



**Številka:** U-I-210/21-27

**Datum:** 6. 12. 2021

## **ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. ROKA SVETLIČA K ODLOČBI ŠT. U-I-210/21 Z DNE 29.11.2021**

### ***Salus populi suprema lex esto*<sup>1</sup>**

Tako pri tej inačici odločbe kot tudi pri prejšnjih se je večina sodnikov nagibala k ugotovitvi kršitve načela legalitete. Ustavno sodišče je zdaj odločilo, da izpodbijani Odlok "ni bil sprejet v skladu z zakonskimi zahtevami oziroma pogoji, ki jih za določitev cepljenja zaposlenih določa 22. člen v zvezi s 25. členom ZNB. Zato je presodilo, da je 10.a člen Odloka v neskladju z drugim odstavkom 120. člena Ustave" (24. točka obrazložitve).

Gotovo so mnogi očitki glede kvalitete pravnega odzivanja na pandemijo upravičeni. Odloki so pogosto nepregledni, za uporabnike težko razumljivi in neredko sprejeti zadnji trenutek. Tudi izpodbijani odlok, ki predpisuje strožji pogoj PC za "zaposlene v organih državne uprave" s sklicevanjem na "zagotavljanje nemotenega delovanja države" (prva alineja 10.a člena), je v tem smislu prepričljiv le do neke mere. Velik del zadreg pri odzivanju na pandemijo izhaja tudi iz okoliščine, da Državni zbor (še) ni sprejel zakona, v katerem bi celostno uredil materijo (tako kot denimo avstrijski *COVID-19-Maßnahmengesetz*), ki jo novo nastale razmere naslavlja.

Toda pri presoji ustavnosti izpodbijanega odloka se je potrebno tematiki posvetiti skozi natančno določeno optiko. Ne gre za opredeljevanje glede tega, ali so neke pravne rešitve boljše ali slabše. Ali celo katastrofalno slabe. Ugotovitev protiustavnosti nekega predpisa je za pravni red izreden dogodek, je simbolni pritisk na rdeči gumb, ki blokira sicer nujne procese v pravnem organizmu. Ne sporoča, da je nek predpis slab, nepregleden, nomotehnično nedomišljen itd., pač pa da bi njegova (nadaljnja) veljava vodila v negacijo ustavno zaščiteneh pravnih dobrin ter da je zato nasproten temeljnemu aksiološkemu soglasju družbenega sobivanja.

---

<sup>1</sup> Cicero: *De Legibus*.

Kot vsako ustavno določilo, ima tudi 120. člen Ustave več pomenskih plasti. Med njimi je najpomembnejša varovalka, ki preprečuje, da bi (izvršilna) oblast zdrsnila v avtoritarno zlorabo samovolje. Z drugimi besedami, od J. Locka dalje je spoštovanje načela delitve oblasti nepogrešljivi pogoj, da *postestas* ne postane gola *violentia*.

Zato je pri presojanju ustavnosti izpodbijanega odloka treba upoštevati tudi okoliščino, ali si izvršna oblast z njegovo implementacijo širi (politično, ekonomsko, simbolno) moč. V izpodbijanemu odloku je po mojem mnenju težko prepoznati instrument za utrjevanje oblasti. Če ne drugega, je ta odlok *a priori* nepriljubljen pri skoraj polovici prebivalcev, ki se niso odločili za cepljenje. Poleg tega v njem izvršna oblast ureja režim na delovnem mestu izključno za svoje zaposlene. Drugače bi bilo, če bi šlo za predpis, ki bi, denimo, spreminjal načrt porabe javnih sredstev ali vpeljal kakšen populistično všečen ukrep. Nasprotno, gre za ukrep – z njegovo strategijo se lahko strinjamo ali ne –, ki je sprejet v neizpodbitni nuji po zavarovanju temeljne ustavne vrednote: človekovega življenja.

In prav ta ustavna vrednota je v odločbi povsem prezrta, omenjena ni niti z eno besedo. Dnevno število žrtev pandemije je lani skorajda že doseglo povprečno število žrtev v drugi svetovni vojni, če damo vse ostalo – od težkih posledic za zdravje, prek blokade zdravstvenega sistema, pa do splošnega družbenega krča – na stran. Prav v okoliščini, da ustavna presoja dosledno prezre razmere, v katerih so ogrožene najbolj temeljne ustavne dobrine, je po moji presoji iskati vzrok, da je k zadevi pristopila na napačen način.

Samoumevno je, da še tako težke razmere ne morejo podeliti izvršilni oblasti *carte blanche*. Toda uporaba merila, po katerem presojamo, ali so pravi akti izvršne veje oblasti skladni z zakonsko podlago, ne more mimo upoštevanja smotrov, ki so bili razlog za sprejetje teh aktov. To je na prvi pogled v nasprotju s pojmovanjem prava kot objektivnega normativnega sistema, kjer življenjske okoliščine pravnega subjekta ne smejo vplivati na pravno kvalifikacijo njegovih ravnanj. Upravna enota, na primer, pri izdaji gradbenega dovoljenja ne upošteva, v kakšni stanovanjski stiski se nahaja stranka. Če vloga izpolnjuje pogoje, ga izda, sicer ne.

Toda ustavnosodno presojanje je drugačno. Ne deluje kot pravno rezilo, ki nek pravno-nekorekten predpis loči od pravno-korektnih in ga razglasi za (pravni) nič. Preden presodi pravno korektnost nekega predpisa, mora Ustavno sodišče določiti pomen merila, tj. ustavnega določila, po katerem se bo ta predpis presojalo. Akt presojanja in proces določitve merila presojanja sta tu neločljiva.

Tisto, kar bo "odrezano", tj. razglašeno za protiustavno, ni goli (pravni) nič, ki se ga lahko mirno vrže v brezno pravne irelevantnosti. Ne glede na to, ali se ugotovi protiustavnost nekega predpisa, je bil ta pri interpretaciji merila že upoštevan in tako ustavno pripoznan – četudi je bil nato v imenu prav tega merila ocenjen kot protiustaven. Upoštevati moramo, da je od predpisa, ki ga Ustavno sodišče presoja, pogosto odvisna usoda mnogih ljudi. Zato Ustavno sodišče ne razsoja po metafori rezila, pač pa po metafori

tehtnice. Merilo, ki bo ločilo ustavnoskladno od protiustavne rešitve je vselej rezultat tehtanja, interpretacije. In ne vnaprejšnji instrument za mehansko ločevanje med "prav" in "narobe".

Narobe je v interpretativnem angažmaju videti potvarjanje ustavnih določil oz. izogibanje volji ustavodajalca. Ali celo skrito tautologijo, ki skrha normativni potencial prava, kot uči Alf Ross. Ustavnopravni diskurz nima na voljo pravnega silogizma, ki je sicer zanesljiv in čvrst pojmovni aparat pri uporabi prava. Resda govorimo o zgornji in spodnji premisi, toda to nista elementa v deduktivnem mehanizmu. Premisi le začrtata hermenevtični horizont, ki je izhodišče za iskanje tistega pomena ustavnega določila, ki bo zaščitilo (kompetitivne) pravne dobrine v največji meri.

Tak pristop ni sumljiva izjema v ustavnopravnem odločanju, pač pa njegovo najizvirnejše jedro. Primerov ni treba iskati daleč, svojevrstna ironija je, da zadevna odločba dolguje svoj obstoj prav takemu načinu pravnega mišljenja, ki ga sama zavrača. Ustavno sodišče je pred letom dni v odločbi št. U-I-129/19 sledilo namenu 47. člena ZUstS in oblikovalo interpretacijo, po kateri lahko (ob določenih pogojih) sprejme v preizkus tudi tiste predpise, katerih veljavnost je izrazito vpeta v časovno omejene okvire. S tem je naredilo prav to, kar je bistvo ustavnosodnega diskurza: ob upoštevanju specifične narave presojanega predpisa (tj. njegove časovno omejene veljavnost) je interpretiralo merilo presojanja (47. člen ZUstS) tako, da je kar se da natančno sledilo njegovemu smotru, tj. možnosti nadzora nad drugima vejama oblasti. *Facit*: če bi Ustavno sodišče 47. člen ZUstS interpretiralo na način, ki ga je uporabilo v primeru izpodbijanega odloka, obravnava tega istega odloka sploh ne bi bila mogoča.

Načelnost in doslednost sta nepogrešljivi vrednosti sleherne uporabe prava. Toda v različnih situacijah imata različen pomen. V kazenskem pravu, denimo, je vztrajanje pri domnevi nedolžnosti točka, na kateri stoji in pade dostojanstvo celotne demokratične skupnosti. V tem primeru je dosledno pravno rezilo neskončnega pomena: nedolžnega ne smemo kaznovati pod nobenim pogojem, četudi bi iz tega izhajale izjemne, morda odrešeniške družbene koristi. Gre za načelo, ki ga strne rek, *fiat iustitia, et pereat mundus*. I. Kant zavrne barantanje z dostojanstvom človeka s kategoričnimi besedami: "*če se poslovimo od pravičnosti, ni več vredno, da človek živi na Zemlji*" (MetS, A 196).

Toda tako rezilo je na ravni ustavnega prava žal neuporabno. Ne izkazuje načelnosti in doslednosti v presojanju, nasprotno, že vnaprej se mu odreče: ne-glede-na-vse bomo vztrajali pri aplikaciji (kakor-koli-pač-že razumljenega) merila. In prav zaradi tega povsem izostane v odločbi vsaka beseda v zvezi z okoliščino, da se trenutno soočamo z nesprejemljivimi žrtvami pandemije. Kajti žrtvovanje "sveta" naj bi bilo povsem irelevantno, kadar je v igri "pravičnost".

Na osnovi povedanega menim, da ta odločitev ni pravilna. Seveda bi bilo sprejetje specifičnega COVID-zakona najbolj pregledna podlaga za vse tovrstne odloke. Toda če ne najdemo perfektnega prileganja izpodbijanega odloka z zakonsko podlago, še ne

pomeni, da take podlage ni. Lahko se nahaja v več zakonih, poleg tega je Ustavno sodišče že povedalo, da "izrecno pooblastilo v zakonu ni potrebno" (št. U-I-73/94, 19. točka obrazložitve) Načelo legalitete zahteva v prvi vrsti presojo, ali je "zakonsko pooblastilo izvršilni veji oblasti za izdajo upravnih aktov po vsebini, namenu in obsegu dovolj določno in omejeno, da je ravnanje uprave oziroma nosilcev javnih pooblastil v določenem obsegu za državljana predvidljivo" (št. U-I-71/98, 17. točka obrazložitve). Žal ni bilo več napora posvečenega interpretaciji drugih mest, ki lahko nudijo zakonsko podlago izpodbijanemu odloku. Zlasti, ker v 23. točki obrazložitve odločba eksplicitno zapiše: "V zvezi s tem Ustavno sodišče ponavlja, da zakonska podlaga za uvedbo cepljenja za zaposlene v Sloveniji obstaja".

Če upoštevamo stališče odločbe, 1) da obstaja zakonska podlaga za cepljenje, 2) da se človekove pravice izvršujejo neposredno na osnovi Ustave (15. člen), 3) da se soočamo s katastrofalno ogroženostjo temeljne ustavne vrednote, življenja, 4) da v izpodbijanem odloku ni mogoče prepoznati oblastnega ekspanzionizma izvršilne veje oblasti, 5) da je bila zadeva vzeta v obravnavo, ker je Ustavno sodišče v njej prepoznalo "posebno pomembno precedenčno ustavnopravno vprašanje sistemske narave" (11. točka obrazložitve odločbe), potlej je odločitev, ki jo prinaša ta odločba, težko razumljiva. Sporoča, da pravni red Republike Slovenije ta trenutek ne nudi nobene možnosti za spopadanje z dvomestnim številom žrtev dnevno. Vprašanje je, če taka interpretacija Ustave kaže naše pravo v "najboljši luči" (R. Dworkin).

dr. Rok Svetlič, l.r.  
Sodnik