



Številka: U-II-1/15-29
Datum: 19. 10. 2015

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNICE
DR. ETELKE KORPIČ – HORVAT K ODLOČBI ŠT. U-II-1/15
Z DNE 28. 9. 2015**

Temeljni razlogi iz katerih, nisem soglašala z odločitvijo, so naslednji:

1. Vprašanje, na katero je moralo Ustavno sodišče odgovoriti v obravnavani zadevi, je, ali je referendum o Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (EPA 257-VII, v nadaljevanju ZZZDR-D), skladno s četrto alinejo drugega odstavka 90. člena Ustave dopusten. Ta alineja drugega odstavka 90. člena Ustave določa, da referenduma ni dopustno razpisati "o zakonih, ki odpravljajo protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiuustavnost." Glede na to, ker se prvič postavlja vprašanje razlage četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave je odgovor Ustavnega sodišča na to vprašanje, zaradi njegove precedenčnosti, še posebej pomemben.

2. Ustavno sodišče je Sklep Državnega zbora o zavrnitvi razpisa zakonodajnega referenduma o ZZZDR-D z dne 26. 3. 2015 (Uradni list RS, št. 20/15) razveljavilo; odločitev pa je utemeljilo na razlagi pojma protiuustavnosti. Odločilo je, da je treba četrto alinejo drugega odstavka 90. člena Ustave razlagati tako, da se nanaša le na tisto protiuustavnost, ki jo je že predhodno (torej preden je nastal spor o razpisu referenduma med predlagateljem in Državnim zborom) ugotovilo Ustavno sodišče ali Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP).

3. Pri tem odločanju si je Ustavno sodišče zastavilo dve vprašanji: 1) na katero protiuustavnost se nanaša četrta alineja drugega odstavka 90. člena Ustave in 2) kdo ugotovi protiuustavnost, katere odprava je predmet zakona (42. točka obrazložitve).

4. Menim, da je razlaga Ustavnega sodišča, da odprava protiuustavnosti pomeni odpravo le tiste protiuustavnosti, ki jo je že predhodno ugotovilo Ustavno sodišče, formalistična, preozka in ne sledi metodam pravne razlage. Odločitev Ustavnega

sodišča temelji na jezikovni in zgodovinsko primerjalni razlagi prejšnje in veljavne ureditve naknadnega zakonodajnega referendumu (43. in 50. točka obrazložitve). V teoriji je veliko napisanega o razlagalnih metodah in razlagalnih konfliktih (Glej napr. dela Savignya, Trufanta, Mandića, Larenza, Rossa, Pavčnika in drugih). Kljub različnim stališčem teoretikov glede upoštevanja razlagalnih pravil njihova uporaba ni poljubna. Pavčnik navaja, da "je jezikovna razlaga le prva stopnja, ki določa *možni besedni pomen* pravnega pravila, a hkrati stopnja, ki določa zunanjo mejo, ki je razlagalec ne sme prestopiti."¹ Nadalje Pavčnik meni, da je "[t]emeljna usmeritev [...], da je dovoljena samo tista razlaga, ki ostaja znotraj (še tako poroznega, a vendar) možnega jezikovnega pomena pravnega besedila [...] da imajo jezikovni znaki pomen edinole glede na ustrezen kontekst."²

5. Ustavno sodišče pri jezikovni razlagi ni upoštevalo besedila četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave, ampak ga je dopolnilo z zahtevo, da je to "predhodno" ugotovilo Ustavno sodišče, in tako ni ostalo znotraj možnega jezikovnega pomena pravnega besedila. S tem je spremenilo ureditev in ji dalo novo vsebino. "Predhodno" ugotovljeno ima vsebinski pomen, da je o zakonu, ki odpravlja protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter drugih protiuustavnosti, že morala biti izdana odločba Ustavnega sodišča. Takšne dopolnitve besedila Ustave, ki posega v njeno vsebino, ne dopušča nobena interpretativna metoda, ne jezikovna, ne namenska, ne zgodovinska, ne druga. Če bi ustavodajalec menil, da referendumu ni dopustno razpisati le za tiste zakone, za katere je Ustavno sodišče že predhodno ugotovilo, da so protiuustavni, bi to moral izrecno zapisati. To pa v Ustavi ne piše. Četrta alineja drugega odstavka 90. člena Ustave je le del besedila (ena izmed alinej), ki določa prepoved referendumu. Cilj določbe ni *in favorem* pravici do referendumu, temveč *in favorem* varstvu človekovih pravic. S sprejeto razlago je Ustavno sodišče zelo široko odprlo vrata referendumskemu potrjevanju zakonov, saj Ustavno sodišče sprejme malo ugotovitvenih odločb o neskladnosti posameznih zakonskih določb, še manj celega zakona z Ustavo. Posamezne od njih so lahko tudi že zastarele in več ne sledijo duhu časa. Zato menim, da je pri jezikovni razlagi Ustavno sodišče prestopilo meje mogočega.

6. V vsakem primeru, pa je treba jezikovno razlago preveriti z drugimi metodami razlage. Če zopet citiram Pavčnika, ki je v svojem delu *Argumentacija v pravu* zapisal: "Druga usmeritev (pri upoštevanju razlagalnih pravil, op. EKH) je, da je treba preveriti vse poglobitve vidike razlage (logični, sistematični, zgodovinski in teleološki zorni kot) in ugotoviti, do kakšnih rešitev nas pripeljejo [...] Če razlagalec niha med več rešitvami, se odloči za tisto, ki je v skladu z namenom pravnega pravila. V tem pomenu je namenska (teleološka) razlaga skupaj z jezikovno osrednje vodilo

¹ M. Pavčnik, *Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana 1997, str. 356.

² M. Pavčnik, *Argumentacija v pravu*, 2. spremenjena in dopolnjena izdaja, Cankarjeva založba, Ljubljana 2004, str. 316 in 317.

razlage."³ Ustavno sodišče svoje presoje ni podkrepilo z namensko razlago, kar je glede na sprejeto odločitev razumljivo, saj ne bi pripomogla k prepričljivosti razlage. Namen ustavnih sprememb je bil jasen in splošno znan: omejiti pravico do referendumskega odločanja. To je razvidno tudi iz ustavodajnega gradiva.⁴ Ni sporno, da se nova ureditev razlikuje od prejšnje, saj je bil cilj spremembe Ustave določeneje opredeliti in omejiti referendumsko odločanje. Zato tudi ni sporen namen, ki ga je ustavodajalec želel doseči s četrto alinejo drugega odstavka 90. člena Ustave: da ljudstvo ne bi odločalo o zakonih, ki odpravljajo protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiuustavnost. Če bi ustavodajalec želel, da se referendum prepove le za tiste primere, ko je Ustavno sodišče predhodno ugotovilo protiuustavnost bi to jasno zapisal. Z razlago ni mogoče dopolnjevati besedila.⁵

7. Menim, da je s tako ozko odločitvijo Ustavno sodišče izvotlilo četrto alinejo drugega odstavka 90. člena Ustave. Kot navedeno, že pred spremembo Ustave ni bilo sporno, da velja prepoved referendumov v primerih ugotovljenih protiuustavnosti v izdanih odločbah Ustavnega sodišča, saj so njegove odločbe obvezne in učinkujejo *erga omnes*, sicer gre za kršitev načela pravne države po 2. členu Ustave in načela delitve oblasti po drugem odstavku 3. člena Ustave. Zato že pred spremembo Ustave v takih primerih referendumi niso bili dopustni. Četrta alineja drugega odstavka 90. člena Ustave je postala, če uporabim izraz iz 50. točke odločbe, pleonazem, saj bi tudi brez te določbe Ustavno sodišče lahko sprejelo tako odločitev, kot jo je sprejelo.

8. Pristojnost Ustavnega sodišča, da avtoritativno presoja ustavnost predpisov zakonodajne veje oblasti, kakor tudi ustavnost in zakonitost predpisov izvršilne veje oblasti, je jasno določena v prvi alineji prvega odstavka 160. člena Ustave in ni bila in tudi ni sporna ali vprašljiva. Edini, ki lahko ugotovi obstoj protiuustavnosti, je Ustavno sodišče. Da je neka zakonska ureditev protiuustavna, velja takrat in samo takrat, tedaj in šele tedaj, ko Ustavno sodišče ugotovi, da je ureditev v določenem zakonu protiuustavna. Torej protiuustavnost pravno veljavno obstaja, ko jo ugotovi Ustavno sodišče (v nadaljevanju ugotovljena protiuustavnost). Zakonodajalec ne more dokončno ugotoviti protiuustavnosti. To ni v njegovi pristojnosti. Lahko pa zatrjuje, da je neka zakonska ureditev protiuustavna (v nadaljevanju zatrjevana protiuustavnost). Ko zakonodajalec sprejme sklep, s katerim zavrne razpis zakonodajnega referendumov o nekem zakonu, se lahko opira na ugotovljeno ali na zatrjevano protiuustavnost zakonske ureditve.

³ Ibidem, 2004.

⁴ Glej: Poročilo o pripravi predloga Ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave republike Slovenije, EPA 620-VI; Poročilo k Predlogu za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom Ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije, št. 001-02/12-16 z dne 15. 1. 2013, EPA 620-VI; Predlog Ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (UZ90,97,99); in druga.

⁵ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-II-1/11 z dne 10. 3. 2011, Uradni list RS, št. 20/11.

9. Sklep zakonodajalca o zavrnitvi referendumu o ZZZDR-D ne temelji na ugotovljeni protiustavnosti, oprt je zgolj na zatrjevano protiustavnost. Zato ga je Ustavno sodišče razveljavilo, ne da bi se spuščalo v preizkus zatrjevane protiustavnosti. Svojo odločitev utemeljuje s sporno razlago določbe v četrti alineji drugega odstavka 90. člena Ustave. V svoji razlagi najprej privzame, da se ustavno besedilo nanaša na odpravljanje ugotovljene protiustavnosti, kar ni sporno, saj dokler protiustavnost ni ugotovljena, ne obstaja in tistega, kar ne obstaja, ni treba odpravljati. Tu pa nastopi vprašanje, kdaj mora biti protiustavnost ugotovljena, da je izpolnjen ustavni pogoj za zakonodajalčev sklep o zavrnitvi razpisa referendumu: ali mora biti ugotovljena pred sprejetjem sklepa o zavrnitvi razpisa referendumu (predhodno ugotovljena protiustavnost), ali je lahko ugotovljena tudi po sprejetju sklepa o zavrnitvi razpisa referendumu (naknadno ugotovljena protiustavnost).

10. Ne glede na to, da je bila s spremenjeno ureditvijo Ustave okrepljena vloga Državnega zbora, ker sam odloči, da referendumu o zakonu ne bo razpisal, če zakon odpravlja protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost, Ustavnemu sodišču tudi v tem specifičnem primeru ostaja vloga avtoritativnega organa za presojo ustavnosti zakona. To pa pomeni, da mu ostaja tudi dolžnost ugotavljanja protiustavnosti. Ker odločitev Državnega zbora o zavrnitvi razpisa referendumu ni dokončna, mora Ustavno sodišče odločiti v sporu med predlagateljem referendumu in Državnim zborom, ki zavrne razpis referendumu o zakonu, in opraviti ustavnosodno kontrolo zakona, ki po mnenju Državnega zbora odpravlja protiustavnost. Da bi lahko rešilo spor o dopustnosti referendumu menim, da bi Ustavno sodišče moralo odgovoriti na predhodno vprašanje, ali gre za zakon, ki odpravlja protiustavnost, ne glede na to, da že prej, pred nastankom spora, ni sprejelo take odločitve. To svojo nalogo bi moralo opraviti v času reševanja spora med predlagateljem referendumu in Državnim zborom, ki je zavrnil razpis referendumu o zakonu in glede na obravnavani primer.

11. Menim, da je Državni zbor smel z zakonom urediti vprašanje sklenitve zakonske zveze istospolnih partnerjev (153. člen Ustave). Sklenitev zakonske zveze je človekova pravica in temeljna svoboščina (53. člen Ustave). Torej gre za zakon, ki naj bi odpravil protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Presoja o tem, ali gre za zakon, ki odpravlja navedeno protiustavnost, glede katerega ni dopustno razpisati referendumu, je po drugem odstavku II. oddelka Ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 47/13 – v nadaljevanju UZ90, 97, 99) prepuščena Državnemu zboru, ki lahko, če meni, da gre za zakon, ki odpravlja protiustavnost, s sklepom zavrne razpis zakonodajnega referendumu. UZ90, 97, 99 pa določa tudi pristojnost Ustavnega sodišča, da odloči v sporu glede razpisa referendumu med predlagateljem in Državnim zborom. Zato bi moralo Ustavno sodišče, preden sprejme odločitev o razpisu referendumu, vsebinsko obravnavati zadevo. Odločiti bi moralo, ali dopustnost sklenitve zakonske zveze istospolnim partnerjem odpravlja kršitev

človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Te presoje pa Ustavno sodišče ni opravilo, ampak je zadevo končalo z ozko razlago pojma "protiustavnosti" in s tem odprlo možnosti odločanja na referendumih, ne samo o ZZZDR-D, ampak o vseh zakonih, ki odpravljajo protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost.

12. Namesto s sporno razlago četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave bi Ustavno sodišče lahko prišlo do želene razveljavitve sklepa o zavrnitvi referendumu o ZZZDR-D tudi po drugi poti, sicer daljši, a zato manj sporni poti. Nobene formalno pravne ovire ni bilo za izvedbo preizkusa zatrjevanje protiustavnosti. Če bi preizkus zatrjevanje protiustavnosti pokazal, da zatrjevana protiustavnost ne obstaja, bi Ustavno sodišče v odločbi oznanilo, da ni ugotovilo protiustavnosti in da zato razveljavlja zakonodajalčev sklep o zavrnitvi razpisa referendumu. Morda je vztrajanju pri sporni interpretaciji ustavne določbe botrovala bojazen, da bi preizkus zatrjevanje protiustavnosti pokazal, da je zatrjevana protiustavnost v resnici ugotovljena protiustavnost, ki ne bi dopuščala referendumu.

Dr. Etelka Korpič – Horvat
Sodnica