



Številka: U-I-132/21-31

Datum: 15. 6. 2022

LOČENO MNENJE SODNIKA DR. RAJKA KNEZA K ODLOČBI ŠT. U-I-132/21 Z DNE 2. 6. 2022

I. Uvod

1. Od približno 900 zadev, v katerih je bilo treba presojeti t. i. protikovidne ukrepe, jih čaka na odločitev na Ustavnem sodišču še peščica. V preteklih več kot dveh letih sem pri odločanju o teh zadevah izkusil svojevrstno negotovost pri odločanju; še nikoli poprej se namreč nisem srečal z nekaterimi vprašanji, ki so jih spremljala. Nova so bila za vse, tako da niti ozira na odločitve drugih sodišč, ki nam pomenijo pri ustavnopravnih premislekih koristno primerjalnopravno informacijo, ni bilo. Zastavljalo se je na primer vprašanje, kako za situacije, ki niso vnaprej povsem predvidljive, ko je le malo znanstvenih dognanj in tudi tista, ki so, se (hitro) spreminjajo, niso zanesljiva, ko gre za strokovno nasprotujoča si stališča celo na svetovni ravni, ustavnoskladno uporabiti strogi test sorazmernosti za presojo ukrepov, ki so pomenili poseg v posamezno človekovo pravico ali temeljno svoboščino. Ali bi bil na mestu drugačen, tem razmeram prilagojeni test? Nadalje se je bilo treba spraševati, ali je legalitetno načelo (drugi odstavek 120. člena Ustave) v vseh primerih treba razlagati popolnoma identično ali pa opisane okoliščine negotovosti ter vnaprej strokovno nedorečenega ali nepreverenega ukrepanja vendarle upravičujejo drugačen pristop oziroma določeno fleksibilnost tudi pri uporabi tega načela.¹ Še preden se presoja vsebina, ali bi bilo treba pravni interes za pobudnike, ko gre za tako številne ukrepe, ki se nanašajo prav na vse posameznike, razlagati drugače, ožje, ne glede na to, da za izvedbo ukrepov izvršilne veje oblasti (vsaj za večino) ni bilo predpisanega posebnega upravnega postopka z izdajo posamičnega akta, kar bi vodilo do pristojnosti upravnih sodišč? Na ta in druga vprašanja sem si v času odločanja o t. i. kovidnih ukrepih

¹ Tudi v tem ločenem mnenju v nadaljevanju naslavljam vprašanje, koliko je Ustavno sodišče lahko zahtevno pri presoji izpolnjenosti zahteve legalitete. Teh vprašanj je bilo veliko, več kot jih lahko naslovim v ločenem mnenju. Npr. tudi: če je zakonodajalec preveč natančen, bo morda preveč omejil izvršilno oblast. Prav tako, ali ni zakonodajalec preveč oddaljen, prevelik, premalo strokoven? Tudi zakonodajalec ne ve, kako se bo epidemija razvijala. Je res prav, da v takih okoliščinah načelo legalitete razlagamo ozko, strogo? Vlada ima veliko odgovornost za pravočasno sprejemanje ukrepov, ki varujejo zdravje in življenja ljudi. Prav tako, dlje kot npr. trajajo epidemiološke razmere, večje težave ima. Zakonodajalec in sodišča so lahko pri tem tudi ovira. V mnenju pojasnujem, da pri maskah ne bi bilo tako, in podajam argumente, zaradi katerih sem odločitev podprl.

konsistentno odgovoril. V odgovore je bilo treba vpeti tudi posebne okoliščine te prav tako posebne epidemične situacije. Ta pogled, skladno z rekom *historia magistra vitae est*, mi je pomagal tudi pri odločanju v tej zadevi.

1. 1. Namreč, poleg že omenjenega nejasnega razvoja dogodkov, pogosto tudi nasprotujočih si znanstvenih dognanj glede bolezni COVID-19, tveganega upoštevanja in sklicevanja na nepreverjene, pa tudi na preverjene publikacije, kratek čas, v katerem so strokovne in znanstvene ugotovitve nastajale in se pogosto tudi ovrgle, je navzočih še nekaj drugih prvin, ki so onemogočale jasnost slike, ki naj bi si jo sodnik zase "izrisal" do te mere jasno, da je lahko prepričan v smer odločanja in v svojo odločitev.

1. 2. Najprej, gre tudi za element povezanosti stroke in političnih odločitev,² ki so prav tako morala usklajevati na eni strani strokovna priporočila in na drugi številne druge interese, torej poleg epidemioloških in zdravstvenih, tudi ekonomske, sociološke oziroma družbene, javno-finančne itd. V tem tehtanju pogosto nasprotujočih si interesov so se stalno postavljala vprašanja še dopustnih mej poseganja v človekove pravice in temeljne svoboščine ter s tem tudi doslednosti in države Ustavnega sodišča, ko je te ukrepe presojo. Koliko manevrskega prostora dopušča Ustava, koliko je razlaga Ustave lahko prožna, kje je meja fleksibilnosti, ki jo Ustava v takšnih izrednih okoliščinah dopušča, itd., so bila zame vprašanja, kot rdeča nit pravzaprav pri sprejemanju vsake odločitve o t. i. kovidnih zadevah. K temu pa v isti sapi dodajam še dodatno prvino, ki je nisem pričakoval na začetku epidemije, pa se je kmalu izkazala za pomembno. To je odnos Državnega zbora in Vlade do vzpostavljanja zakonskih podlag, ki bi pomenile tako ustavnopravne temelje kot tudi okvirje za delovanje izvršilne veje oblasti.³ Celotno obdobje epidemije ni prišlo do *tistih* zakonskih sprememb, ki bi naslavljalale podlago za ukrepanje za nalezljivo bolezen COVID-19. Podlage v *Zakonu o nalezljivih boleznih*⁴ so bile pripravljene za številne nalezljive bolezni, ne pa za pandemijo in epidemijo COVID-19. Odločitve Ustavnega sodišča o protiustavnosti zakonske ureditve, ki so zahtevale odziv zakonodajalca, vse do danes niso spoštovane.⁵ To pomeni, da zakonodajalec ne spoštuje svojih

² Menim, da je epidemija nenaravno združila oz. kar pomešala medicinsko stroko, politiko in pravo. Vse je bilo prepleteno, brez jasne ločnice, in vse se je dogajalo hkrati. Običajno raziskovanje v medicini potrebuje določen čas (leta ali celo desetletja), znanstvene potrditve in šele nato sledijo oblastne odločitve in ob tem (ter na podlagi stroke) pravo postavlja meje. Epidemija pa je to običajno postopanje naredila istočasno in hkrati nejasno, kajti že iz same stroke (prvi korak) so prihajala nasprotujoča si sporočila. Vse, kar je sledilo (tudi odločitve oblasti), zato izvirno nosi določen dvom. Kot pojasnujem na koncu mnenja, bi to moralo pomeniti smer k iskanju več legitimnosti, to je večjo in ne manjšo angažiranost prava in tudi zakonodajalca.

³ Naj spomnim: drugi odstavek 120. člena Ustave določa pogoj *podlage* in *okvirjev*. Glasi se: "Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov." V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo navedeno zavezuje tudi Vlado.

⁴ Zakon o nalezljivih boleznih, Uradni list RS, št. 33/06 in nasl. – v nadaljevanju ZNB.

⁵ Kar je prav v vsakem primeru posebej groba kršitev načel pravne države in delitve oblasti, na kar Ustavno sodišče že zelo dolgo opozarja.

ustavnih obveznosti. Med obdobjem epidemije je postalo jasno celo to, da ne moremo govoriti niti o iskrenih prizadevanjih, da bi bile spoštovane. Kot je brez zadržkov, po edinem predlogu sprememb ZNB, zahtevanih z odločbami Ustavnega sodišča, v Državnem zboru 20. 12. 2021 povedal tedanji notranji minister ob svoji drugi interpelaciji: "*Ta Vlada se je vedno postavila na stališče, da je bolj pomembna vsebina, kot pa neka pravna formalnost*". Vendar ne gre in nikoli ni šlo za formalnost, ampak za samo vsebino, za bistvo vladavine prava v ustavni demokraciji.

1. 3. V takšnih okoliščinah je bilo Ustavno sodišče "stisnjeno v kot". O tem sem pisal že v ločenem mnenju k odločbi št. U-I-210/21 (3. točka in obe podtočki, ki sledita). Medtem ko so zakonodajalci v drugih državah zakonske podlage spreminjali skladno z značilnostmi nalezljive bolezni COVID-19 in tako omogočali ustavnoskladno delovanje izvršilne oblasti z ukrepi, ki so bili prilagojeni prav značilnostim te hude nalezljive bolezni in preprečevanju njenega širjenja, je v Sloveniji zakonodajalec v tem pogledu ostal pasiven. Poudarjam, v tem pogledu, kajti Državni zbor je deloval in sprejemal številne zakone. In poudarjam, ostali so pasivni vsi poslanci oziroma poslanske skupine, ne le koalicija, kljub temu da ima po Ustavi vsak poslanec pravico predlagati zakon. Enako pasivna v tem pogledu je ostala tudi Vlada kot prav tako ustavno določena predlagateljica zakonov. Skladno z 88. členom Ustave namreč zakone lahko predlaga Vlada ali vsak poslanec. Skladno s 87. členom Ustave pa pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb določa le Državni zbor z zakonom. Torej tudi prav vsi poslanci, ki so skladno z 82. členom Ustave predstavniki vsega ljudstva in niso vezani na kakršnakoli navodila, so imeli pravico in dolžnost (in jo še imajo) biti aktivni. Omenjene pravice in obveznosti državljanov so v epidemiji še toliko bolj poudarjene, kajti odsevajo odnos do drugega; epidemija namreč ni stvar posameznika, ampak vedno stvar skupnosti kot celote.⁶ Ob takšni neaktivnosti se razveljavitev še tistih obstoječih določb ZNB, ki lahko tvorijo neko širšo, abstraktnejšo podlago za delovanje izvršilne oblasti, ni kazala kot ustrezna možnost. S kritikami, ki od Ustavnega sodišča zahtevajo prav to, se zato ne morem strinjati. V epidemiji razveljaviti še tisto nekaj obstoječe zakonske podlage, bi lahko povzročilo še več težav, saj izvršilna oblast ne bi imela niti omenjenih podlag. Da bi to morala biti "cena" za "pritisk" na zakonodajalca, pa bi bilo neskladno s temeljnimi načeli delovanja pravne države. Tako Ustavno sodišče ne sme ravnati. Ko Ustavno sodišče odloči, da je nek zakon protiustaven in zahteva od zakonodajalca ustrezno ravnanje, bi to moralo v vsaki državi, ki temelji na načelu delitve oblasti, v kateri se spoštujejo človekove pravice in temeljne svoboščine in v kateri je uveljavljena vladavina prava, torej v državi z ustavno demokracijo zadostovati.

1. 4. Položaj Ustavnega sodišča je bil nevsakdanji tudi zato, ker je med vrhuncem epidemije za posamezne ukrepe, za katere bi (vsaj sam) presodil, da pomenijo po

⁶ Prim. tudi odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-83/20 z dne 27. 8. 2020 (Uradni list RS, št. 128/20, in OdlUS XXV, 18), 43. točka obrazložitve, in št. U-I-793/21, U-I-822/21 z dne 17. 2. 2022 (Uradni list RS, št. 29/22), 62. točka obrazložitve.

vsebinski nujne, primerne in sorazmerne v ožjem smislu posege v človekove pravice, morale ugotoviti protiuustavnost predpisa samo zato, ker ni bilo spoštovano načelo legalitete. S tem seveda Ustavno sodišče ne "nagaja" Vladi, kar je bilo mogoče slišati v kritikah, ampak varuje ustavnost, k čemur smo se ustavni sodniki zavezali s prisego. Tudi o tem sem že pisal v ločenem mnenju k odločbi št. U-I-210/21 in se opredelil do očitka (tudi članov Strokovne skupine za zajezitev in obvladovanje epidemije COVID-19), ker, o tem sem popolnoma prepričan, težava seveda ni v delovanju Ustavnega sodišča, ampak je pri tistih, ki ne izpolnjujejo svojih ustavnih obveznosti.

II. O načelu legalitete

2. V takšnih okoliščinah je torej Ustavno sodišče ne le odločalo in sporočalo drugima vejama oblasti in javnosti, da protiuustavno umanjajo ustrezno določne zakonske podlage (v skladu z ustavnim načelom legalitete) za izvršilne predpise, ampak tudi presoјalo ukrepe (kadar je bilo zahtevi legalitetnega načela zadoščeno in so ukrepi pomenili posege; in večinoma je bilo tako) – ali so bili skladni z določeno človekovo pravico ali temeljno svoboščino, upošteva je pri tem ustaljena merila t. i. strogega testa sorazmernosti. Nisem se vedno strinjal z večino, niti pri oceni o neskladju z načelom legalitete iz drugega odstavka 120. člena Ustave, niti z vsemi koraki strogega testa sorazmernosti v posameznih primerih. Prav tako se nisem strinjal s pristopom glede odločitev o presoji ne več veljavnih odlokov, ki jim je Ustavno sodišče dalo učinek razveljavitve (torej z učinkom na posamezne primere v postopkih za nazaj), pri čemer tega ni storilo za veljaven odlok s podobno ali enako vsebino.⁷

2. 1. Tudi v obravnavani zadevi je vprašanje razumevanja legalitete v ospredju oziroma nosilni razlog ugotovitve protiuustavnosti izpodbijanih odlokov.⁸

2. 2. Glede razumevanje legalitete in kako določna mora torej biti pravna podlaga v zakonu, nudeč temelj in okvir, torej tako *podlago* kot tudi *domet in meje* podzakonskega predpisa, sem sam ves čas odločanja o t. i. kovidnih zadevah zastopal stališče, da ta ne more biti tako določna kot na primer v kazenskem pravu,⁹ čeprav so lahko ukrepi strogi in močno omejujejo določeno človekovo pravico ali temeljno svoboščino, na primer svobodo gibanja. Zastopal sem stališče, da je na področju urejanja nalezljivih bolezni, še posebno v obdobju, ko ni

⁷ Več o tem bom povezal z 2. točko izreka tokratne odločbe in pojasnil, zakaj sem jo podprl.

⁸ Preden pojasnim razumevanje načela legalitete, omenim še, da se Ustavno sodišče nikoli prej ni toliko ukvarjalo s tem načelom kot v zadnjih dveh letih. Seveda ni malo ustavnosodne presoje o drugem odstavku 120. člena Ustave, a nikoli prej nismo dejansko vsak mesec, ob vsaki presoji t. i. protikovidnih ukrepov trčili ob nezadostno pravno podlago. Res je, da nikoli prej tudi ni bilo v kratkem obdobju sprejetih toliko podzakonskih aktov (odlokov); seveda, pozitivna dolžnost države, da varuje javno zdravje, je zahtevala ukrepanje. Ni težava v številnih odlokih, težava je bila v njihovi zakonski podlagi, torej v tem, ali so imeli ustavnoskladen temelj za urejanje ukrepov.

⁹ Prim. moji ločeni mnenji k odločbama Ustavnega sodišča št. U-I-79/20 in št. U-I-210/21.

preizkušenih znanstvenih dognanj in vedenja o določeni bolezni, zakonodajalec v situaciji, ko vseh ukrepov ne more natančno predvideti. Drugače na primer od kazenskega prava, ima ZNB opravka s pogledom *ex ante*, ne *ex post*, in tudi ta pogled, obrnjen v prihodnost, ni jasen. Poln je zgolj predvidevanj, ocen, ki niso natančne in preverjene. Tudi slednje je razlika od kazenskega prava, kjer je neko dejanje prepovedano ne glede na prihodnje nejasne okoliščine, dogodek pa je, ko ga presoja sodišče, stanje v preteklosti. Ti in drugi razlogi razlikovanj, o katerih pišem v ločenem mnenju k odločbi št. U-I-79/20, so me prepričevali, da je tudi na vprašanje določnosti, ki naj bi jo zahtevala legaliteta, treba gledati s pravo mero, dovolj prožno. Ne gre zahtevati najstrožjih kriterijev v situaciji nejasnih razmer nalezljive bolezni. Ustava legalitete res ni različno zapisala za različna področja prava, vendar pa je, tako kot pri vsaki drugi določbi Ustave, še posebej tistih o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, v njej glede na vse vrednote, lahko tudi nasprotujoče si, ki jih varuje, dovolj prostora za razlago, ki bo ustrezno naslavljala posamezne posebne okoliščine ali med seboj po naravi stvari različna področja urejanja.

2. 3. Vendar je treba, ne da bi zmanjšal pomen pravkar zapisanega, upoštevati še eno značilnost epidemije bolezni COVID-19. To je časovna komponenta. S časovnega vidika oziroma upošteva časovno prvino ne gre za nalezljivo bolezen, ki bi se pojavila, bila intenzivna in potem kmalu izginila oziroma bila premagana. Epidemija te bolezni, četudi ne v vsem obdobju uradno razglašena, je trajala več kot dve leti. To je dolgo obdobje in soočeni smo bili z omejevalnimi ukrepi, ki so s potekom časa pridobivali na intenzivnosti. Kot je Ustavno sodišče zapisalo že v odločbi št. U-I-83/20, ukrepi s potekom časa postanejo invazivnejši.¹⁰ Ko je tako in ko je v tem časovnem obdobju zakonodajalec lahko aktiven, se pomembno spremeni tudi percepcija – ne gre več zgolj za *ex ante* nejasen pogled, kot pišem zgoraj, temveč slika postaja vedno jasnejša, vedno več se ve tudi o vprašanih, kakšni ukrepi so primern(ejš)i, in vsaj na abstraktni (zakonski) ravni je mogoče izvršilni oblasti podati ustreznejše pravne podlage. Prav to je bilo tisto, kar so zakonodajalci v drugih državah naredili. Soočeni smo torej s spremenjeno situacijo: vedno invazivnejši ukrepi na eni strani in neaktivnost zakonodajalca na drugi. Ali je torej mogoče, da s potekom časa na vprašanje legalitete gledamo z različnimi kriteriji? Menim, da odgovor ni pritrdilen v običajnih okoliščinah v tako specifični situaciji, kot je epidemija, ki preseneti in zahteva hitre reakcija na začetku, čez čas pa teh posebnih značilnosti ni več, tedaj pa takšen začetni odgovor postane nevzdržen, zato mora biti pritrdilen. Situacijo iz marca in aprila 2020 (12. 3. 2020 je Vlada razglasila epidemijo), ko je dejansko bilo treba zaustaviti javno življenje in pogostost medsebojnih stikov, ne moremo primerjati s situacijo čez eno ali dve leti. S potekom časa smo o bolezni COVID-19 vedeli vedno več, imeli smo se čas prilagoditi, ustrezno organizirati osebna življenja, delovanje institucij, podjetij

¹⁰ Glej 57. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-83/20.

oziroma gospodarskih družb itd. Državni zbor je imel tudi čas pripraviti ustrezne zakonske podlage.

2. 4. Ob tem je pomembna tudi percepcija omejujočih ukrepov v javnosti. Kot pišem v ločenem mnenju k odločbi št. U-I-210/21, je s potekom časa in vse večjo invazivnostjo ukrepov prihajalo tudi do vse več pomislekov. Večji demokratični diskurz in vključitev Državnega zbora, kjer so predstavniki ljudstva, bi povečala ne le legitimnost takšnih ukrepov, temveč tudi njihovo sprejemanje med ljudmi. Ukrep nošenja maske je bil najdlje zahtevan, hkrati pa ni mogoče reči, da sam po sebi ni prav nič invaziven. Še invazivnejši pa postane, ko se mora masko uporabljati po več ur skupaj, dan za dnevom.¹¹

2. 5. Argumentacija, da je to omilitelj prepovedi svobode oziroma omejitev svobode gibanja in da je zato vprašanje pravne podlage odrinjeno, me ne prepriča. Zgolj zato, ker se določena človekova pravica ali temeljna svoboščina omeji, nato pa se omejitev ublaži z nekim ukrepom, ta sam po sebi še ne izgubi niti potrebe po presoji, ali je bila v času njegove veljavnosti spoštovana legaliteta. Celo več, tudi takšen omejitveni ukrep je lahko poseg v človekovo pravico ali temeljno svoboščino. Spoštovanje legalitete, seveda, ni pogojeno s kvalifikacijo ukrepa kot posega v določeno človekovo pravico ali temeljno svoboščino, vendar nam vseeno ta pot razlage lahko služi za prikaz nevzdržnosti stališča, da omilitveni ukrepi omejitve neke pravice niso podvrženi zahtevi legalitetnega načela. Če je Ustavno sodišče za številne, po mojem mnenju celo manj invazivne ukrepe, kot je nošenje maske, že odločilo, da gre za omejitve splošne svobode ravnanja (odločba jih našteva v 27. točki obrazložitve), v odločbi št. U-I-793/21, U-I-822/21 pa je Ustavno sodišče tudi za hitro antigensko testiranje, ki traja nekaj sekund, odločilo, da je poseg v telesno integriteto posameznika, potem bi sam enako presodil za obveznost nošenja maske (pri tej oceni izhajam predvsem iz primerov, kjer je bilo treba masko nositi dlje časa). Ko je tako in ko je s potekom časa ukrep postal še invazivnejši, je potreboval določno pravno podlago v zakonu (na podlagi demokratičnega diskurza torej, v parlamentu in tako legitimiran) in tega ga lastnost, da gre za omilitveni ukrep, ki omogoča svobodo gibanja, ne razreši. Ob tem velja pripomniti, da nošenje maske ni bilo zahtevano le za gibanje, temveč tudi za opravljanje določenih del, službenih obveznosti itd. Dodatno, številni ukrepi so bili kaskadne narave, kar pomeni da so bili eni manj omejujoči kot drugi, ali so bili alternativni, celo izključujoči (en ukrep je izključil drugega), in nič od navedenega ne pomeni, da ne bi bilo treba vsakega ukrepa samega zase presojati tako z vidika legalitete kot tudi z vidika strogega testa sorazmernosti; pred tem je seveda vpliv drugih ukrepov pomemben in vpliva na primer na posamezne korake testa. Ni pa tako pri legaliteti.

¹¹ Zadržan pa sem do ukrepa za razkuževanje rok. Raje bi videl, da obeh ukrepov ne bi presojali skupaj, temveč ločeno.

2. 6. Številne okoliščine začetnega obdobje epidemije (naštevam jih v 1. točki tega ločenega mnenja in v opombi št. 1) so ali prenehale ali jih ni bilo več ali bile močno spremenjene. S tem pa je odpadla tudi tista potreba, o kateri pišem, po široki in precej prožni razlagi legalitete, ki bi po mojem mnenju morala biti značilna za začetno obdobje izbruha epidemije nalezljive bolezni COVID-19. Zakonodajalec je v ZNB, menim, razmišljal podobno. To izhaja iz 39. člena, predvsem iz njegovega drugega odstavka. Ta določa, da je treba o sprejetih ukrepih obvestiti Državni zbor. Celoten 39. člen ZNB pa je namenjen prav situacijam, ko vsi drugi ukrepi (v poglavjih 1–8) niso dovolj ali niso primerni za boj proti epidemiji. V 9. poglavju je torej 39. člen ZNB, ki je zapisan abstraktno, kot nekakšen izhod v sili ali pa kot nekakšna varnostna mreža, s katero se zajamejo ukrepi izvršilne veje oblasti, o katerih mora ta (logično nemudoma) obvestiti Državni zbor. To pomeni, da je sam zakonodajalec predvideval, da v nekem obdobju ob izbruhu epidemije Vladi zaupa (do neke mere; še vedno pa želi biti obveščen, očitno z namenom, da lahko po potrebi odreagira). Pomenljivo je predvsem dvoje; Državni zbor mora torej še vedno biti aktiven, torej tudi v začetnem obdobju, ampak *ex post* in umestitev 39. člena ZNB v zadnje poglavje pa pomeni, da poskuša delovati kot varnostna mreža. Tako sem razlagal v ločenem mnenju k odločbi št. U-I-155/20. To pomeni: ko začetne okoliščine prenehajo, tudi *ex ante* pasivnost Državnega zbora ni več na mestu. Še posebno težo zapisanemu je treba dati takrat, ko so za kršitve pravil predpisane sankcije kaznovalne narave (prekrški). V takšnih primerih je treba načelo legalitete nadgraditi z načelom zakonitosti v kazenskem pravu (*lex certa*). To pomeni, da dokaj abstrakten in nedorečen prvi odstavek 39. člena ZNB za konkretne ukrepe Vlade ne bo dovolj tudi iz razloga zahteve *lex certa*.¹²

III. Glede učinka razveljavitve odlokov

3. Podprl sem tudi 2. točko izreka, ker bi z vztrajanjem na stališču, ki sem ga izrazil že v ločenih mnenjih k odločbama št. U-I-79/20 in št. U-I-155/20, morebiti povzročil, da Ustavno sodišče te odločbe ne bi moglo sprejeti. Še vedno menim: kadar Ustavno sodišče sprejme pobudo za ustavnosodno presojo podzakonskega akta, ki več ne velja, torej iz razlogov posebej pomembnega precedenčnega vprašanja (kot je Ustavno sodišče to prvič odločilo glede te procesne predpostavke v zadevi rebalansa proračuna¹³), za katerega obstaja razumna možnost, da se njegova ureditev ponovi, je smiselno odločanje zaradi sporočila za naprej, kako naj se torej postopa takrat, ko se bodo lahko primerljive okoliščine ponovile in s tem tudi potreba po takšnih ukrepih. V takšnih primerih se za odločanje z učinkom za nazaj odmaknemo od razloga za sprejetje pobude in torej

¹² In se v tem pogledu strinjam s sodbo Vrhovnega sodišča št. IV Ips 10/2021 z dne 21. 9. 2021, ki prav tako 2. točke prvega odstavka 39. člena ZNB (omejevanje gibanja), kljub njeni pomenski nedoločeni, ni moglo širše razlagati. Toliko bolj, kajti odločalo je o kazenskopravni sankciji in pred tem ugotovilo tudi, da določba ne ustreza zahtevi *lex certa*.

¹³ Tako Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-129/19 z dne 1. 7. 2020 (Uradni list RS, št. 108/20), 43. točka obrazložitve, nato pa je ta pristop ponovilo najprej v t. i. kovidnih odločbah št. U-I-83/20 in št. U-I-79/20 z dne 13. 5. 2021 (Uradni list RS, št. 88/21).

zanemarjamo procesno predpostavko, zaradi katere se z vsebino sploh ukvarjamo. Še posebno v primerih, kjer imamo situacijo ne več veljavnih odlokov in hkrati tudi veljavnega odloka z enako ali podobno vsebino (kar je bilo pri ekonomskih ukrepih pogosto), pa za neveljavnega ugotovimo protiustavnost z učinkom razveljavitve, za veljavnega pa ne, sporočimo javnosti nasprotujočo si odločitev: kar je veljalo v preteklosti, je protiustavno in je "razveljavljeno z učinkom za nazaj", to "enako", kar velja zdaj, je pa v redu. Ostajam pri takšnem stališču, vendar pa sem ocenil, da je v obravnavanem primeru pomembnejše, da se odločba izda oziroma sprejme in se zakonodajalcu, izvršilni veji oblasti in javnosti sporoči naša odločitev.¹⁴

IV. Pravo ureja medčloveške odnose, najboljčutljivejše tkivo družbe

4. Ustreznost zakonske podlage ni sama sebi namen. Vključevanje zakonodajalca prav tako ne. Ne da bi se spuščal globlje v smisel načela delitve oblasti, demokratičnost, ki jo zasleduje, samovoljo določene veje oblasti, ki jo prepoveduje oziroma onemogoča, se osredotočim na vidik vloge prava pri urejanju medčloveških odnosov in ga poskušam umestiti v ustavnopravni kontekst.

4. 1. Če so maske res takšna osnova boja proti epidemiji, da zanjo ni treba niti ustrezne pravne podlage, kako je mogoče, da so vendarle naletele na toliko odpora v javnosti in vplivale na medčloveške odnose. Mar ni vloga državnih institucij in prava tudi pojasniti neko nujno delovanje, obnašanje, aktivnost in mar ni naloga prava podati občutek varnosti posamezniku tudi in predvsem v okoliščinah, ko je vse nejasno, ko, kot pišem na začetku tega mnenja, stroka (medicina) pošilja v javnost različne nasprotujoče si informacije, ko te razdelijo tudi pravnike in pravo in je pravzaprav potreben le izredno majhen korak k delitvi javnosti?

4. 2. Mar ni vloga prava urejati medčloveške odnose kot najbolj občutljivo tkivo družbe? Zakaj se je torej ves čas vztrajalo (in se še) v smeri iskanja drobcev po ZNB in ostalih predpisih, kje je kakšen stavek, kakšna beseda v kakšnem členu, ki bi jo z najbolj možno široko razlago lahko še interpretirali kot pravno podlago za delovanje izvršilne veje oblasti? Zakaj se je torej neetično in tehnično kot s povečevalno lupo iskalo, kje bi se lahko v zakonodaji našlo še tako nedorečene in od predmeta odločanja oddaljene pravne podlage? Zakaj se je ognilo Državnemu zboru? Zakaj se je temu ognil prav vsak posamezen poslanec kar sam? Vse drugo je lahko bilo predmet razprav in sprejemanja predpisov v Državnem zboru, a le te teme, ki so se nanašale na najbolj temeljna in ključna družbena vprašanja preteklih dveh let, ki bi nas morala usmeriti na pot proč od individualizma in delitev, ki bi nas morala poenotiti in sporočiti, da je bistvo boja epidemije v složnosti, v skupnem

¹⁴ Ni tako redko, da se moramo sodniki odločiti, ali bomo vztrajali pri svojih stališčih, ali pa, kadar je jasno, da smo ostali v manjšini ali celo osamljeni, kot v konkretni zadevi, damo prednost možnosti, da Ustavno sodišče odločitev sprejme, in se zato pridružimo večini. V takšnih primerih se ločeno mnenje pokaže kot pomembno tudi s tega vidika, da sodniku omogoči pojasnilo, zakaj je pri tej odločitvi odstopil od svojega prejšnjega stališča.

delovanju in skrbi, tudi empatiji do drugega in za drugega; ničesar od tega se ni želelo nasloviti.

4. 3. Ponotranjanje pravil je težje, če izhajajo iz samovolje izvršilne veje oblasti. Ali bi bilo z več spoštovanja ukrepov več rešenih življenj, ni primerno ugibati, vem pa, da pravila Vlade, za katere zakonodajalec ne poda podlage, pomenijo samovoljo, ta pa postane politično vprašanje in (tudi zato) hkrati rojeva odpor. Zavedajoč se, kako hitro se lahko sodnikove besede razumejo kot pristranske obtožbe, vendarle objektivno in popolnoma *sine ira et studio* nisem pripravljen iskati nekih nejasnih in oddaljenih pravnih podlag, pristajati na razlage t. i. *salami slicing* pristopa (tj. omilitev prepovedi gibanja ne potrebuje spoštovanja legalitete ali pa da je maska del svobode gibanja itd.). (Samo)izločitev Državnega zbora iz odločanja o t. i. protikovidnih ukrepih (in s tem pomanjkanje ustrezne vzpostavitve določnih zakonskih podlag) je bila velika napaka, velika črna pika v boju proti epidemiji, ki je zgodovinsko neprimerljivo zaposlovala Ustavno sodišče in posledično tudi povzročila zaostanke pri drugih zadevah. Ni bilo le očitno protiustavno. Bilo je zelo neodgovorno.

dr. Rajko Knez
Sodnik