izreka navedenih) odlokov, bo imela odločba zaradi 1. točke izreka (ugotovitev neskladnosti ZNB z Ustavo) učinke tudi za vse druge podzakonske akte, sprejete na podlagi 2. in 3. točke 39. člena ZNB.

³ Glej npr: Šipec Miha, Strahopetno sodišče, Pravna praksa, št. 13, 2021, str. 23.

Ustavno sodišče izpodbijanim odlokom ni pripisalo učinka odprave, kar pomeni, da osebam, ki so bile na njihovi podlagi ogrobljene, a niso vložile pravnih sredstev, odločitev ne bo koristila.

V tem ločenem mnenju bi rada podrobneje pojasnila svoja stališča do nekaterih izmed navedenih pomislekov.

I. Vprašanje pravilne metodologije ali zakaj Ustavno sodišče v covid zadevah ni najprej presojalo ustavnosti 39. člena ZNB

Preprost odgovor na vprašanje, zakaj Ustavno sodišče presoje ZNB ni opravilo že lani, pred (ali najkasneje skupaj z) zadevo U-I-83/20, je dejstvo, da za to tedaj ni bilo potrebne večine. Bolj zapleten odgovor pa razkriva, da je do takšne odločitve prišlo zato, ker je Ustavno sodišče za presojo podzakonskih aktov, s katerimi Vlada posega v človekove pravice, uporabilo nepravilno metodo. Vsebino podzakonskega akta/odloka (spodnja premisa) je enostavno podredilo vsebini 32. člena Ustave (zgornja premisa) ter opravilo test sorazmernosti. To pomeni, da je povsem zanemarilo pomen in vlogo vmesne zakonske podlage (39. člen ZNB)⁴ in posledično ignoriralo vrsto ustavnopravnih aksiomov:

- Podzakonski akti nikoli ne temeljijo neposredno na Ustavi;⁵
- Vsak podzakonski akt mora imeti neposredno podlago v zakonu;⁶
- Ustava za urejanje človekovih pravic pooblašča izključno zakonodajalca;⁷
- Zakon, ki izvršilni oblasti pri urejanju človekovih pravic ne določi vsebinskih okvirov, krši legalitetno načelo in je protiustaven;⁸
- Podzakonski akt, ki temelji na takem protiustavnem zakonu, je nezakonit in preneha veljati;⁹

⁴ Metodološki pristop avstrijskega (in tudi hrvaškega) ustavnega sodišča je bil drugačen (pravilen): najprej je opravilo presojo zakona, nato pa ugotavljalo, ali je podzakonski akt prekoračil zakonske okvire. V določenih delih je bila ugotovljena nezakonitost podzakonskih aktov. Odločba avstrijskega US (ena izmed mnogih sprejetih) je objavljena na: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_20200714_20V00363_00

⁵ Prim. Pirnat v Komentar Ustave RS (ur. Matej Avbelj), II. del, Nova Univerza, Evropska pravna fakulteta, Ljubljana, 2019, str. 253: »Podzakonski predpis uprave je vedno izdan za izvrševanje zakona, zato se imenuje tudi izvršilni predpis.«

⁶ Prim. Virant, Gregor: Načelo zakonitosti delovanja uprave in širina (ohlapnost, nedoločnost) zakonskih pooblastil, Javna uprava, 1999/3, str. 469: »... morajo imeti oblastni akti in dejanja izvršilnih organov podlago v zakonu. O tem ne more biti dvoma; to pravilo bi lahko »ukinili« le s spremembo Ustave.«

⁷ Prim. drugi odstavek 15. člena Ustave in odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-25/95 z dne 27. 11. 1997 (Uradni list RS, št. 5/98, in OdlUS VI, 158), 30. in 31. točka obrazložitve, odločba št. U-I-287/95 z dne 14. 11. 1996 (Ur. list RS, št. 68/96, in OdlUS V, 155), 8. točka obrazložitve, št. U-I-346/02 z dne 10. 7. 2003 (Uradni list RS, št. 73/03, in OdlUS XII, 70), 10. točka obrazložitve, in št. Up-1303/11, U-I-25/14 z dne 21. 3. 2014 (Uradni list RS, št. 25/14, in OdlUS XX, 21), 10. točka obrazložitve.

⁸ Enak pristop uporablja ESČP: ukrep mora biti zakonit (in accordance with the law, legality test), legitimen (legitimacy test) in sorazmeren (necessarry in a democratic society).

- Nezakonit (protiustaven) podzakonski akt nima pravnih učinkov;¹⁰
- Logično in pojmovno ni mogoče, da je podzakonski akt nezakonit (ker temelji na protiustavnem zakonu), njegova vsebina pa skladna z ustavnim načelom sorazmernosti.¹¹

Izvrševanje človekovih pravic smejo v našem ustavnem redu urejati le zakoni (ne pa podzakonski akti).¹² Ustreznost vsebinske ureditve zakonskih posegov v človekove pravice Ustavno sodišče presoja s pomočjo testa sorazmernosti. Da bi takšno vsebinsko presojo Ustavno sodišče sploh lahko opravilo, mora zakon najprej imeti minimalno vsebino.¹³ Zakon, ki Vlado pooblašča k omejevanju človekovih pravic, ne da bi določil vsebinska merila dovoljenih posegov, krši legalitetno načelo.¹⁴ Glede obeh (legalitete in sorazmernosti) obstaja obširna, bogata in ustaljena ustavnosodna presoja.

32. člen Ustave zakonodajalca pooblašča, da svobodo gibanja omeji zaradi varstva pred širjenjem nalezljivih bolezni. Omejevanje svobode gibanja zaradi varstva pred COVID-19 je tako po Ustavi nedvomno dopustno. Na vprašanje, ali je zakonodajalec v 39. členu ZNB dovolj natančno (izvirno) uredil pogoje in kriterije za omejevanje svobode gibanja, odgovarja legalitetno načelo. Šele če zakon prestane test legalitete (120. člen Ustave), se lahko postavi vprašanje njegove vsebinske ustreznosti – torej opravi presoja sorazmernosti zakonske ureditve. Zakona, ki ne zadosti legalitetnemu načelu, po naravi stvari ni mogoče presojati po vsebini – ker (zadostne) vsebine sploh nima. Dokler

⁹ Prim. Godec, Rupko: Upravne norme in upravni akti, Upravni zbornik, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Inštitut za javno upravo, 1993, str. 206, 207: »Upravni predpis je odvisen v svojem nastanku od višje pravne norme prav tako kot vsaka druga norma, vendar pa ta odvisnost ne preneha z njegovim nastankom, temveč ostane vso dobo njegovega pravnega življenja. To je prava eksistenčna odvisnost, pri kateri je upravni predpis popolnoma navezan na pravno usodo višje pravne norme in z njo vred deli zlasti tudi konec. Če neka originarna norma preneha biti del pozitivnega prava, bo torej izgubila pravno veljavnost tudi iz nje izpeljana abstraktna upravna norma in po pravilu verižne reakcije tudi vse druge hierarhično povezane abstraktne upravne norme.«

¹⁰ To med drugim izhaja iz ustavnega instituta *exceptio illegalis* (125. člen Ustave), ki sodiščem nalaga, da nezakonitega in/ali neustavnega podzakonskega akta ne smejo uporabiti. Na ta način že redna sodišča iz pravnega reda izločajo nezakonite podzakonske predpise in s tem zmanjšujejo potrebo po njihovi ustavnosodni presoji.

Drugače velja za pravnomočne posamične pravne akte, ki lahko v pravnem redu ustvarjajo pravne učinke, četudi temeljijo na neustavnem zakonu. Godec, R., str. 206: »Konkretna pravna norma je eksistenčno odvisna od višjih pravnih norm samo v svojem nastanku, ne pa v svojem nadaljnjem življenju.«

¹¹ Prav takšno situacijo je povzročilo součinkovanje odločbe U-I-83/20 in sedanje U-I-79/20. Iz prve izhaja, da je bil ukrep prepovedi gibanja med občinami skladen z načelom sorazmernosti (in zato ustavno skladen), iz druge pa izhaja, da je bil nezakonit (in zato protiustaven), ker temelji na protiustavnem zakonu.

¹² Glej 87. člen Ustave. Namen te določbe je zagotoviti, da vse pravne norme, ki na originaren način urejajo pravice in obveznosti pravnih subjektov, nastajajo v obliki zakonov. Toliko bolj velja to za urejanje človekovih pravic in svoboščin. Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-40/96 z dne 3. 4. 1997 (Ur. list RS, št. 24/97, in OdlUS VI, 46), 13. točka obrazložitve.

¹³ Glej točko 69. obrazložitve odločbe.

¹⁴ Več o legalitetnem načelu in njegovem pomenu za delovanje pravne države glej Virant, Gregor: Načelo zakonitosti delovanja uprave in širina (ohlapnost, nedoločnost) zakonskih pooblastil, Javna uprava, 1999/3, str. 467 in nasl.

zakonodajalec ne bo sprejel boljše zakonske ureditve, Ustavno sodišče ne more presojeti, ali je omejitev svobode gibanja v 39. členu ZNB skladna s splošnim načelom sorazmernosti (torej v ustreznem razmerju do varovanja javnega zdravja).

Vsebinsko presojo podzakonskega ukrepa, s katerim se posega v človekove pravice, je po mojem mnenju mogoče opraviti le tako, da Ustavno sodišče najprej reši vprašanje njegove zakonitosti: ali je bil sprejet na podlagi zakona in v njegovih okvirih.¹⁵ Pritrdilni odgovor pomeni, da Ustavno sodišče ne dvomi o skladnosti zakonske norme z legalitetnim načelom in da podzakonski akt ni prekoračil okvira zakonske norme. Če je zakonska podlaga suspektna (kot je to na prvi pogled očitno pri vsebinsko praznem 39. členu ZNB), pa je Ustavno sodišče dolžno (po uradni dolžnosti) najprej opraviti presojo ustavnosti zakona z vidika legalitetnega načela. Le če zakonska določba takšno presojo uspešno prestane, sme Ustavno sodišče nadalje presojeti, ali je podzakonski akt ostal v okvirih zakona – in če uspešno prestane tudi to, opraviti še presojo njegove vsebine v konkretnih razmerah. Če Ustavno sodišče presodi, da zakonska določba krši legalitetno načelo, pa nadaljnja vsebinska presoja podzakonskega akta ni več mogoča. Nezakonit podzakonski akt namreč ne more imeti nobenih pravnih učinkov. **Ob ustavni presoji podzakonskega ukrepa, s katerim se posega v človekove pravice, se Ustavno sodišče torej v nobenem primeru ne sme in ne more izogniti zakonski normi, na kateri podzakonski akt temelji.**¹⁶

Zahteva, da se presoja podzakonskega ukrepa ne more opraviti brez upoštevanja zakonske norme, na kateri ukrep temelji, ni le formalnost. Ker mora zakonodajalec izvršilni oblasti pri urejanju posegov v človekove pravice postaviti meje, igra zakonski okvir pri presoji zakonitosti podzakonskega akta ključno vlogo. Če bi zakonodajalec npr. predpisal, da sme policijska ura trajati največ 1 mesec,¹⁷ s podzakonskim ukrepom uvedena policijska ura pa bi trajala 2 meseca, bi Vlada zagotovo prekoračila zakonske okvire. Ukrep bi bil nezakonit (in zato tudi protiustaven) ne glede na to, da bi bilo lahko dvomesečno trajanje policijske ure »v ustavnem smislu« (če bi ga predpisal zakon) sorazmerno.

Metodologija ustavnosodne presoje ni zanimiva le kot predmet teoretičnih razprav. Je dokaz razumevanja in spoštovanja hierarhije pravnih aktov, njihovega medsebojnega učinkovanja in spoštovanja temeljnih ustavnih načel.¹⁸ Premišljen in pravilen metodološki pristop je zato ena ključnih varovalk pred arbitrarnim odločanjem Ustavnega sodišča.

¹⁵ Prim. Godec, Rupko: Upravne norme in upravni akti, str. 202.

¹⁶ Po opisani (pravilni) poti je Ustavno sodišče šlo v tokratni zadevi. Najprej je opravilo presojo zakona. Ko se je izkazalo, da je zakon protiustaven, je sledila le še formalna ugotovitev o protiustavnosti izpodbijanih odlokov (106. točka obrazložitve).

Prim. 58. točko obrazložitve v zadevi U-I-83/20, kjer je Ustavno sodišče presojo zakona „preskočilo“, s tem pa v celoti izpustilo tudi presojo zakonitosti tedaj izpodbijanih odlokov.

¹⁷ Ali bi bila takšna zakonska omejitev skladna z javnim interesom (zagotavljanje javnega zdravja), je drugo vprašanje – vprašanje sorazmernosti zakonske ureditve.

¹⁸ Prim. Pirnat v Komentar Ustave RS (ur. Matej Avbelj), Nova Univerza, Evropska pravna fakulteta, Ljubljana, 2019, str. 252.

II. Kaj neustavnost ZNB pomeni za druge vladne odloke in zakaj je prav, da podzakonski akti delijo usodo ZNB

Na 2. in 3. točki prvega odstavka 39. členu ZNB je temeljila velika večina veljavnih ukrepov v času epidemije: prepoved gibanja na javnih površinah v prvem valu, prepoved prehoda med občinami, prepoved prehoda med regijami, policijska ura, prepoved šolanja v šolah, prepoved obiskovanja gledališč, kinodvoran in vseh drugih kulturnih in športnih prireditev, prepoved shodov... Neustavnost zakonske določbe (1. točka izreka) učinkuje na vse podzakonske akte, sprejete na njeni podlagi. Nezakoniti (in posledično protiustavni) niso le izpodbijani odloki (6. točka izreka). Glede slednjih ima ugotovitev protiustavnosti zaradi odločbe Ustavnega sodišča erga omnes učinke, v drugih primerih pa bo do pravnih posledic prišlo le v konkretnih sodnih postopkih ob uporabi *exceptio illegalis*. To sicer ne pomeni, da bodo vsi tisti, ki so bili na podlagi protiustavnih podzakonskih aktov ogrobljeni, upravičeni do povračila globe. Zaradi učinka razveljavitve izpodbijanih odlokov (7. točka izreka, 108. točka obrazložitve) bodo koristni *exceptio illegalis* deležni le tisti, ki so morebitno globo (ali drug kaznovalni ukrep) izpodbijali z rednimi ali izrednimi pravnimi sredstvi. Odprte postopke bodo namreč redna sodišča (zaradi *exceptio illegalis*) ustavila. Tisti, ki so globo plačali, ne da bi vlagali pravna sredstva, pa podlage za njeno vračilo nimajo.¹⁹ Za učinek odprave ni bilo zadostne večine.²⁰

Na sejah je bila izražena ideja o preveliki moči legalitetnega načela, če gre za ukrepe, ki so v boju zoper virus nujni. Preprosto povedano: notranjemu občutku pravičnosti naj bi se upiralo, da so vladni odloki, sprejeti na podlagi 2. in 3. točke 39. člena ZNB, protiustavni samo zato, ker temeljijo na pomanjkljivem zakonu. Večina vladnih ukrepov naj bi vendar zasledovala dopusten cilj in naj bi bila nujna, potrebna in vsebinsko ustrezna. Če naivno privzamemo,²¹ da so bili sprejeti vladni ukrepi nujni in koristni, ostane ključno vprašanje: ali je prav, da povsem smiselni, nujni in koristni podzakonski ukrepi »padejo« samo zato, ker zakonodajalec ni opravil svoje naloge? Ali je torej pravično, da je (tudi) Vlada kaznovana za malomarnost zakonodajalca, sploh v situaciji, ko je morala odreagirati in ni imela časa čakati, da zakonodajalec ustrezno popravi ZNB?

Če je ob pojavu COVID-19 v začetku lanskega leta res še veljalo, da je Vlada morala ukrepati ne glede na (ne)popolnost zakonske podlage, pa se je teža tega argumenta manjšala z vsakim nadaljnjim tednom. Več kot leto dni po izbruhu krize zagotovo ni več

¹⁹ Menim, da so stališča, ki se pojavljajo v javnosti in po katerih naj bi bili vsi plačniki glob (na podlagi neustavnih odlokov) upravičeni do njihovega povračila na podlagi 190. člena Obligacijskega zakonika ali na podlagi odškodninske odgovornosti države, zavajajoča in nepremišljena.

²⁰ Učinek odprave bi odprl možnost posebnega („*sui generis*“) pravnega sredstva (46. člen Zakona o ustavnem sodišču). Ta pa bi koristila tudi tistim, ki zoper globo niso vlagali pravnih sredstev.

²¹ Z izjemo prepovedi gibanja med občinami, ki je bila predmet presoje v zadevi U-I-83/20, Ustavno sodišče še nobenega izmed ukrepov ni presojalo po vsebini. Ob tokratni odločitvi je malo verjetno, da jih kdaj bo.

mogoče trditi, da je Vlada, katere ena temeljnih ustavnih pristojnosti je tudi priprava zakonskih predlogov, talka pomanjkljive zakonodaje. Na podnormiranost 39. člena ZNB že od izbruha krize opozarjajo številni pravni strokovnjaki; vse bolj očitna pa je postajala tudi zato, ker so nekatere države, po katerih se sicer radi zgledujemo (Nemčija, Avstrija),²² svoje (v začetku krize prav tako hudo pomanjkljive) zakone hitro prilagodile novim razmeram.

Vendar to ni najpomembnejši razlog za vztrajanje pri obstoječih ustavnosodnih standardih. Ustavna zahteva, da o omejevanju človekovih pravic odloča izključno zakonodajalec, torej neposredno voljeni predstavniki ljudstva, je odraz načela delitve oblasti, demokratičnosti in pravne države. Prenos te pristojnosti na Vlado je problematičen že sam po sebi (glej točki 82 in 83 obrazložitve), toliko bolj pa to velja tedaj, ko Vlada pri predpisovanju ukrepov uživa praktično neomejeno svobodo. Na podlagi 39. člena ZNB je lahko namreč Vlada uvedla kakršenkoli ukrep, mu sama določila vsebino in trajanje, se sama odločila, ali in s kom se bo ob tem posvetovala, ali bo takšno mnenje upoštevala, in kako, če sploh, bo z njim ter s svojimi razlogi seznanila javnost. Takšna neomejena diskrecija izvršilne oblasti pri poseganju v temeljne človekove pravice – svobodo gibanja in združevanja – pa brez slehernega dvoma ni skladna s slovensko Ustavo.

Ugotovitev, da so vladni ukrepi protiustavni, ker so temeljili na vsebinsko popolnoma praznem zakonu (106. točka obrazložitve), je (nujni) odraz delovanja pravne države, v kateri prenos (neomejene) zakonodajne pristojnosti na Vlado - niti v času epidemije - ni dopusten. Podzakonski akti brez veljavne zakonske podlage ne morejo obstajati. Odločiti kakorkoli drugače ne bi pomenilo le odstopiti od jasne in nedvoumne ustavnosodne presoje. Pomenilo bi odločiti v nasprotju z Ustavo.

III. Zmaga prava nad previdnostjo

Epidemija COVID-19 je že in bo še spremenila družbo. Posebej močan bo njen vpliv v državah zahodnega sveta, ki so v 21. stoletje vstopile z močnimi človekovimi pravicami in svobodo posameznika kot temeljno vrednoto. Množični in intenzivni posegi v osnovne človekove pravice so v zadnjem letu postali sprejemljivi bolj kot kadarkoli po drugi svetovni vojni. Do tega preobrata je prišlo nenadoma (ne pa nepričakovano). Razgradnja (razkroj) človekovih pravic primarno ni povezana z ideološkimi (političnimi) razlogi. Povezana je z univerzalnim strahom pred neznano boleznijo. V zadnjem letu se niso spreminjale ustave, mednarodne konvencije ali vsebina temeljnih človekovih pravic. Bistveno se je spremenil psihološki odnos ljudi do lastne svobode. Zlahka smo se ji pripravljani odpovedati, da bomo le zdravi in živi.²³ Slej ko prej se bo ta trend odrazil tudi na ustavnih sodiščih.

²² Nemčija s spremembo splošnega zakona o nalezljivih boleznih, Avstrija pa s sprejetjem posebnega covid-19 zakona.

²³ Ne gre sicer za nov pojav. Nekdanja ustavna sodnica in predsednica US dr. Dragica Wedam Lukić v slavnostnem govoru leta 2006: » Tako se je po 11. septembru zaradi nevarnosti terorizma

V tej zadevi se to ni zgodilo. Po dolgem času imam znova občutek, da je Ustavno sodišče Ustavo uveljavilo brez strahu, brez slabih kompromisov, brez slabe vesti ter brez opravičevanja. Utemeljitev je odkrita, razumljiva in dosledna. Ne skriva se za zapletenimi jezikovnimi akrobacijami. Ponosna sem, da sem med peterico sodnic in sodnikov, ki je podprla to zgodovinsko odločitev.

dr. Špelca Mežnar
Sodnica

povečala zahteva po zagotavljanju splošne varnosti, zaradi pojava novih nalezljivih bolezni se je povečala zahteva po varstvu pred epidemijami, vedno bolj se poudarja zahteva po varovanju življenjskega okolja. Ti razlogi lahko nedvomno vodijo do drugačnega odgovora na vprašanje, kako vzpostaviti ustrezno ravnovesje med pravicami posameznika in interesom širše skupnosti. Kljub temu pa se je treba izogibati prevelikim nihanjem in se držati začrtane poti; vsak odstop mora biti dobro premišljen in prepričljivo obrazložen. Predvsem pa zahteve po večji splošni varnosti, ki so že začele dobivati svoj odraz v zakonodajah posameznih držav, ne bi smele voditi do prekomernega omejevanja pravic posameznikov.«

https://www.us-rs.si/wp-content/uploads/2020/02/slavnostni.govor_prof_dr_wedam_lukic.pdf