Številka: U-I-8/21-36
Datum: 11. 10. 2021

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNICE DR. DUNJE JADEK PENSA K DELNI ODLOČBI ŠT. U-I-8/21 Z DNE 16. 9. 2021

K razumevanju legalitetnega načela

Delim mnenje večine, da je legalitetno načelo, izpeljano iz drugega odstavka 120. člena Ustave, pomembno za nadaljnjo normativno konkretizacijo s predpisi Vlade in ministrov. Legalitetno načelo in s tem prevlada zakona je pomembna prvina načel demokratičnosti in pravne države. Toda poleg formalnega vidika načela demokratičnosti je treba imeti pred očmi tudi njegov vsebinski vidik.[1] Odsev tega so demokratične vrednote, ustavna načela in človekove pravice. Barak vsebinski vidik demokracije napolnjuje z vladavino vrednot; med drugimi omenja vladavino prava, delitev oblasti, neodvisnost sodnikov, človekove pravice in temeljne principe, ki so odsev drugih vrednot, kot so morala in pravičnost, razumnost, dobra vera.[2] Ko gre za (notranjo) kolizijo med navedenima vidikoma tega načela, se ga razrešuje z iskanjem ravnovesja med njima na način, da se ne izvotli njuno bistvo.[3] Menim zato, da zahteve z Ustavo varovanih vrednot, ustavnih načel in človekovih pravic, kar vključuje tudi zahtevo po ustreznem ravnovesju med pravicami v koliziji,[4] pri razumevanju pomena in dometa legalitetnega načela le ne bi smele biti spregledane. Ustava je nedeljiva celota.

Razlaga drugega odstavka 120. člena Ustave, po kateri je ena izmed zahtev legalitetnega načela, da "*sme izvršilna oblast delovati samo na podlagi vsebinske in dovolj določne ureditve v zakonu*" (15. točka obrazložitve večinske odločbe), se mi zdi zato preozka, pa tudi zelo daljnosežna je. Trči v dolžnost države, da tudi v položaju, ko zakon morda ne dosega standarda *vsebinske in dovolj določne ureditve* za nadaljnjo normativno

[1] Prim. A. Barak, The Judge in a Democracy, Princeton University Press, Princeton 2006, str. 33.
[2] Prav tam, str. 24.
[3] Prav tam, str. 33.
[4] Prav tam, str. 55.

konkretizacijo, ustvarja pogoje za uresničevanje človekovih pravic, kolikor so odgovornosti s tem v zvezi skladno načelu delitve oblasti zaupane izvršilni veji oblasti. *Naj ponazorim*. Točka 3 izreka večinske odločbe zapoveduje nadaljnjo uporabo izpodbijane določbe; kljub temu da ta po presoji večine ne ustreza standardu vsebinske in dovolj določne ureditve. Seveda se lahko le strinjam z razlogi iz 35. točke obrazložitve, ki utemeljujejo to odločitev. Res se ne zdi smiselno spodkopati zakonske podlage, namenjene izvrševanju pozitivnih dolžnosti države na področju urejanja pogojev za izobraževanje, ki naj blažijo posledice prepovedi zbiranja v vzgojno-izobraževalnih institucijah (prim. 27. in 28. točko obrazložitve). Toda če predpostavim, da je z Ustavo skladno odrediti uporabo izpodbijane določbe do odprave njene protiustavnosti, je z Ustavo skladno tudi odločanje ministra, pristojnega za izobraževanje, na njeni podlagi. To pomeni, da minister, pristojen za izobraževanje, *sme* na njeni podlagi delovati, čeravno je izpodbijana določba neskladna z Ustavo, ker ne dosega standarda vsebinske in dovolj določne ureditve v zakonu; le ustavnoskladno jo mora uporabiti. Naj poudarim, dolžnost ustavnoskladne razlage navadnega prava izvira iz zahtev Ustave. Zavezuje tudi izvršilno vejo oblasti pri izvrševanju zakonov. Morebitno razumevanje, da je ta dolžnost vzpostavljena šele z zapovedjo Ustavnega sodišča, bi bilo zmotno. Toda ali potemtakem res drži, da *sme* (na primer) minister, pristojen za izobraževanje, delovati *samo* na podlagi vsebinske in dovolj določne ureditve v zakonu?

K razlogom protiustavnosti izpodbijane določbe

Žal nisem bila prepričljiva s predlogom, naj se pozornost posveti razlagi spodnje premise. Menila sem, da njeno ustavnopravno ovrednotenje ni mogoče, če se prej v procesu razlage ne razpre njen pomen, upoštevaje pri tem v pravni znanosti uveljavljene metode razlage; pa tudi dolžnost ustavnoskladne razlage. Procesa razlage se ne sme zaobiti, ker objektivnost prava ni izhodišče, temveč cilj razlage. Ta proces naj torej prispeva k zagotavljanju objektivnosti prava. Menim, da je proces razlage namenjen tudi soočanju Ustavnega sodišča z možnimi pomeni in utemeljitvami tega pomena s strani nasprotnega udeleženca.

Do nosilnega stališča večinske odločbe, "da je izvajanje vzgojno-izobraževalne dejavnosti na daljavo *nedvomno* pomenilo poseg v človekovi pravici iz prvega odstavka 57. člena in drugega odstavka 52. člena Ustave" (23. točka obrazložitve),[5] sem bila zadržana. Naj spomnim, večinska odločba prav na to ovrednotenje navezuje stroge zahteve glede določnosti zakonske ureditve. Zato je to ovrednotenje ključnega pomena. Vendar pred tem bi bilo treba razložiti spodnjo premiso; pa tudi opredeliti *ustavno* zahtevano raven varstva pravic. Da bi se sploh lahko sprejela ocena o obstoju omejitve uresničevanja določene pravice na ravni navadnega prava, je namreč potrebno opredeliti *ustavno* zahtevano raven varstva.[6] In nikakor ni vseeno, ali gre za *pozitivne* dolžnosti države v

[5] Prim. s tem v zvezi še stališče o *izvirnem* posegu v pravici v 19. točki obrazložitve.

[6] Prim. C. Bumke, A. Voßkuhle, German Constitutional Law, Introduction, Cases, and Priciples, Oxford University Press, Oxford 2019, str. 78.

pogledu zagotavljanja pogojev uresničevanja pravice iz drugega odstavka 52. člena Ustave ali na področju osnovnošolskega izobraževanja (prvi, drugi in tretji odstavek 57. člena Ustave). Naj izpostavim le pozitivne dolžnosti v zvezi s posebnimi potrebami otrok z motnjami v telesnem in duševnem razvoju. Različna vsebina pravic nalaga tej razliki skladno različne ustavne zahteve. In nanje je neločljivo navezan nadaljnji odgovor, tj. ustavnopravno ovrednotenje izpodbijane določbe,[7] ki je bilo ključno. Vendar večinska odločba, kljub temu da ne opredeli ustavno zapovednih pozitivnih dolžnosti države, niti ne razloži spodnje premise, sprejme stališče o *nedvomnem* posegu v pravici. S tem se že iz razlogov metodološke narave nisem mogla strinjati.

Za stališče o posegu v pravici je bilo pomembno branje izpodbijane določbe v relaciji do izvajanja vzgojno-izobraževalne dejavnosti v vzgojno-izobraževalnih institucijah. Ta relacija je bila pomembna zaradi upoštevanega merila učinkovitosti izobraževanja v vzgojno-izobraževalnih institucijah (22. točka obrazložitve); ker na njem temelji ustavnosodno ovrednotenje izpodbijane določbe – da gre za *poseg*. Razumeti je treba, da presoja o posegu predpostavlja negativen vpliv izpodbijane določbe na učinkovitost izobraževanja, kot jo zagotavlja izobraževanje v vzgojno-izobraževalnih institucijah; pa tudi na dostopnost posebnih obravnav otrok s posebnimi potrebami, ki se uresničujejo v teh institucijah.

Na drugih mestih večina izvajanje vzgojno-izobraževalne dejavnosti na daljavo razume kot posledico ukrepa začasne prepovedi zbiranja ljudi v osnovnih šolah, šolah in vzgojno-izobraževalnih zavodih za otroke s posebnimi potrebami (npr. v 27. točki obrazložitve). V tej relaciji izpodbijani ukrep ovrednoti kot *omilitev* posledic, ki jih je za uresničevanje pravice do izobraževanja pomenilo zaprtje vzgojno-izobraževalnih institucij. V tem prepozna celo v zakonu opredeljena namen in cilj ukrepa (28. točka obrazložitve).

Ne morem se znebiti vtisa, da konteksta ukrepa šolanja na daljavo v večinski odločbi nista združljiva. Prepoved zbiranja v vzgojno-izobraževalnih institucijah neizogibno spodkoplje možnost izobraževanja v teh institucijah; pa tudi dostopnost posebnih obravnav otrok s posebnimi potrebami, ki se uresničujejo v teh institucijah.

Dodajam naslednje. Besedilo prvega odstavka 104. člena Zakona o začasnih ukrepih za omilitev in odpravo posledic COVID-19 (Uradni list RS, št. 152/20) ukrep šolanja na daljavo omejuje na položaj, "če je to potrebno za omilitev ali odpravo posledic COVID-19." S tem delom besedila so se mi porajala naslednja vprašanja. Ali določba zaobjema položaj, v katerem proces izobraževanja v vzgojno-izobraževalnih institucijah ni okrnjen zaradi COVID-19 in tudi niso okrnjene posebne obravnave otrok s posebnimi potrebami v teh institucijah? Če tega položaja morda izpodbijana določba ne zaobjema, ali trči v

[7] O naravi razločevanja med pravico *per se* in omejitvijo njenega uresničevanja z navadnim pravom ter pomenom tega razločevanja za ustavnopravno analizo in presojo glej A. Barak, Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, Cambridge 2012, str. 19. in nasl.

proces izobraževanja v vzgojno-izobraževalnih institucijah, pa tudi v dostopnost posebnih obravnav otrok s posebnimi potrebami, ki se uresničujejo v teh institucijah? Če vanj morda glede na njen domet ne trči, ali izpodbijana določba (neposredno ali posredno) omejuje učinkovitost načina izobraževanja v vzgojno-izobraževalnih institucijah in posebne obravnave otrok s posebnimi potrebami v teh institucijah? Nedvoumen odgovor na ta vprašanja bi bilo treba šele izklesati v procesu razlage, ki vključuje dolžnost ustavnoskladne razlage. Na ta način bi Ustavno sodišče lahko odgovorilo tudi, ali je izpodbijano določbo morda treba razumeti kot *udejanjanje* (in *ne* opuščanje) pozitivnih dolžnosti države. Ta odgovor je pomemben, ker gre za področje ustavno zapovedanih pozitivnih dolžnosti države, ki naj omogočijo uresničevanje pravic (prim. tretji odstavek 57. člena in drugi odstavek 52. člena Ustave); in udejanjanje pozitivnih dolžnosti samo zase ne pomeni omejitve pravic.[8]

Sklep. Večina, kot razumem, na eni strani bere izpodbijano določbo in s tem šolanje na daljavo v relaciji do prepovedi zbiranja v vzgojno-izobraževalnih institucijah, saj zapiše, da je *namen* ukrepa omilitev posledic zaprtja vzgojno-izobraževalnih institucij. Na drugi strani jo bere v relaciji do izvajanja izobraževanja v vzgojno-izobraževalnih institucijah, saj predpostavlja njen negativen vpliv na učinkovitost izobraževanja, kot jo zagotavlja izobraževanje v vzgojno-izobraževalnih institucijah, pa tudi na dostopnost posebnih obravnav otrok s posebnimi potrebami, ki se uresničujejo v teh institucijah. Nedosleden kontekst in nerazložena spodnja premisa sta po mojem mnenju nesprejemljivo okrnila zasnovo za ustavnosodno presojo. *Naj strnem*. Besede same po sebi niso resnične;[9] če jih beremo enopomensko, brez globljega vpogleda, zamisli bolj prikrivajo, kot jih sporočajo.[10]

dr. Dunja Jadek Pensa
Sodnica

[8] C. Bumke, A. Voßkuhle, nav. delo, str. 77.

[9] E. Fromm, Umetnost življenja, Mladinska knjiga, Ljubljana 2003, str. 24.

[10] Prav tam, str. 25.