



Številka: 050-30/2020/34
Datum: 8. 4. 2021

Zadeva: Ocena diskriminatornosti Odloka o začasni delni omejitvi gibanja ljudi in prepovedi zbiranja ljudi zaradi preprečevanja okužb s SARS-CoV-2 (aplikacija #OstaniZdrav)

1. Predlog oz. pobuda

Zagovornik načela enakosti (v nadaljevanju: Zagovornik) je v dneh od 13. 12. do 16. 12. 2020 prejel prijave 11 posameznikov (v nadaljevanju: prijavitelji), ki so opozorili na domnevno diskriminatornost *Odloka o začasni delni omejitvi gibanja ljudi in prepovedi zbiranja ljudi zaradi preprečevanja okužb s SARS-CoV-2*¹ (v nadaljevanju: Odlok o omejitvi gibanja, tudi: Odlok), ki ga je sprejela Vlada Republike Slovenije (v nadaljevanju: Vlada). Odlok je veljal od 15. 12. 2020 do 23. 12. 2020.

Prijavitelji so zatrjevali, da je sporen 6. člen Odloka. Ta je določal, da omejitev gibanja med občinami znotraj določene statistične regije² ne velja za posameznika ali osebo iz skupnega gospodinjstva, ki je imela takrat v posamični statistični regiji stalno ali začasno prebivališče ter naloženo in stalno aktivirano mobilno aplikacijo za obveščanje oseb o stikih z drugimi uporabniki, pozitivnimi na virus SARS-CoV-2 (aplikacijo #OstaniZdrav).

Nato je Vlada RS sprejela nov Odlok (z istim imenom), ki je z enako določbo 6. člena zaradi spremembe veljal le še en dan, tj. 24. 12. 2020.³ 25. 12. 2020 pa začela veljati sprememba⁴ 6. člena, po kateri je (bilo) posamezniku ali osebam iz skupnega gospodinjstva dovoljeno prehajanje med občinami znotraj statistične regije »za namen izvajanja individualnih športnih aktivnosti ali gibanja v naravnem okolju izven naselij, pri čemer morajo upoštevati priporočila NIJZ«. Aplikacija #OstaniZdrav kot pogoj za prehajanje med občinami znotraj statistične regije ni bila več navedena.

Možnost prehajanja med občinami znotraj posameznih statističnih regij je torej 10 dni (od 15. 12. 2020 do 24. 12. 2020) veljala za osebe s stalnim ali začasnim prebivališčem v tej statistični regiji, ob hkratnem pogoju, da ima oseba naloženo in stalno aktivirano aplikacijo #OstaniZdrav.

Namestitev te aplikacije je (bila) mogoča le na pametnih telefonih z operacijskim sistemom Android (za večino pametnih telefonov različnih znamk) ali iOS (za mobilne telefone znamke Apple).⁵ Prijavitelji so navedli dve skupini oseb, ki pogoj namestitve aplikacije #OstaniZdrav težje izpolnjujeta v primerjavi z drugimi osebami. Nekateri so opozorili na dejstvo, da nimajo vsi prebivalci Slovenije pametnih telefonov. Drugi pa so opozorili na starejše osebe, ki niso večše upravljanja s pametnimi mobilnimi telefoni in aplikacijami na njih. Ena od posameznic je za primer omenila svojo mamo, ki ni večša upravljanja z digitalno tehnologijo, ima star mobilni telefon, ki ga uporablja le za klice, besedilnih sporočil (SMS) pa ne zna uporabljati.

¹ Uradni list RS, št. 186/20, 190/20 in 192/20.

² Navedene so bile Osrednjeslovenska, Goriška, Obalno-kraška in Gorenjska regija (takrat so bile to regije z boljšimi epidemiološkimi razmerami od preostalih).

³ Uradni list RS, št. 193/20.

⁴ Uradni list RS, št. 196/20.

⁵ Predstavitev aplikacije #OstaniZdrav na strani Vlade RS: <https://www.gov.si teme/koronavirus-sars-cov-2/mobilna-aplikacija-ostanizdrav/>.

Poleg tega je navedla, da si veliko starejših oseb, ki ima nizko pokojnino, ne more privoščiti nakupa pametnih telefonov.

Ker gre za vprašanje možne diskriminatornosti določb odloka Vlade RS, je Zagovornik omenjene prijave obravnaval kot pobude prijaviteljev za izvedbo ocene diskriminatornosti predpisa.

2. Pravna podlaga za izvedbo ocene diskriminatornosti predpisa

Zagovornik lahko v povezavi z 38. členom *Zakona o varstvu pred diskriminacijo* (Uradni list RS, št. 33/16 in 21/18 – ZNOrg; v nadaljevanju: ZVarD) izvede oceno diskriminatornosti zakona ali drugega predpisa. V tem postopku oceni, če je določen zakon ali drug predpis diskriminatoren. O svoji oceni obvesti morebitnega drugega predlagatelja postopka za oceno ustavnosti in zakonitosti, ali pa z zahtevo sam začne postopek za oceno ustavnosti oziroma zakonitosti predpisa ali drugega splošnega akta. Pred tem lahko Zagovornik (skladno s svojimi pooblastili po 21. členu ZVarD) na pristojne organe naslovi priporočilo za spremembe zakonov ali drugih predpisov za odpravo diskriminatornosti oz. za njeno preprečevanje.

Diskriminacija je v 4. členu ZVarD opredeljena kot vsako neupravičeno dejansko ali pravno neenako obravnavanje, razlikovanje, izključevanje ali omejevanje ali opustitev ravnanja zaradi osebnih okoliščin, ki ima za cilj ali posledico oviranje, zmanjšanje ali izničevanje enakopravnega priznavanja, uživanja ali uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, drugih pravic, pravnih interesov in ugodnosti. Diskriminacija zaradi katere koli osebne okoliščine je prepovedana.

Med osebne okoliščine, skladno s 1. členom ZVarD, štejejo spol, narodnost, rasa ali etnično poreklo, jezik, vera ali prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost, spolna identiteta in spolni izraz, družbeni položaj, premoženjsko stanje, izobrazba ali katerakoli druga osebna okoliščina. Gre za prirojene ali pridobljene osebne značilnosti, lastnosti, stanja ali statuse, ki so praviloma trajno in nerazdružljivo povezani z določenim posameznikom in njegovo osebnostjo, zlasti identiteto, ali pa jih posameznik ne spreminja zlahka ter na podlagi katerih se lahko oblikujejo različne skupine oseb in odnosi njihove pripadnosti.

ZVarD v 1. členu določa varstvo pred diskriminacijo pri uresničevanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin, pri uveljavljanju pravic in obveznosti ter v drugih pravnih razmerjih na političnem, gospodarskem, socialnem, kulturnem, civilnem ali drugem področju. Diskriminacija se torej lahko dogaja na različnih področjih družbenega življenja. Na teh področjih morajo skladno z 2. členom ZVarD državni organi, lokalne skupnosti, nosilci javnih pooblastil ter pravne in fizične osebe na vseh področjih oblastnega odločanja, delovanja v pravnem prometu in pri drugem svojem delovanju oziroma ravnanju v razmerju do tretjih oseb zagotavljati varstvo pred diskriminacijo oziroma enako obravnavanje vseh oseb.

ZVarD opredeljuje več oblik diskriminacije. Osnovni obliki sta neposredna in posredna diskriminacija (6. člen). Neposredna diskriminacija obstaja, če je ali bi lahko bila oseba ali skupina oseb zaradi določene osebne okoliščine bila, v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno kot se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala druga oseba ali skupina oseb (prvi odstavek 6. člena ZVarD). Posredna diskriminacija pa obstaja, kadar je oseba ali skupina oseb z določeno osebno okoliščino bila, je ali bi lahko bila zaradi navidezno nevtralne določbe, merila ali prakse v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če ta določba, merilo ali praksa objektivno temelji na legitimnem cilju in so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in nujno potrebna (drugi odstavek 6. člena ZVarD).

Test za presojo dopustnosti izjem po ZVarD izhaja iz ustavnega testa za presojo dopustnosti posega v človekove pravice ter zahtev prava EU. Poseg v človekove pravice, kakršna je zapoved enakega obravnavanja (14. člen *Ustave Republike Slovenije*; v nadaljevanju:

Ustava)⁶, pa je ustavno dopusten samo, če temelji na stvarno upravičenem cilju (tretji odstavek 15. člena Ustave) in je v skladu s splošnim načelom sorazmernosti kot enim izmed načel pravne države (2. člen Ustave). Oceno skladnosti nove ureditve s splošnim načelom sorazmernosti se torej opravi na podlagi strogega t. i. testa sorazmernosti, ki obsega presojo treh vidikov posega, tj. presojo primernosti, nujnosti in sorazmernosti posega v ožjem pomenu.

3. Ali pogoj uporabe aplikacije #OstaniZdrav pomeni posredno diskriminacijo?

Zagovornik je v zadevi ocenjeval, ali je za vse enaka, na videz nevtralna določba 6. člena Odloka o omejitvi gibanja, kakršna je veljala od 15. 12. 2020 do 24. 12. 2020, nekatere osebe v primerjavi z drugimi osebami postavila v manj ugoden položaj zaradi njihove osebne okoliščine, in sicer starosti in/ali premoženjskega stanja. Dodatna osebna okoliščina, zaradi katere bi lahko bili ljudje s pogojem uporabe aplikacije #OstaniZdrav postavljeni v slabši položaj, je invalidnost (npr. slepi, gluho-slepi, ljudje s kognitivnimi oviranostmi). Navedene osebne okoliščine so izrecno navedene v prvem odstavku 1. člena ZVarD.

Če je bila ali pa bi lahko bila oseba ali skupina oseb z višjo starostjo, slabšim premoženjskim stanjem ali invalidnostjo zaradi navidezno nevtralnega 6. člena Odloka v manj ugodnem položaju kot druge osebe (brez teh osebnih okoliščin), bi šlo za posredno diskriminacijo (vsebinsko opredeljeno v drugem odstavku 6. člena ZVarD. Določba pa ni bila diskriminatorna, če je objektivno temeljila na legitimnem cilju, sredstva za doseganje tega cilja pa so bila ustrezna in nujno potrebna (skladno s strogim testom sorazmernosti). V tem primeru bi šlo za izjemo od prepovedi posredne diskriminacije.

Legitimen cilj, h kateremu naj bi prispevala tudi aplikacija #OstaniZdrav, je zaježitev oz. preprečitev širjenja novega korona-virusa (SARS-CoV-2) ter s tem zmanjšanje tveganja za razširitev nalezljive bolezni COVID-19 in preprečevanje smrti.

Skladno z drugim odstavkom 32. člena Ustave RS je pravica vsakogar, da se prosto giblje po državi, lahko omejena z zakonom, če je to potrebno, da se prepreči širjenje nalezljive bolezni. V tem smislu je bila kot ukrep uvedena omejitev gibanja, ki jo je natančneje določal Odlok. Ta je bil sprejet na podlagi 2. točke prvega odstavka 39. člena *Zakona o nalezljivih boleznih*⁷ (v nadaljevanju: ZNB), ki določa, da lahko Vlada RS za preprečitev širjenja nalezljive bolezni prepove oziroma omeji gibanje prebivalstva na okuženih ali neposredno ogroženih območjih. V ta namen je Vlada v tem Odloku, predhodnih odlokih in naknadnih odlokih, v okviru začasne prepovedi oz. omejitve zbiranja in gibanja ljudi prepovedala tudi prehajanje med občinami v državi (drugi odstavek 1. člena Odloka), razen v izjemnih primerih. V prvem odstavku 4. člena Odloka o omejitvi gibanja je navedenih trinajst izjem.

6. člen Odloka je omejitev gibanja med občinami znotraj iste statistične regije odpravil za štiri regije, ki so imele takrat v državi ugodnejšo epidemiološko situacijo: Osrednjeslovenska, Goriška, Obalno-kraška in Gorenjska regija. Obenem je določil nov pogoj za prehajanje med občinami znotraj teh regij, in sicer da imajo posamezniki oz. osebe iz istega gospodinjstva naloženo in stalno aktivirano aplikacijo #OstaniZdrav, tj. mobilno aplikacijo za obveščanje oseb o stikih z drugimi uporabniki, pozitivnimi na virus SARS-CoV-2.

⁶ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 in 75/16 – UZ70a

⁷ Uradni list RS, št. 33/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/20 – ZIUZEOP, 142/20 in 175/20 – ZIUOPDVE.

Drug predpis – *Zakon o začasnih ukrepih za omilitev in odpravo posledic COVID-19*⁸ (v nadaljevanju: ZZUOOP) pa v členih od 46. do 54. določa pravno podlago za to aplikacijo, ki določa tudi, da je aplikacija prostovoljna.

V svojem postopku izvedbe ocene diskriminatornosti določbe 6. člena Odloka je Zagovornik torej ocenjeval, **ali je pogoj naložene in stalno aktivirane aplikacije #OstaniZdrav za prehod med občinami predstavljal ustrezno in nujno potrebno sredstvo za doseganje legitimnega cilja zaježitve oz. preprečitve širjenja novega koronavirusa ter s tem zmanjšanja tveganja za razširitev bolezni COVID-19 in preprečevanja smrti.** To pa pomeni, da je bilo treba preveriti, ali bi se naložena in stalno aktivirana aplikacija #OstaniZdrav na pametnih mobilnih telefonih oseb, ki prehajajo med občinami, lahko izkazala kot sredstvo, s katerim je (bilo) mogoče dosegati zaželeni cilj zmanjšanja razširjenosti okužb s SARS-CoV-2, ali ne. Obenem je bilo treba preveriti, ali je (bilo) to nujno, ali pa so obstajali oz. obstajajo tudi drugi načini za doseganje istega cilja, ki so milejši – v konkretnem primeru torej načini, ki ne vključujejo uporabe aplikacije #OstaniZdrav.

4. Poizvedbe Zagovornika

Zagovornik je 16. 12. 2020 **Vlado RS** zaprosil, da skladno s 7. členom zadevnega Odloka poda strokovno utemeljitev za določitev pogoja iz takrat veljavnega 6. člena Odloka. Obenem jo je vprašal, kateri cilj se s postavljenim pogojem zasleduje; kako ta pogoj Vlada RS utemljuje kot ustrezno in nujno potrebno sredstvo za doseganje tega cilja. Vprašal je, ali ne obstaja drugačen, milejši način za doseganje tega cilja, ki ne bi nesorazmerno posegel v pravico do svobode gibanja – predvsem za starejše ljudi in ljudi s slabšim premoženjskim statusom, pa tudi za ljudi z invalidnostmi, ki nimajo oz. si ne morejo privoščiti nakupa ustreznega pametnega telefona in/ali ne zmorejo uporabljati aplikacije #OstaniZdrav.

Poleg tega je Zagovornik Vlado RS še vprašal, kako je zahteva po naložitvi in stalni aktivaciji aplikacije #OstaniZdrav združljiva s prostovoljnostjo njene uporabe⁹ ter ali je bila izvedena analiza delovanja, funkcionalnosti in učinkovitosti aplikacije #OstaniZdrav (zlasti z vidika pravočasnega izdajanja TAN kod). Če da, je Zagovornika zanimalo tudi, kakšni so bili izsledki analize in kako se z njimi utemljuje pogojevanje uresničevanja pravice do svobode gibanja iz 32. člena Ustave.

17. 12. 2020 je Zagovornik naslovil poizvedbe tudi **Ministrstvu za javno upravo** (v nadaljevanju: MJU), **Nacionalnemu inštitutu za javno zdravje** (v nadaljevanju: NIJZ) ter **Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani** (v nadaljevanju: IK-PFLJ).

Tudi MJU je Zagovornik vprašal, ali je bila v Sloveniji že izvedena analiza delovanja, funkcionalnosti in učinkovitosti aplikacije #OstaniZdrav, in če da, kakšni so bili izsledki analize. Poleg tega je Zagovornik MJU vprašal za mnenje o namestitvi in stalni aktivaciji aplikacije kot pogoju za neomejeno gibanje znotraj določene regije z ozirom na njeno prostovoljnost ter o tem, ali MJU meni, da je (bil) pogoj iz 6. člena Odloka ustrezno in predvsem nujno potrebno sredstvo za doseganje cilja zmanjšanja razširjenosti okužb z novim koronavirusom, ali pa meni, da bi lahko posameznik, ki na svojem pametnem mobilnem telefonu ni imel nameščene in stalno aktivirane aplikacije #OstaniZdrav, enako učinkovito prispeval k temu cilju, če je sicer upošteval vse druge predpisane zaščitne ukrepe. Za enaka mnenja je Zagovornik zaprosil tudi NIJZ in IK-PFLJ. Pri tem je NIJZ še posebej

⁸ Uradni list RS, št. 152/20 in 175/20 – ZIUOPDVE.

⁹ Prostovoljnost je omenjana tudi v odzivu Vlade RS na poročilo Sveta Evrope o aplikaciji #OstaniZdrav: <https://www.gov.si/novice/2020-10-13-odziv-na-porocilo-sveta-evrope-glede-aplikacije-ostanizdrav-ter-zascite-podatkov/>.

vprašal, kako hitro osebam, ki so bile testirane (oz. spoznane za okužene z novim koronavirusom in tako tudi kužne), sporoča TAN kodo ter ali se ta sporoča hkrati s sporočanjem pozitivnega izvida PCR-testa.

Obenem je Zagovornik v poizvedbi za MJU izrazil seznanjenost z dejstvom, **da si je do 11. 12. 2020 na svoje mobilne telefone aplikacijo preneslo več kot 201.600 uporabnikov (kar predstavlja cca. 10% prebivalcev Slovenije).**¹⁰ Namen uporabe aplikacije je pojasnjen na vladni spletni strani, kjer je navedeno, da gre za pripomoček, ki posamezniku sporoči, ali je bil v stiku z okuženo osebo. »Z njeno uporabo in upoštevanjem priporočil vsak izmed nas pripomore k obvladovanju širjenja virusa ter varovanju zdravja nas samih, naših bližnjih in celotne družbe,«¹¹ je še navedeno. Sama namestitvev aplikacije pa je predstavljena kot povsem prostovoljna. To je poudarjeno tudi v odzivu Vlade RS oz. MJU na poročilo Sveta Evrope glede aplikacije, kjer je med drugim navedeno tudi to, da aplikacija ne temelji na centralnem sistemu zbiranja podatkov.¹² Prostovoljnost in decentralizirano zbiranje podatkov sta pomembni zahtevi, ki ju med drugim izpostavlja resolucija Evropskega parlamenta z dne 17. 4. 2020.¹³

Enako je MJU navedlo v odgovoru na vprašanje državnega svetnika Tomaža Horvata (št. 002-2/2020/48, z dne 3. 11. 2020),¹⁴ v tem odgovoru pa je MJU **omenilo še študijo MIT Technology, po kateri je aplikacija učinkovita že, če jo uporablja 14% ljudi. V predstavitvi študije je sicer poudarjeno predvsem to, da za učinkovitost ni potrebna 60% uporaba med prebivalstvom.**¹⁵

V poizvedbi za NIJZ je Zagovornik navedel, da je seznanjen s promocijo aplikacije #OstaniZdrav ter z dejstvom, da njeno uporabo NIJZ podpira. Nenazadnje je eden ključnih elementov uporabe aplikacije #OstaniZdrav sporočanje desetmestne TAN kode uporabniku, kadar NIJZ potrdi, da je ta okužen oz. da je njegov izvid testiranja s PCR-testom na vsebnost za virus SARS-CoV-2 značilnega odseka RNK pozitiven. To kodo uporabnik vpiše v aplikacijo, s čimer aktivira svoj pametni telefon, da ta potem javlja ostalim uporabnikom tveganost stika z njim.

V poizvedbi za IK-PFLJ je Zagovornik navedel, da je seznanjen z »Mnenjem Inštituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani o aplikacijah za sledenje posameznikom/-cam z namenom zaježitve epidemije bolezni COVID-19, ki jo povzroča koronavirus« z dne 14. 4. 2020 (torej še pred začetkom uporabe aplikacije #OstaniZdrav).¹⁶ V mnenju je IK-PFLJ opozoril na nevarnost uporabe aplikacij za sledenje posameznikom kot nadzorne tehnologije v uporabi oblasti, ki se, čeprav uvedena v času posebnih razmer, lahko ohranja v družbi še dolgo po tem, ko te razmere minejo ali pa se izkažejo kot »nova normalnost« (primerjalno je navedel posledice »boja proti terorizmu«, katerega ukrepi se danes uporabljajo npr. pri sledenju migrantom ob prehajanju državne meje). IK-PFLJ je v svojem mnenju kot bistveno izpostavil upoštevanje pravnih kriterijev nujnosti in sorazmernosti pri dopustnem omejevanju človekovih pravic.

¹⁰ <https://www.gov.si/novice/2020-12-11-vsaka-posodobitev-aplikacije-ostanizdrav-pomeni-njeno-bolise-delovanje/>

¹¹ Glej opombo št. 1.

¹² [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652711/IPOL_BRI\(2020\)652711_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652711/IPOL_BRI(2020)652711_EN.pdf)

¹³ European Parliament resolution of 17 April 2020 on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences (2020/2616(RSP):

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_EN.html

¹⁴ http://www.ds-rs.si/sites/default/files/dokumenti/ds_tomaz_horvat_aplikacija_ostaniz_p.pdf

¹⁵ <https://www.technologyreview.com/2020/06/05/1002775/covid-apps-effective-at-less-than-60-percent-download/>

¹⁶ <http://inst-krim.si/2020/04/mnenje-covid-19/>

5. Odgovori Vlade RS, NIJZ in IK-PFLJ na poizvedbe Zagovornika

Odgovor Vlade RS:

Vlada RS je na Zagovornikovo poizvedbo odgovorila 14. 1. 2021 (Sklep Vlade RS, št. 07000-24/2020/5).

Najprej je Vlada opozorila na **odločbo Ustavnega sodišča Republike Slovenije** (v nadaljevanju: USRS, tudi: Ustavno sodišče) št. *U-I-83/20 z dne 27. 8. 2020*,¹⁷ s katero je USRS precedenčno odločilo o vprašanju ustavnosti dveh odlokov, ki ju je nasledil Odlok o omejitvi gibanja, in sicer *Odloka o začasni splošni prepovedi gibanja in zbiranja ljudi na javnih mestih in površinah v Republiki Sloveniji ter prepovedi gibanja izven občin*¹⁸ (v nadaljevanju: Odlok/38) in *Odloka o začasni splošni prepovedi gibanja in zbiranja ljudi na javnih krajih, površinah in mestih v Republiki Sloveniji ter prepovedi gibanja izven občin* (v nadaljevanju: Odlok/52).¹⁹ **Ustavno sodišče je takrat na podlagi opravljenega testa legitimnosti in strogega testa sorazmernosti presodilo, da sta bila oba odloka z določbami o omejitvi gibanja na občine zaradi nevarnosti širjenja okužbe z novim korona-virusom skladna z 32. členom Ustave RS.** Vlada je navedla, da je Ustavno sodišče je presodilo, da je omejitev gibanja na občino prebivališča zasledovala ustavno dopusten cilj, tj. zaježitev in obvladovanje širjenja nalezljive bolezni COVID-19 ter s tem varstvo zdravja in življenja ljudi, ki ju ta bolezen ogroža. Poudarila je še, da je Ustavno sodišče presodilo, da je bila prepoved gibanja izven občine prebivališča primeren ukrep za dosego zasledovanega cilja, saj je bila izkazana upoštevena verjetnost, da bi – glede na podatke, ki so obstajali v času sprejetja izpodbijanih odlokov – lahko prispevala k zmanjševanju ali upočasnjevanju širjenja bolezni COVID-19 – predvsem z zmanjševanjem števila dejanskih stikov med osebami, ki so prebivale na območjih z višjim številom okužb, torej z višjim tveganjem za prenos okužbe, in osebami na območjih z nižjim številom okužb ali celo brez njih. Vlada je nadalje poudarila, da je pri presoji nujnosti posega Ustavno sodišče štelo kot odločilno, da do tedaj sprejeti ukrepi (zaprtje vzgojno-izobraževalnih ustanov, ustavitve javnega prometa, splošna prepoved gibanja in zbiranja na javnih mestih in površinah s taksativno določenimi izjemami) sami zase v času sprejetja izpodbijanih odlokov niso omogočali ocene, da bo zgolj z njihovo pomočjo mogoče preprečiti širjenje okužbe do te mere, da bi lahko bila vsem bolnikom glede na dejanske zmogljivosti sistema zagotovljena ustrezna zdravstvena oskrba. V teh pogojih so bili nadaljnji ukrepi, ki bi lahko preprečili širjenje okužbe in s tem zlom zdravstvenega sistema, tudi po mnenju Ustavnega sodišča nujni. Vlada je nadalje navedla, da je po oceni Ustavnega sodišča ukrep omejitve gibanja na občino prebivališča tudi sorazmeren v ožjem smislu, kar pomeni, da je izkazana stopnja verjetnosti pozitivnega vpliva ukrepa na varovanje zdravja in življenja ljudi odtehtala težo posega v svobodo gibanja. Pri tej presoji je Ustavno sodišče štelo kot pomembno, da je bilo ob prepovedi gibanja izven občine prebivališča določenih več izjem, je še poudarila Vlada.²⁰

Vlada RS je v svojem odgovoru Zagovorniku posebej opozorila na v odločbi Ustavnega sodišča izraženo stališče, da težo posega v pravico do svobode gibanja blaži pomen »dolžnosti vsakogar do drugega in do družbene skupnosti«, pri čemer je utemeljeno pričakovanje, da posamezniki svoje interese presojujejo v luči višjih vrednot, tj. pomena varstva javnega zdravja, potrebe zagotavljanja sposobnosti učinkovitega odziva zdravstvenih ustanov v pogojih epidemije in pomena varstva posebej ranljivih skupin, ki jih neraziskana bolezen najbolj ogroža. Nadalje je Vlada v odgovoru Zagovorniku navedla trinajst izjem, ki jih je v Odloku o omejitvi gibanja (v nadaljevanju tudi: Odlok/186)²¹ določal njegov 4. člen:

¹⁷ Odločba USRS U-I-83/20: <https://www.us-rs.si/wp-content/uploads/2020/09/U-I-83-20-Odlo%C4%8Dba.pdf>.

¹⁸ Uradni list RS, št. 38/20 in 51/20.

¹⁹ Uradni list RS, št. 52/20 in 58/20.

²⁰ Povzetek odločbe U-I-83/20: <https://www.us-rs.si/odlocba-ustavnega-sodisca-st-u-i-83-20-z-dne-27-8-2020/>.

²¹ Ime, ki ga je v svojem odgovoru Zagovorniku uporabila Vlada.

»Te izjeme omogočajo posameznikom širok nabor opravil, ki jih lahko opravljajo tudi izven občine prebivališča. Poleg izjem, povezanih s službo in delovnimi procesi (1. in 2. točka), so to primeri odpravljanja nevarnosti za zdravje, življenje in premoženje (3. točka), varstvo, oskrba, nega družinskih članov, starševska skrb in pomoč osebam, potrebnim podpore, in dostop do oseb s posebnimi potrebami (ki se jo tolmači v najširšem smislu, torej tudi za namen psihološke in čustvene podpore; 4. in 9. točka), dostop do lekarn in zdravstvenih storitev (5. točka), diplomatskih in konzularnih predstavništev (6. točka), vseh storitev za nujne primere (7. točka, ki se jo spet tolmači v najširšem smislu, torej tudi za nujno pomoč drugim osebam), dostop do pravosodnih in upravnih organov ter organov pregona (8. točka), vsa vzdrževalna dela ali sezonska opravila na zasebnih objektih ali zemljiščih (10. točka), potovanja do doma in tranzit čez Republiko Slovenijo (11. točka), dostop do trgovin ali storitev, ki v občini bivališča niso na voljo ali so v drugi občini bližje prebivališču osebe (12. točka) in nujno vzdrževanje groba (13. točka). Vse izjeme veljajo tudi za ožje družinske člane ali člane skupnega gospodinjstva.«

V nadaljevanju pa je Vlada pojasnila, da je v **novem 6. členu v Odloku/186 ob trinajstih obstoječih izjemah iz 4. člena Odloka/186 določila še dodatno izjemo, da se med občinami znotraj epidemiološko manj slabih statističnih regij lahko brez natisnjene in izpolnjene izjave gibajo tudi osebe z naloženo in aktivirano prostovoljno mobilno aplikacijo za obveščanje oseb o stikih z drugimi uporabniki, pozitivnimi na virus SARS-CoV-2.** Ker epidemiološka služba ob trenutni situaciji ne zmore slediti vsem stikom okuženih oseb,²² so z epidemiološkega stališča osebe, ki uporabljajo aplikacijo, po oceni Vlade manj rizične, saj aplikacija vsaj delno nadomešča človeško obveščanje o stikih z okuženo osebo.

Vlada je izrazila mnenje, da takšna določba ni neustavna, ni diskriminatorna in tudi ne pomeni obveznosti uporabe aplikacije. Vsaka oseba lahko še vedno uveljavlja katero koli od trinajstih izjem iz 4. člena Odloka/186, pri čemer lahko za namen teh izjem prehaja ne samo med občinami, temveč tudi med statističnimi regijami.

Vlada RS je Zagovorniku predstavila svoje razumevanje položaja starejših oseb oz. tistih, ki nimajo pametnih telefonov ali pa aplikacije #OstaniZdrav ne želijo uporabljati. Vlada razume, da nekatere osebe niso mogle uveljavljati »te nove, **14. izjeme** iz 6. člena Odloka/186«. Ob tem pa je navedla, da »tudi za ostale izjeme velja, da jih ne morejo uveljavljati vsi: izjeme iz 1. točke ne morejo uveljavljati osebe, ki niso zaposlene, izjeme iz 4. točke ne morejo uveljavljati osebe, ki nimajo otrok ali družinskih članov, izjeme iz 12. točke ne morejo uveljavljati osebe, ki imajo trgovine in storitve neposredno v bližini prebivališča, izjeme 10. točke pa ne morejo uveljavljati osebe, ki izven občine prebivališča nimajo zasebnega objekta ali zemljišča.«

V nadaljevanju svojega odgovora je Vlada predstavila, **da je bila odločitev za aplikacijo #OstaniZdrav kot enega izmed ukrepov za obvladovanje epidemije rezultat predlogov na podlagi ugotovitev in mnenj zdravstvene stroke.** Strokovna skupina, ki jo je imenoval minister za zdravje, je namreč 25. 6. 2020 podala mnenje, da je, ko bo na voljo aplikacija, »potrebno določiti, da je v nekaterih primerih njena uporaba obvezna«. Najprej je bilo to mišljeno zlasti za udeležbo na javnih prireditvah, a je bila kasneje zamisel opuščena, ker se je epidemiološka situacija poslabšala in je vlada zaradi tega javne prireditve prepovedala. Pred tem je sicer strokovna skupina predlagala drugačen režim na javnih prireditvah: vodenje seznamov udeležencev s kontaktnimi podatki. Takšen način beleženja pa naj ne bi bil mogoč pri prehajanju med občinami, saj v tem primeru ne gre za organizirano in nadzorovano okolje. Zato je Vlada pojasnila, da **za neomejeno prehajanje med občinami ni bilo prave alternative aplikaciji #OstaniZdrav.** Aplikacija namreč uporablja

²² <https://www.nijz.si/sl/spremenjen-protokol-sledenja-stikom-okuzenih-z-novim-koronavirusom-sars-cov-2> (Od dne 17. 10. 2020 naprej je epidemiološka služba NIJZ prenehala iskati visoko rizične tesne stike in obenem tudi ni več podajala predlogov za ukrep karantene.)

pseudonimizirane podatke, zato osebni podatki stikov niso na voljo; brez aplikacije bi bilo obveščanje stikov mogoče le na način, da bi vsakdo, ki bi prehajal občinsko mejo, imel s seboj popoln spisek oseb, s katerimi je bil v stiku (analogija seznamu udeležencev prireditve, ki ga je predlagala strokovna skupina). Vlada je navedla, da bi bilo to v praksi težko izvedljivo, obdelovati bi bilo treba tudi neprimerno več osebnih podatkov, kar bi pomenilo izjemno velik poseg v 38. člen Ustave, ki določa varstvo osebnih podatkov.

Bistvena vloga aplikacije #OstaniZdrav je po pojasnilu Vlade RS, »da – kadar epidemiološka služba obveščanja o stikih ne zmore opravljati v celoti – to vlogo prevzame aplikacija, kadar je to mogoče in kadar obveščanja o stikih ni mogoče zagotoviti drugače«.

Vlada je v odgovoru navedla tudi nekaj podatkov iz raziskav o aplikaciji, ki jih sicer ni veliko, saj gre za novejša orodja za obveščanje oseb o stikih z drugimi (okuženimi osebami). Navedla je **raziskavo**, ki so jo opravili laboratorij Cold Spring Harbor, revija British medical Journal in univerza Yale.²³ Po navedbah Vlade ta raziskava aplikacijo navaja kot pomembno dopolnitev klasičnemu sledenju stikov in ocenjuje, da aplikacije zmanjšajo število okužb za približno 8 %, število smrti pa za približno 6 %. Apple in Google, torej platformi, na katerih se večinoma uporabljajo aplikacije za sledenje stikom okužene osebe, se sklicujeta na isto raziskavo in trdita, da klasično sledenje stikom ob samo 15 % deležu uporabnikov aplikacije v zvezi državi Washington zmanjša okužbe za 15 %, smrti pa za 11 %, še navaja Vlada.²⁴

Vlada je v nadaljevanju predstavila tudi obveznost dokazovanja osebe, da ima na svojem pametnem telefonu dejansko naloženo in stalno aktivirano aplikacijo. Šlo naj bi za enako obvezo, kakor velja za osebe, ki uveljavljajo izjeme po 4. členu Odloka – pri sebi morajo imeti konkretno dokazilo (s katerim izkazujejo utemeljenost oz. upravičenost uveljavljanja izjeme), ki ga morajo na zahtevo pokazati inšpektorju Zdravstvenega inšpektorata, policistu ali občinskemu redarju. Po stališču Ministrstva za notranje zadeve (v nadaljevanju: MNZ) je kot takšno ustrezno tudi dokazilo v elektronski obliki. »V primeru 6. člena Odloka/186 je takšno dokazilo naložena in uporabljena aplikacija,« je navedla Vlada. Pri tem naj ne bi bilo ogroženo varstvo osebnih podatkov, saj so osebni podatki drugih oseb v aplikaciji v pseudonimizirani obliki, do osebnih podatkov nadzorovane osebe pa ima oseba, ki je za nadzor pooblaščen, upravičen dostop.

Ob tem je Vlada RS izrecno poudarila, da je aplikacija **prostovoljna**. Vsakdo se je lahko sam odločil, ali bo dokazoval uporabo aplikacije v morebitnem nadzoru uveljavljanja te dodatne izjeme iz 6. člena Odloka. Obenem je Vlada ponovno poudarila, »da imajo vse osebe, torej tudi tiste, ki aplikacije ne uporabljajo, na voljo širok nabor izjem, s katerimi lahko prehajajo občinske in tudi regijske meje«.

Glede vprašanja starejših oseb in oseb s slabšim premoženjskim stanjem, ki si ne morejo oz. si zelo težko privoščijo nakup pametnega telefona ter uporabo aplikacije #OstaniZdrav, je Vlada navedla, da je upoštevala konkretne podatke Statističnega urada RS. Po teh podatkih je v letu 2018 v obdobju 12 mesecev uporabljalo pametni telefon 87 % uporabnikov interneta, starih 16–74 let, pri čemer je imelo dostop do interneta 87 % gospodinjstev, 80 % oseb, starih 16–74 let, pa je internet redno uporabljalo. Ti redni uporabniki so do interneta dostopali v največjem odstotku s pametnega telefona (v 85 %) (v EU-28: 87 %). Med temi pa je bil ta način dostopa najbolj razširjen med 25–34-letniki (97 %), sledili so 16–24-letniki (96 %) in 35–44-letniki (93 %), najmanj razširjen pa med 65–74-letniki (54 %).²⁵ Vlada je še navedla, da se je do leta 2020 delež teh uporabnikov zagotovo še povečal. Vlada je sklenila, da zgolj **dejstvo, da nekdo spada med starejšo populacijo, ne pomeni samodejno, da**

²³ <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.08.29.20184135v1.full.pdf>

²⁴ <https://www.fiercebiotech.com/medtech/google-oxford-study-projects-benefits-to-coronavirus-tracing-smartphone-apps-even-at-low>

²⁵ https://www.stat.si/StatWeb/News/Index/7925?fbclid=IwAR0igNZJQXifwFVHPymi_a6lm8FKALwCbfh2t3vZd4UyinVQ

nima pametnega telefona ali da je informacijsko manj pismen. Vlada meni, da je aplikacijo enostavno naložiti, še enostavneje pa jo je uporabljati. Navedla pa je še, da so starostniki v COVID-19 pandemiji ena najbolj ogroženih skupin, zato jim zdravstvena stroka še toliko bolj odsvetuje druženje in gibanje izven »mehurčka«, ne glede na uporabo aplikacije.

MJU Zagovorniku ni odgovorilo na njegovo poizvedbo. Zagovornik je bil obveščen o prošnji Vlade RS, da tako MJU kakor tudi MNZ proučita Zagovornikovo poizvedbo (naslovljeno na Vlado) ter Vladi pripravita predlog odgovora, ni pa seznanjen, ali je v odgovoru vlade dejansko vsebovan tudi odgovor MJU.

Odgovor NIJZ:

NIJZ je Zagovorniku odgovoril s kratkim dopisom (št. 050-1/2020-1) 30. 12. 2020. Glede vprašanja hitrosti sporočanja TAN kode osebi, ki je bila prepoznana za okuženo (torej kot prenašalko virusa SARS-CoV-2), je NIJZ odgovoril, da oseba pridobi TAN kodo sočasno z SMS obvestilom (na mobilnem telefonu) o pozitivnem rezultatu testa. Sicer pa lahko vsaka oseba, ko izve za pozitiven rezultat testa, tudi sama zaprosi za kodo na spletni strani NIJZ.²⁶ Glede aplikacije #OstaniZdrav je NIJZ izrazil stališče, da je aplikacija edinstveno in **pomembno orodje**, s katerim lahko posameznik prispeva k cilju zmanjšanja razširjenosti virusa, in sicer prav s tem, ko omogoča obveščanje o tveganih stikih z drugimi osebami, tudi neznanimi. **»Aplikacija je v pomoč posamezniku, da bo lahko pozoren na svoje zdravje in na možnost izpostavljenosti okužbe. Posledično bo dobro delovala samo, če bosta njen namen in delovanje dobro razumljena in bo aplikacija sprejeta s strani populacije kot koristno orodje, ki si ga želi uporabljati.«** NIJZ je skladno s tem aplikacijo #OstaniZdrav označil za enega izmed javnozdravstvenih ukrepov, ki »vsekakor prispeva k skupnemu cilju«. Pri tem pa je poudaril, da je težko govoriti o učinkovitosti in nujnosti posameznega ukrepa, saj gre vedno za **sklop ukrepov**, ki so med sabo prepleteni in prispevajo k skupni učinkovitosti. »Vsak ukrep doseže določen delež populacije, pomembno pa je, da je skupen seštevek dosežene populacije visok.« Tako je NIJZ izrazil mnenje, da **»ima aplikacija ob vseh ostalih ukrepih nedvomno dodatno vrednost in prispeva k skupni učinkovitosti ukrepov«**.

Odgovor IK-PFLJ:

Zagovornik je 18. 12. 2020 prejel odgovor IK-PFLJ. V njem je IK-PFLJ Zagovornika napotil na v medijih že izražena stališča raziskovalcev IK-PFLJ izr. prof. dr. Aleša Završnika in Pike Šarf. Kot primer je izpostavil članek *»Vlada izsiljuje: Ti meni aplikacijo, jaz tebi svobodo gibanja«*, ki je izšel v časopisu Dnevnik 14. 12. 2020.²⁷

Pika Šarf je v omenjenem članku med drugimi vprašanimi pravnimi strokovnjaki izrazila ostro kritiko ukrepa (sporne določbe 6. člena Odloka), ker naj bi preveč invazivno posegel v zasebnost posameznika. Posebej je navedla: **»Obenem je ukrep tudi diskriminatoren, saj po dostopnih podatkih kar ena četrtna prebivalstva Slovenije nima pametnih telefonov in si aplikacije sploh ne more namestiti. V starostni skupini nad 65 let, ki predstavlja najbolj ranljivo skupino, pa ima pametne telefone zgolj okrog trideset odstotkov ljudi. Ukrep bo torej nesorazmerno vplival na svobodo gibanja starejših in socialno ogroženih, ki si pametnega telefona ne morejo privoščiti.«** Nadalje je navedla, da gre za »kaznovalni ukrep, saj kaznuje vse, ki si aplikacije ne naložijo. Obenem gre za ukrep, ki ima učinke, primerljive s pooblastili represivnih organov v kazenskem postopku. Lahko pa bi se izpeljalo tudi, da gre za nadzorovanje prepovedi gibanja. [...] V tujini je to prostovoljna aplikacija, na uporabo katere niso vezane nikakršne negativne posledice za posameznike ali pa uveljavljanje njihovih pravic.« Dr. Aleš Završnik je ob tem posebej opozoril, da pogoji trgovin

²⁶ <https://nijz.si/koda>

²⁷ <https://www.dnevnik.si/1042945365/slovenija/vlada-s-pogojevanjem-aplikacije-izziva-ustavo-google-in-apple-medtem-pa-izdajanje-tan-kod-niti-ne-deluje->

»Apple Store in Google Play, kjer je aplikacija dostopna, določajo, da mora biti aplikacija prostovoljne narave.«

Poleg tega je Pika Šarf opozorila na **izredno majhno število vnosov TAN kod v aplikacijo**. Aplikacija namreč ničemur ne služi, če vanjo ni vnesena TAN koda osebe (ki ji je bila s testom na vsebnost novega koronavirusa potrjena okužba), je bilo še poudarjeno v članku. Avtorji so navedli, da je bilo v obdobju od 23. 11. do 7. 12. 2020 vnesenih vsega 1.367 TAN kod, v istem obdobju pa je bilo okuženih skoraj 21 tisoč ljudi. S tem v zvezi je Pika Šarf izrazila posebno zaskrbljenost: **»Kar naenkrat bo precej velik odstotek ljudi naložilo aplikacijo zgolj zaradi prehajanja meja, kar pa ima lahko negativen učinek. [...] Ljudje zaupajo tehnologiji in dobijo občutek, da so varni zgolj zato, ker aplikacijo uporabljajo. Pri tako majhnem številu vnosov TAN kod imamo ogromen odstotek ljudi, ki kode niso vnesli, pa uporabniki ne bodo obveščeni o izpostavljenosti. Dobili bodo torej lažen občutek varnosti, ki je nevaren.«**

6. Zagovornikova ocena diskriminatornosti Odloka o omejitvi gibanja

Bistvo odgovora Vlade RS na Zagovornikovo poizvedbo je v tem, da je pogoj aplikacije za prehajanje občinskih meja predstavljen kot dodatna, štirinajsta izjema od prepovedi prehajanja meja v takrat veljavnem Odloku. Vendar pa je Zagovornik namreč ocenil, da po vsebini pogoj naložene aplikacije iz 6. člena Odloka po vsebini ni primerljiv ostalim trinajstim izjemam iz 4. člena Odloka.

Te izjeme namreč predstavljajo določene dejavnosti, povezane s posebnimi nujnimi življenjskimi situacijami, zaradi katerih morajo osebe nujno prehajati občinske meje. Te situacije so lahko povsem vsakdanje (delo oz. opravljanje dejavnosti, dostop do trgovin, lekarn, zdravstvenih storitev, izvajanje vzdrževalnih del, varstvo in pomoč osebam, ki so potrebne podpore, dostop do storitev za osebe s posebnimi potrebami, nujno vzdrževanje groba) ali pa tudi izredne (odpravljanje neposredne nevarnosti za zdravje, življenje, in premoženje, dostop do storitev za nujne primere, dostop do izvajanja nalog pravosodnih in upravnih organov ter organov pregona, dostop do tujih diplomatskih in konzularnih predstavništev, potovanje oseb v tranzitu). Predvsem pa te situacije obstajajo ne glede na epidemijo. Če bi se za osebe tudi v teh situacijah uveljavila omejitev gibanja med občinami kot ukrep za preprečevanje oz. zaježitev širjenja novega koronavirusa, bi lahko prišlo do znatno nesorazmernih, celo hujših ali življenje ogrožajočih posegov v človekove pravice prizadetih oseb. Zato je bilo razumljivo in nujno, da je Vlada te situacije predvidela in jih pri določitvi ukrepa omejitve gibanja oseb med občinami opredelila kot izjemne. Prav to je v svoji odločbi (U-I-83/20) upoštevalo tudi Ustavno sodišče.

Pogoj naložitve in stalne aktivacije aplikacije #OstaniZdrav pa ni takšne narave. S postavitvijo tega pogoja so bile namreč razveljavljene vse ostale izjeme, saj so lahko občinske meje prehajale tudi osebe, ki se niso nahajale v nujni in življenjsko pomembni situaciji. Zato je Zagovornik ocenil, da pogoj uporabe aplikacije ne more biti izenačen z ostalimi trinajstimi pogoji in torej ne more biti predstavljen kot štirinajsta od prepovedi gibanja prek občinskih meja. Namestitev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav ni tovrstna nujna vsakodnevna ali izredna dejavnost oz. posebna življenjska situacija ali položaj določenih oseb. Takšna bi bila lahko nova izjema, ki jo je Vlada uvedla s spremembo Odloka o omejitvi gibanja, veljavno od 25. 12. 2020 naprej, po kateri je bilo posamezniku ali osebam iz skupnega gospodinjstva dovoljeno prehajanje med občinami znotraj statistične regije za namen izvajanja individualnih športnih aktivnosti ali gibanja v naravnem okolju izven naselij (z upoštevanjem priporočil NIJZ). Gre za vrsto občasne ali vsakodnevne dejavnosti, ki je pomembna za zdravje oseb. Zanja bi lahko ocenili, da bi bila povsem mogoče navedena kot štirinajsta izjema, primerljiva tistim iz 4. člena Odloka.

V zvezi z argumentom, da uporaba aplikacije nadomešča epidemiološko sledenje stikom in da je zato nujna za vse ostale primere prehajanja občinskih meja, ki ne sodijo v katero od izjem po 4. členu Odloka, Zagovornik ocenjuje, da je uporaba tehničnih zmožnosti za obveščanje o izpostavljenosti smiselno. Hkrati pa osebam, ki so prehajale občinske meje na podlagi katere od trinajstih izjem, takšnega pogoja uporabe aplikacije ni bilo treba izpolnjevati, pa čeprav bi bilo to v primeru stika z okuženo osebo smiselno tudi zanje. Vendar bi v tem primeru uporaba aplikacije dejansko postala obvezna, kar bi bilo v nasprotju z mednarodnimi pogoji njene uporabe.

Glede na navedeno po oceni Zagovornika namestitvev in stalna aktivacija aplikacije po svoji vsebini ne more pomeniti izjeme od prepovedi prehajanja meja, kot to velja za izjeme iz 4. člena Odloka, lahko pa po naravi stvari predstavlja enega izmed ukrepov za obvladovanje epidemije (oz. pandemije) COVID-19. **Z določbo 6. člena Odloka torej ni bila uvedena nova istovrstna izjema od omejitve gibanja oseb med občinami, temveč gre za ukrep za zajezitev in preprečevanje širjenja virusa, ki je za imetnike aplikacije izničil prepoved prehajanja občinskih meja znotraj regije, ne glede na strogo določene izjeme iz 4. člena.**

Z ozirom na to, da aplikacija #OstaniZdrav predstavlja enega od ukrepov za zajezitev in preprečevanje širjenja novega koronavirusa, je Zagovornik ocenil, da argumenti v Odločbi Ustavnega sodišča U-I-83/20 o upravičenosti omejevanja gibanja za presojo pogoja iz 6. člena Odloka niso neposredno uporabni. V omenjeni odločbi je (kakor že predstavljeno) Ustavno sodišče na podlagi testa legitimnosti in strogega testa sorazmernosti presodilo, da je ukrep o omejitvi gibanja med občinami primerno, nujno in sorazmerno sredstvo za zajezitev in obvladovanje širjenja nalezljive bolezni COVID-19 (upoštevajoč tudi izjeme – kot so bile potem še naprej vsebovane v 4. členu Odloka), ni pa se opredeljevalo do uporabe aplikacije pri prehodu občinskih meja kot ukrepa za preprečevanje širjenja okužb.

Zagovornik je Vlado RS ter druge institucije, ki jim je poslal svoje poizvedbe, vprašal, iz katerih razlogov naj bi bila namestitvev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav na pametnem telefonu osebe, ki prehaja med občinami znotraj določene statistične regije, ustrezno in nujno potrebno sredstvo za doseganje legitimnega cilja.

Zagovornik je ocenil, da Vlada na ta konkretna vprašanja ni povsem jasno odgovorila, saj ni predstavila, zakaj naj bi bila uporaba aplikacije pri prehodu občinskih meja primerno in nujno potrebno sredstvo za doseganje cilja preprečevanja širjenja okužb. Odgovor Vlade se je med drugim osredotočal na vprašanje prostovoljnosti aplikacije nasploh, kar pa ni bistveno za to oceno diskriminatornosti. S tem, ko uporaba aplikacija postane obvezna za prehajanje občinskih meja, če oseba ne izpolnjuje katere od izjem iz 4. člena Odloka, dejansko za prehajanje meje postane obvezna.

Zagovornik je v svojem postopku izvedbe ocene diskriminatornosti 6. člena Odloka ocenjeval, ali je pomenila določba o namestitvi in stalni aktivaciji aplikacije #OstaniZdrav posredno diskriminacijo starejših oseb in oseb s slabšim premoženjskim stanjem, ki nimajo pametnih telefonov, ker si jih težko privoščijo ali jih ne znajo/ zmorejo uporabljati – zato ne morejo uporabljati aplikacije. Obravnaval je torej situacije, v katerih so se lahko znašle osebe, ki bi se sicer prostovoljno odločile za namestitev in stalno aktivacijo aplikacije, a tega niso (z)mogle zaradi svoje osebne okoliščine, namreč svoje višje starosti, invalidnosti ali svojega slabšega premoženjskega stanja. Zagovornik je bil na ta problem opozorjen z 11 prijavi posameznikov, ki jih je prejel v zvezi s sporno določbo takratnega 6. člena Odloka o omejitvi gibanja.

Zagovornik soglaša, da na podlagi dejstva, da nekdo spada med starejšo populacijo, ni mogoče samodejno sklepati, da ne uporablja pametnega telefona. Obenem pa je sprejel kot pomembno informacijo navedbo IK-PFLJ, da ima v starostni skupini nad 65 let pametne telefone zgolj okrog 30 % oseb in da četrtnina prebivalcev Slovenije nima pametnih telefonov.

Prav tako je upošteval podatke Statističnega urada RS, na katere se sklicuje Vlada, za leto 2018, da je imelo pametni telefon »87 % uporabnikov interneta, starih 16–74 let, pri čemer je imelo dostop do interneta 87 % gospodinjstev, 80 % oseb, starih 16–74 let, pa je internet redno uporabljalo. Ti redni uporabniki so do interneta dostopali v največjem odstotku s pametnega telefona (v 85 %) (v EU-28: 87 %). Med temi pa je bil ta način dostopa najbolj razširjen med 25–34-letniki (97 %), sledili so 16–24-letniki (96 %) in 35–44-letniki (93 %), najmanj razširjen pa med 65–74-letniki (54 %).«

Iz navedenih podatkov ni razvidno, kakšen dostop do interneta in pametnih telefonov imajo starejši nad 74 let. Razvidno pa je, da velik delež oseb nad 65 let pametnega telefona nima. Vsi ti podatki so pomembni z vidika preprečevanja diskriminacije. **Če naj bi neka določba veljala za vse prebivalce (tudi če je odločitev za njeno izpolnjevanje prostovoljna), potem bi bilo z vidika varstva pred diskriminacijo treba poskrbeti, da se vsem prebivalcem izvajanje te določbe tudi omogoči, ali pa se za določene kategorije prebivalcev, ki določbe iz razumljivih razlogov ne morejo izvajati, predvidi izjeme.**

Čeprav naj bi bila aplikacija #OstaniZdrav prostovoljna, je bila (kot rečeno) kljub prostovoljnosti njena namestitvev in stalna aktivacija za prav določeno skupino oseb bistveno otežena – zaradi njihovih osebnih okoliščin jih je postavila v manj ugoden položaj.

Ker bi lahko šlo pri tem za posredno diskriminacijo teh oseb, je Zagovornik opravil strogi test sorazmernosti, da bi ocenil, ali obravnavani ukrep morda sodi med izjeme od prepovedi posredne diskriminacije.

7. Test sorazmernosti

Zagovornik je ocenjeval, ali bi določba 6. člena Odloka o omejitvi gibanja o stalni namestitvi in aktivaciji mobilne aplikacije za obveščanje oseb o stikih z drugimi uporabniki, pozitivnimi na virus SARS-CoV-2 (aplikacije #OstaniZdrav) lahko predstavljala izjemo od posredne diskriminacije starejših oseb in oseb s slabšim premoženjskim stanjem ter osebami z invalidnostmi, ki nimajo pametnih telefonov (ker si jih težko privoščijo ali jih ne znajo/zmorejo uporabljati – tako pa ne zmorejo uporabljati tudi aplikacije #OstaniZdrav). Pri tem je Zagovornik ocenjeval, ali bi namestitvev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav lahko skladno z drugim odstavkom 6. člena ZVarD predstavljala ustrezno in nujno potrebno sredstvo za doseganje legitimnega cilja, na katerem naj bi ta določba objektivno temeljila.

7.1. Legitimnost ciljev, ki jih ukrep zasleduje

Cilj, na katerem je temeljila določba o aplikaciji #OstaniZdrav v 6. členu Odloka o omejitvi gibanja – zajezitev oz. preprečitev širjenja novega koronavirusa ter s tem zmanjšanje tveganja za razširitev nalezljive bolezni COVID-19 ter preprečevanje smrti – je **nesporno legitimen**. Gre torej za isti cilj, ki ga zasledujejo tudi mnogi drugi ukrepi v času epidemije COVID-19 in ki ga je kot legitimnega ocenilo tudi Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-83/20.

Sicer pa je namen aplikacije oz. njene uporabe prispevati k doseganju tega cilja na specifičen način (kot že predstavljeno): prek opozarjanja oseb (uporabnikov aplikacije) na tveganost stikov z drugimi osebami (uporabniki aplikacije) in s tem pomoč pri izogibanju nevarnim stikom z osebami, okuženimi z novim koronavirusom – z jasnim ciljem preprečevanja okužb oz. zmanjševanja tveganja za prenos SARS-CoV-2 in razvoj bolezni COVID-19 ter preprečevanja smrti.

7.2. Ustreznost (primernost)

Nadalje je Zagovornik ocenjeval, ali je namestitev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav **ustrezno sredstvo** za doseganje zaježitve oz. preprečitve širjenja SARS-CoV-2 ter s tem zmanjšanja tveganja za razširitev nalezljive bolezni COVID-19 oz. za obvladovanje epidemije COVID-19 ter preprečevanje smrti. Da je sredstvo za doseganje cilja ustrezno, pomeni, da je z njim cilj po naravi stvari mogoče doseči. Zagovornik je torej ocenjeval, ali je z namestitvijo in stalno aktivacijo aplikacije #OstaniZdrav mogoče doseči zaježitev in preprečitev širjenja novega korona-virusa oz. zmanjšanje tveganja za razširitev nalezljive bolezni COVID-19 ter preprečevanje smrti.

Podatki raziskav, ki sta jih predstavila tako MJU kot Vlada RS, kažejo, da se učinkovitost uporabe aplikacije izkaže že, če število uporabnikov predstavlja 14-15 % populacije. Decembra 2020 si je v Sloveniji še pred uveljavitvijo 6. člena Odloka aplikacijo na svoje mobilne telefone preneslo malo več kot 10 % prebivalcev.²⁸ Morda je Vlada z uvedbo določbe 6. člena Odloka želela ta delež hitreje povečati. To je sicer povsem legitimno, a vendarle vprašljivo z vidika prostovoljnosti aplikacije, pogojevanje prehoda občinskih meja z aplikacijo deluje vsaj posredno prisilno.

Da bi namestitev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav lahko bila ustrezno sredstvo za doseganje zaježitve in preprečitve širjenja novega korona-virusa oz. za obvladovanje epidemije/pandemije COVID-19, bi torej morala predstavljati način, s katerim se ta cilj dejansko, po naravi stvari lahko doseže. Poleg dovolj velikega deleža prebivalstva, ki ima naloženo aplikacijo in jo tudi uporablja, da bi ta dosegala svoj učinek, mora njena uporaba dejansko delovati tako, da na podlagi sporočenih podatkih o tveganih stikih z osebami, pozitivnimi na SARS-CoV-2, uporabnik prilagaja svoje vedenje in ravnanje v smeri čim manjšega tveganja za širjenje okužb z novim koronavirusom.

Pri tem pa je treba upoštevati dejstvo, da uporabnik dejansko ne ve, katera oseba, s katero je bil v stiku, tudi sama uporablja aplikacijo in katera ne. Obenem tudi ne ve, ali aplikacijo, če jo ima naloženo, oseba sploh dejansko ustrezno ali pravilno uporablja – ne ve npr., ali je okužena oseba v aplikacijo vnesla TAN kodo. Potemtakem uporaba aplikacije ne bi smela delovati na način pridobivanja »lažnega občutka varnosti«, kakor je na to opozoril IK-PFLJ. Predvsem pa ne bi smela nadomestiti osnovnih ukrepov, ki jih že od vsega začetka epidemije COVID-19 predstavlja NIJZ kot najbolj ustrezne – priporočena fizična razdalja, higiena kašlja, umivanje in razkuževanje rok, nošenje zaščitnih obraznih mask, prezračevanje prostorov ipd.²⁹

Ukrep uporabe aplikacije #OstaniZdrav naj bi predstavljal alternativo sledenju stikov s strani NIJZ. Ta je namreč 17. 10. 2020 prenehal z iskanjem visoko rizičnih tesnih stikov, saj tega ni več zmož, ker se je število okužb z novim koronavirusom močno povečalo.³⁰ V svojem odgovoru Zagovorniku je NIJZ pojasnil, da je aplikacija v pomoč posamezniku, da je pozoren na svoje zdravje in možnost izpostavljenosti okužbi. Označil jo je za enega izmed javnozdravstvenih ukrepov, ki vsekakor prispeva k skupnemu cilju. Vendar pa »bo dobro delovala samo, če bosta njen namen in delovanje dobro razumljena in bo aplikacija sprejeta s strani populacije kot koristno orodje, ki si ga želi uporabljati«. Glede njene dejanske učinkovitosti in tudi nujnosti pa je NIJZ poudaril, da je treba upoštevati, da gre vedno za sklop ukrepov, ki skupaj prepleteni prispevajo k skupnemu cilju: »Vsak ukrep doseže določen delež populacije, pomembno pa je, da je skupen seštevek dosežene populacije visok.«

Zagovornik je tako ocenil, da je namestitev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav bila eno od ustreznih sredstev za doseganje zaježitve in preprečitve širjenja novega

²⁸ Glej opombo št. 5.

²⁹ <https://www.nijz.si/sl/preprecevanje-okuzbe-z-virusom-sars-cov-2019>

³⁰ Glej opombo št.17.

koronavirusa oz. za obvladovanje epidemije COVID-19. Ta cilj je z aplikacijo torej mogoče doseči, a le z njeno pravilno uporabo in v sklopu z drugimi ukrepi.

7.3. Potrebnost (nujnost)

Nadalje je Zagovornik ocenjeval, ali je namestitev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav **nujno potrebno sredstvo** za doseganje zaježitve oz. preprečitve širjenja novega koronavirusa oz. za obvladovanje epidemije COVID-19.

Da je sredstvo nujno potrebno za doseganje določenega cilja, pomeni, da tega cilja ni mogoče doseči brez tega sredstva oz. da ga je mogoče doseči z milejšim sredstvom – tj. sredstvom, ki manj posega v pravice ali svoboščine, pravne interese ali ugodnosti posameznikov.

V konkretni zadevi to pomeni, da je Zagovornik preverjal, ali so obstajali tudi drugi načini za doseganje zaježitve oz. preprečitve širjenja novega koronavirusa ter s tem zmanjšanje tveganja za razširitev nalezljive bolezni COVID-19, ki so milejši od pogoja namestitve in stalne aktivacije aplikacije #OstaniZdrav za prehajanje med občinami znotraj iste (določene) statistične regije. Načini torej, ki ne posegajo nesorazmerno v uživanje pravice do svobode gibanja oseb brez pametnih telefonov oziroma oseb, ki ne (z)morejo uporabljati aplikacije – starejših oseb, oseb s slabšim premoženjskim stanjem in oseb z invalidnostmi.

Vlada RS je z uvedbo pogoja uporabe aplikacije, z izpolnitvijo katerega za osebe ni več veljala prepoved prehajanja med občinami znotraj štirih epidemiološko ugodnejših statističnih regij, dejansko vpeljala alternativen ukrep, ki je zamenjal ukrep omejitve gibanja med občinami ter naj bi z aplikativnim sledenjem za okužbo tveganim stikom z drugimi osebami nadomestil iskanje visoko rizičnih tesnih stikov, ki ga je do 16. 10. 2020 izvajal NIJZ.

Kot ključno se pri tem zastavlja vprašanje, ali je sledenje tveganim stikom z drugimi osebami, ki so bile pozitivne na SARS-CoV-2, nujno za zaježitev in preprečevanje širjenja virusa. Gotovo je to bilo smiselno predvsem takrat, ko okužb še ni bilo zelo veliko in je NIJZ s svojimi zaposlenimi še zmož slediti stikom. Ko pa je število okuženih vse bolj naraščalo in iskanja visoko rizičnih tesnih stikov NIJZ ni več zmož, je Vlada uvedla strožje ukrepe (drugi val epidemije COVID-19). Med temi sta (bili) tudi omejitev gibanja in prepoved zbiranja ljudi. Vendar pa Zagovornik ocenjuje, da Vlada RS teh ukrepov ni prvenstveno uvedla zato, ker NIJZ ni več zmož slediti visoko rizičnim stikom med osebami, temveč zaradi dejanskega bistvenega povečanja števila okuženih oseb. V tej situaciji pa je to pomenilo, da je bil stik s katerokoli osebo lahko tvegan, saj zanjo druga oseba ni vedela, ali je okužena z novim koronavirusom ali ne (še posebno z upoštevanjem t. i. asimptomatskega prenosa virusa).

Prav zaradi tega je bilo treba v prvi vrsti upoštevati splošna navodila in priporočila NIJZ za ustrezno vedenje in ravnanje v času epidemije COVID-19 – za preprečevanje okužb s koronavirusom: fizična razdalja, higiena kašlja, umivanje in razkuževanje rok, nošenje zaščitnih obraznih mask, delo od doma, prezračevanje prostorov ipd. Takšne splošnih ukrepe naj bi izvajali vsi prebivalci in prav ti ukrepi naj bi se izkazali za najbolj učinkovite. Vprašanje pa je, ali so jih dejansko tudi vsi ustrezno upoštevali oziroma ali so jih lahko upoštevali.³¹

Zagovornik sprejema argumentirano stališče tako Vlade RS kakor tudi NIJZ, da aplikacija #OstaniZdrav predstavlja pomemben pripomoček posameznim osebam, da v času epidemije COVID-19 lažje poskrbijo za svoje zdravje in zdravje drugih oz. da se izogibajo tveganim

³¹ Dne 1. 2. 2021 je STA poročala, da se je med več kot 100.000 potrjenimi okužbami z novim korona-virusom od sredine novembra 2020 21,5 % oseb okužilo na delovnem mestu, 28 % v družinah in 2,4 % v zdravstvenih ustanovah, skoraj tretjina pa je navedla, da ne vedo, kje so se okužili. (<https://www.sta.si/2861409/okuzbe-zlasti-v-druzini-na-delovnih-mestih-mnozicno-tudi-v-zdravstvenih-ustanovah>).

stikom ter kot tak pomeni vrsto javnozdravstvenega ukrepa, ki lahko na svoj način prispeva k obvladovanju epidemije COVID-19. Zagovornik ob tem kot relevantne šteje tudi opozorila IK-PFLJ, po katerih aplikacija ni optimalen ukrep, ki bi zagotavljal učinkovito doseganje zaželenega cilja zaustavitve oz. preprečitve širjenja koronavirusa in s tem zmanjšanje tveganja za razširitev nalezljive bolezni COVID-19 ter preprečevanje smrti.

Ni mogoče spregledati, da oseba, ki sicer ne uporablja aplikacije #OstaniZdrav, lahko z ustreznim oz. pravilnim upoštevanjem osnovnih priporočil NIJZ za preprečevanje okužb z novim koronavirusom te okužbe učinkovito preprečuje.

Aplikacija kljub svoji naravi pripomočka sama še ne zagotavlja zaščite uporabnika pred okužbami. Aplikacije namreč ne uporabljajo vsi, TAN kode niso vedno ali pravočasno vnesene, lahko predstavlja lažen občutek varnosti, uporabnik jo lahko v času okužbe izključi, ipd. Zagovornik je zato ocenil, da če so (bili) kateri ukrepi nujno potrebni za zajezitev in preprečitev širjenja novega korona-virusa oz. obvladovanje epidemije COVID-19, to ni (bila) aplikacija #OstaniZdrav, temveč so (bila) to prav določena vedenja in ravnanja vsakega posameznika, ki temeljijo na osnovnih priporočilih NIJZ za preprečevanje okužb s koronavirusom, skupaj s sistemskimi ukrepi, ki so omogočali državno pomoč zaradi prepovedu izvajanja storitev, delo od doma, varstvo otrok na domu zaradi zaprtih šol in vrtcev in ustrezna nadomestila za karanteno, samoizolacijo ali bolniški stalež v primeru okužbe. Brez njih bi želenega cilja dejansko ne mogli doseči. Brez aplikacije pa bi ga lahko.

V sistemu navedenih ukrepov aplikacija pomeni le manjši doprinos k preprečevanju širjenja virusa. Aplikacije ne uporablja vsakdo, z vidika načela prepovedi diskriminacije pa je bistveno, da je nekateri posamezniki in posameznice dejansko ne (z)morejo uporabljati – še posebej starejše osebe in osebe s slabšim premoženjskim stanjem (ki so zato tudi brez pametnih telefonov, na katere se sicer aplikacija naloži) ter osebe z invalidnostmi. Vprašanje je tudi, koliko rednih uporabnikov aplikacije to uporablja pravilno, torej učinkovito, z vključenimi funkcijami prenosa podatkov in bluetooth. Zaščitne ukrepe na podlagi splošnih priporočil NIJZ pa lahko izvajajo vsi – ne glede na omejitve gibanja med občinami. Ta priporočila lahko nenazadnje ustrezno upoštevajo tudi v primeru izvajanja individualnih športnih aktivnosti ali gibanja v naravnem okolju izven naselij, za kar je Vlada RS s spremembo prav spornega 6. člena Odloka o omejitvi gibanja osebam omogočila tudi prehajanje med občinami znotraj iste statistične regije (sprememba je začela veljati 25. 12. 2020).

Zagovornik je tako ocenil, da namestitev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav ni (bila) nujno potrebno sredstvo za doseganje zajezitve in preprečitve širjenja novega korona-virusa oz. za obvladovanje epidemije COVID-19.

8. Sklepne ugotovitve Zagovornika

Zagovornik je ocenil, da je (bila) namestitvev in stalna aktivacija aplikacije #OstaniZdrav sicer ustrezno, ne pa tudi nujno potrebno sredstvo za doseganje zaježitve in preprečitve širjenja novega koronavirusa oz. za obvladovanje epidemije COVID-19. Tako je Zagovornik ocenil, da določba 6. člena Odloka o omejitvi gibanja o stalni namestitvi in aktivaciji mobilne aplikacije za obveščanje oseb o stikih z drugimi uporabniki aplikacije #OstaniZdrav, pozitivnimi na koronavirus, **ne ustreza izjemi od prepovedi posredne diskriminacije** starejših oseb in oseb s slabšim premoženjskim stanjem ter oseb z invalidnostmi. Določba 6. člena Odloka, ki je veljala od 15. do 24. 12. 2020, je tako tem osebam **nesorazmerno** onemogočala, da bi se lahko gibale med občinami v določenih statističnih regijah, samo zato, ker pogoja o namestitvi in stalni aktivaciji aplikacije #OstaniZdrav niso (z)mogle izpolnjevati.

Izjema od posredne diskriminacije ni bila potrjena. Zato je Zagovornik svojo izvedbo ocene diskriminatornosti v predmetni zadevi sklenil s končno oceno, da **je bila določba 6. člena Odloka o omejitvi gibanja o stalni namestitvi in aktivaciji mobilne aplikacije za obveščanje oseb o stikih z drugimi uporabniki aplikacije #OstaniZdrav, pozitivnimi na koronavirus, posredno diskriminatorna do starejših oseb, oseb s slabšim premoženjskim stanjem ter oseb z invalidnostmi, ki nimajo pametnih telefonov, ker si jih težko privoščijo ali jih ne znajo/zmorejo uporabljati – tako pa ne zmorejo uporabljati tudi aplikacije #OstaniZdrav.**

Pripravil:
Aljoša Gadžijev,
Svetovalec Zagovornika I

Miha Lobnik
ZAGOVORNIK NAČELA ENAKOSTI

Poslano:
– zbirka dok. gradiva