



Številka: U-II-1/15-28
Datum: 19. 10. 2015

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA JANA ZOBCA K ODLOČBI ŠT. U-II-1/15 Z DNE 28. 9. 2015

Uvod

1. Namen tega ločenega mnenja ni polemika s stališči, na katerih temelji odločitev. Z njimi se strinjam. Opozoriti želim le na nekatere vidike uporabljene metode razlage nove referendumске ureditve in osvetliti bistvene razlagalne argumente, ki so privedli do zaključka, da izpodbijani sklep Državnega zbora o nedovolitvi referendumu ni v skladu s četrto alinejo drugega odstavka 90. člena Ustave. Pri tem se bom oprl na prevladujočo tekstualno teorijo pravne eksegeze, kot jo je na eni strani razvil Aharon Barak v svoji fascinantni monografiji *Purposive Interpretation in Law*,¹ na drugi strani pa Antonin Scalia skupaj z Brayanom A. Garnerjem v lucidnem delu *Reading Law*.² Zakaj ravno Barak in Scalia (skupaj z Garnerjem)? Iz treh preprostih razlogov. Najprej zaradi kontrastnosti. Medtem ko je prvi verjetno najeminentnejše ime namenske razlage, ki pripisuje težo tako objektivnemu kot subjektivnemu namenu avtorja normativnega besedila, pri čemer pa daje prednost objektivnemu namenu v času razlage,³ je drugi najprominentnejši privrženec tekstualnega originalizma in *antipurpozivist*, ki odločno in neomajno zavrača vsakršno sklicevanje na namen, ali, kot pravi, "možje lahko nameravajo, kar pač želijo, vendar samo zakoni, ki so jih sprejeli, zavezujejo."⁴ ⁵ Scalia in Garner sta svojo metodo razlage poimenovala

¹ A. Barak, *Purposive Interpretation in Law* (iz hebrejščine prev. S. Bashi), Princeton University Press, Princeton, Oxford 2005.

² A. Scalia, B. A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West, St. Paul MN 2012.

³ V resnici je avtorjev pristop sinteza vseh splošno priznanih in uveljavljenih metod razlage – od jezikovne do namenske in ustavnoskladne ter od zgodovinske do systemske. To razkrije že pogled na vsebinsko kazalo njegove knjige.

⁴ Glej A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton 2007, str. 16 in 17. Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 18 in nasl.

"pošteno branje" (*the fair reading method*), ki postavlja v žarišče besedilo in razumnega, jezikovno visoko usposobljenega bralca (razlagalca), ki bo znal razumeti besedilo v času, ko je stopilo v veljavo.⁶ Drugi razlog je globalna prepoznavnost in uveljavljenost obeh pravnih eminenc. Sta nesporni svetovni avtoriteti razlage pravnih besedil – tako za privrženca kot za nasprotnike enega ali drugega. In tretjič, oba pripadata sodstvu – Barak je zagotovo prvo ime med predsedniki izraelskega vrhovnega sodišča, medtem ko je Scalia dolgoletni vrhovni sodnik in prvo ime sedanje sestave Vrhovnega sodišča Združenih držav Amerike.

Semantično izhodišče

2. Temeljni, izhodiščni in pri slehernem razlaganem pristopu nesporen kanon je spoštovanje semantičnih meja pravnega besedila.⁷ Če je razlaga odkrivanje normativnega sporočila, ki je "ujeto" v besedilo, potem je jasno, da se ta lahko giblje samo znotraj svoje kletke. Razlagalec torej prevaja "človeški" jezik v "pravni" jezik.⁸ Semantični potencial besedila, ki zajema celokupnost vseh možnih pomenov, ki se jih da pripisati slovarju avtorja besedila (ko gre za ustavni ali zakonski tekst, je to besedišče javnega jezika), je zato vedno večji od normativnega. Naloga razlagalca je potem ena sama: izmed različnih semantičnih možnosti, ki jih ponuja besedilo

⁵ Robert Bork, prav tako eden najvplivnejših in najglasnejših pripadnikov originalizma in sodniške zadržanosti (konservativizma), je izraelsko vrhovno sodišče v času, ko je bil njegov predsednik Barak, označil kot "preprosto najbolj aktivistično, najbolj nedemokratično sodišče na svetu". Glej R. H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, The AEI Press, Washington D.C. 2003, str. 13. Naj na tem mestu kot zanimivost dodam, da je Scalia zasedel prav tisto mesto vrhovnega sodnika, ki je bilo prvotno namenjeno Borku, a je bila njegova nominacija leta 1987 v senatu zavrnjena. Zakaj, je druga (z afero Watergate povezana) zgodba.

⁶ Za razliko od njiju je za Baraka, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, pomemben "razumen zakonodajalec". Avtorja od razlagalca pričakujeta tudi jezikovno nadarjenost, tehtno presojo, sposobnost potlačiti osebne preference, in ko gre za starejša besedila, še sposobnost za zgodovinsko jezikovno razlago. Pomembna je tudi zmožnost razumeti namen teksta, ki je ključen del konteksta. Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 33.

⁷ To Barak, čeprav intencionalist, ponavlja in poudarja na številnih mestih svoje monografije, tudi v poglavju o razlagi ustave. Prim. npr. nav. delo, str. 102, 103, 145, 148, 175, 382. Da to posebej izpostavljata in poudarjata Scalia in Garner, ni treba posebej navajati. Prav imata, da tudi razlagalci brez tekstualnih prepričanj navadno začno svoja razlagalna razglabljanja s stavkom: "Začenjamo z besedami zakona." Besedilo pravne norme je kot startna črta na regati. Vse se začne z besedilom – vprašanje pa je, če se z njim tudi konča. Za tekstualiste (kot sta Scalia in Garner) vsekakor se. Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo str. 16. Avtorja se tu sklicujeta tudi na Justinijanove *Digeste*: "*A verbis legis non est recedendum*" (Ni odstopanja od besed zakona) – *Digest* 32.69 pr. (Marcellus), gl. A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 56.

⁸ Glej A. Barak, nav. delo, str. 6.

(*Bedeutungsspielraum*),⁹ izbrati tisto, ki je pravno pravilna. Seveda to ne pomeni, da jasnega, semantično nedvoumnega in nespornega besedila ni treba razlagati. Vsekakor ga je treba, saj je spoznanje o jasnosti, nedvoumnosti in nespornosti (še) posledica razlage.¹⁰

3. Vendar četrta alineja drugega odstavka 90. člena Ustave ne spada v to kategorijo. Poglejmo, katere semantične možnosti ponuja ta ustavna določba, ki pravi: "Referenduma ni dopustno razpisati [...] o zakonih, ki odpravljajo protiustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiustavnost".¹¹ Res se že na prvi pogled in z lingvistično logiko ponuja razlaga, da sta tisti, ki je protiustavnost ugotovil, in tisti, ki ugotovljeno protiustavnost odpravlja, ista oseba. Če se namreč nekdo loti odpravljanja nečesa, si mora biti najprej na jasnem o tem, kaj sploh odpravlja. Vendar to velja za posamezno človeško bitje – človek bo praviloma vedno vedel, kaj odpravlja. Drugače je, ko gre za kolektivne organe, abstraktne pravne entitete, kot je Državni zbor, telo, sestavljeno iz 90 posameznikov. Kako Državni zbor oblikuje svojo (zakonodajno) voljo, je jasno. A je jasno samo zato, ker to jasnost vzpostavljajo predpisi. Bistveno manj pa je jasno, kako to telo oblikuje svoja vedenja, predstave, mnenja, stališča in namene, ki niso izglasovani v obliki ustavnega ali zakonskega teksta.¹² Od kod torej nekemu 90-članskemu telesu vedenje o protiustavnosti? Državni zbor pač ne more imeti lastnega posameznega in izvirnega vedenja, kot ga ima lahko posameznik. Na tej točki se zato pojavi logično umestno vprašanje, kdo je potem tisti, ki je pri Državnem zboru sprožil (povzročil) vedenje o

⁹ Glej R. Zippelius, *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, Beck, München 1971, str. 25; ali, kot pravi Bydlinski, *Begriffshof*; glej F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Wien, New York 1982, str. 438.

¹⁰ Glej A. Barak, nav. delo, str. 14; A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 53, 54.

¹¹ Barak prepričljivo ugotavlja, da je na tem prvem koraku razlage, ko je treba ugotoviti celokupnost semantičnih pomenov besedila, vsak pravni razlagalec obenem tudi lingvist - vendar ni vsak lingvist tudi pravni razlagalec. Glej A. Barak, nav. delo, str. 7. Podobno Scalia in Garner, ko obravnavata vrhovnost besedila kot eno od temeljnih načel razlage (*Supremacy-of-Text Principle*). Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 57.

¹² Po mnenju nekaterih ima posamezen član parlamenta, ko glasuje, določen namen, ki usmerja njegov glas, lahko pa takega namena tudi nima. Vendar ko gre za (glasovalno) telo kot celoto, ima to samo izid glasovanja. Glej F. H. Easterbrook, *Statutes' Domains*, *University of Chicago Law Review*, let. 50, št. 2 (1983), str. 547 – dostopno na:

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2183&context=journal_articles

Isti avtor na drugem mestu: "Poglejte od blizu v glave zakonodajalcev in našli boste 'mineštvo' [*hodgepodge*]." Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 393. Podobno Scalia in Garner: "Kolektivno duševno stanje predstavnškega doma je brezupen 'ričet' namenov"; glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 392, 397. Zelo značilno tudi Shepsle (prim. K. A. Shepsle, *Congress Is a 'They,' Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron*, *International Review of Law and Economics*, let. 12, št. 2 (1992), str. 239 in nasl.)

protiustavnosti – so to posamezni poslanci in če, kateri? So to strokovne službe, mnenja nekaterih (uglednih, vplivnih, medijsko izpostavljenih, določeni politiki ljubih) strokovnjakov, *h.M.*, ali pa Ustavno sodišče kot najvišji organ sodne oblasti za varstvo ustavnosti ter človekovih pravic in temeljnih svoboščin, organ torej, ki se avtoritativno in dokončno izreka o skladnosti pravnih aktov z Ustavo? In kdo je pri tem odločilen (če se npr. mnenja o protiustavnosti razhajajo)? Na ta vprašanja besedilo ne daje izrecnega odgovora. Če bi dajalo semantično enoznačen odgovor, bi se razlaga končala že na tem, prvem koraku. Tako pa je treba nadaljevati pravno-hermenevtično pot prek nadaljnjih razlagalnih kanonov, vse do točke, ko dokončno pretehtajo argumenti v prid eni od jezikovno možnih razlag.

Pomen konteksta

4. Potreba po nadaljnjih razlagalnih korakih je v resnici posledica pravniške apercepcije, ki tu bistveno vpliva na dojetje golega besedila. Besede same po sebi in tudi nizi besed namreč nimajo nekega pravega, resničnega pomena in jim ga tudi ni mogoče vnaprej pripisati in, kar je še slabše, celo govorniki nimajo določljivih namenov in smotrov o pomenu svojih besed.¹³ Zato se že v prvo (semantično) fazo razlage, v razumevanje besedila nujno vključi kontekst¹⁴ (čeprav pride do polnega in odločilnega izraza šele v nadaljnjih razlagalnih korakih), ki besedilo iz nižjega (splošnega, nefiltriranega) agregatnega stanja prestavi v višji pojmovni okvir ter ga s tem že pravno asimilira in udomači. Kaj je torej v obravnavanem primeru kontekst? In kaj, če gre za več med seboj izključujočih se kontekstnih plasti? Če je tako, je treba ugotoviti, katera od teh ima pri razlagi nove ureditve referendumu odločilen pomen.¹⁵ Hkrati bo s tem tudi razrešen konflikt med njimi.

5. Najprej, kontekst, drugačen kot ustavni, tu ne more biti. Pri tem je pomembno ustavno razmerje konceptov, ki sta zgoščena v četrti alineji drugega odstavka 90. člena Ustave: ustavna demokracija in ljudska demokracija. Za prvi koncept je v tej zvezi bistveno predvsem dvojje. Prvič, da pomeni ustavna demokracija vezanost vseh

¹³ Prim. L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* dostopno na: <http://gormendizer.co.za/wp-content/uploads/2010/06/Ludwig.Wittgenstein.-.Philosophical.Investigations.pdf>

Glej A. Barak, nav. delo, str. 98, 99, 373. Scalia in Garner ugotavljata, da se odvetniki vseskozi prerekajo o jasnem in nedvoumnom jeziku ter da je prav to njihova naloga: vcepiti dvom, kadarkoli je to v interesu njihovih varovancev (glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 54).

¹⁴ Osrednjost konteksta za razlago pravnih besedil je temeljna in najpomembnejša skupna značilnost obeh razlagalnih pristopov – Barakovega in originalističnega (katerega glasnika sta Scalia in Garner). Glej A. Barak, nav. delo, str. 101, 102, 111; A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 20, 33, 56, 63, 167 in nasl., 252, 356.

¹⁵ Prim. A. Barak, nav. delo, str. 101.

državnih organov, tudi Državnega zbora, na Ustavo, ki, ko gre za Državni zbor kot zakonodajalca, vključuje tudi dolžnost skrbeti za skladnost zakonov z Ustavo (153. člen Ustave) – tako veljavnih kot bodočih. To zajema tudi dolžnost Državnega zbora odpravljati protiuustavnost. Po drugi strani (in to je "drugič") pa je prvi in odločilen pogoj ustavne demokracije obstoj sodnega organa, ki dokončno in brezpogojno varuje človekove pravice in druge ustavne vrednote, ki imajo prednost pred demokratično sprejetimi odločitvami večine.¹⁶ Ustavna demokracija je zato delujoča in močna toliko, kot je delujoče in močno Ustavno sodišče – in kolikor so njegove odločitve spoštovane in uresničene.

6. Ustavno sodišče je v Republiki Sloveniji tisto, ki se v sistemu delitve oblasti avtoritativno in dokončno izreka o skladnosti zakonov z Ustavo in s svojimi ukazi zavezuje zakonodajalca, da mora odpraviti protiuustavnost, ki jo je ugotovilo s svojo odločbo. Izvršitev take odločbe ima zato dvojno ustavno težo – poleg odprave z njo ugotovljene protiuustavnosti je tudi že sama izvršitev odločbe ustavna vrednota po sebi. Temu bi lahko dodal še tretje (ki pa je posledica "drugega"): odločba Ustavnega sodišča je avtoritativna, dokončna in nespremenljiva, samoumevno obvezna in brezprizivna – ne more je suspendirati ne najvišje predstavniško (zakonodajno) telo ne ljudska (referendumska) volja. Zato o njej in o tem, kar ugotavlja in zapoveduje, tudi ne more in ne sme biti ne dvoma, ne diskusije in komentarjev nosilcev oblasti. Vse ostalo so samo nezavezujoča stališča in mnenja, bolj ali manj prepričljiva, o katerih se lahko dvomi in razpravlja. Odločba Ustavnega sodišča je absolutna, vse drugo je relativno.

7. Skupaj s konceptom ustavne demokracije v četrti alineji drugega odstavka 90. člena Ustave živi (morda bolje, životari) tudi koncept ljudske demokracije. Nadaljnja (četrti) kontekstualna plast, mimo katere razlagalec ne more, je zato pravica do referendumu kot izraz drugega odstavka 3. člena Ustave, po katerem ima v Republiki Sloveniji oblast ljudstvo, in tudi 44. člena Ustave, ki zagotavlja pravico do sodelovanja pri upravljanju javnih zadev. Čeprav je nesporno, da je v konfliktu med obema ustavnima konceptoma – med ustavno demokracijo in ljudsko demokracijo – nesporna zmagovalka ustavna demokracija, se zastavlja vprašanje, kakšna je pot do njene zmage in za kakšno ceno (– da na koncu zmaga ne bi bila Pirova).

Teoretična podlaga razlage

8. Kateri od obeh ustavnih konceptov je odločilen za razumevanje četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave? Je to prvi, ki pomeni aktivno zavezanost

¹⁶ V odločbi št. U-I-111/04 z dne 8. 7. 2004 je Ustavno sodišče navedlo, da je "[V] Republiki Sloveniji [...] vzpostavljena t. i. ustavna demokracija, katere bistvo je to, da lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej temeljne človekove pravice in svoboščine (Preambula k Ustavi), prevladajo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine."

Državnega zbora Ustavi, ali drugi, po katerem ima ultimativno besedo o protiustavnosti Ustavno sodišče – Državni zbor pa tej prerogativi zrcalno dolžnost brezpogojno pokoriti se zapovedim Ustavnega sodišča. Za iskanje odgovora se je treba ozreti širše, po tistem, kar Barak imenuje zunanji, ekstrinzičen kontekst, se pravi po zgodovini nastajanja teksta, po prejšnji pravni ureditvi, jo primerjati s sedanjo, in po družbenem ozadju. Pomembna sta oba, zunanji in notranji kontekst, ki kot sredstvo in metoda skupaj privedeta do spoznanja o subjektivnem in objektivnem namenu in prek njune medigre do spoznanja o končnem, ultimativnem namenu.¹⁷

9. Pristop Scalie in Garnerja je drugačen – odločno zavračata kakršnokoli uporabo zunanjih virov, najbolj zakonodajna gradiva (zaslišanja, poročila odborov in komisij, razprave v parlamentu).¹⁸ Vendar zanikanje vsakršnega pomena zakonodajne zgodovine za njun koncept "poštenega branja" (*fair reading*) nikakor ne pomeni izključitve zgodovine zakona (spreminjajoče ureditve). Ta je namreč pomembna za razumevanje konteksta, saj so imeli člani zakonodajnega (ustavodajnega) telesa pred glasovanjem o novi ureditvi pred seboj tudi dotedanjo (ki jo nova ureditev odpravlja ali spreminja).¹⁹

10. Za razlago ustavnih besedil veljajo še nekatera posebna pravila. Najprej pravilo o ustavni celovitosti in konsistentnosti, ki temelji na (izpodbojni) domnevi, da ustavne določbe (v kateremkoli ustavnem dokumentu se že nahajajo) bivajo v medsebojni enotnosti in skladnosti; zato naj si tudi razlagalec prizadeva iskati namen, ki najbolj podpira ustavno enotnost, ravnotežje in harmonijo, saj je (ustavno) pravo sistem, katerega komponente delujejo in učinkujejo skupaj.²⁰ Sem spada tudi načelo spoštovanja jurisprudencne ustavne kontinuitete. Nadaljnje pravilo, pomembno za razlago ustave, je odločilnost objektivnega namena. Objektivni namen premaga subjektivnega celo, če je subjektivni namen zanesljivo in jasno izkazan. Bistven je lahko le v dveh primerih: pri razrešitvi protislovij med konfliktnimi objektivnimi nameni ter za razlago mladega ustavnega besedila – razlagalec bo tedaj pripisal pomembno

¹⁷ Glej A. Barak, nav. delo, str. 101, 102.

¹⁸ Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 369–390.

¹⁹ Glej prav tam, str. 256.

²⁰ Glej A. Barak, nav. delo, str. 377–379. Povedano seveda ne izključuje dejstva, da so ustavne vrednote v večnih medsebojnih konfliktih, ki pa jih razrešuje (ustavno) sodišče in s svojo jurisprudenco med njimi vzpostavlja notranjo skladnost, ravnotežje in harmonijo ter s tem enotnost in koherentnost ustavne strukture. Ali z besedami O. W. Holmesa: "[A constitution] is made for people of fundamentally differing views... ." Glej njegovo odklonilno ločeno mnenje v zadevi *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 76 (1905). Med kontekstualnimi kanoni razlage Scalia in Garner posebej obravnavata kanon harmonične razlage (*Harmonious-Reading Canon*), katerega moto izraža že skoraj 150 let stara modrost T. M. Cooleya: "[O]ne part is not to be allowed to defeat another, if by any reasonable construction the two can be made to stand together." Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 180–182.

težo abstraktnemu namenu tvorcev ustavnega besedila.²¹ Končno je treba k razlagi ustave pristopiti s širokokotnim objektivom in s pravo mero globinske ostrine, ki nudi prostran pogled, tak, ki je, kot pravi Barak, "velikodušen, ne pa legalističen ali pedanten",²² in ki zajema tako preteklost kot sedanost ter prihodnost.²³

11. Če torej strnem. Za razlago besedila iz četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave bo bistven njegov končni, ultimativni namen. Ker gre za "mlado" besedilo in za novo ureditev referendum, o kateri se Ustavno sodišče do sedaj še ni izreklo, bo poleg objektivnega namena pomemben tudi abstraktni subjektivni namen avtorja besedila. Namenska razlaga zahteva ugotovitev in oceno vseh podatkov, ki se tičejo namena razlaganega besedila, ter razlagalčevo prizadevanje k sintezi in koordinaciji med njimi, pri čemer je treba medsebojno primerjati in obravnavati podatke o subjektivnem in objektivnem namenu z isto stopnjo abstraktnosti. Namenska razlaga je holistična (vključuje tako subjektivni kot objektivni namen, tako namen "pisca" besedila kot namen "sistema") in odklanja enodimenzionalen pogled.

O subjektivnem namenu (ali namenu avtorja besedila):

12. Pri iskanju abstraktnega (in ne konkretnega) subjektivnega namena²⁴ se sprašujemo po pomenu, kot bi ga besedilo imelo, če bi bilo razloženo takrat, ko je bilo ustvarjeno (gre za razlago *ex tunc*).²⁵ Za to razlago je najzanesljivejši notranji vir, to je ustavno besedilo samo, vendar v vsej svoji celoti.²⁶ Razlaga ustave je "holistično prizadevanje".²⁷ Po mnenju Baraka so pomembni tudi zunanji viri: družbeno in pravno ozadje, iz katerega je nastala ustava (ali njen amandma), ter zgodovina nastajanja besedila, vključno z zapisniki o ustavodajnih razpravah in polemikah znotraj

²¹ Glej A. Barak, nav. delo, str. 94, 190, 191, 204, 385 in nasl.

²² Glej prav tam, str. 391. Podobno A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 355, 356.

²³ Glej Barak, nav. delo, str. 391.

²⁴ Razlika med abstraktnim in konkretnim namenom je naslednja: Abstraktni namen se osredotoča na samo besedilo, ki je predmet razlage, medtem ko se konkretni namen ukvarja s posledicami določene razlage besedila, ki jih ima taka razlaga v obravnavanem konkretnem življenjskem primeru, se pravi s tem, kakšna so (naj bi) bila pričakovanja avtorja besedila o uporabi tega besedila v konkretnem primeru in o njenih konkretnih posledicah. Glej A. Barak, nav. delo, str. 126, 127. Da bi bila uporaba konkretnega namena (konsekvencialistična razlaga) v neskladju z načelom delitve oblasti, ni treba posebej utemeljevati.

²⁵ Glej prav tam, str. 120. Enako Scalia in Garner – *Fixed-Meaning Canon*. Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 78 in nasl.

²⁶ Izčrpno o tem glej A. Barak, nav. delo, str. 135 in nasl.

²⁷ Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 168. Avtorja ugotavljata, da je iz kanona celovitosti (*the whole-text-canon*) izpeljana tudi večina drugih kanonov, ki pripadajo kontekstualni družini. Glej prav tam.

ustavodajnega telesa.²⁸ Ker iz razlogov, ki so navedeni v 3. točki tega mnenja, besedilo samo ne daje zanesljivega sporočila o subjektivnem namenu, se je treba ozreti po kontekstu, ki, kot je pojasnjeno v 4. točki tega mnenja, povratno razkriva namen. Kontekst je seveda prepoznaven samo prek celotnega besedila, to besedilo pa je mogoče spoznati le s pomočjo konteksta. Gre seveda za paradoks hermenevtičnega kroga. Tisto, kar je šele predmet dokazovanja, dokazuje samo sebe.

13. Rešitev je mogoča le na naslednji način: besedilo v svoji celoti omogoča uvid v kontekst, ki pa je spoznaven šele zaradi razlagalčeve apercepcije, njegovega predrazumevanja prava. Razlagalec k razlagi nikoli ne pristopa (in tudi nikoli ne sme pristopiti) kot nepopisan list, ampak kot član pravniške skupnosti ter zato "obremenjen" s temu primerno "prtljago" – po J. F. Herbartu z aperceptivno maso: z vrednotami, načeli, doktrinami, s stališči o družbenih običajih, navadah, etiki, pravičnosti, s konvencijami in z aksiomi.²⁹ Tako pojasnjen kontekst pomaga razjasniti namen, ta pa v nadaljnjem koraku izčiščuje spoznanje konteksta, ki nato ostri sliko namena. In tako naprej vse do končne razjasnitve, ali, kot pravi Gadamer, do združitve obeh obzorij – obzorja avtorja besedila z obzorjem razlagalca (*Horizontverschmelzung*).³⁰ V procesu "združevanja obzorij" so lahko razjasnjujoče tudi informacije o okoliščinah, ki so obkrožale nastajanje teksta, najprej zgodovina pravnega akta, ki vključuje tudi preduzakonitveno zgodovino,³¹ dogodke in izkušnje, ki so motivirale in vplivale na oblikovanje besedila, razprave, diskusije in zaslišanja v zakonodajnem (ustavodajnem) telesu. Če si viri nasprotujejo, ima notranji vir, čeprav je ovrgljiv, prednost pred zunanjimi.³²

O objektivnem namenu (ali namenu sistema):

²⁸ Glej A. Barak, nav. delo, str. 376, 377. Scalia in Garner te vire odločno zavračata, za kar navajata prepričljive argumente. Glej A. Scalia, B. A., Garner, nav. delo, str. 369 in nasl.

²⁹ Prim. mnenje sodnika Mishaela Cheshina v zadevi izraelskega vrhovnega sodišča H. C. 5503/94 *Segel v. Speaker of Knesset*, 51(4) P. D. 529,562, ki pravi: "Ko je pred nami zakon, mu ne pridemo naproti praznih rok. S seboj nosimo svojo prtljago jezika, jezikovnih in pojmovnih definicij, družbenih običajev in etike, konvencij in aksiomov, pravičnosti in integritete, načel in doktrin." Povzeto iz A. Barak, str. 136. Še bolj ekspresivno isti sodnik v odklonilnem mnenju v zadevi F. H. C. 7325/95 *Yediot Ahronot Ltd. v. Kraus* 52(3) P. D. 1. 72, 73, 74. Glej A. Barak, nav. delo, str. 153.

³⁰ Glej H. G. Gadamer, *Truth and Method* (prev. J. Weinsheimer in D. G. Marshall) Bloomsbury, London, New Delhi, New York, Sydney 2004, str. 537.

³¹ Scalia in Garner imenujeta to zgodovina zakona (za razliko od zakonodajne zgodovine, ki jo ostro odklanjata kot vir spoznanja pravnega sporočila besedila). Glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 256, 440.

³² Glej A. Barak, nav. delo, str. 144. Po mnenju Scalie in Garnerja drugi viri razen tistih, ki temeljijo v besedilu, ne obstajajo. Namen je treba iskati v besedilu in ne v zakonodajni zgodovini. Glej npr. A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 370 in nasl.

14. Objektivni namen pravnega besedila je namen, ki ga je mogoče pripisati razumnemu avtorju (zakonodajalcu, ustavodajalcu), ki ga pa seveda ugotavlja in s tem tudi vzpostavlja razlagalec.³³ To ni dejanski (resnični, stvarni) namen dejanskega avtorja in zato za razliko od subjektivnega namena ne more biti (in tudi ni treba, da bi bil) potrjen z dokazi. Tudi ne izraža "stvarnega" namena avtorja, je pravni konstrukt, ki odseva potrebe družbe.³⁴ Na visoki abstraktni ravni pomeni "namen sistema",³⁵ na manj abstraktni pa namen razumnega pravodajalca, ki se izraža v pravem ravnotežju načel in vrednot sistema.³⁶ Tako kot pri iskanju subjektivnega namena je tudi tu bistveno besedilo (kar je pomembna skupna točka tako Baraka kot Scalie in Garnerja). In tudi tu razlagalec naleti na hermenevtični krog, ki pa ga bo presegel na enak način kot pri iskanju subjektivnega namena, tj. s pravniško apercepcijo, ki vzpostavlja njegovo obzorje. Temu bo sledilo približevanje obzorij – razlagalčevega in avtorjevega.

15. Pri odkrivanju subjektivnega in objektivnega namena bodo izhodišče semantične konvencije logika in domneva o harmoniji besedila. Logika in razum, povezana z jezikom besedila, v svoji celovitosti pomagata razložiti namen normativnega

³³ To je v skladu z Radbruchovo modrostjo (na katero se v tej zvezi sklicuje tudi Barak), da "volja zakonodajalca [...] ni sredstvo za razlago, temveč cilj razlage in rezultat razlage, izraz apriorne nujnosti sistematičnega neprotislovnega razlaganja celotnega pravnega reda." Radbruch zato ugotavlja, da "je možno, da kot voljo zakonodajalca opredelimo nekaj, kar nikdar ni bilo navzoče v zavestni volji avtorjev zakona", ter sklene: "Razlagalec lahko zakon razume bolje, kot so ga razumeli njegovi ustvarjalci, zakon je lahko bistrejši od svojih avtorjev – celo mora biti bistrejši od svojih avtorjev." Glej G. Radbruch, *Filozofija prava* (prev. A. Maček), GV Založba, Ljubljana 2007, str. 147. Glej A. Barak, nav. delo, str. 154. Čeprav Scalia in Garner brezpogojno odklanjata kakršenkoli namen avtorja besedila, ampak priznavata samo namen zakona (glej. npr. A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 397, 398), se njuna stališča o namenu zakona malo ali nič ne razlikujejo od Barakovih (in Radbruchovih). V tej zvezi se med drugim sklicujeta na Lorda Reida, da sodniki "ne iščejo, kaj je mislil Parlament, ampak resnični (pravilno: *pravi* – prip. jz) pomen tega, kar je Parlament rekel." Ali z besedami E. Keetona: "Iskanje je usmerjeno v objektivno izražen pomen in ne v nikogaršnje duševno stanje"; glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 394.

³⁴ Glej A. Barak, nav. delo, str. 148.

³⁵ Glej prav tam, str. 152, 153. Avtor v tej zvezi govori o namenu sistema in o "normativnem dežniku", ki se razprostira nad slehernim besedilom pravnega sistema in ki je usmerjen k varovanju enakosti, poštenosti in pravičnosti. Glej prav tam, str. 149.

³⁶ Glej prav tam, str. 151. Na najnižji stopnji abstrakcije se razlagalec "postavi v čevlje" avtorja besedila in se sprašuje, kako bi najbolj razumno uresničil družbeni projekt, ki ga vzpostavlja besedilo, na višji abstraktni ravni se sprašuje, po hipotetičnem namenu idealnega avtorja (ustavodajalca), ki odseva pravo ravnotežje vrednot in načel sistema, medtem ko je najvišja abstraktna raven tista, ki pove, katere so temeljne vrednote sistema. Ko gre za ustavo, so to človekove pravice, delitev oblasti in demokracija. Glej prav tam, str. 150–153.

aranžmaja, utemeljenega v besedilu.³⁷ Tudi tu je pomemben širok pogled, upoštevanje "naravnega okolja", se pravi normativne ureditve, v okviru katere živi in se giblje razlagano besedilo. To velja toliko bolj za razlago ustave, kjer si mora, kot uči Barak, razlagalec prizadevati za "harmonijo in povezavo z drugimi ustavnimi določbami", saj "posamezna ustavna določba, ki je predmet razlage, ne biva sama, ampak tvori del širše ustavne ureditve ter vpliva na razumevanje ustave kot celote, – in obrnjeno, ustava kot celota povratno vpliva na razumevanje posamezne določbe kot njenega posameznega dela".³⁸

16. Tudi 90. člen Ustave ni bil ustvarjen v vakuumu in četrta alineja drugega odstavka tega člena ni osamljen otoček, ampak del obširne ustavne celine. Ker tako pri ugotavljanju objektivnega namena sodeluje ustavna celota, se večkrat pokaže, da ima razlagano besedilo različne, med seboj sprte namene, tako kot so si v neprestanem notranjem konfliktu ustavne vrednote, načela in izhodišča, iz katerih so izpeljane domneve o objektivnih namenih – trki med domnevami o namenih niso drugega kot odsevi neizogibnih trkov med ustavnimi vrednotami in načeli.³⁹ In kako razrešiti te konflikte? Odgovor se ponuja z logično nujnostjo: tako, kot se razrešujejo konflikti med samimi vrednotami in načeli. Če pomiritev (ker gre npr. samo za navidezen konflikt) ni mogoča, je metoda razreševanja tehtanje.

O končnem in odločilnem (ultimativnem) namenu:

17. Zadnje hermenevitično dejanje je sinteza in integracija vseh spoznanj o subjektivnem in objektivnem namenu. Razlagalec išče rekonciliacijo med različnimi domnevami o subjektivnem in objektivnem namenu. Če si dobljena sporočila nasprotujejo, si mora prizadevati za dosego subjektivnega cilja pravodajalca ob uresničitvi temeljnih vrednot sistema. Če si domnevi o dejanskem subjektivnem in o objektivnem namenu nasprotujeta, bo imela največkrat prednost domneva o objektivnem namenu. Vendar bodo v večini primerov vse informacije o subjektivnem in o objektivnem namenu kazale v isto smer.⁴⁰ Tako je tudi v obravnavanem primeru. Poglejmo, zakaj.

³⁷ Glej prav tam, str. 158, 175. Podobno Scalia, Garner, ko razlagalne kanone razčlenjujeta na semantične, sintaktične in kontekstualne ter na kanone o pričakovanem pomenu.

³⁸ Glej prav tam, str. 159, 160. Avtor se pri tem sklicuje tudi na predsednika kanadskega vrhovnega sodišča Antonia Lamerja, ki je v zvezi z razlago kanadske ustavne Listine v zadevi *Dubois v. R.* [1985] 2 S. C. R. 350, 365, povedal naslednje: "Ustavna Listina mora biti razložena kot sistem, kjer vsak del prispeva k pomenu celote in kjer celota daje pomen vsakemu od njenih delov." V tem smislu tudi Scalia in Garner, ko razlagata kanon povezanih zakonov (*Related-Statutes Canon*): "Vsaka beseda ali besedna zveza, ki je predmet razlage, je del celotnega zakona in zato pod vplivom drugih določb tega zakona. Obenem je seveda tudi del celotnega *corpus juris*." (glej A. Scalia, B. A. Garner, nav. delo, str. 252, 253).

³⁹ Glej A. Barak, nav. delo, str. 172, 173, 176.

⁴⁰ Glej prav tam, str. 189, 182, 183.

Razrešitev hermenevtične uganke

Najprej o subjektivnem namenu:

18. Podatki o zunanjih virih, pomembnih za razjasnitev subjektivnega namena nove ustavne ureditve referendumu, še posebej četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave, so skromni in lakonični. Kljub temu je iz zakonodajnega gradiva mogoče izluščiti nekaj uporabnih informacij. Iz Predloga ustavnega zakona o spremembah 90., 97. in 99. člena Ustave Republike Slovenije (EPA 620-VI, 2. 4. 2013) izhaja, da je prednost nove ureditve v tem, da je bistveno bolj predvidljiva in da omejuje možnost arbitrarne presoje nastanka protiustavnih posledic kot razloga za ustavnosodno prepoved referendumu ter da to velja kljub pomenski in interpretativni odprtosti pravnih pojmov, še posebej tistih na ustavnopravni ravni, ki so taki po naravi stvari in jih ni nikdar mogoče v celoti in vnaprej izčrpno opredeliti že na besedilni ravni. Iz tega gradiva tudi izhaja, da bo imelo Ustavno sodišče v novi ureditvi v Ustavi trdnejšo oporo ter bolj jasno določene okvire in meje svojega odločanja.⁴¹ Da je bil namen ustavodajalca določiti trdnejšo oporo ter bolj jasno določene okvire in meje svojega odločanja, izhaja tudi iz dveh Poročil Ustavne komisije Državnega zbora z dne 29. 3. 2012 in 15. 1. 2013, ki opozarjata na slabost pretekle ureditve, po kateri Ustavno sodišče ni imelo jasnih kriterijev, s katerimi bi lahko oprlo svojo presojo o dopustnosti referendumu. Tega namena pri razlagi ni mogoče spregledati. Ko ga prevedemo na četrto alinejo drugega odstavka 90. člena Ustave, pomeni prav tisto, o čemer govori 46. točka obrazložitve odločbe.

19. Prvotni Predlog za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom Ustavnega zakona o spremembah Ustave Republike Slovenije z dne 13. 9. 2012 (v nadaljevanju Predlog) je vseboval dikcijo, da "referendumu ni dopustno razpisati, če bi bile lahko prizadete človekove pravice in temeljne svoboščine, ali bi lahko nastale druge protiustavne posledice". K vloženemu predlogu je dne 28. 11. 2012 Strokovna skupina pri Ustavni komisiji podala stališče, v katerem je zapisala, da ima pomisleke glede predlagane dikcije ter da pri tem izhaja "zlasti iz odločb Ustavnega sodišča v referendumskih zadevah". Zaradi teh pomislekov je Strokovna skupina predlagala "v razmislek, da bi namesto predlaganega izključitvenega razloga določili, da zakonodajnega referendumu ne bi bilo dopustno razpisati o zakonih, ki se sprejemajo za odpravo ugotovljene neustavnosti". Ustavodajalec je temu predlogu sledil, je pa iz predlaganega besedila izključil besedo "ugotovljenih".

20. Razlika med prvotnim besedilom v Predlogu in končnim besedilom je bistvena in povedna. Če bi ostalo prvotno besedilo, da referendumu ni dopustno razpisati kadarkoli, ko bi bile lahko prizadete človekove pravice in temeljne svoboščine, ali bi

⁴¹ Prim. I. Kavčič, Ustavnosodna presoja zakonodajnega referendumu po novem, Podjetje in delo, št. 6–7 (2015), str. 1348, 1349.

lahko nastale druge protiustavne posledice, bi imelo Ustavno sodišče bistveno širši manevrski prostor presoje protiustavnosti, kot ga daje veljavno besedilo četrte alineje. Res je, da je Državni zbor besedo "ugotovljenih" izključil iz besedila in ohranil le dikcijo "o zakonih, ki odpravljajo neustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo neustavnost". Vendar iz tega še ni mogoče sklepati, da je na ta način dana podlaga za prepoved referendumu tudi o drugih zakonih, kjer ni predhodne odločitve Ustavnega sodišča, s katero bi bila ugotovljena protiustavnost, ali kjer ni sodbe ESČP o (sistemski) kršitvi človekovih pravic. Zakaj je v tej zvezi pridevnik "ugotovljene" semantično odvečen, je pojasnjeno v 41. točki obrazložitve odločbe. Zunanji viri spoznanja o subjektivnem namenu, ki jim je zaradi "mladosti" razlaganega besedila pripada pomembnejša vloga kot bi jim šla sicer, kažejo tako v dve (med seboj dopolnjujoči se) smeri: v smer jasne, določne in pregledne ter predvidljive ureditve referendumu, ki "omejuje možnost arbitrarne presoje nastanka protiustavnih posledic kot razloga za ustavnosodno prepoved referendumu"⁴² in v smer ožje razlage četrte alineje drugega odstavka 90. člena (v nasprotnem bi ostalo besedilo četrte alineje tako, kot je bilo v prvotnem Predlogu).

21. Pri naslednjem raziskovalnem koraku je bistveno besedilo. Vendar ne le besedilo razlagane določbe, temveč besedilo celotne nove ureditve referendumu. Pomembna je tudi prejšnja ureditev ter nanjo nanašajoča se jurisprudenca Ustavnega sodišča (po Scalii in Garnerju "zgodovina zakona"). Ob tem pa je treba imeti ves čas pred očmi dosedanja, iz zunanjih virov dobljena spoznanja o subjektivnem namenu ustavodajalca. Razlika med prejšnjo in sedanjo (novo) ureditvijo referendumu je, kot pojasnjujejo in ugotavljajo 36., 43., 44. in 45. točka obrazložitve odločbe, bistvena. Zakaj je do spremembe prišlo, nakazujejo že v prejšnjih treh točkah omenjeni zunanji viri. Če temu dodamo še zgodovinski kontekst in dinamičnost ustavnosodne presoje referendumskih zadev v zadnjih osmih letih (upam reči, da je ta dinamika dosegla svoj vrh z odločbo št. U-II-1/12, U-II-2/12 z dne 17. 12. 2012, ki je bila tako rekoč neposredni povod za začetek reforme referendumu),⁴³ se pokaže, da je imel ustavodajalec namen referendum izključiti (poleg primerov iz prvih treh alinej) samo o zakonih, ki odpravljajo tisto protiustavnost, ki jo je predhodno v svojih odločbah že ugotovilo Ustavno sodišče, ali ki odpravljajo kršitve človekovih pravic, ugotovljene s sodbo ESČP. Če bi se protiustavnost, o kateri govori četrta alineja, nanašala na katerokoli protiustavnost, tudi na protiustavnost, ki jo je npr. ugotovil Državni zbor sam (ali s pomočjo svoje strokovne službe, dela pravne stroke, uglednih pravnih mislecev, vplivnih pravnikov ipd.), cilja, h kateremu si je prizadeval, ne bi uresničil. Še vedno bi ostal prostor za "možnost arbitrarne presoje nastanka protiustavnih posledic", še vedno bi moralo Ustavno sodišče opraviti presojo ustavnosti najmanj

⁴² Glej prav tam.

⁴³ Ni nepomembno, da je ta odločba ena od dveh, s katero je Ustavno sodišče prepovedalo referendum, ne da bi bila prepoved utemeljena v odpravi protiustavnosti, ki jo je nalagala odločba Ustavnega sodišča. Pred tem je to storilo le še v enem primeru, in sicer v odločbi v zadevi št. U-II-1/09 z dne 5. 5. 2009, ki pa je bila sprejeta z najtesnejšo večino.

dveh ureditev (obstoječe, domnevno protiustavne, in nove, ki zatrijevano protiustavnost odpravlja),⁴⁴ še vedno bi ostajala negotovost o skoraj vsakokratnem izidu referendumskega spora in še vedno bi bilo Ustavno sodišče brez "trdnejše opore ter bolj jasno določenih okvirov in meja svojega odločanja". Zato lahko rečem samo: tudi notranji viri kažejo na enak subjektivni namen.

Objektivni namen:

22. Vse do sedaj povedano nakazuje tudi razrešitev uganke o objektivnem namenu. Tu je namreč ključen namen razumnega avtorja besedila (v našem primeru ustavodajalca), pri čemer je tako kot nad celotnim pravnim sistemom tudi nad celotno razlagalno operacijo razprt "normativni dežnik", ki izraža idejo, da je vsako pravno besedilo stvaritev svojega okolja. Poleg neposrednega normativnega konteksta zajema to okolje celoten pravni sistem prežemajoča načela, temeljne cilje in osnovne standarde.⁴⁵ Ustavni kontekst zato tu nastopa v dvojni vlogi – kot merilo razumnega tvorca besedila in kot namen sistema. Glede prvega je pravzaprav že vse povedano v 46. točki obrazložitve odločbe in v prejšnji točki tega mnenja. Subjektivni namen se tu že zaradi "mladosti" razlaganega besedila nujno dopolnjuje z objektivnim, ki z uporabo merila razumnega ustavodajalca kaže v isto smer. Dodaten (objektiven) motiv za izključitev referendumov le o zakonih, ki neposredno uresničujejo odločbo Ustavnega sodišča ali odpravljajo kršitev človekovih pravic, ki je ugotovljena s sodbo ESČP, je velik pomen pravice do referendumov (ter s tem povezano pravilo o utesnjujoči razlagi omejitvev in izključitev pravic) in možnosti izigravanja pravice zahtevati referendum (o čemer je bilo že veliko povedanega v nekaterih dosedanjih odločbah v referendumskih zadevah).⁴⁶

23. Naj k temu dodam še dva med seboj povezana argumenta. Najprej, odločanje v referendumskem sporu poteka znotraj širšega zakonodajnega postopka. Ker pomeni vsak (sodni) spor motnjo in oviro v normalnem razvoju pravnih razmerij, tudi z referendumskim sporom ni nič drugače. Tako motnjo in oviro v zakonodajnem

⁴⁴ Glej npr. 7. točko obrazložitve odločbe št. U-II-2/09 z dne 9. 11. 2009.

⁴⁵ Glej A. Barak, nav. delo, str. 149. Avtor na več mestih poudarja, da morajo biti sodniki sposobni prepoznati in izraziti globoke vrednote družbe ter se izogibati bežnim in minljivim trendom. Glej prav tam, str. 167, 168. Glej avtorjevo mnenje v zadevi izraelskega Vrhovnega sodišča H. C. 428/86, *Brazilai v. State of Israel*, 40(3) P. D. 505, 585.

⁴⁶ Glej npr. 7. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-2/09, 39. točko odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-1/10 z dne 10. 6. 2010 in 24. točko odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-1/11 z dne 10. 3. 2011. V zadnji odločbi je Ustavno sodišče med drugim navedlo: "Zakonodajalec sicer lahko v primeru, ko izvršuje odločbe Ustavnega sodišča, ureja tudi druga pomembna vprašanja, ki so lahko tudi systemske narave. Glede takega ravnanja mu ni mogoče očitati zlorabe njegove zakonodajne funkcije. Vendar pa v takšnem primeru ne more pričakovati, da bo zgolj zaradi te uskladitve Ustavno sodišče "prepovedalo" referendum o celotni novi ureditvi."

postopku je treba zato čim prej odstraniti. To pa pomeni pritisk na Ustavno sodišče, da odloči hitro; zakon celo predpisuje 30-dnevni rok. Čeprav se ga Ustavno sodišče v večini primerov ni držalo, to ni pomenilo, da ni delalo pod pritiskom. Tak način reševanja zahtevnih ustavnopravnih vprašanj (naj ponovim, da je treba v primeru, ko protiuustavnost obstoječe ureditve še ni dokončno in avtoritativno ugotovljena, opraviti oceno ustavnosti kar dveh ureditev – obstoječe in nove) ni v skladu z zasnovo Ustavnega sodišča kot gremija devetih modrih, ki se počasi, a temeljito, poglobljeno in vztrajno, *per profundationem*, spopada z najzahtevnejšimi ustavnopravnimi vprašanji.⁴⁷ Na hitro in pod pritiskom sprejete odločitve pa so temu, metodi *per substitutionem*, primerne – površne, prenačljene, rokohitrške in zato slabe.⁴⁸ Tako ni že vnaprej izključeno (in to je drugi argument), da Ustavno sodišče v referendumskem sporu sprejme (predhodno) ugotovitev, da obstoječa ureditev ni protiuustavna in zato referendum ne prepreči. Ljudstvo potem na referendumu novi zakon zavrne in stara ureditev (za katero se je Ustavno sodišče izreklo, da ni protiuustavna) ostane v veljavi. Ob kasnejši presoji ustavnosti te ureditve (na pobudo ali zahtevo), ko si Ustavno sodišče za presojo vzame potreben čas, pa se izkaže, da je ureditev vendarle protiuustavna.

Sinteza ali končni (ultimativni) namen:

24. Kadar tako, kot v tem primeru, vsi podatki o subjektivnem in objektivnem namenu kažejo v isto smer, ni težko določiti končni namen razlaganega ustavnega besedila. Vendar je treba pred dokončno odločitvijo uskladiti še oba, v četrti alineji drugega odstavka 90. člena Ustave bivajoča ustavna koncepta: ustavno in ljudsko demokracijo. Vprašati se je treba, ali bi referendum o zakonu, ki neposredno ne odpravlja protiuustavnosti, ki jo je predhodno v svojih odločbah že ugotovilo Ustavno sodišče, ali ki odpravlja kršitve človekovih pravic, ugotovljene s sodbo ESČP, ogrozil ustavno demokracijo in s tem vladavino človekovih pravic. Da imajo človekove pravice in varstvo ustavnosti prednost pred ljudsko demokracijo, ne kaže izgubljati besed – končna vladavina ne pripada ljudem, ampak (prav zaradi ljudi) človekovim pravicam.⁴⁹ In o njih ima v sistemih s koncentrirano presojo zadnjo besedo Ustavno

⁴⁷ Na vzhodnem pročelju palače ameriškega Vrhovnega sodišča sta v marmor vklesani podobi želve in zajca, kontrastna simbola sodniške deliberacije: počasno, vendar preudarno, čvrsto in neomajno.

⁴⁸ O tem sem pisal že v 7. točki pritrdilnega ločenega mnenja k odločbi št. U-II-1/11.

⁴⁹ Teršek je razvil koncept temeljske demokracije, ki v svojem bistvu temelji prav na tem spoznanju: "Suverenosti kot takšne [...] ne moremo več pripisovati ne posameznikom ne konkretno živečemu ljudstvu in nje institucijam. Pripisujemo jo lahko le normam, temeljnim načelom in vrednotam, predvsem pa temeljnim človekovim pravicam in svoboščinam ter z njimi neposredno povezanim načelom vladavine prava, demokratičnosti, socialnosti, svobode,

sodišče, brez katerega ne bi bilo delujoče ustavne demokracije. S tega vidika je potem na prvi pogled vseeno, ali se o protiustavnosti, ki jo odpravlja Državni zbor z zakonom, o katerem se zahteva glasovanje na referendumu, Ustavno sodišče izreka posebej in predhodno ali pa šele med referendumskim sporom kot o predhodnem vprašanju. Vendar če pogledamo od bližje, tako, kot je pojasnjeno v prejšnji točki tega mnenja, ni vseeno.

25. Po drugi strani pa je majhna, upam si reči, samo navidezna verjetnost, da bi imela referendumsko zavrnitev zakona, ki odpravlja domnevno protiustavnost ali ki ustavnosodno ugotovljene protiustavnosti ne odpravlja neposredno, ampak ob tem na novo ureja še neka druga pertinenčno nepovezana področja, resne in škodljive posledice za ustavno demokracijo. Prvič: obstoječa protiustavnost je namreč vsak trenutek izpostavljena izpodbijanju privilegiranih predlagateljev, med njimi tudi Varuha človekovih pravic (katerega prva naloga je prav neprestan nadzor nad stanjem ustavnosti na področju človekovih pravic), pa tudi zainteresiranih pobudnikov. In če grozi nevarnost nastanka težko popravljivih škodljivih posledic, sme Ustavno sodišče zadržati izvrševanje izpodbijanega predpisa (39. člen ZUstS). Drugič: odprava protiustavnosti, ugotovljene z odločbo Ustavnega sodišča, je mogoča kadarkoli, še več, zakonodajalec ima ustavno dolžnost da to stori. V tem pogledu zato tudi enoletni rok iz 25. člena ZRLI ne predstavlja ovire.

26. Zaradi tega ne vidim nevarnosti za ogrožanje vrednot ustavne demokracije. Pred očmi je treba imeti še naslednje: obstoječe razmere so ustavno stabilne. Ustavno sodišče uspešno in učinkovito deluje in iz pravnega sistema izloča protiustavnosti. Po drugi strani pa je tudi upravičeno pričakovanje in zaupanje v zakonodajalca, da ne bo zagrešil kakih očitnih in hudih, tako rekoč brutalnih protiustavnosti, ki bi bile posledica kršitve izvirnih ustavnopravnih pravil. Zato je argument, da bi lahko prišlo do položaja, ko bi zakonodajalec uzakonil neko hudo, brutalno protiustavnost (smrtno kazen, mučenje, segregacijo), jo nato še pred odločitvijo Ustavnega sodišča sam odpravil, takoj zatem pa naletel na pobudo ali zahtevo za referendum o takem protiustavnost odpravljačem zakonu, navidezen, *ad absurdum* in brez razumne povezave s stvarnostjo ter tudi zato, ker temelji na podmeni skrajnega nezaupanja v zakonodajno oblast, nevreden resne razprave.

27. Če torej sklenem. Razlaga četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave, kot jo je sprejelo Ustavno sodišče v tej zadevi, omogoča sobivanje obeh ustavnih konceptov: ustavne demokracije, "katere bistvo je to, da lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej temeljne človekove pravice in svoboščine (Preambula k Ustavi), prevladajo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine",⁵⁰ in načela, po katerem ima v Republiki Sloveniji oblast ljudstvo, katerega izraz je tudi pravica do

dostojanstva, spoštovanja ipd." Glej A. Teršek, Teorija legitimnosti in sodobno ustavništvo, Univerzitetna založba Annales, Koper 2014, str. 397, 398 in nasl.

⁵⁰ Glej 26. točko odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-111/04.

referenduma. Ustavna demokracija zahteva brezpogojno spoštovanje odločb Ustavnega sodišča. Tudi ljudska volja se jim mora pokoriti. Zato je logično, da pravica do referenduma o zakonu, ki na ustavnoskladen način uresničuje odločbo Ustavnega sodišča ter se pri tem omejuje na odpravljanje ugotovljene protiustavnosti, ki jo je mogoče odpraviti samo na en način (ter pri tem ureja le še postranska in tehnična vprašanja, vprašanja, ki imajo naravo "pritikline", ali vprašanja, ki so z ugotovljenimi protiustavnostmi v neposredni zvezi in se nanašajo na isto vsebino ter so z odpravo protiustavnosti neločljivo povezana),⁵¹ kratko malo ne obstaja. Enako velja za odpravo kršitve človekove pravice, ki jo je ugotovilo ESČP. Vendar to ne pomeni, da bi zakonodajalec lahko preprečil referendum z izgovorom, da odpravlja protiustavnost, vendar z zakonsko ureditvijo, ki z odpravo protiustavnosti, ugotovljene z odločbo Ustavnega sodišča ali s sodbo ESČP, ni neposredno povezana, ali da bi v zakonsko ureditev, s katero bi sicer želel odpraviti neko protiustavnost, vključil tudi ureditev drugih vprašanj, ki z ugotovljeno protiustavnostjo niso v neposredni zvezi. Ko zakonodajalec odpravlja protiustavnosti, mora namreč spoštovati tudi druge ustavne vrednote, med njimi načelo, da ima v Republiki Sloveniji oblast ljudstvo.

Jan Zobec
Sodnik

⁵¹ Prim. 39. točko odločbe Ustavnega sodišča št. U-II-1/10.