



Številka: U-II-1/15-27
Datum: 19. 10. 2015

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNICE DR. DUNJE JADEK PENZA K ODLOČBI ŠT. U-II-1/15 Z DNE 28. 9. 2015

I.

V tem mnenju se osredotočam na nosilni razlog večinske odločbe: na razlago besedne zveze *odpraviti protiustavnost* v besedilu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave. Menim, da sprejeta razlaga prebija jezikovni pomen te ustavne določbe in da zanjo ni podlage v namenu norme. Razumem, da je namen četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave na račun prej odprte možnosti odločanja volivcev na referendumu izpostaviti (med drugim) varstvo vrednot, inkorporiranih v ustavnih določbah o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, in s tem ustavno demokracijo v razmerju do neposredne demokracije.^{1 2} Tak namen ne utemelji potrebe po "utesnitvi" jezikovnega pomena besedne zveze "odpraviti protiustavnost". Prav nasprotno. Zato se nisem mogla strinjati z razlago, po kateri je treba to besedno zvezo razumeti tako, da referendumu ni dopustno razpisati *le* o zakonih, ki odpravljajo tisto protiustavnost, ki jo je predhodno v svojih odločbah že ugotovilo Ustavno sodišče, in o zakonih, ki odpravljajo kršitev človekove pravice, ugotovljene s sodbo

¹ "Predlagani izključitveni razlog bi omogočil omejitev referendumskega odločanja v primerih, ko bi morebitna zavrnitev uveljavitve zakona preprečevala odpravo neustavnega stanja, kar vključuje tudi odpravo kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Referendumsko odločanje je mogoče omejiti, če je to nujno za zavarovanje druge ustavne vrednote, katere kršitev že obstaja in jo je z novo zakonsko ureditvijo treba odpraviti, kot tudi, če je veljavna zakonska ureditev protiustavna, sprejeti zakon, pa to protiustavnost odpravlja na ustavno skladden način.[...]" Iz obrazložitve k Predlogu ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave, konkretno iz obrazložitve k četrti alineji drugega odstavka 90. člena Ustave, str. 15, EPA 620-VI.

² "[...] četrta skupina zakonov je izključena iz referendumskega odločanja zaradi preprečitve zavrnitve ustavnoskladnega zakona. Namen je preprečiti, da bi volivci na referendumu sprejeli odločitev, ki bi onemogočila odpravo protiustavne zakonske ureditve. [...] Zavrnitev zakona na referendumu, ki odpravlja protiustavnost na področju človekovih pravic in svoboščin ali drugo protiustavnost, bi pomenila nadaljevanje protiustavnega stanja in bi bila ustavnopravno nevzdržna." Povzeto po I. Kaučič, Ustavne omejitve in prepovedi zakonodajnega referenduma, Zbornik znanstvenih razprav, LXXIV, 2014, str. 77.

Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP; primerjaj 42. točko obrazložitve večinske odločbe). Zdi se mi očitno, da sprejeta razlaga trči v ustavno zahtevo, da država na svojem ozemlju varuje človekove pravice in temeljne svoboščine (5. člen Ustave). To zahtevo krni. S tem, kot razumem, razvrednoti bistvo nedavne ustavne spremembe. Sprejeta razlaga namreč pove, da je naknadni zakonodajni referendum dopusten, čeprav zakon v resnici odpravlja protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin. To pomeni, da se dopušča možnost zavrnitve zakona, ki odpravlja neustavnost s področja človekovih pravic in temeljnih svoboščin in s tem nadaljevanje protiuustavnega stanja. Se seveda strinjam z večino, da je sprejeta razlaga *in favorem* "pravici do referenduma" (primerjaj 49. točko obrazložitve večinske odločbe), toda, rezultat izvrševanja te pravice utegne pripeljati do ustavnopravno nevzdržnega položaja. In preprečitev tega položaja je smisel nedavne ustavne spremembe. Žal mi je, da je prav sklicevanje na pristojnost Ustavnega sodišča po Ustavi, da presoja ustavnost predpisov (primerjaj 42. točko obrazložitve večinske odločbe) v bistvu odreklo pristojnost Ustavnemu sodišču, da v tem kočljivem primeru odgovori na vprašanje o ustavnosti obstoječega pravnega reda z gledišča ustavno nedopustne diskriminacije glede na spolno usmerjenost, ki naj jo odpravi Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR-D, EPA 257-VII). Drugače kot večina razlogov formalne narave, ki so preprečili vsebinsko presojo Sklepa Državnega zbora o zavrnitvi razpisa zakonodajnega referenduma o ZZZDR-D z dne 26. 3. 2015 (Uradni list RS, št. 20/15), nisem našla.

II.

1. Prej veljavni prvi odstavek 90. člena Ustave je dopuščal možnost referenduma o *vprašanjih, ki se urejajo z zakonom*. Po Ustavi je bil s tako opredelitvijo očitno zagotovljen odprti dostop do referenduma in s tem široko polje možnosti uresničevanja neposredne demokracije. Soočenje z dilemo razmerja med ustavno zahtevo varovanja človekovih pravic (5. člen Ustave) in vrednotami, inkorporiranimi v katalogu človekovih pravic in temeljnih svoboščin v Ustavi, na eni strani ter odprto možnostjo odločanja na referendumu na drugi strani je bilo zaradi očitnega trka dveh ustavnih vrednot neizogibno. Prav to dilemo pa razrešuje, kot razumem, drugi odstavek 90. člena Ustave. Drugi odstavek 90. člena Ustave namreč v četrti alineji (med drugim) izključuje možnost naknadnega zavrnitvenega referenduma o zakonih, ki odpravljajo protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Iz primerjave prej veljavne ustavne ureditve možnosti odločanja na referendumu z veljavno ureditvijo lahko izpeljem dvoje. Prvič, da je bil smisel ustavne spremembe omejiti odprto možnost odločanja na naknadnem zavrnitvenem referendumu med drugim v pogledu vsebin, s katerimi se z zakoni odpravlja v pravnem redu obstoječa protiuustavnost na področju človekovih pravic. In drugič, da je bila na *pravodajni* ravni opravljena izbira med vrednotama v trku. Prav dejstvo izbire med vrednotama v trku v Ustavi, izraža, da je zavarovana vrednota varstva človekovih pravic in temeljnih

svoboščin na račun možnosti odločanja na referendumu; sicer ne bi bilo ustavne zapovedi, *naj* možnosti odločanja na naknadnem (zavrnitvenem) referendumu ne bo, če zakon odpravlja protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin. S tem je po Ustavi očitno zožena možnost izvrševanja neposredne demokracije. Ta je po Ustavi po uveljavitvi Ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije³ torej v bistvenem drugačna; in sprememba ni *in favorem* možnosti odločanja na naknadnem (zavrnitvenem) referendumu, če zakon seveda ureja vsebine, opredeljene v drugem odstavku 90. člena Ustave.

2. Ustavno sodišče se v tej zadevi prvič sooča z vprašanjem odločanja o dopustnosti referendumu po uveljavitvi UZ90, 97 99. Prvič je bilo Ustavno sodišče izzvano, da poda razlago novih določb Ustave, ki pomembno spreminjajo prejšnjo ureditev možnosti odločanja na naknadnem zavrnitvenem zakonodajnem referendumu v Ustavi (prim. zgoraj); konkretno gre za razlago četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave. To pomeni, da vsebina norme, ki je inkorporirana v besedilu te ustavne določbe, še ni bila izklesana iz jezikovnih znakov norme v razlogih, na katerih bi temeljile odločbe Ustavnega sodišča. Izkušnja pojasnjevanja vzeli med jezikovnimi znaki te določbe Ustave in njihovim prav(n)im sporočilom v ustavnosodni presoji torej še ni.

3. Zdi se mi, da je bilo prav zato nujno, da bi Ustavno sodišče najprej posvetilo pozornost besedilu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave, tako kot se glasi.⁴ Nimam v mislih jezikovne razlage zgolj v njeni čisti obliki, temveč kontekstno razumevanje predmeta razlage.^{5 6} V večinski odločbi to analizo pogrešam. Ker se je vselej treba dotakniti površine, da bi našli globino, menim, da je večinska odločba metodološko pomanjkljiva; pomen drugih uporabljenih razlagalnih pristopov pa prikrajšan za razumevanje, ki ga razpira osnovna in izhodiščna raven razumevanja besedila, ki je predmet razlage. Zakaj?

4. Vprašanje, zastavljeno na začetku 42. točke večinske odločbe, "[...] na katero protiuustavnost se nanaša četrta alineja drugega odstavka 90. člena Ustave oziroma kdo je tisti, ki je ugotovil protiuustavnost, katere odprava je predmet zakona," kot ga razumem, izhaja iz premis, kot da so (bile) vnaprej dane in razlagalcu znane same po sebi. Vprašanje iz večinske odločbe namreč predpostavlja: (1) da celota, ki jo

³ Uradni list RS, št. 47/13, v nadaljevanju UZ90, 97, 99. Datum razglasitve 31. 5. 2013.

⁴ Če se Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike sreča s področjem na novo, domala neizogibno začne z besedilom. Povzeto po M. Tushnet, *The United States: Electicism in Service of Pragmatism*, v: J. Goldsworthy (ur.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford University Press, Oxford 2006, str. 48.

⁵ Več o tem M. Pavčnik, *Teorija prava*, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 486 in naslednje.

⁶ Prvo pravilo jezikovne razlage Ustave v Nemčiji je, da besede pomenijo, kar izražajo. Včasih imajo besede in fraze ozek pravni pomen, kot ustreza tehničnim zahtevam prava (na primer kazensko pravo). V drugih primerih se upošteva običajen pomen, ki ga je treba razlikovati od dobesednega. Besede privzemajo pomen glede na kontekst, tako tekstualni kot tudi družbeni. Besede in fraze so navadno interpretirane v luči domnevnega namena. Povzeto po D. P. Kommers *Germany: Balancing Rights and Duties*, v: J. Goldsworthy (ur.), nav. delo, str. 197.

označuje značilnost protiustavnega v kontekstu norme, ki se razlaga, razpada na dele, ki jih ustavno pomembno razločuje dodatna značilnost, (2) da je v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave *differentia specifica* subjekt, ki je ugotovil, da določena vsebina v veljavnem zakonu nasprotuje Ustavi – torej je protiustavna, in (3) da že to zahteva od subjekta razlage, da z namenom spoznanja prave vsebine jezikovnih znakov opravi izbiro vsebin znotraj celote, ki jih razločuje še ta dodatna značilnost. Takšen pristop se mi je zdel sporen. Sporen najprej zato, ker se ne sprašuje o pomenu, ki ga razpira običajen pomen besede protiustavnost, o pomenu, ki ga ima ta beseda v kontekstu norme, ki se razlaga, in v kontekstu Ustave; sporen pa tudi zato, ker se ne sprašuje o tem, ali dani besedni okvir v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave razlagalcu sploh dopušča razčlenjevanje celote, ki jo označuje lastnost protiustavnega, na način, da je subjekt razlage nato celo izzvan, da opravi izbiro glede na dodatno značilnost, ki jo je sam opredelil. In sporen še toliko bolj, ker je na ta način doda(t)na značilnost, ki je v besedilu *ni*, postala usodno pomembna za opredelitev okvira vsebin, ki po Ustavi izključujejo možnost odločanja na naknadnem zavrnitvenem referendumu. Gre torej za vprašanje načelne narave.

5. (Pravni) pomen besede protiustavnost, opredeljen v Slovarju slovenskega knjižnega jezika,⁷ se *ne* ukvarja z vsebinami, ki imajo lastnost, značilnost protiustavnega, torej so v nasprotju z Ustavo. Razumljivo. Zadostuje, da razloži pomen besede. Ustava pa se glede na smisel spremembe ukvarja prav z vsebinami obstoječega pravnega reda na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jih označuje značilnost protiustavnega, in so tema ureditve zakona, ki to protiustavnost odpravlja. Zakaj? Zato, ker Ustava zapoveduje, naj zakon s tako vsebino *ne* bo predmet odločanja na naknadnem zavrnitvenem zakonodajnem referendumu. Ustava se torej zadovolji, da zanjo ustavno pomembno celoto označi zgolj z besedo *protiustavnost*, pri čemer, naj spomnim, beseda protiustavnost označuje to, kar ima lastnost, značilnost protiustavnega. Kakšen pomen naj ima torej jedrnat izražanje zgoščeno v predpostavki odpraviti protiustavnost v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave in kontekstu Ustave kot celote?

6. Glede na to, da se značilnost protiustavnega v besedilu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave nanaša na *eno*, menim, da gre za celoto vsebin, ki jih povezuje prav ta, ena sama značilnost, to je značilnost protiustavnega. V besedilu zato ne najdem razloga, da ne bi izhajala iz odprtega pojmovanja vsebin, ki jih ta značilnost označuje. V poštev po mojem mnenju prihajajo zato vse vsebine obstoječega pravnega reda, ki jih označuje značilnost protiustavnega (na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin) in so zaradi odprave protiustavnosti postale tema ureditve zakona. Prav zato, ker se je Ustava zadovoljila zgolj z opredelitvijo ene same bistvene značilnosti; značilnosti, ki jim je vsem skupna. Zdi se mi zato, da je v

⁷ Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Slovar slovenskega knjižnega jezika, DZS, Ljubljana, 1994, str. 1089.

treba upoštevati, da značilnost protiustavnega velja tako za vsebine, ki so bile kot neskladne z Ustavo že ugotovljene v odločbi Ustavnega sodišča ali sodbi ESČP, kot tudi vsebine pravnega reda, ki (še) niso bile tema vsebinske presoje pred Ustavnim sodiščem ali pred ESČP, a so v nasprotju z Ustavo. Predpostavka skladnosti nižjih pravnih aktov (zakonov) z višjim (Ustavo) velja le v idealnem svetu, v realnem pa ne.

7. Razumela sem zato, da se značilnost protiustavnega v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave nanaša (1) na primere, v katerih je neskladje pravnega reda z Ustavo že ugotovljeno z odločbo Ustavnega sodišča (prva alineja prvega odstavka 160. člena Ustave) ali s sodbo ESČP, in (2) primere, v katerih se sodišči o določeni vsebini obstoječega pravnega reda še nista izrekli, neskladje pravnega reda z Ustavo pa je ugotovil tisti, ki določeni vsebini pripisuje značilnost protiustavnosti. V drugem primeru gre za domnevno protiustavnost. V prvem za avtoritativno stališče Ustavnega sodišča ali ESČP, da je (i) neka konkretna zakonska ureditev ali (ii) odsotnost zakonske ureditve (protiustavna pravna praznina) v neskladju z Ustavo ali s Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – v nadaljevanju EKČP), ki zavezuje, če je varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin širše kot po Ustavi, na podlagi petega odstavka 15. člena Ustave. Ni vse, kar je v pravnem redu protiustavno, ugotovljeno v odločbah oziroma sodbah sodišč kot vsebina, ki ni skladna z Ustavo.

8. Besedilo Ustave (ne da bi upoštevala določbo, ki je predmet razlage) besede protiustavnost ne uporablja zgolj v smislu prvega primera. Zdi se mi namreč jasno, da se prepoved spodbujanja k neenakopravnosti in nestrpnosti ter prepoved spodbujanja k nasilju in vojni iz 63. člena Ustave nanaša na izražanje s tako vsebino, ne glede pri tem, ali je bila neka konkretna vsebina izražanja pred Ustavnim sodiščem že ugotovljena kot prepovedana na podlagi 63. člena Ustave in kot taka protiustavna. Enako velja za protiustavnost aktov političnih strank, o katerih je pristojno odločati Ustavno sodišče po deseti alineji prvega odstavka 160. člena Ustave. *Ad absurdum* bi bilo razlagati pomen besede protiustavnost v tej določbi Ustave zgolj v smislu prvega primera. Pristojnost Ustavnega sodišča, da odloča o protiustavnosti aktov in delovanja političnih strank, je utemeljena na trditvah, ki protiustavnost akta oziroma delovanja političnih strank v konkretnem primeru utemeljujejo, ne pa na že obstoječi avtoritativni odločbi oziroma sodbi sodišča. Beseda protiustavnost je kot del splošnih in abstraktnih norm – 63. člen in deseta alineja prvega odstavka 160. člena Ustave – uporabljena v smislu nedoločene pravnega pojma; tega je treba napolniti v vsakem konkretnem primeru. Seveda pa v življenju niso izključeni primeri, v katerih je bil pravni pojem protiustavnosti že konkretiziran z odločbo ali sodbo sodišča. V naravi ustavnosodnega odločanja je, da odločitve vsebujejo sodbo, da so konkretne vsebine neskladne z Ustavo, v naravi abstraktnih in splošnih norm Ustave pa, da pojem protiustavnost uporabljajo na način, ki velja za nedoločeno število istovrstnih primerov.

9. Pravodajalec, izhajajoč iz spoznanja o težavah pri odgovarjanju na vprašanja, ki jih vedno znova prinašajo življenjski primeri, namenoma uporablja nedoločene pravne pojme, zavedajoč se, da njihov pomen ni natančno opredeljen, in obenem računajoč, da bodo *naslovniki* razumeli njegov namen in zato interpretirali besede ali pojme z občutkom za udejanjanje tega namena. Kot slikar mora skicirati le osnovne črte, kot to ustreza njegovemu delu.⁸ Gre za značilnost, ki je v naravi opredeljevanja izbir, ki jih opravi pravodajalec na abstraktni in splošni ravni in ki prav zato predpostavlja proces nadaljnje normativne konkretizacije, približevanje abstraktnega dejanskega stanu konkretnemu, kar bo šele omogočilo na primer uporabo abstraktne ustavne prepovedi v konkretnem primeru. Ta zahteva izvira iz narave splošnosti abstraktne norme in v njej uporabljenih nedoločenih pravnih pojmov, pri čemer metoda nadaljnje normativne konkretizacije v teoriji prava ni sporna, v praksi Ustavnega sodišča pa je ustaljena. Vse to je princip, ki je v pravu, menim, splošno sprejet. Prav zato bi moral biti upoštevan pri razlagi Ustave, konkretno pri iskanju odgovora na vprašanje, kaj vse obsega celota, ki ima značilnost protiustavnega v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave. Pa je bil? Zdi se mi, da ne.

10. Ugotovitev neskladja pravnega reda z Ustavo v avtoritativni odločbi Ustavnega sodišča ali sodbi ESČP predpostavlja konkretizacijo tega neskladja. Zato, kot razumem, zahteva po predhodni konkretizaciji z Ustavo neskladnih vsebin v odločbi Ustavnega sodišča ali v sodbi ESČP v večinskem stališču *eo ipso* zreducira vsebine, ki jih obsega besedni pomen protiustavnosti v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave na že konkretno opredeljeno vsebino. Ta zahteva zlije splošni in abstraktni akt (Ustava) s posamičnim aktom (odločba Ustavnega sodišča, sodba ESČP) in s tem zanemari kakovostno delitev pravnih pravil, naravo splošnosti abstraktne norme, pomena v njej uporabljenih nedoločenih pravnih pojmov in iz tega izvirajočih splošno sprejetih principov nadaljnje (*ne* že opravljene) normativne konkretizacije. Ne morem se zato znebiti vtisa, da nosilno večinsko stališče prebija jezikovni pomen četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave. Prebija zato, ker v dano besedilo dodaja predpostavko, ki spreminja jezikovni pomen zapsanega.

11. Prebijanje jezikovnega pomena bi se morda dalo utemeljiti z namenom spremenjene ureditve možnosti odločanja na naknadnem zavrntvenem referendumu v Ustavi. Vendar razlogov v tej smeri v večinski odločbi, kot jo razumem, nisem našla. Stremljenje k jasnosti opredelitev abstraktno predpisanih predpostavk, ki v novi ureditvi opredeljujejo razmerje med možnostjo odločanja na naknadnem zavrntvenem referendumu ter varstvom človekovih pravic in temeljnih svoboščin, samo zase verjetno le ni bilo *ratio legis* spremembe Ustave. Zato stremljenje k jasnosti opredelitve ene izmed predpostavk iz četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave po mojem mnenju *ni* argument za utemeljevanje potrebe po nadaljnjem razčlenjevanju celote vsebin, ki jih po Ustavi označuje značilnost protiustavnega. Ne spuščam se v odgovor na vprašanje, kako naj pojmujeemo pomen zgodovinske

⁸ Platon, Zakoni, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd 1990, str. 380.

razlage v njenem ožjem pomenu (genetična razlaga) v procesu iskanja odgovora na vprašanje pravega pomena jezikovnih znakov v Ustavi. Ne morem pa se strinjati z večinsko oceno, da namen ustavodajalca nima jasne opore v ustavodajnem gradivu. Po mojem mnenju jo ima. Poleg tega to gradivo, kot ga razumem, celo izrecno izključuje možnost razumevanja, da naj bi bil po spremenjeni ureditvi naknadni zavrnitveni referendum prepovedan izključno in samo v primerih, ko gre za zakon, ki odpravlja protiustavnost s tem, da izvršuje odločbo Ustavnega sodišča ali sodbo ESČP. Iz obrazložitve k Predlogu ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave, konkretno iz obrazložitve k četrti alineji drugega odstavka 90. člena Ustave: "[...] Referendumsko odločanje je mogoče omejiti, če je to nujno za zavarovanje druge ustavne vrednote, katere kršitev že obstaja in jo je z novo zakonsko ureditvijo treba odpraviti, kot tudi če je veljavna zakonska ureditev protiustavna, sprejeti zakon, pa to protiustavnost odpravlja na ustavno skladen način. Ta razlog za nedopustnost razpisa referenduma bi veljal **predvsem** v primeru protiustavnosti zakona, ki bi jih ugotovilo Ustavno sodišče [...]"⁹

12. Če nosilno stališče razčlenim (in poenostavim), je Ustavno sodišče (večinsko) odločilo, da odreče odločanje o protiustavnosti stanja v obstoječem pravnem redu v sporu o prepovedi referenduma, ker sta po Ustavi Ustavno sodišče in ESČP edina pristojna o tem podati (avtoritativno) odločitev, in, če dodam še časovno dimenzijo, ker te še nista ugotovila. Naj na tem mestu opozorim, da je UZ90, 97, 99 odločanje o dopustnosti referenduma po drugem odstavku 90. člena Ustave zaupal v prvi fazi postopka Državnemu zboru, Ustavnemu sodišču pa prepustil odločanje v sporu med predlagateljem referenduma in Državnim zborom,¹⁰ to je v primeru, če Državni zbor zavrne razpis referenduma. V takšni ureditvi *postopka*, kot razumem, je v celoti spoštovan v Ustavi opredeljen položaj Ustavnega sodišča. Ustavnemu sodišču je namreč zaupano, da sicer res le v okviru presoje predpostavke odprave protiustavnosti na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin odloča o obstoju protiustavnih vsebin obstoječega pravnega reda. Z vidika ureditve pristojnosti Ustavnega sodišča v 160. členu Ustave se zdi, da tovrstna pristojnost ne bi smela biti sporna. Poleg tega to ni edini primer, ki Ustavnemu sodišču nalaga izrekanje o ustavnosti akta pred njegovo uveljavitvijo.¹¹ Argument delitve oblasti mi tako ostaja popolnoma tuj v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave, ki podaja *vsebinski* okvir ustavne in neposredne demokracije in s tem neizogibno tudi omejitve možnosti odločanja na naknadnem zavrnitvenem referendumu. Žal ne najdem razlogov, ki bi utemeljili povezavo med področjem delitve oblasti in določbo drugega odstavka 90. člena Ustave ter s tem premik s področja ustavne prepovedi

⁹ Poudarila DJP.

¹⁰ Drugi odstavek točke II. UZ90, 97, 99.

¹¹ Na tem mestu opozarjam na 70. člen Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12), ki se glasi: "Na predlog predsednika republike, vlade ali tretjine poslancev državnega zbora daje ustavno sodišče v postopku ratifikacije mednarodne pogodbe mnenje o njeni skladnosti z ustavo. Mnenje sprejme ustavno sodišče na nejavni seji."

odločanja na naknadnem zakonodajnem referendumu na področje delitve oblasti.
Non sequitur.

13. *Naj strnem.* Ne morem se znebiti vtisa, da nosilno stališče večinske odločbe, s tem, ko v besedilo Ustave dodaja (pozitivno) predpostavko, prebija jezikovni pomen sporne določbe Ustave. Tu obravnavano prebivanje ni brez načelne težave. Prebivanje pomena besed, ki na abstraktni ravni opredeljujejo vsebine, ki po Ustavi ne sodijo na referendum, namreč neizogibno sodoloča ustavno dopustni okvir možnosti odločanja na referendumu. In sicer na način, da tega razširja natanko za toliko, za kolikor je "utesnjen" pomen pojma protiuustavnost v kontekstu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave. Prebivanje jezikovnega pomena sporne ustavne določbe bi morda lahko utemeljil argument namena spremembe Ustave. A prepričljivih argumentov v tej smeri v večinski odločbi žal nisem našla. Prav nasprotno. Zato dvomim, da je sprejeta razlaga Ustave v okviru prostora presoje, ki je po Ustavi dana razlagalcu norme – Ustavnemu sodišču. Razlagi, v katero dvomim iz tako načelnega razloga, nisem mogla slediti.

III.

14. Zavzemala sem se zato, da bi Ustavno sodišče po vsebini presojalo izpodbijani sklep Državnega zbora o zavrnitvi razpisa zakonodajnega referenduma. Menila sem, da trditev Državnega zbora, da veljavna opredelitev zakonske zveze v določbah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZZZDR) ni v neskladju z Ustavo, čeprav je zakon, ki bo predmet odločanja na naknadnem zakonodajnem referendumu, spremenil prav to (in opredelitev zunajzakonske skupnosti), ne bi smela biti odločilna. Razlogov, da svoje odločitve nisem mogla zgostiti zgolj na očitek Državnemu zboru, da je odpravljal protiuustavnost, ki jo v bistvu zanika, je več. Naj na tem mestu navedem le, da je Državni zbor opozarjal sicer na splošno prepoved diskriminacije glede na osebne okoliščine po Protokolu št. 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin,¹² na 53. člen Ustave in dejstvo, da ta določba heteroseksualnosti *ne* omenja med zahtevami, ki po Ustavi opredeljujejo zakonsko zvezo, na neskladje sedanje zakonske ureditve z zahtevami pravice iz 14. člena Ustave, ter poudarjal, da je odpravljal nedopustno sistemsko diskriminacijo istospolnih parov, ki temelji na njihovi spolni usmerjenosti. Ob takih trditvah se mi je porajal dvom o pravilnosti dobesednega razumevanja njegove trditve, da obstoječa opredelitev zakonske zveze ne nasprotuje Ustavi. Ko gre za vrzel med zavarovanimi ustavnimi vrednotami in veljavno (zakonsko) pravno strukturo, obstoječa zakonska ureditev ne nasprotuje Ustavi zaradi v zakonu zapisanih vsebin, temveč zaradi manjkajočih. Povedano drugače, očitek neskladja pravnega reda z Ustavo je v tem,

¹² Zakon o ratifikaciji Protokola št. 12 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS, št. 46/10, MP, št. 8/10 – v nadaljevanju Protokol št. 12 k EKČP.

da določenih vsebin v pravnem redu ni, zgolj zato pa urejene vsebine še niso v nasprotju z Ustavo. In kot sem razumela, je Državni zbor opozarjal na protiustavnost obstoječega stanja v pravnem redu prav zaradi zatrjevana protiustavne pravne praznine in na svojo dolžnost, da jo odpravi. Samoumevno se mi zdi, da Državni zbor človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jih v strukturi zakonskega pravnega reda (še) ni, drugače kot s sprejetjem zakona, ki te pravice na abstraktni ravni uredi, ne more "varovati." K temu ga zavezuje že 5. člen Ustave.

IV.

15. V okviru vsebinske presoje o izpodbijanem sklepu bi se tako, skladno besedilu četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave, izpostavilo vprašanje, (1) kdaj zakon odpravlja protiustavnost *na* področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter s tem povezano (2) nadaljnje vprašanje o pojmovanju zatrjevana sistemske diskriminacije na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin v obstoječem pravnem redu države in razlogov zanjo.

16. Iskanje odgovora na prvo vprašanje pomeni iskanje zunanjih mej vsebinskega okvira področja človekovih pravic in temeljnih svoboščin. To utegne biti težaven in zapleten proces. Vendar v obravnavanem primeru po mojem mnenju ni tako.

17. Ustava v poglavju o človekovih pravic in temeljnih svoboščinah nalaga zakonodajalcu, da uredi dve skupnosti, zakonsko zvezo in zunajzakonsko skupnost (53. člen Ustave). Smisel te ustavne zahteve (pozitivne dolžnosti, ki jo lahko uresniči le pozitivni zakonodajalec) je, da se posameznikom omogoči življenje v teh dveh tipih skupnosti. Ustava s tem, kot razumem, jasno izraža njun ustavni pomen v državi. Že s tem, ko ju ureja, pa ju hkrati razločuje od vseh drugih oblik življenjskih skupnosti, ki jih *ne* ureja. Nastanek in obstoj teh pravnih skupnosti v življenju odraslih posameznikov lahko po Ustavi tako omogoči šele v pravnem redu uveljavljeni zakon. Šele ta v resničnem življenju omogoči odraslemu posamezniku, da "izbere" življenje v pravno urejeni skupnosti, poimenovani zakonska zveza ali zunajzakonska skupnost. Seveda zakon s tem, ko predpisuje pogoje za nastanek ustavno predvidenih skupnosti odraslih posameznikov, te hkrati v bistvenem opredeljuje. Na ta način lahko zakon nekaterim "dovoli" sklenitev zakonske zveze (ali nastanek zunajzakonske skupnosti), drugim pa ne. Zagotavljanje možnosti življenja v ustavno predvidenih življenjskih skupnostih je po mojem mnenju zato *par excellence* vprašanje s področja človekovih pravic in temeljnih svoboščin.¹³ Enako velja za vprašanja, ki so povezana

¹³ Vrhovno sodišče ZDA je v sodbi v zadevi *Obergefell et. al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et. al.* z dne 26. 6. 2015 v 14. amandmaju, konkretnije v ustavni zahtevi po spoštovanju posameznikove svobode, prepoznalo ustavno varovano pravico do poroke in protiustavnost v pravnem redu, ker ta pravica ni zagotovljena tudi istospolnim parom.

(1) z ustavno prepovedjo diskriminacije glede na osebne okoliščine, ko gre za uresničevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin, (2) splošno prepovedjo diskriminacije, ko gre za zakonske pravice po Protokolu št. 12 k EKČP, ali (3) ustavno zahtevo po enakem obravnavanju v zakonu (drugi odstavek 14. člena Ustave).

18. Ob takšnih mojih izhodiščih in razumevanju pojavne oblike tu obravnavane diskriminacije v obstoječi pravni strukturi se mi je zdelo celo očitno, da je ZZZDR-D zakon s področja človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Menila sem zato, da bi bilo moralo Ustavno sodišče v tej zadevi odgovoriti na vprašanje, ali je obstoječa ureditev skladna z Ustavo, in sicer z vidika 53. in 14. člena Ustave ter Protokola št. 12 k EKČP.

19. Že v mojem ločenem mnenju k odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-212/10 z dne 14. 3. 2013 (Uradni list RS, št. 31/13) sem opozorila na nedopustno neenako obravnavanje na področju ureditve pravnih posledic dalj časa trajajoče življenjske skupnosti oseb istega spola za časa njunega skupnega življenja. Menila sem, da bi bilo moralo Ustavno sodišče zato izhajati iz že sprejetega stališča, da je za skupnost istospolnih parov enako kot za skupnost raznospolnih parov značilno, da ustvarjajo ljubeča in trajna razmerja in presojeti posledice tega že za časa življenja partnerjev. Osebi istega spola, ki živita v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti, ki je utemeljena na obojestranski čustveni navezanosti, vzajemnem spoštovanju, razumevanju, zaupanju in medsebojni pomoči, sta v bistveno podobnem položaju kot moški in ženska, ki živita v razmerju, opredeljenem v 12. členu ZZZDR, zato, ker je njuno razmerje utemeljeno z bistveno podobnimi medčloveškimi vrednotami kot razmerje oseb različnega spola. Različno obravnavanje v bistvenem enakega pa je treba vedno utemeljiti. To je bistvo ustavne pravice do enakega obravnavanja. Nedopustna diskriminacija na področju dedovanja je po mojem mnenju koreninila v nedopustni diskriminaciji za časa življenja partnerjev istospolne skupnosti. S stališčem o pojavu posredne diskriminacije nisem bila prepričljiva. Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-212/10 se osredotoča na protiustavne posledice le na dednopravnem področju. Upošteva način izvršitve v 3. točki izreka te odločbe, se pomen *življenjske* skupnosti istospolnega para v domačem pravnem redu priznava tako šele *po smrti* enega izmed partnerjev.

Ontarijsko pritožbeno sodišče je odločilo, da tradicionalna opredelitev zakonske zveze protiustavno krši pravico do enakosti iz kanadske Listine pravic in svoboščin (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), da izključitev istospolnih parov iz sklepanja zakonske zveze podpira mišljenje, da istospolni pari niso sposobni ustvarjati ljubečih in trajnih razmerij, kot tudi da niso vredni enakega spoštovanja in priznanja kot heteroseksualni pari, ter da to prizadeva dostojanstvo oseb v istospolnih razmerjih. Iz zadeve *Halpern proti Kanadi* [2003], O. J. 2268, z dne 10. 6. 2003.

Kanadsko Vrhovno sodišče je, ko je odgovarjalo na vprašanje, ali je vključitev istospolnih parov v novo opredelitev zakonske zveze v skladu z Listino pravic in svoboščin, sprejelo stališče, da namen te zakonodaje ne samo ne krši Listine, temveč iz nje izhaja, in da z legalizacijo sklepanja zakonskih zvez ni v ničemer kršena nobena od ustavnih pravic Listine. *Reference re Same-Sex Marriage* [2004] 3 S. C. R. 698, 2004 scc 79, z dne 9. 12. 2004.

20. Kot razumem, se s tem v bistvu priznava *družinski* pomen življenjski skupnosti¹⁴ (pri čemer je priznanje tega pomena omejeno le za primer smrti). Zakonodajalec (ali na njegovem mestu Ustavno sodišče) na področju dednega prava varuje tradicionalno jedro instituta dedovanja, tega pa opredeljujejo načela dedovanja, med katera sodi poleg svobode testiranja tudi *načelo* dedovanja v družini.¹⁵ In v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-212/10 je šlo za vprašanje zakonitega dedovanja. Prepričana sem, da zakonite dedne pravice preživelemu partnerju istospolne skupnosti ne bi bilo mogoče priznati, če se ne bi hkrati razmerje med partnerjema za časa njunega skupnega življenja opredelilo kot družinsko. Upoštevati je namreč treba, da, skladno načelu dedovanja v družini, zakonito dedovanje osebam, ki niso bile *družinsko* povezane z zapustnikom, *ne* daje pravice do dedovanja. Pravica do dedovanja preživelemu partnerju pripada izključno zato, ker pravni red priznava *družinski* pomen take skupnosti v času njenega obstoja. Sedanje stanje pravnega reda v državi je tâko, da razen načina izvršitve citirane ustavne odločbe, v strukturi pravnega reda *družinski* pomen življenjske skupnosti istospolnega para, ki nista registrirala svoje skupnosti, ne eksistira; pa čeprav je bil že priznan pravni pomen določenega tipa življenjske skupnosti, ki opredeljuje položaj odraslega posameznika v primarnih, družinskih razmerjih. To pomeni, da istospolni par, ki v taki skupnosti živi, ni deležen niti privilegijev niti mu niso naložene družinskopravne obveznosti, ki jih pravni red sicer povezuje s tem tipom skupnosti, ko gre za raznospolni par. Zaznavam tako v pravu spremenjeno osnovo primarnega reda z umestitvijo tega tipa življenjske skupnosti v ta red in hkrati vrzel v tem pravnem redu ter posledično v preostali strukturi pravnih norm. Naj poudarim, da posameznikovo vključenost v družbo zaznamuje z njegove perspektive možnost dostopa do različnih kategorij pravic, potrebnih za razvoj osebnosti v zasebni in družbeni sferi; preseganje argumenta o heteroseksualnosti kot značilnosti, ki je pogoj za institucije, ki regulirajo razmerja med odraslimi, zato razširja socialno vključenost manjšine.¹⁶ Če na to pogledam s tega zornega kota, lahko razumem prizadevanja za enako obravnavo oseb, ki jih zaznamuje istospolna usmerjenost, četudi gre to na račun svobode izbire tipa življenjske skupnosti.¹⁷

21. Zdi se mi očitno, da posameznikovo vključenost v družbo zaznamuje možnost dostopa do različnih kategorij pravic, potrebnih za razvoj osebnosti v zasebni in družbeni sferi. Pravna možnost življenja v ustavno opredeljenih skupnostih je (le) ena izmed njih. A bistvena, ker je osnova primarnega socialnega reda. Prav zato je z obstojem teh skupnosti pravni red prežet. Tvorita žarišče, ker izražata in podpirata tisto kvaliteto medčloveških odnosov, ki je sprejeta, zato spoštovana; tudi v strukturi pravnega reda. Razumem, da šele sklenjena zakonska zveza in zakonsko

¹⁴ ESČP skupno življenje istospolnega para umešča v pojem družinskega življenja iz 8. člena EKČP, primerjaj sodbo ESČP, *Schalk in Kopf proti Avstriji* z dne 24. 6. 2010.

¹⁵ Primerjaj 14. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-212/10.

¹⁶ Primerjaj s tem v zvezi A. J. Moreira, *We Are Family! Legal Recognition of Same-Sex Unions in Brazil*, *American Journal of Comparative Law*, let. 60, št. 4 (2012), str. 1003–1042.

¹⁷ Iz mojega ločenega mnenja k odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-212/10.

opredeljene pravne posledice zunajzakonske skupnosti na družinskem področju utemeljijo poseben pravni položaj partnerjev na številnih drugih pravnih področjih, zato, ker pravni red spoštuje in podpira vsebino medčloveških odnosov v primarnih razmerjih. Pravice ne pripadajo zakoncema ali partnerjema, ki živita v zunajzakonski skupnosti, zgolj zaradi sklicevanja na omenjeni instituciji; čeprav jih brez sklicevanja nanju ni. Te pravice jima pripadajo, ker jih dejstvo teh skupnosti šele utemelji; spoštovanje in upoštevanje medčloveških odnosov, značilnih zanju, pa narekuje udejanjanje humanosti v pravu, ohranjanje ravni pravic do socialne varnosti in zdravstvenega varstva, odnos države do represije, ko gre za občutljiva razmerja med njima, in izoblikovanje mnogoterih, zelo raznolikih za pravo pomembnih položajev civilnega prava. Zato v ZZZDR-D ne vidim zgolj poenostavitve odprave zatrjevane sistemske diskriminacije, ki bi se jo dalo seveda odpraviti s korekcijami v posameznih zakonih. Ne gre le za stremljenje k refleksnemu učinku pravnih opredelitev ali nomotehnično rešitev, ker, kot razumem, ne gre zgolj za eno izmed mnogih pravnih opredelitev, ki le olajšujejo pravno izražanje v zakonih. Gre za pravni skupnosti, ki imata po Ustavi poseben položaj, in za privilegije ali obveznosti, ki so utemeljeni, ali obveznosti, naložene zaradi priznavanja posebnega položaja teh dveh skupnosti za življenje posameznika v družini, za njegovo razmerje do države, ko gre za razmerja, ki so povezana s primarnimi, družinskimi razmerji, in širše v družbi.

22. Spol seveda je stvarna in objektivna okoliščina. Toda v ZZZDR je različnost spolov pogoj za možnost sklenitve zakonske zveze (ali nastanka zunajzakonske skupnosti). Izbira, ki jo je opravil zakonodajalec, predpostavlja pravno ovrednotenje raznospolnosti. Zato ta značilnost vrednostno ni nevtralna. Skrb za ustavno varovane položaje otrok mora voditi v skrajno in nenehno budnost, ki naj omogoči tenkočutno zaznavanje mnogoterih, tudi doslej še neprepoznanih oblik prikrajšanj otrok, do katerih lahko prihaja zaradi postopanja odraslih. Toda, ZZZDR-D, kot razumem, ne ureja položaja otrok in posvojitev otroka v domačem pravnem redu *ni* pravica. To pomeni, da posameznik ali posameznika, če gre za zakonca, nimata zahtevka, s katerim bi posvojitev otroka lahko uveljavila. V postopku posvojitve je v ospredju izključno interes otroka, *ne* interes morebitnih bodočih posvojiteljev. Ne vidim, da bi ureditev v ZZZDR-D v ta temeljni princip posvojitve posegala.¹⁸ Pravno urejeno

¹⁸ Ustavni svet Francije je ob presoji ustavnosti zakona, ki je omogočil sklenitev zakonske zveze istospolnim partnerjem, presodil, da izpodbijanega zakona ni mogoče razumeti tako, da se ne bi posebej preverjalo, ali je posvojitev v interesu otroka, kadar posvaja istospolni par (odločba št. 2013-669 DC z dne 17. 5. 2013).

Nemško zvezno ustavno sodišče je v sodbi v zadevah 1 BvL1/11, 1 BvR 3247/09 z dne 19. 2. 2013 zavzelo stališče, da prepovedi, da bi registrirani partner posvojil posvojene otroke svojega partnerja, ni mogoče utemeljiti z argumentom, da naj bi odraščanje v istospolni skupnosti otrokom škodovalo, saj to ni izkazano. Poleg tega izpodbijani ukrep morebitnih škodljivih učinkov sploh ne bi mogel preprečiti, saj prepoved posvojitve ne preprečuje, da bi otrok živel v taki skupnosti. Posvojitev bi dejansko pomenila korist za otroka, saj bi se tako izboljšal njegov položaj. Poleg tega ni pričakovati, da bi posvojitev otroku škodila, ker se pred vsako posvojitvijo opravi posebno preverjanje, ki vključuje tudi preverjanje morebitnih negativnih posledic.

življenje para podpira in varuje družino in življenje v njej. To je smisel pravne ureditve na družinskem področju in na številnih drugih področjih, ki tako skupnost podpirajo.

Sklep. Ustavno sodišče je že poudarilo, da v današnji družbi ni več razhajanj o tem, da istospolni pari enako kot raznospolni pari ustvarjajo ljubeča in trajna partnerska razmerja.¹⁹ Poleg tega je zavzelo stališče, da sta položaja primerjanih skupin (istospolnih in raznospolnih parov) v bistvenem podobna, ker ju opredeljuje stabilna povezanost dveh oseb, ki sta si blizu, si medsebojno pomagata, se spoštujta, podpirata in si zaupata podobno kot pri skupnosti med žensko in moškim.²⁰ Stališči Ustavnega sodišča o podobnosti primerjanih položajev temeljita, kot razumem, na značilnostih medčloveških odnosov, ki se razvijajo v primarnih, družinskih razmerjih. Žal v večinski odločbi ni odgovora na vprašanje obstoja morebitnih razlogov v prid drugačnega stališča o podobnosti primerjanih položajev.²¹ Enako velja glede razlogov, ki bi morda lahko utemeljili ustavno dopustnost različnega obravnavanja primerjanih skupin na podlagi spolne usmerjenosti, zlasti tudi ko gre za pravni okvir primarnih, družinskih razmerij. Zdi se mi jasno, da bi šele pritrdilni odgovor Ustavnega sodišča na ta temeljna ustavnopravna vprašanja, ki po Ustavi zaradi ustavne demokracije izmikajo možnost odločanja na referendumu, izključil dvom v obstoj zatrjevane protiuustavnosti obstoječega pravnega reda v državi na tem področju in s tem hkrati (v primeru zavrnitve ZZZDR-D na referendumu) v nadaljevanje ustavno nedopustne različne obravnave ljudi na podlagi spolne usmerjenosti. Razveljavitev izpodbijanega sklepa brez vsebinskih odgovorov na tu izpostavljena vprašanja ne more odpraviti dvoma niti v možnost nadaljevanja kršitve ustavne prepovedi diskriminacije na podlagi osebnih okoliščin niti v oddaljevanje od ideala pravičnosti, ki to ustavno prepoved osmišlja. Za razveljavitev izpodbijanega sklepa zato nisem mogla glasovati.

dr. Dunja Jadek Pensa
Sodnica

¹⁹ Iz odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-212/10.

²⁰ Prim. odločbi Ustavnega sodišča št. U-I- 425/06 z dne 2. 7. 2009 (Uradni list RS, št. 55/09, in OdlUS XVIII, 29) in št. U-I-212/10.

²¹ Belgijsko ustavno sodišče je v sodbi št. 159/2004 z dne 20. 10. 2004 zavzelo stališče, da je opredelitev prokreacije kot namena zakonske zveze v sodobni družbi presežena in da se sklenitev zakonske zveze danes obravnava kot idealna podlaga za trajno skupnost dveh oseb. Enako stališče glede prokreacije kot namena zakonske zveze je zavzelo Ustavno sodišče Portugalske v sodbi št. 121/2010 z dne 8. 4. 2010.