



Številka: U-I-79/20-30

Datum: 31. 5. 2021

**DELNO ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNICE
DR. DUNJE JADEK PENZA
K ODLOČBI ŠT. U-I-79/20 Z DNE 13. 5. 2021**

Strinjam se z izrekom, kolikor se nanaša na presojo izpodbijanega zakona ter z načinom izvršitve te odločitve. To, s čimer se nisem mogla strinjati, so nosilni razlogi. Razhajanj glede teh ne bi mogla preseči s pritrdilnim ločenim mnenjem.¹

Menim, da večina na zakonodajalca naslavlja zahteve, ki niso realne. Na primer, ob zahtevi, da zakonodajalec »dovolj natančno opredeli dopustne načine oziroma vrste, obseg in pogoje omejevanja svobode gibanja in pravice do zbiranja in združevanja,«² ne obrazloži, s katero raziskovalno metodo naj se zakonodajalec pri neznanem nalezljivem boleznem dokoplje do spoznanj o lastnostih te bolezni, njenih nevarnostih za življenje in zdravje ljudi, njenem širjenju in možnostih njenega zdravljenja, ki mu bodo omogočile izpolnitev navedenih kriterijev iz zahteve.

V razlogih zaznavam razcepljenost pravnega učinka ugotovitvene odločbe, kolikor se nanaša na presojo zakona. Na eni strani je z Ustavo skladno upoštevati (tudi) v sodnih postopkih protiustavni določbi zakona in podzakonske predpise, veljavne ob začetku učinkovanja odločbe ali sprejete v prihodnosti na njuni podlagi, ker je to potrebno zaradi varstva življenja in zdravja ljudi (v nadaljevanju prvi primer).³ Na drugi strani to ne velja za izpodbijane odloke (našteti so v 6. točki izreka; v nadaljevanju drugi primer). Ker temeljijo na protiustavnih določbah zakona, se jim spodmakne veljavnost (v 7. točki izreka). Iz odločbe namreč izhaja, da je ugotovitev njihove neustavnosti *avtomatična* posledica ugotovitve neustavnosti izpodbijanih

¹ Izrek in obrazložitev odločbe vedno pomenita celoto, zaradi česar veže ne le izrek, temveč vežejo tudi razlogi in stališča, vsebovani v obrazložitvi. Primerjaj z odločbo Ustavnega sodišča št. Up-2597/07 z dne 4. 10. 2007 (Uradni list RS, št. 94/07, in OdlUS XVI, 108), 6. točka obrazložitve.

² Ta zahteva je na zakonodajalca naslovljena v 83. točki obrazložitve večinske odločbe.

³ Prim. 101. točko obrazložitve večinske odločbe.

določb zakona;⁴ in to je edini očitok, ki je nanje naslovljen.⁵ Toda s prav tem istim očitkom – tj. protiustavnostjo zakonske podlage zanje – so obremenjeni vsi v tej odločbi upoštevni podzakonski predpisi (iz prvega in drugega primera), le pravni učinek ugotovitvene odločbe glede te protiustavnosti je različen. Naj spomnim, v prvem primeru je z Ustavo skladno podzakonske predpise upoštevati, v drugem primeru ni. To mi je vzbujalo pomisleke. Še posebej, ker odločba z načinom izvršitve kot skladno z Ustavo določa, da se presojeni določbi zakona uporabljata do odprave njune protiustavnosti (3. točka izreka).⁶ In ti dve določbi sta zakonska podlaga za sprejem vseh podzakonskih predpisov iz prvega in drugega primera; obenem je njuna protiustavnost (edini) razlog za odločitev iz 6. in 7. točke izreka glede izpodbijanih odlokov.

Pravni učinek ugotovitvenih odločb Ustavnega sodišča je vprašanje načelne narave. Odgovor nanj naj prispeva tudi k izgrajevanju notranje skladnosti ustavnega pravnega reda po njeni objavi; da torej ta skladnost zaradi nje ne bi bila morda okrnjena.

Razlog za sprejeto razlago pravnega učinka ugotovitvene odločbe Ustavnega sodišča v drugem primeru je: »Edini učinek, ki ga [izpodbijani] odloki še imajo, je, da se uporabljajo za spore glede vprašanj, ki so jih urejali v času svoje veljavnosti. Ta uporaba pa na širjenje bolezni COVID-19 nima več vpliva in zato ne more ničesar doprinesti k varovanju zdravja in življenja ljudi.«⁷ To, kar me je zmotilo, je, da se pomen varstva življenja in zdravja ljudi vrednoti v drugem primeru drugače kot v prvem primeru. A sodišča bodo tudi v sodnih postopkih, sproženih v prvem primeru,

⁴ Prim. 106. točko obrazložitve večinske odločbe.

⁵ Izpodbijani odloki niso bili presojeni z vidika ustavne zahteve po sorazmernosti omejitev pravic, morebitne njihove arbitrarnosti ali presejanja pooblastil v sicer pomanjkljivi zakonski podlagi. Torej položaj ni primerljiv s položajem iz primerov, ki jih je obravnavalo avstrijsko Ustavno sodišče (Verfassungsgerichtshof – v nadaljevanju VfGH) in jih naštevam v nadaljevanju. V teh primerih je VfGH razveljavilo izvršilne predpise ministra za zdravje ali deželnega glavarja z utemeljitvijo, da so ti *nezakoniti*, ker je minister ali deželni glavar bodisi presegel v zakonu podeljeno pooblastilo, ker ni bila spoštovana zahteva načela enakosti ali ker je bila opuščena zakonska zahteva, da se navedejo okoliščine, pomembne za izpodbijano odločitev. Gre za odločitve iz zadev št. V 411/2020 z dne 14. 7. 2020, št. V 363/2020 z dne 14. 7. 2020, št. V 530/2020 z dne 9. 3. 2021, št. V 512/2020 z dne 10. 12. 2020, št. V 535/2020 z dne 10. 12. 2020, št. V 405/2020 z dne 1. 10. 2020 in št. V 392/2020 z dne 1. 10. 2020.

⁶ Ugotovitvena odločba glede zakona je bila v danem primeru sprejeta, ker bi takojšnja razveljavitev pomenila še hujše protiustavno stanje - država ne bi mogla uresničevati svoje obveznosti, da varuje življenje in zdravje ljudi (101. točka obrazložitve večinske odločbe). Gre torej za položaj, ki ga zaobjema v Ustavi urejena možnost razveljavitve zakona z odločilnim rokom v prvem odstavku 161. člena. Več o ugotovitveni odločbi Ustavnega sodišča, sprejeti v takem položaju, glej v S. Nerad, Interpretativne odločbe Ustavnega sodišča, Založba Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2007, str. 267. in nasl.

⁷ Iz 108. točke obrazložitve večinske odločbe.

soočena s prav takim položajem, kot ga večina opisuje v drugem primeru. Toda navodila večine zanje so drugačna – z Ustavo skladno je upoštevati protiustavni določbi zakona in podzakonske predpise, sprejete na njuni podlagi, in sicer zaradi varstva življenja in varstva ljudi; čeravno podzakonski predpisi v postopkih pred sodišči ne bodo več veljavni in kot taki enako kot v drugem primeru ne bodo več v funkciji varovanja življenja in zdravja ljudi. Z gledišča notranje skladnosti ustavnega pravnega reda se mi ne zdi prepričljivo, da je in hkrati ni pomembno varstvo življenja in zdravja ljudi. Kakor da je notranja skladnost ustavnega reda stroj, čigar kolesca se ne ujemajo.⁸ Z razlogi za odločitev o izpodbijanih odlokih se zato nisem mogla spoprijateljiti.

V procesu odločanja je bil pripravljen variantni predlog odločitve. V nadaljevanju ga poimenujem **variantni osnutek**. Za sprejem tega osnutka sem se zavzemala. Variantni osnutek je utemeljeval obstoj protiustavne pravne praznine v Zakonu o nealezljivih boleznih (Uradni list RS, št. 33/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/20 – ZIUZEOP, 142/20, 175/20 – ZIUOPDVE in 15/21 – ZDUOP; v nadaljevanju ZNB), ker ni opredeljen vsebinski okvir za nadaljnjo normativno konkretizacijo s podzakonskimi predpisi. Zakonodajalcu torej ni očital, da se je z izpodbijanimi določbami ZNB odrekel svoji izključni zakonodajni pristojnosti, kot ocenjuje večina.⁹ V nadaljevanju se osredotočam na razloge za nestrinjanje z nekaterimi nosilnimi razlogi večine glede presoje izpodbijanih določb ZNB z vidika Ustave, ki jih sumarno soočam s svojimi pogledi in povzemam le del razlogov iz variantnega osnutka.

K nekaterim nosilnim razlogom odločbe, kolikor se nanaša na ZNB

Nezdružljivost nosilnih razlogov z ustavno začrtano strukturo oblasti

»Kadar se [...] v človekove pravice in temeljne svoboščine posega *neposredno* s splošnim aktom [...], je lahko tak akt *le zakon*.«¹⁰ Na tem zelo daljnosežnem stališču¹¹ domnevam, temelji razlaga drugega odstavka 32. člena¹² in tretjega odstavka 42.

⁸ Misel izpeljujem iz romana A. Doerra (prevod A. Moder Saje), *Vsa ta nevidna svetloba*, Mladinska knjiga, Ljubljana 2014, str. 263: "[...] V vsaki zgodbi, ki jo sliši, so pomanjkljivosti in protislovja, kakor da je resnica stroj, čigar kolesca se ne ujemajo.«

⁹ Glej 97. točko obrazložitve večinske odločbe.

¹⁰ Iz 72. točke obrazložitve večinske odločbe.

¹¹ Drugače A. Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, str. 110 in nasl. Za področje Zvezne Republike Nemčije drugače C. Bumke in A. Voßkuhle, *German Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2019, str. 349; in H. D. Jarass in B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. izdaja, Beck Verlag, München 2011, str. 32.

¹² Ta določba ureja prvine dopustnosti omejitve svobode gibanja. Glasi se: »Ta pravica se sme omejiti samo z zakonom, vendar samo, če je to potrebno, da bi se zagotovil potek

člena¹³ Ustave, po kateri je »predpis, ki *neposredno* omejuje svobodo gibanja ter pravico do zbiranja in združevanja, lahko *le* zakon.«¹⁴ Večina kljub temu, da odločanje o tem umesti v izključno zakonodajno pristojnost (saj zakone po Ustavi sprejema le Državni zbor), hkrati na ravni zakonskega urejanja dopušča za položaj razširjanja nalezljive bolezni *izjemo* od izključne ustavne pristojnosti Državnega zbora. Nadaljnje nosilno stališče večine se namreč glasi: »Državnemu zboru [zato] ni mogoče odreči možnosti, da zaradi učinkovitega varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter izvrševanja pozitivnih obveznosti, ki izhajajo iz Ustave, v tem specifičnem položaju predpisovanje ukrepov, s katerimi se neposredno posega v svobodo gibanja ter pravico do zbiranja in združevanja nedoločenega števila posameznikov, *izjemoma prepusti izvršilni oblasti*.«¹⁵

Sklep. Ne morem se znebiti občutka, da povzeti stališči večine nista združljivi. Ustava je nedvoumna - zakone lahko sprejema *samo* Državni zbor (prim. 87. člen Ustave); in niti izjemoma se te njegove izključne pristojnosti *z zakonom* ne sme prenesti na izvršilno vejo oblasti, ker to pomeni nedopusten poseg v ustavno opredeljeno pristojnost Državnega zbora.¹⁶ Edina možnost za delegacijo zakonodajne pristojnosti je urejena v Ustavi - v prvem odstavku 108. člena, ki opredeljuje tudi pogoje zanjo. Uredbe z zakonsko močjo po tej določbi izdaja Predsednik Republike (*ne* Vlada).

K zasnovi razlage zgornje premise

Večina torej dopušča navedeno izjemo. Utemeljuje jo z značilnostmi položaja boja zoper razširjanje nalezljivih bolezni. S temi značilnostmi se v celoti strinjam. Del tega opisa v ilustracijo povzemam iz začetka 83. točke obrazložitve: »[...] Okoliščine, ki so pomembne za predpisovanje ukrepov iz 2. in 3. točke prvega odstavka 39. člena se lahko namreč hitro spreminjajo, zakonodajni postopek pa po drugi strani zahteva določen čas. Če bi zakonodajalec o uvedbi, spremembi ali odpravi teh ukrepov odločal sam, zakonske ureditve morda ne bi uspel dovolj hitro prilagajati

kazenskega postopka, da bi se preprečilo širjenje nalezljivih bolezni, da bi se zavaroval javni red, ali če to zahtevajo interesi obrambe države.«

¹³ Ta določba ureja prvine dopustnosti pravice do zbiranja in združevanja. Glasi se: »Zakonske omejitve teh pravic so dopustne, če to zahteva varnost države, javna varnost ter varstvo pred širjenjem nalezljivih bolezni.«

¹⁴ Iz 82. točke obrazložitve večinske odločbe. Poudarila DJP.

¹⁵ To stališče je povzeto iz 83. točke obrazložitve večinske odločbe.

¹⁶ Ustavno sodišče je že v odločbi št. U-I-54/09 z dne 14. 4. 2011 (Uradni list RS, št. 34/11; 23. in 24. točka obrazložitve) pojasnilo, (1) da je načelo delitve oblasti temeljno načelo organizacije državne oblasti in ustavno načelo *par excellence*, zato so temeljna pravila, ki urejajo položaj in razmerja med nosilci posameznih funkcij državne oblasti, določena že v Ustavi; in (2) z zakoni je torej mogoče to ustavno materijo le natančneje razčleniti, ni pa dopustno uvajati pravil, ki posegajo v ustavno opredeljene pristojnosti.

spreminjajočim se epidemiološkim razmeram ali strokovnim spoznanjem s področja preprečevanja širjenja nalezljive bolezni [...]».

Kje vidim problem?

Gradniki pravnega reda so zelo niansirani in vrednote v njem sila prepletene.¹⁷ Prepričana sem, da Ustava te značilnosti svojega predmeta urejanja ni spregledala. Če se osredotočim na položaj epidemije, je ta s črko na ustavni ravni urejen. Ustava torej ni spregledala položaja epidemije niti kompleksnosti tega položaja, ki v skrajnem primeru lahko ogroža celo obstoj populacije. Saj je menda jasno, da preprečevanje razširjanja nalezljive bolezni (tudi z omejitvijo svobode gibanja in zbiranja) lahko obvaruje ljudi pred obolevanjem in posledično smrtjo, ki jo resna nalezljiva bolezen lahko povzroči. Ustava trk položajev, ki so varovani z različnimi pravicami, pa tudi trk pozitivnih in negativnih dolžnosti države v položaju razširjanja nalezljive bolezni, razrešuje v drugem odstavku 32. in tretjem odstavku 42. člena Ustave. Ta položaj z vidika Ustave ni izjema in značilnosti boja zoper razširjanje nalezljive bolezni v tem pogledu niso izjemne.

Sklep. Razlaga drugega odstavka 32. člena in tretjega odstavka 42. člena Ustave, po kateri je »predpis, ki *neposredno* omejuje svobodo gibanja ter pravico do zbiranja in združevanja, lahko *le* zakon« me ne prepriča. Naj spomnim, niti večina ni zmogla ostati zvesta tej razlagi zgornje premise. Pod težo stvarnosti je (prim. zgoraj povzeti opis) izjemoma »dopustila« *neposredno* omejevanje pravic s predpisovanjem ukrepov v predpisih izvršilne veje oblasti. Zavzemala sem se za takšno razlago zgornje premise, ki bi vzpostavila logično povezavo med bitjo in vrednoto. Pri tem sem izhajala iz podmene, da zakonski pridržek (praviloma) vsebuje možnost izdaje izvršilnih predpisov na podlagi zakona, četudi se šele z njimi neposredno posega v pravice.¹⁸ Ustava, menim, dopušča in ureja stopnjevitost pravnega reda, za katero so značilne skupine pravnih pravil (Ustava, zakon, podzakonski akti, posamični akti). Te imajo v ustavnem pravnem redu svoje mesto, ki odseva v njihovi nadrejenosti oziroma podrejenosti (prim. 153. člen Ustave). Od tega ločeno je vprašanje dolžnosti zakonodajalca, da opredeli zadostni vsebinski okvir posega v pravico za nadaljnjo normativno konkretizacijo z izvršilnim predpisom.¹⁹ Vendar to je povsem običajna zahteva pravnega reda, izražena že z načeli pravne države in tudi z zahtevo, da je zakonu pridržano urejanje posegov v pravice. Več o njej in glede nadaljnjih zahtev v zvezi z zadostno jasnostjo in pomensko določljivostjo te zakonske podlage na področju urejanja položaja epidemije, ki naj omogoči z Ustavo skladno nadaljnjo normativno konkretizacijo, v nadaljevanju.

¹⁷ »The legal system as a whole, however, is a more nuanced and complex creature.« A. Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, str. 117.

¹⁸ Primerjaj na primer H. D. Jarass in B. Pieroth, nav. delo, str. 32.

¹⁹ Prim. s tem v zvezi A. Barak, nav. delo str. 111.

K nerealnim zahtevam, naslovljenih na zakonodajalca

Omejitev iz razloga preprečevanja razširjanja nalezljivih bolezni v drugem odstavku 32. člena in tretjem odstavku 42. člena Ustave, se dopušča iz razlogov prevencije; da se obvlada nevarnost, ki jo zaznamujeta obolevanje in smrt posameznikov. Namen omejitve je torej ustvarjanje pogojev za uresničevanje pravice do nedotakljivosti življenja in zdravja, kot je to Ustavno sodišče poudarilo že v odločbi U-I-83/20 (42. točka obrazložitve).^{20, 21}

Razumevanje, da ti dve določbi urejata zgolj podlago za klasični vertikalni poseg države v pravici iz prvega odstavka 32. in 42. člena Ustave, bi bilo, menim, preveč preprosto. Navedenih določb Ustave glede na njun namen (tj. varstvo nedotakljivosti človekovega življenja, nedotakljivosti človekove telesne in duševne integritete in vzdržnosti zdravstvenega sistema, ki naj zagotovi spoštovanje človekovega dostojanstva v bolezni), menim, ni mogoče razlagati izven konteksta pozitivnih dolžnosti države, opredeljenih v 5. členu Ustave, pa tudi izven splošne omejitvene klavzule iz tretjega odstavka 15. člena Ustave, ki v prvem delu določa, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene samo s pravicami drugih.²² Ustava je nedeljiva celota. In razume naj se, da je ves proces ovrednotenja trka položajev, varovanih z različnimi pravicami, treba opraviti predno se prelijejo pozitivne dolžnosti države v pogledu obvladovanja nevarnosti v besedilo določb zakona. Naj na tem mestu poudarim še, da si je brez svobode gibanja težko zamisliti posameznikovo svobodo v najširšem pomenu besede; prepoved zbiranja na posameznih javnih mestih, kot npr. v šolah, je povezano z omejevanjem uresničevanja drugih pomembnih človekovih pravic; svoboda zbiranja na javnih mestih pa je pomembna zaradi uresničevanja svobode izražanja in s tem zagotavljanja načela demokratičnosti ter zagotavljanja političnega pluralizma, brez katerega ni svobodne demokratične družbe. Izkušnje z dolgotrajnim omejevanjem uresničevanja teh pravic opozarjajo še

²⁰ Tudi poročilo nemškega Zveznega ustavnega sodišča za leto 2020 glede t. i. COVID-19 zadev izpostavlja, da je sodišče pri presoji upoštevalo cilj ukrepov – tj. varstvo življenja, zdravja. V postopkih odločanja o začasnem zadržanju je pretehtala nevarnost za življenje in zdravje, katerih varovanje je bil cilj ukrepov, ki so omejevali svobodo gibanja in zbiranja.

²¹ Prav tak namen je zapisan v zakonodajnem gradivu k zadnji spremembi nemškega zakona o varstvu prebivalstva v epidemiji, ki je bil sprejet aprila 2021. Posebej je opozorjeno na dolžnost države, da varuje življenje, zdravje in vzdržnost zdravstvenega sistema kot posebej pomembnih dobrin.

²² O pomenu omejitvene klavzule, ki jo vsebuje večina modernih katalogov človekovih pravic in ki izhaja (poenostavljeno) iz dejstva, da morajo biti pravice v določenih primerih omejene, glej v M. Klatt, M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012, str. 18 in naslednje.

na resen negativni učinek na duševno zdravje prebivalcev. **Vsekakor Ustava v navedenih določbah nalaga zakonodajalcu precej kompleksno urejanje, saj se naslavlja, prvič, trk položajev, ki so varovani z istimi in različnimi pravicami, in drugič, trk pozitivnih in negativnih obveznosti države v pogojih epidemije.**²³

V naravi nadaljnje normativne konkretizacije na tem področju urejanja je obvladovanje nevarnosti. To je predmet urejanja. Šele poznavanje in zaobjemanje celote okoliščin razširjanja posamezne nalezljive bolezni je to, kar omogoči zakonodajalčevo ovrednotenje, ki naj odseva ravnovesje med pravicami v trku.²⁴ To na pod-ustavni ravni razrešuje meje uresničevanja posamezne pravice v trku. Iz tega lahko izpeljem naslednje. Zakonodajalec lahko, ko vnaprej ureja razmerja, ki naj obvladajo neko bodočo nevarnost, zakonske določbe izkleše le tako, da predvideva po njegovi oceni pričakovano celoto specifičnih dejanskih okoliščin. Šele na tej podlagi lahko ovrednoti položaje, varovane s pravicami v trku, in se opredeli do pozitivnih dolžnosti države na področju varstva pravic do življenja in zdravja v položaju epidemije. Ta proces neizogibno predpostavlja številne ocene neke za življenje in zdravje ljudi nevarne situacije.

Toda, ko se predvideva nevarnost, je negotovost neizogibna. Tudi, ko se na primer ureja izbruh epidemije neke že znane nalezljive bolezni, ni mogoče vnaprej predvideti, ali bo takrat na trgu na voljo dovolj zdravil za vse obolele, dovolj zaščitne opreme za zdravstveno osebje in zdravnike, dovolj prostora v bolnišnicah in podobno. Stik z realnostjo nevarnosti v vsej njeni razsežnosti se bo pokazal šele v luči izkušenj soočanja z njo in le njej lastnih specifičnih mnogoterih okoliščin. Kaj vse pa naj izkleše konkretno vsebino dolžnosti države v položaju epidemije v pogledu varovanja pravice do življenja, zdravja in vzdržnosti zdravstvenega sistema, ko prenos še tako natančne in skrbne analize danih podatkov v prihodnost ne more biti zanesljiv.²⁵ Pa tudi dvomim, da je ob urejanju izbruha doslej neznane bolezni, mogoče predvideti njeno nevarnost za življenje in zdravje ljudi, možnosti njenega zdravljenja, zmožnosti zdravstvenega sistema, da se nanjo odzove. Naj se razume, da določbi drugega odstavka 32. in tretjega odstavka 42. člena Ustave zaobjemata vse spektre nevarnosti razširjanja nalezljivih bolezni, znanih in doslej neznanih. Tudi ZNB celovito ureja te zahteve Ustave in odziv države na pojav znanih in neznanih nalezljivih bolezni; in prav tako mora presoja Ustavnega sodišča zaobjemati vse spektre soočanja z nalezljivimi boleznimi. Toda, če zaradi spoznavne krize ovrednotenje ni mogoče, ne more biti realna zahteva, da mora zakon vnaprej ob prenosu pooblastil

²³ V zvezi s pozitivnimi dolžnostmi države v času pandemije COVID-19 na področju varstva življenja in zdravja glej M. Bošnjak, Varstvo človekovih pravic v času pandemije, Dignitas, št. 87/88 (2021), str. 9 in nasl.

²⁴ Primerjaj s tem zvezi npr. A. Barak, str. 38. in nasl.

²⁵ V zvezi s težavami zakonskega urejanja preventivnih ukrepov, ki naj obvladajo prihodnjo nevarnost prim. sodbo Prvega senata nemškega Zveznega ustavnega sodišča 1 BvR 357/05 z dne 15. 2. 2006 (Luftsicherheitsgesetz).

na izvršilno oblast »dovolj natančno opredeliti dopustne načine oziroma vrste, obseg in pogoje omejevanja svobode gibanja in pravice do zbiranja in združevanja«, kot to sledi iz 83. točke obrazložitve večinske odločbe. S katero raziskovalno metodo naj se zakonodajalec na primer za položaj izbruha neznane nalezljive bolezni vnaprej dokoplje do spoznanj o lastnostih te bolezni, njenem širjenju, zdravljenju, na podlagi katerih bo v zakonskem besedilu lahko »dovolj natančno opredeli[] dopustne načine oziroma vrste, obseg in pogoje omejevanja svobode gibanja in pravice do zbiranja in združevanja«, večina ne pojasni. Poleg tega je kriterij »dovolj natančno« v povzetem besedilu ostal, menim, neopredeljen, kar utegne sprožati težave pri razlagi in implementaciji zahtev iz te odločbe.

Sklep. Z razlago drugega odstavka 32. in tretjega odstavka 43. člena Ustave, ki, kot razumem, pojmuje, da navedeni določbi urejata klasičen vertikalni poseg države v pravici iz prvih odstavkov navedenih členov, se nisem mogla spoprijateljiti. Menim, da ne upošteva, da je Ustava nedeljiva celota, ne uvidi namena ustavne ureditve navedenih določb Ustave, trka položajev, varovanih z različnimi pravicami, in omejenih spoznavnih sposobnosti človeka, ko gre za predvidevanje in oceno o neznankah v neznanem. Zahteve, naslovljene na zakonodajalca, da za vse (znane in neznane) nalezljive bolezni »dovolj natančno opredeli dopustne načine oziroma vrste, obseg in pogoje omejevanja svobode gibanja in pravice do zbiranja in združevanja,« po mojem mnenju niso realne.²⁶

Variantni osnutek

Ta osnutek je upošteval eno izmed temeljnih značilnosti ustavnega pravnega reda, to je njegovo stopnjevitost; na načelni ravni je vključil možnost, da zakonodajalec v okviru zakonskega pridržka prenese pooblastilo izvršilni veji oblasti za nadaljnjo normativno konkretizacijo s podzakonskimi predpisi. Zahtevo po jasnosti in pomenski določljivosti ureditve posega v pravici do svobode gibanja in zbiranja (iz prvih odstavkov 32. in 42. člena Ustave), ki naj z vsebinskim okvirjem omogoči nadaljnjo normativno konkretizacijo, je opredeljeval v odnosu na kompleksnost predmeta pravnega urejanja.²⁷ Na zakonodajalca v tem pogledu, menim, ni naslavljal nerealnih

²⁶ Za primerjavo: § 28 nemškega zakona o preprečevanju in boju zoper nalezljive bolezni (Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen - Infektionsschutzgesetz - IfSG), ki je upošteven za vse nalezljive bolezni, (med drugim) določa, da morajo pristojne oblasti v primeru, če se odkrije obolele ali obstaja sum, da so oboleli, če se odkrije, da so okuženi ali prenašalci bolezni, ali če se potrdi, da je bil umrl bolan ali prenašalec okužbe, sprejeti potrebne ukrepe, še posebej tiste, ki so naštet v § 28a in §§ 29 do 31, v takem obsegu in takem trajanju, kot je to potrebno za preprečitev razširjanja nalezljivih bolezni; [...]. Prevod DJP.

²⁷ »The clarity required is relative to the complexity at the issue at hand.« A, Barak, nav. delo str. 116.

zahtev. Temeljil je je torej na drugačnih nosilnih stališčih; in utemeljeval je obstoj protiustavne pravne praznine, ker zakonodajalec ni opredelil vsebinskega okvira za nadaljnjo normativno konkretizacijo z izvršilnimi predpisi. Zahtevo po jasnosti in pomenski določljivosti zakonske podlage za omejevanje pravic, v kateri je vtkana zahteva po dovoljšni jasnosti,^{28, 29} je motril z gledišča predmeta urejanja. Čeprav je kar najvišja stopnja jasnosti na področju zakonskega urejanja vsekakor željena, izkušnje učijo, da ta ni vselej dosegljiva;³⁰ pa tudi, kar se mi zdi za dani primer posebej pomembno, prevelika določnost se na drugi strani lahko izkaže ob stiku z realnostjo kot togost zakona, ker zakon mora omogočati upoštevanje spreminjajočih se okoliščin ob stiku zakona z realnostjo.³¹ Končno, vendar ne na zadnje je upošteval, da dalj časa trajajoče stanje epidemije določene nalezljive bolezni praviloma znižuje spoznavno krizo na tem področju urejanja; invazivnost posegov v svobodo gibanja in zbiranja pa se z njihovim trajanjem stopnjuje. To zakonodajalcu nalaga sprejem določnejše zakonske ureditve in s tem jasnejšega vsebinskega okvirja za nadaljnjo normativno konkretizacijo; saj takrat na področju poznavanja okoliščin, pomembnih za obvladovanje nevarnosti, ki jo prav ta bolezen sproža, bodisi ni več vrzeli, bodisi je neznanega občutno manj.

Naj dodam, da je VfGH v zadevi, v kateri je presoјalo določbe zakona, ki so urejale prav posebej za COVID-19 pooblastilo izvršilni veji oblasti za izdajo izvršilnih predpisov, in v kateri je odločilo s sodbo št. V 363/2020 z dne 14. 6. 2020 v zvezi zahtevami po določnosti zakonske podlage v pogledu pooblastila izvršilni veji oblasti VfGH, poudarilo naslednje. Te zahteve po stališču VfGH ne smejo biti preveč stroge, kadar je za razumno in učinkovito urejanje potrebno hitro ukrepanje in upoštevanje raznovrstnih krajevno in časovno raznolikih danostih (*Prognosespielraum*). V zvezi z zahtevami po določnosti zakonske podlage v pogledu pooblastila izvršilni veji oblasti pa je poudarilo, da se dopušča prostor presoje izvršilni veji oblasti za tehtanje sorazmernosti (*Abwägungsspielraum*).

V nadaljevanju sumarno povzemam iz variantnega osnutka (le) dvoje. Prvič, **razloge o razlagi zgornje premise** in s tem izhodišč za presojo izpodbijanih določb ZNB. In drugič, **razloge o presoji drugega odstavka 39. člena ZNB z vidika drugega odstavka 39. člena Ustave**. Gre za presojo trditev pobudnikov o protiustavni pravni praznini z vidika ustavne zahteve o informacijah javnega značaja v položaju epidemije. Večinska odločba dolžnost obveščanja presoja z vidika 120. člena Ustave in sicer, kot varovalo pred samovoljnostjo posegov izvršilne veje oblasti, ko se nanjo

²⁸ O doktrinah, ki jih je razvilo nemško Zvezno ustavno sodišče na tem področju, prim. C. Bumke, H. C. Voßkuhle, *German Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2019, str. 349. in nasl.

²⁹ A. Barak, nav. delo str. 116.

³⁰ Iz sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice *Sunday Times proti Združenemu Kraljestvu* z dne 26. 4. 1979, 49. točka obrazložitve.

³¹ Prav tam.

izjemoma prenaša izključna zakonodajna pristojnost Državnega zbora (95. točka obrazložitve). Drugače kot večina sem menila, da vprašanje zagotavljanja informacij v položaju epidemije spada na področje urejanja pravice do zagotavljanja informacij javnega značaja (drugi odstavek 39. člena Ustave); in ne področje urejanja 120. člena Ustave.

O razlagi zgornje premise

»Zakonodajalcu se v skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo nalaga vzpostavitev vsebinskega okvira kot podlago za podrobnejšo ureditev posameznih vprašanj v podzakonskem predpisu, saj slednji ne sme vsebovati določb, za katere v zakonu ni podlage, zlasti pa ne sme izvirno urejati pravic in obveznosti.³² Določbe podzakonskega predpisa morajo biti namreč vselej znotraj vsebinskega okvira, ki mora biti z zakonom izrecno določen ali iz njega vsaj z razlago ugotovljiv,³³ kar pomeni vzpostavitev pomensko določljivega vsebinskega okvira v zakonu. **Pri tem uporaba generalnih klavzul in nedoločnih pravnih pojmov ni prepovedana.**«³⁴ Variantni osnutek ni spregledal stališča Ustavnega sodišča, da mora biti zakonsko pooblastilo izvršilni oblasti, naj pod določenimi pogoji izda izvršilni predpis, sicer bolj restriktivno in natančno, kolikor večji je poseg ali učinek zakona na posamezno človekovo pravico ali temeljno svoboščino.³⁵ Vendar je pri tem upošteval, »da je zahteva, naslovljena na zakonodajalca, v pogledu natančnosti kriterijev neizogibno odvisna tudi od odgovora na vprašanje, za kakšno področje urejanja gre in kako tesno je področje urejanja povezano še z uresničevanjem drugih pravic, ki so s prvimi v trku.« Zakonodajalec se mora nanje ozirati, iskanje ravnovesja med pravicami v trku, ki šele omogoči opredeljevanje meja za uresničevanje pravic v trku na splošni in abstraktni ravni, pa se lahko izkaže za težavno. »To se še posebno odraža v primerih, ko gre za v naprej nejasne okoliščine (izbruh neznane nalezljive bolezni), in so v koliziji pravice, ki so zajamčene neposredno na podlagi Ustave. Treba je upoštevati prav to, kakšne ustavne vrednote zahtevajo omejevanje posamezne človekove pravice. Pomembnejše kot so te ustavne vrednote na eni strani, intenzivnejše so lahko omejitve posamezne človekove pravice na drugi strani. [...] Ključno je, da zakonodajalec uredi bistvena vprašanja področja urejanja,³⁶ ki naj razrešuje trk položajev, varovanih s pravicami v koliziji, in da odločitve o tem ne prepušča izvršilni veji oblasti. Upoštevati je nadalje treba, da je zaradi posebnosti področja urejanja lahko razumno mogoče predvidevanje, da so ukrepi, namenjeni varstvu zakonodajnega cilja, lahko zelo raznoliki, pa tudi tedaj, ko se pričakuje, da se

³² Tako že v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-73/94 z dne 25. 5. 1995 (Uradni list RS, št. 37/95, in OdlUS IC, 51), 19. točka obrazložitve.

³³ Tako odločba Ustavnega sodišča št. U-I-84/09 z dne 2. 7. 2009 (Uradni list RS, št. 55/09, in OdlUS XVIII, 31), 8. točka obrazložitve.

³⁴ Prim. odločbo Ustavnega sodišča U-I-71/98 z dne 28. 5. 1998 (Uradni list 45/98, in OdlUS VII, 95), 17. točka obrazložitve.

³⁵ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-92/07, 150. točka obrazložitve.

³⁶ »Wesentlichkeitstheorie« - C. Bumke, H. C. Voßkuhle, nav. delo, str. 350.

v naprej neznane ali malo znane razmere, ki so predmet urejanja, lahko tudi hitro spreminjajo.³⁷ Navedeno še posebno velja na področju preprečevanja nalezljivih bolezni, ki vnaprej niso vedno znane, niti kakšno ukrepanje je konkretno potrebno in ko ni mogoče spregledati niti tega, da se razmere lahko zelo hitro spreminjajo, zaradi česar je potrebno tudi zelo hitro prilagajanje ukrepov, da bi se cilj zavarovanja zdravja in življenja sploh lahko dosegel, niti tega, da se lahko pojavi tudi povsem nova, hudo nalezljiva bolezen, katere značilnosti in način širjenja so ob samem pojavu strokovno in medicinsko skorajda neraziskani. Zakonodajalec pa mora ne glede na to vnaprej na abstraktni in splošni ravni po Ustavi uveljaviti ureditev, ki bo upoštevala obveznost države, da se tudi v takih okoliščinah hitro, učinkovito in operativno odzove z izpolnjevanjem svoje pozitivne obveznosti varovanja pravic iz 17. in 35. člena ter prvega odstavka 51. člena Ustave.«

»Drugače je v položaju epidemije določene nalezljive bolezni večjih razsežnosti, ki lahko traja tudi daljši čas.³⁸ Ne le, da dalj časa trajajoča omejitev pravic do svobode gibanja in zbiranja pomeni vse invazivnejši poseg na omenjeni in na uresničevanje drugih pravic, temveč se v luči praviloma vse boljše raziskanosti te bolezni dotlej ne dovolj jasne okoliščine področja urejanja varstva pravic iz 17., 35. in 51. člena Ustave spreminjajo v bolj pojasnjene in poznane. [...] Kadar torej ni več ovir za določnejšo ureditev nabora ukrepov in pogojev za njihovo nadaljnje urejanje na ravni izvršilnih predpisov, ki so bile posledica vrzeli v poznavanju področja urejanja, so ustavne zahteve, naslovljene na zakonodajalca v pogledu določnosti opredeljevanja navedenih vsebin in s tem zakonskega okvira izvršilni veji oblasti za neposredne posege v navedeni pravici, strožje. [...] V okviru določnejše ureditve, ki se bo v razmerju do splošne ureditve praviloma izrazila v obliki specialne, se lahko v takem položaju podeli pooblastilo izvršilni veji oblasti za sprejem ukrepov, ki skladno z načelom sorazmernosti³⁹ neposredno omejujejo svobodo gibanja in zbiranja.«

O dolžnosti zagotavljanja informacij javnega značaja v pogojih epidemije

»[...] **Informacije javnega značaja imajo v okoliščinah širjenja nalezljive bolezni, ki lahko ogrozi zdravje in življenje ljudi, posebno težo.** Na eni strani gre za vnaprejšnjo obveščeno javnosti, kolikor je to le mogoče, kar pomeni, kolikor strokovna in medicinska vedenja to omogočajo, o načinu širjenja nalezljive bolezni, njenih značilnostih in posledicah za njihovo zdravje in življenje, skratka o vsem, kar lahko v zvezi s to nalezljivo boleznijo vpliva na njihove pravice iz 17. in 35. člena ter

³⁷ Primerjaj C. Bumke, H. C. Voßkuhle, nav. delo, str. 353. Avtorja se sklicujeta na sodbo nemškega Zveznega sodišča v zadevi Kalkar I.

³⁸ Tak je primer soočanja z nalezljivo boleznijo COVID-19.

³⁹ Splošno načelo sorazmernosti, imanentno pravni državi, zavezuje vse državne organe. Primerjaj L. Šturm v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 55.

prvega odstavka 51. člena Ustave. Ker ima država po 5. členu Ustave pozitivno obveznost varovanja teh pravic, iz tega izhaja tudi njena obveznost, da mora navedene informacije redno tudi zagotavljati, kar omogoči, da ljudje svoje ravnanje lahko pravočasno prilagodijo nevarnostim, ki izhajajo iz širjenja nalezljive bolezni. Na drugi strani pa gre za to, da morajo biti ljudje tudi redno in pravočasno obveščeni o vseh ukrepih in razlogih zanje, ki jih država, v skladu z navedeno določbo ZNB izvršilna oblast sprejema, da bi se preprečilo širjenje nalezljive bolezni in zagotovilo njeno obvladovanje. Na tak način se zagotavlja osveščenost javnosti o značilnostih nalezljive bolezni in potrebi po preprečitvi njenega širjenja ter potrebna javnost in transparentnost delovanja izvršilne oblasti, ki omogočajo vzpostavitev zaupanja ljudi v potrebnost sprejetih ukrepov.« [...] Izjemen preventivni pomen ukrepov za boj zoper razširjanje nalezljive bolezni pristojnim oblastem nalaga [...] argumentacijsko breme pojasnjevanja sprejetih ukrepov in posledic, ki jih ti povzročajo, naj gre za pričakovane posledice v cilju sprejetih ukrepov ali posledice, ki vzbujajo nelagodje zaradi omejujoče narave ukrepov. Le tako je možno v javnosti utemeljiti primernost, nujnost in ožjo sorazmernost ukrepov v danih okoliščinah razširjanja nalezljive bolezni.«

»Ko gre za ukrepe omejevanja človekovih pravic, ki jih na zakonski podlagi iz ZNB sprejema Vlada in glede na dejanske okoliščine konkretizira potrebne ukrepe za dosego ustavno dopustnega cilja z neposredno učinkujočimi predpisi naslovljenimi na vse prebivalstvo, navedene pravice pridobiti informacije javnega značaja tudi ni mogoče zagotavljati na način, ki bi od vsakega posameznika posebej zahteval, naj te informacije vsakič sproti pridobi. To bi v navedenih okoliščinah imelo za posledico popolnoma neučinkovito uresničevanje pravice iz drugega odstavka 39. člena Ustave.« [...] Zakonodajalec z drugim odstavkom 39. člena ZNB ustavni zahtevi, ki vzpostavlja učinkovitost pravice pridobiti informacijo javnega značaja, kadar mora država izpolniti pozitivno obveznost varovanja zdravja in življenja ljudi, ni zadostil. S tem je ZNB v neskladju tudi z drugim odstavkom 39. člena Ustave.«

Sklep

Variantni osnutek je zakonodajalcu očital, (1) da v ZNB ni opredelil vsebinskega okvirja za nadaljnjo normativno konkretizacijo neposrednih posegov v pravici do svobode gibanja in zbiranja z izvršilnimi predpisi; (2) niti ni niti primeroma opredelil vrst dopustnih omejitev pravic iz 32. in 42. člena Ustave. Prav tako z ureditvijo v drugem odstavku 39. člena ZNB, po kateri mora Vlada o sprejetih ukrepih obvestiti javnost, ni zagotovil učinkovitega uresničevanja pravice do zagotavljanja informacij javnega značaja. Z deklaratornim izrekom večinske odločbe, kolikor se nanaša na izpodbijani določbi ZNB, bi se iz teh razlogov lahko strinjala. Poleg tega sem menila, da je v neskladju z Ustavo tudi drugi odstavek 39. člena ZNB. Če bi lahko glasovala za ugotovitev neskladnosti ZNB z Ustavo, bi se strinjala z načinom izvršitve ugotovitvene odločbe v tretji točki izreka. S to se zaradi varstva življenja in zdravja

ljudi še naprej kot z Ustavo skladna zagotavlja protiustavna zakonska podlaga (tj. 2. in 3. točka 39. člena ZNB) za nadaljnjo izdajo podzakonskih predpisov.

dr. Dunja Jadek Pensa
Sodnica