



Številka: U-I-210/21-18

Datum: 4. 10. 2021

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA
DR. DR. KLEMNA JAKLIČA (OXFORD ZK, HARVARD ZDA)
K SKLEPU ŠT. U-I-210/21 Z DNE 30. 9. 2021**

**POGOJA PREBOLEVOSTI IN CEPLJENJA V DRŽAVNI
UPRAVI V ČASU EPIDEMIJE COVID – VPRAŠANJE
ZAČASNEGA ZADRŽANJA**

Glasoval sem proti zadržanju Odloka, ki od zaposlenih v državni upravi ob določenih izjemah sredi epidemije zahteva pogoj prebolelosti ali cepljenosti.

V nasprotju s tem, kar se je v slovenski javnosti skušalo prikazati, gre za poznan in skrbno odmerjen ukrep v boju z epidemijo. Zelo podobno kot Vlada Republike Slovenije je pred tremi tedni za celotne ZDA npr. odločil ameriški predsednik Biden. Na podlagi analiz stanja epidemije in nasveta ameriške epidemiološke stroke, ki cepljenje ocenjuje kot daleč najučinkovitejši ukrep, je 9. 9. 2021 sprejel [odlok z zakonsko močjo](#) (t. i. *executive order*),¹ ki je za uslužbence zvezne državne uprave dotedanji predpisani pogoj PCT (preboleznost, cepljenje, testiranje) spremenil v obvezni pogoj PC (zgolj preboleznost in cepljenje). Gre torej za ukrep, ki je po vsebini enak presojeni slovenski ureditvi. Prav tako gre za enako postopnost oz. sorazmernost uveljavitve takega ukrepa – najprej PCT, nato pa zaradi ne dovoljšnega umirjanja epidemije, in posledične nujnosti doseči večjo precepljenost prebivalstva, še zožanje pogoja na zgolj PC. Ta naj se, prav tako skladno s sorazmernostjo, najprej uvede pri sebi, tj. v sektorju zvezne vlade oz. državne uprave, kjer ima zvezna vlada kot delodajalec največ pristojnosti, če pa se tudi to izkaže za prešibak ukrep, lahko takšno obveznost razširja naprej. Za uslužbence, ki se ne bi hoteli cepiti, Bidnov odlok prav tako predvideva postopne sankcije do vključno končne, tj. odpovedi delovnega razmerja. Poleg obveznega pogoja PC za uslužbence državne uprave pa je predsednik Biden nato odredil še pogoj PCT za vsa ameriška podjetja z več

¹ <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/09/09/executive-order-on-requiring-coronavirus-disease-2019-vaccination-for-federal-employees/>.

kot 100 zaposlenimi ter obveznost cepljenja za delavce v zdravstvenem sektorju.² Če ti delni ukrepi za povečanje deleža precepljenosti ne bi zadostovali, je napovedal možnost njihovih širitev na preostale dele oblasti in ameriške družbe.

Ta svoj, še nekoliko bolj odločen ukrep zoper epidemijo, kot pa je ukrep Vlade Republike Slovenije, je z javno obrazložitvijo predsednik Biden pospremil na tiskovni konferenci. Na njej je nasprotnikom ukrepov zoper COVID med drugim sporočil: "Na kaj naj bi še čakali? Kaj več še morate videti? [V ZDA je do sedaj zaradi virusa umrlo preko 700.000 ljudi, pred prestolnico Washington so v ponazoritev tragedije posejana [polja belih zastavic](#), ki ustrezajo številu umrlih, epidemija pa se še ne umirja]. Cepiva smo napravili prosto dostopna vsem, varna in ustrezna. Bili smo potrpežljivi, toda naše potrpljenje ima meje, saj ima vaše odklanjanje cepljenja posledice za nas vse...Neznansko ovirajoče je, da imamo orodja za boj proti virusu, a nam manjšina Američanov, podprta z manjšino izvoljenih predstavnikov, preprečuje, da bi obrnili smer."³

Ustavnosodna doktrina zadržanja nekega predpisa je ustaljena in povsem jasna, tako v domači kot mednarodni ustavnosodni praksi. Pri vprašanju (ne)zadržanja Ustavno sodišče tehta zgolj škodljive posledice, ki bi jih povzročilo izvrševanje hipotetično protiustavnega predpisa (nevarnost morebitne izgube službe v državni upravi, poseg v telesno integriteto zaradi predpisanega cepljenja) na eni strani s škodljivimi posledicami, ki bi nastale, če bi Ustavno sodišče zadržalo hipotetično ustavno skladen predpis na drugi strani (izguba življenj in zdravja ljudi, ki bi se ob epidemiji zaradi zadržanja ukrepa nadaljevali). Pri tem tehtanju Ustavno sodišče izrecno ne sme upoštevati vidikov (kasnejše) končne presoje o tem, ali je predpis ustavnoskladen ali ne. Oba sklopa škodljivih posledic torej tehta le ob *hipotetičnih* predpostavkah ustavnosti in neustavnosti predpisa.

Iz tega ustaljenega doktrinarnega nastavka, ki je povsem jasen in nesporen, tako da ga sodnik, ki odloča po pravu, od primera do primera ne more spreminjati ali prikrojevati, popolnoma jasno sledi, da večina svoje odločitve v prid zadržanja ne more doktrinarno konsistentno utemeljiti.

Izguba življenja in zdravja večjega števila ljudi zaradi slabše stopnje precepljenosti sredi epidemije⁴ sta namreč nesporno hujši škodljivi posledici, kot pa so škodljive posledice na drugi strani tehtnice. O tem tehta enako kot slovenska Vlada ne le ameriška zdravstvena stroka skupaj s političnim vodstvom ZDA, ampak zdravstvena stroka celotnega razvitega sveta. V okoliščinah, ko v primeru dejanskih ali pa celo potencialnih epidemij, ki sejejo smrt, zadostne kolektivne imunosti v neki družbi ni mogoče doseči prostovoljno, je

² <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/09/09/remarks-by-president-biden-on-fighting-the-covid-19-pandemic-3/>.

³ <https://www.bmj.com/content/374/bmj.n2238>.

⁴ Nesporno je, da bo ob sicer enakih pogojih izguba življenj in zdravja državljanov v stanju nižje precepljenosti družbe večja kot pa v stanju njene višje precepljenosti.

namreč v razvitem svetu dopustno obvezno cepljenje (v našem presojanem primeru gre za milejšo različico obveznega cepljenja, saj se državni uslužbenec za določeno ceno – nevarnosti izgube službe v državni upravi – cepljenju lahko izogne).

Že osrednji portal, namenjen vprašanjem cepljenja v Sloveniji, preprosto in nazorno pojasni, zakaj imajo vrednote, ki jih varuje obvezno cepljenje, takšno prevladujočo težo: "Obveznost cepljenja izhaja iz skrbi za življenje in zdravje vseh članov družbe. Vsak ima namreč pravico do varstva pred nalezljivimi boleznimi ter hkrati dolžnost, da varuje zdravje sebe in drugih pred temi boleznimi. S cepljenjem zaščitimo sebe in posredno tudi tiste, ki se iz različnih razlogov ne smejo cepiti. Temu pravimo kolektivna imunost. S kolektivno imunostjo varujemo tudi najbolj ranljive člane družbe, kot so dojenčki, ki še niso dovolj stari, da bi jih lahko cepili, ter bolniki z motnjami v delovanju imunskega sistema. Kolektivna imunost varuje tudi tiste, ki se ne smejo cepiti zaradi alergije na katero od sestavin cepiva, ter tiste, ki so se cepili, a njihov imunski sistem ni razvil protiteles."⁵ V Republiki Sloveniji tako poznamo obvezno cepljenje proti devetim nalezljivim boleznim celo izven obdobja epidemije (hemofilus influence b, davica, tetanus, oslovski kašelj, otroška paraliza, ošpice, mumps, rdečke in hepatitis B), ob epidemiji pa lahko minister predpiše obvezno cepljenje še za druge vrste nalezljivih bolezni.

Institut obveznega cepljenja iz naslova varovanja življenja in zdravja večjega števila ljudi poznamo kljub temu, da se domača in mednarodna zdravstvena stroka seveda zavedata, da takšno obvezno cepljenje proti skoraj vsem naštetim nalezljivim boleznim v izjemno redkih primerih s seboj prinese tudi stranske učinke, ki so lahko za določenega cepljenega posameznika (za katerega se to v naprej ne ve) na žalost tudi življenjsko nevarni. Celotno torej, ko je na drugi strani tehničarska življenjska nevarnost (in ne le nevarnost izgube službe konkretno v državni upravi), taka škodljiva posledica brez vnaprejšnje zdravstvene potrditve ne odtehta bistveno hujše škodljive posledice, ki grozi v primeru, če cepljenje ne bi bilo obvezno – izguba življenja in zdravja bistveno večjega števila ljudi iz naslova izbruha ali neukrotitve epidemije. Ali kot je o obveznem cepljenju že tehtalo tudi slovensko Ustavno sodišče v svoji odločitvi št. [U-I-127/01](#) z dne 12. 2. 2004: korist, ki jo prinaša cepljenje za zdravje posameznika in širše skupnosti, presega morebitno škodo, ki morda nastane pri posamezniku zaradi neželenih učinkov cepiv. Opustitev obveznega cepljenja bi pomenila veliko zdravstveno tveganje, saj bi lahko upad precepljenosti pod kritično mejo privedel do ponovnega pojava nalezljivih bolezni in epidemij. Posledice bolezni, ki jih lahko s cepljenjem preprečimo, bi bile za zdravje ljudi neprimerno večje, kot so morebitne zdravstvene težave, ki se ob cepljenju pojavijo le izjemoma.⁶ Institut obveznega cepljenja so na ustavnosodni ravni do danes kot ustavno skladnega potrdila tudi številna druga ustavna sodišča po svetu,⁷ med drugim tudi Evropsko sodišče za

⁵ "Obvezno cepljenje v Sloveniji", <https://www.cepljenje.info/cepljenje-v-sloveniji/obvezno-cepljenje-v-sloveniji>.

⁶ Id.

človekove pravice v Strasbourgu v sodbi v zadevi [Vavrička in drugi proti Češki republiki](#).⁸ Poleg protiangumenta o nezaželenih redkih stranskih učinkih cepiv pa vrednote življenja in zdravja večjega števila ljudi v ustavnosodni praksi prav tako ni nikoli odtehtal še šibkejši protiangument golega posega (ne glede na nevarne učinke) v posameznikovo telo iz naslova cepljenja (zasebnost).

Vidimo, kakšno težo na tehtnici zadržanja ima izguba življenja in zdravja večjega števila ljudi, ki grozita kot posledica izbruha ali neukrotitve epidemij. Ne le z vidika mednarodne zdravstvene stroke in politike, ampak tudi z vidika ustaljene ustavnosodne doktrine, tuje in domače, ki je z zdravstveno stroko razvitega sveta v polnem sozvočju.

Če pa je teža te vrednote (življenje in zdravje večjega števila ljudi, za kar gre v epidemiji) tako velika, da odtehta celo nevarnost za posameznikovo zdravje in življenje, ki se tu in tam pojavi kot nezaželen usoden stranski učinek cepiv, kako ne bi nenadoma mogla biti težja tudi od bistveno manjše nevarnosti morebitne izgube službe v državni upravi, ki se v naši zadevi pojavlja na drugi strani tehtnice? Ali življenje in zdravje večjega števila ljudi res ni večja dobrina kot pa nevarnost morebitne izgube službe v državni upravi za tiste, ki se sredi epidemije, ki seje smrt, ne želijo cepiti? Še več, nevarnosti izgube službe v resnici ni, saj mora po ustaljeni doktrini tehtanja v okviru začasnega zadržanja Ustavno sodišče, kot pojasnjeno zgoraj, vselej upoštevati nastalo težo škode, ki bi se pojavila, če bi bil predpis kasneje spoznan za protiuustavnega. To pa pomeni, da posamezniki službe naposled sploh ne bi izgubili. Predpis, ki bi bil protiuustaven, namreč ne bi mogel biti pravno veljavna podlaga za odpoved, zato bi takšen posameznik, ki je začasno službo izgubil, po meritorni (tj. končni vsebinski) presoji Ustavnega sodišča v tej zadevi službo dobil nazaj, vključno z vsemi plačami in prispevki za obdobje, ko je morda zaradi protiuustavnosti predpisa začasno ostal brez nje.⁹ Ta zatrjevana škoda na nasprotni strani tehtnice je torej v primerjavi s škodo, ki bi nastala, če bi bil ukrep zadržan (izguba življenja in zdravja večjega števila ljudi sredi resne epidemije, ki seje smrt), neznatna in nemerljivo manjša. Nemerljivo zato, ker je celo neetično meriti takšne vrste začasno škodo s škodo, ki jo zaradi necepljenja povzročimo življenju in zdravju velikega števila sodržavljanov, med katerimi so, kot pojasnjeno, mnogi epidemiološko najbolj ogroženi in ranljivi člani družbe.

Če se spomnimo uvoda (enak in še strožji ukrep za celotne ZDA, podprt s tehtnimi argumenti ameriške zdravstvene stroke in predsednika Bidna), zlahka uvidimo, da z

⁷ Glej primerjalno pravno analizo evropskih držav, ki jo je opravilo ESČP v sodbi v zadevi [Vavrička in drugi proti Češki republiki](#) z dne 8. 4. 2021. Za ZDA glej npr. odločitev Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi [Jacobson v. Massachusetts](#), 197 U.S. 11 (1905), in primere, ki so potrdili bistvo te doktrinarne razrešitve vprašanja.

⁸ Sodba ESČP v zadevi [Vavrička in drugi proti Češki republiki](#).

⁹ Glej tudi istovrstni argument Vrhovnega sodnika (in bivšega ustavnega sodnika) Jana Zobca, "[Nekdanji ustavni sodnik Zobec o zadržanju odloka s strani ustavnega sodišča: Žaljivo za zdrav razum](#)", Nova24tv, 2. 10. 2021.

današnje odločitvijo večina slovenskega Ustavnega sodišča pravzaprav svet poučuje o nekem novem pristopu, ki ga zdravstvena in ustavnopravna stroka razvitega sveta do sedaj ni poznala in ki teži do sedaj ustaljenih vrednot obrača na glavo. Težava je le v tem, da tega obrata večina ne obrazloži in ga tudi ni mogoče obrazložiti.

Ker zadržanje ukrepa po ustaljeni doktrini o začasnih zadržanjih ni mogoče, ukrep pa je vseeno zadržala, se je večina odločila vse zgoraj navedene protiargumente preprosto prezreti. Pri tem je morala tako daleč, da je celo zamolčala, kaj v resnici tehta na težji strani tehtnice (vrednota življenja in zdravja večjega števila ljudi sredi resne epidemije, ki seje smrt). Prikazala je, kot da so na tej strani tehtnice neke druge bolj plitke vrednote (delovanje državne uprave). Te so seveda prav tako tam, toda zgolj poleg in kot dodatek k osrednji in odločilni vrednoti življenja in zdravja večjega števila ogroženih soljudi sredi epidemije.¹⁰

Posledice takšnega argumentativno nekorektnega pristopa neizogibno žal vselej doletijo tudi institucijo kot tako in se med drugim kažejo v do sedaj izraženi strokovni kritiki Ustavnega sodišča s strani številnih vrhunskih strokovnjakov ustavnosodnega področja. Eden teh (vrhovni sodnik in bivši ustavni sodnik) je konkretno odločitev označil za argumentativno tako očitno zmotno, da je "žaljiva za zdrav razum".¹¹ Drugi (bivši ustavni sodnik in sodnik Evropskega sodišča za človekove pravice) za "vsebinsko povsem prazno", pri čemer bistvo tehtanja, ki umanjka, večina po njegovi oceni nadomesti z nepovezanim nizanem nerelevantnih paragrafov ali "pravno žvarovno".¹² Prvi predsednik Ustavnega sodišča pa se je zoper podoben način odločanja Ustavnega sodišča v zadnjem času (današnji primer sodi v niz več argumentativno podobnih primerov) obregnil z oceno, da gre za "sosledje sorazmerno resnih napak, pomanjkljivosti, zgrešenih odločb ... zlasti v zvezi z razumevanjem vloge Ustavnega sodišča v zdravstveni krizi, ko presoja zadeve, ki so tako eminentno izvršilno oblastne ... Tu je bilo Ustavno sodišče celo leto aktivistično na napačnih osnovah", odmaknjeno od uveljavljene ustavnosodne presoje. Ocenil je celo, da je Ustavno sodišče "zlorabilo pravo".¹³

¹⁰ Morebitni izgovor večine, da bi morala Vlada sprejeti obvezno cepljenje za vse državljane in državljane, ne samo tiste v državni upravi, očitno ne vzdrži. Kot smo videli, je skladen z načelom sorazmernosti ravno postopen pristop – da oblast najprej poskuša z bolj omejenimi posegi in te nato po potrebi, če se stopnja precepljenosti še vedno prepočasi vzpenja, širi še na preostale oblastne in morda neoblastne dele družbe. Ob tem ima eksekutiva prav v svojih vrstah kot delodajalec največ pristojnosti kot tudi odgovornosti, da svoji politiki boja z epidemijo z zgledom in učinkovito sledi najprej v lastnih vrstah, šele nato pa po potrebi obremeni tudi ostale oblastne in neoblastne dele družbe. Enako postopno pot ubira ostali razviti svet.

¹¹ Vrhovni sodnik Jan Zobec, glej opombo 9.

¹² Prof. dr. Boštjan M. Zupančič, Tema dneva, Nova24TV, 30. 9. 2021.

¹³ Prof. dr. Peter Jambreč, [30 let Ustavnega sodišča](#), omizje na RTV Slo.

Sam na podlagi zgoraj utemeljenega v ločenem mnenju ocenjujem, da večina v tej zadevi ni sledila ustaljeni doktrini, ki se v ustavnosodni presoji uporablja v primerih začasnega zadržanja. Sprejela je odločitev, ki je v okviru ustaljene doktrine ni mogoče konsistentno obrazložiti na noben način, ob tem pa odklonov niti ni skušala pojasniti niti odgovoriti na resnični srž protiargumentov. Toda sojenje na podlagi ustaljene doktrine je edino, četudi ne popolno, zagotovilo, da sodnik prepreči vdor (zavedno ali nezavedno) nepravnih dimenzij v svoje tehtanje in odločanje. Ob svoji izvolitvi v Državnem zboru sem prisegel, da bom sodil po Ustavi in ravnal po svoji vesti, zato sem – tudi tu – dolžan svojo iskreno oceno: da v tem primeru razlogovanje večine ni v skladu z ustaljeno ustavnosodno doktrino, temveč z vzgibi izven prava, ki merijo učinke odločitve v politični areni.

Dr. Dr. Klemen Jaklič
(Oxford ZK, Harvard ZDA), l.r.
Sodnik