



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

Odklonilno ločeno mnenje sodnika Krivica

A. Temeljne teze (rezime)

Temeljne teze tega ločenega mnenja, nekatere podrobneje obrazložene kasneje pod B, so:

1. Večinska odločba (5:4) temelji (implicitno) na razumevanju predhodnega referendumu kot realizacije ustavne pravice iz 90. člena Ustave, torej na pojmovanju, ki ga eden od sodnikov iz te večinske peterice ne sprejema. Peterica je torej dosegla "konsenz na dissenzu" - soglasje le na izreku, ne pa tudi na tem, kaj ta izrek v bistvu pomeni. Iz tega lahko izvirajo težave v primeru uspeha enega od referendumskih predlogov: kaj pomeni vezanost zakonodajalca na tak predlog, iz 25. člena ZRLI ni povsem jasno razvidno (le "negativna" ali tudi "pozitivna" vezanost) - ta nejasnost pa je bistveno drugačne teže, če gre pri predhodnem referendumu za realizacijo ustavne pravice do zakonodajnega referendumu iz 90. člena Ustave (kot bi bilo možno sklepati iz obrazložitve večinske odločbe), kakor pa v primeru, če ta referendum ni pravi zakonodajni referendum po 90. členu Ustave, ampak le "ena od možnih dodatnih oblik ljudskega odločanja o raznih vprašanjih"(stališče sodnika Testena). Stališče, da je to pravi zakonodajni referendum iz 90. člena Ustave, torej v Ustavnem sodišču nima večine - s tem pa po mojem mnenju insistiranje večinske odločbe na takojšnji izvedbi takega referendumu z nejasnim pomenom, ne da bi odločba ta njegov pomen (oziroma ustavnost zakonskega koncepta takih referendumov) pojasnila, izgublja pravi smisel oziroma se lahko kasneje sprevrže celo v razočaranje volivcev, ki se teh zakonskih nejasnosti niso zavedali in jim jih tudi odločba (brez študija zahtevnih ločenih mnenj) ne pojasnjuje.

2. Izpodbijani zakon (ZRLI) s svojo koncepcijo v svetu nepoznanega "predhodnega" zakonodajnega referendumu je v temelju neskladen z Ustavo, ker tak referendum sploh ne omogoča ustavno obljubljenih in zahtevanih "ljudske zakonodaje" oziroma neposredne demokracije.

3. Neskladen z ustavo je tudi koncept "naknadnega referendumu", njegova morebitna nadomestitev z razveljavitvenim referendumom (po italijanskem vzoru) pa tudi ne bi zadostila ustavnim intencijam 3. in 90. člena Ustave.

4. ZRLI torej ne omogoča z Ustavo skladnega načina uresničevanja ustavnih načel in pravic iz 3. in 90. člena Ustave, zato bi ga bilo treba razveljaviti in zahtevati uzakonitev ene od poznanih vrst pravega zakonodajnega referendumu, ki ljudstvu omogoča sprejemanje zakonov, ne le dajanje smernic zakonodajalcu, ki se jim ta lahko izogne.

5. Ker je pravi zakonodajni referendum glasovanje o izdelanem "ljudskem" zakonskem predlogu in ker sta vsaj dve referendumski zahtevi za spremembo našega volilnega sistema (zahteva Državnega sveta in zahteva 44.000 volivcev) že temeljili na takem izdelanem zakonskem predlogu, sem se zavzemal za tako odločbo Ustavnega sodišča, s katero bi bilo Državnemu zboru naloženo, da takoj po uzakonitvi pravega zakonodajnega referendumu razpiše referendum o teh dveh zakonskih predlogih.

6. Da "predhodni referendum" po ZRLI ni zakonodajni referendum v smislu Ustave in da njegovo uresničevanje ne pomeni uresničevanja ustavne pravice do zakonodajnega referendumu, ni le moja teza, ampak, kakor je razvidno iz njegovega ločenega mnenja, tudi stališče enega od sodnikov iz večinske peterice.

7. Odločba Ustavnega sodišča do vseh teh ustavnopravnih vprašanj ni zavzela nikakršnega stališča. Tudi ob predpostavki konceptualne skladnosti ZRLI z Ustavo pa bi morala ugotoviti vsaj protiustavno podnormiranost zakona, ker v njem sploh ni predvidena možnost hkratne izvedbe konkurirajočih referendumov in ker v ZRLI ni tej situaciji ustreznega pravila, kako se v takem specifičnem primeru oblikuje glasovnica in kakšna so pravila za glasovanje - pravila o tem, na katerega od več sprejetih referendumskih predlogov je zakonodajalec vezan, pa v zakonu sploh ni.

8. Nadomestitev tega manjkajočega zakonskega pravila z odločbo Ustavnega sodišča pomeni zame protiustaven poseg Ustavnega sodišča v urejanje vprašanj, ki so po 90. členu Ustave izrecno pridržana posebnemu, po vsebini in formi skoraj ustavnemu zakonu, ki se lahko sprejme samo z dvetretjinsko večino navzočih poslancev - torej očitno kršitev načela delitve oblasti kot enega od temeljnih ustavnih načel. Tudi v 40. členu Zakona o Ustavnem sodišču za tak poseg ni podlage.

9. S tem protiustavnim posegom v pristojnost zakonodajalca je Ustavno sodišče - praktično gledano - ukazalo takojšnjo izvedbo že zahtevanih treh konkurenčnih referendumov o volilnem sistemu konec julija ali začetek avgusta, torej v času dopustniškega političnega mrtvila in tik pred volitvami, ko volilnega zakona na podlagi referendumskega izida ni več mogoče spremeniti in lahko torej služi tak referendum bolj ustvarjanju politične zmede in delegitimiranju volitev kot pa stabiliziranju političnega sistema kot legitimnemu ustavnopravnemu cilju.

10. Odločba Državnemu zboru formalno sicer omogoča "zadrževalni maneवर" po 15. ali 16. členu ZRLI, s katerim bi bilo mogoče razpis treh volilnih referendumov zadržati vsaj toliko, da bi potem padel npr. v normalnejši septembrski čas - toda ni nujno, da bo v Državnem zboru v pregretem predvolilnem ozračju (in ob verjetnem šoku zaradi te nenavadne odločitve) dovolj glasov za tako odločitev. Tako ali drugačno odločitev o tem vprašanju bodo gotovo vse stranke skušale vpeti v svojo predvolilno strategijo - in ne bilo bi nič čudnega, če bi (malo iz interesa, malo iz kljubovalnosti) raje rekly: no, prav, pa naj bodo ti referendumi avgusta, če celo Ustavnega sodišča to nič ne moti.

11. Tudi prestavitev referendumov na september pa bi odstranila le največji nesmisel - drugi bi ostali: referendumsko zapravljanje milijonov dva meseca pred volitvami (v ZDA imajo referendume samo vsakih nekaj let enkrat, hkrati z volitvami, v Italiji pa samo spomladi in to ne v volilnem letu) - in to zapravljanje milijonov za "referendum", s katerim ljudstvo svoje volje nasproti parlamentu sploh ne more uveljaviti, ker mu ZRLI ni dal na razpolago za to pravega referenduma, kakršnega že več kot sto let poznajo drugod po svetu, kjer neposredno demokracijo jemljejo resno (Ustavno sodišče pa takega varljivega kvazi-referenduma ni hotelo razveljaviti).

12. Poskus iskanja razumnega izhoda iz tega položaja bi morda lahko bil tudi v tem, da vlada ali katerihkoli 30 poslancev uvidi (česar doslej niso uvideli), da sedanji ZRLI ne omogoča uveljavljanja ustavno obljubljenе neposredne demokracije, ker namesto pravih omogoča le varljive kvazi-referendume, in da pred izvedbo prvih referendumov od Ustavnega sodišča zahteva odločitev o tem predhodnem ustavnopravnem vprašanju, do odločitve pa zadržanje izvrševanja spornega zakona. Toda sedaj je za to še prezgodaj - Ustavno sodišče bi najbrž le na drug način ponovilo sedanjo odločitev. Morda bo taka poteza smiselna kasneje, ko bo nekaj teh kvazi-referendumov že izvedenih in se bo v praksi pokazalo, kaj v resnici pomenijo.

13. Za primer, da bo enkrat pri nas vendarle uveden pravi, normalni zakonodajni referendum, pa naslednje: zakonu bi bilo v tem primeru treba dodati posebno določbo glede vezanosti Državnega zbora na izid referendumov o volilnem sistemu: referendumsko sprejetega volilnega zakona (razen morda v kakšnih tehnično-izvedbenih malenkostih) Državni zbor pred volitvami ne bi smel spremeniti, tudi če bi mu za to ostalo še tri leta časa. To zadnje sem dodal zato, da ne bi kdo nujnosti letošnje izvedbe "volilnih" referendumov tik pred volitvami opravičeval s sedanjim 25. členom ZRLI, češ, če bi ob sedanjem ZRLI izvedli take referendume kmalu po volitvah, na njihove izide Državni zbor že po enem letu sploh ne bi bil več vezan in bi spet lahko uredil volilni sistem po svoje. Ta zadnja možnost pa je seveda samo še dodaten dokaz za mojo tezo, da je ZRLI konceptualno in tehnično-izvedbeno protiustaven in da ga je treba razveljaviti.

B. Posamezne teze - podrobneje

I.

(ad A.1)

K svoji prvi tezi (zgoraj pod A.1) naj dodam samo še to, da zgoraj opisani "konsenz na dissenzu" sicer ne prizadeva formalne veljavnosti ali pravne dopustnosti take odločbe (taki primeri so mi znani tudi iz

tuje ustavnosodne prakse) - prizadeva le njeno prepričljivost in v določenih primerih lahko tudi njeno uresničljivost.

II.

(ad A.5)

In na začetku - pred podrobnejšo obravnavo težjih ustavnopravnih vprašanj - samo še kratko pojasnilo k moji 5. uvodni tezi. "Pravi" zakonodajni referendum je, kot bo natančneje pojasnjeno kasneje, referendum po švicarsko-nemško-ameriškem "modelu" - to je ljudsko glasovanje o sprejetju ali zavrnitvi kompletnega zakona, izdelanega zakonskega predloga. Ker dve od naših treh sedanjih referendumskih zahtev (zahtevi SDS in DS) že temeljita na takem izdelanem zakonskem predlogu, ni nikakršne ovire, da se po uzakonitvi novega modela referendumov - brez vsakega ponovnega zbiranja podpisov ipd. - ta dva referenduma takoj izvedeta. Če bi nova zakonska ureditev morda postavila referendumskim zahtevam še kakšne nove omejitve, bi bilo v prehodnih določbah zakona treba določiti, da take dodatne omejitve za ti dve zahtevi, ki sta bili vloženi še po starih pravilih, ne veljajo - da s tem ne bi bila izigrana volja subjektov (državljanov in svetnikov DS), ki so bona fide zahtevali referendum po takrat veljavnih pravilih (ker so tisti nujni pogoj, brez katerega pa pravega zakonodajnega referenduma sploh ne more biti - izdelan zakonski predlog, pa že brez zakonske zahteve sami izpolnili). Celo v (malo verjetnem) primeru, da bi Državni zbor odklonil uvedbo "pravega", v svetu normalnega (švicarsko-nemško-ameriškega) tipa referenduma in bi se, recimo, odločil za zožitev referendumskih možnosti pri nas zgolj na razveljavitveni referendum italijanskega tipa (kar po mojem mnenju sploh ne bi bilo ustavno dopustno - glej A.3 oziroma B.V.), bi naša odločba, za kakršno sem se zavzemal, morala zahtevati, da zakon v prehodnih določbah omogoči pred tem še takojšnjo izvedbo teh dveh referendumov na "klasičen" način, seveda z ustrezno izrecno ureditvijo vprašanj konkurence dveh referendumov (o tem glej pod B.VII.1 in fine).

III.

(ad A.2)

Ustavno sodišče je enkrat - januarja 1995 (OdlUS IV,4 - razveljavitev 10. člena ZRLI itd.) - že naredilo napako, ko se je omejilo le na presojo ustavnosti posameznih členov ZRLI znotraj temeljnega koncepta ZRLI o tem, kakšne zakonodajne referendume pri nas sploh imamo ("predhodne" in "naknadne", pri čemer zlasti prvih svet med zakonodajnimi referendumi sploh ne pozna, ker kot taki sploh niso možni) - ne da bi poprej presodilo, ali je ta temeljni koncept zakona sploh v skladu z Ustavo. Toda takrat te omejitve ni naredilo zavestno, ampak zaradi slabega poznavanja te zelo specifične ustavnopravne problematike (tudi sam sem takrat opozarjal le na "velike težave in zaplete, ki jih lahko povzroča predhodni referendum", nisem pa še dojel in odprl problema njegove ustavnosti) - sedaj pa smo se problema že zavedali, kar se vidi vsaj iz dveh ločenih mnenj, a odločba o tem temeljnem problemu kljub temu molči. Dejstvo, da problema niso zaznali in zahtevali odgovora nanj pobudniki postopka, je tu nepomembno: če ga je zaznalo Ustavno sodišče samo, bi moralo nanj tudi odgovoriti, tako kot je to storilo že mnogokrat - taka je, kolikor jo poznam, tudi praksa tujih ustavnih sodišč.

Moja temeljna teza je, da je "predhodni referendum" neustaven, ker sploh ne omogoča uresničitve ustavno obljubljenе neposredne demokracije oziroma ljudske zakonodaje (ljudstvo namreč mora imeti možnost sprejeti zakon in to tudi proti volji parlamenta, ne le možnost glasovati o nekakšnih smernicah za zakon, katerih uresničitev pa je potem odvisna od volje parlamenta). Namesto da bi zakon ljudstvo tretiral kot suverenega zakonodajalca, kot bi ga po Ustavi moral, ga tretira kot nekakšnega "predlogodajalca", na katerega predloge naj bi bil parlament potem sicer vezan, vendar to žal ni izvedljivo in tudi 25. člen ZRLI1 dovolj jasno pove, da je vezan le negativno (eno leto ne sme sprejeti drugačnega zakona), ne pa tudi pozitivno (da bi tak zakon sploh moral sprejeti in to v določenem roku)². V internih razpravah sem za ponazoritev te svoje teze že uporabil prisposodbo, da je to tako, kot če bi nogometna pravila sicer dovoljevala amaterjem, da igrajo tekmo s profesionalci, toda zabiti gol pa amaterjem ne bi bilo dovoljeno: amaterji (ljudstvo) sicer lahko sklenejo na referendumu, kakšen naj bi zakon bil, sprejeti ga pa ne morejo - to lahko naredijo le profesionalci (poslanci v parlamentu).

Amaterji lahko torej le tekajo po igrišču - na gol pa smejo streljati le profesionalci.

Ni tako malo držav na svetu, katerih ustave referendumov ne poznajo, in še več je takih, kjer so referendumi možni le na zahtevo "profesionalcev" (parlamenta, predsednika republike ipd.). Ljudstvo torej tam k zakonodaji ali sploh ni prepuščeno ali pa le takrat, kadar ga k temu posebej pokliče profesionalna politika.

Naša ustava pa poleg posredne zagotavlja tudi neposredno demokracijo (ali neposredno izvrševanje oblasti, kot pravi 3. člen Ustave) - in zakon bi moral to omogočiti, ne pa preprečevati. In ustavno sodišče bi moralo tako hude protiustavnosti v zakonu ugotoviti in ukazati njihovo odpravo, ne pa "zamizati" pred njimi, kot da je važno samo, kdaj referendumi bodo (sedaj ali kasneje) - kakšni (ustavni ali neustavni), to pa ni več važno.

IV.

(ad A.9)

Čeprav sam že tri mesece (ob drugem delu) intenzivno študiram dosegljivo svetovno literaturo o referendumih in so moja stališča v tem ločenem mnenju v veliki meri prav rezultat tega študija, pa želim najprej (tudi tu pod močnim vplivom te literature) pred natančnejšo obrazložitvijo svojega stališča o pravni napačnosti te odločbe opozoriti na praktične posledice te abstraktne presoje na odvijanje ustavno urejenega političnega dogajanja v Sloveniji od sedaj do volitev. Pa ne v zbanaliziranem smislu "kateri stranki bo to koristilo", ampak kot kritiko odločbe, ki ni upoštevala ustavnopravne relevantnosti zlasti časovnega konteksta, v katerega pade njeno uresničevanje. Mislim na to, da je po odločbi Državni zbor dolžan razpisati vse tri doslej zahtevane referendume (in morda še kakšnega zraven) v tednu dni - po zakonu pa jih mora razpisati za neko nedeljo čez 30-45 dni, torej konec julija ali začetek avgusta.

Referendum ni igračka, referendum naj bi bil resna stvar. O kateremkoli zakonu, o volilnem pa še toliko bolj. Če ga ustavno sodišče ukaže izvesti sredi dopustniškega in tudi sicer za resne in množične politične razprave skrajno neprimerne časa (Bavarska ima celo v ustavi zapisano, da so referendumi praviloma spomladi ali jeseni, Italija pa v zakonu, da so lahko le od 15. aprila do 15. junija, v volilnem letu pa sploh ne), potem se bo seveda marsikdo vprašal, kaj je ustavno sodišče pri tem mislilo in ali je sploh kaj mislilo. Odgovora ne bo dobil, ker ga v odločbi ni - vse drugo pa so lahko samo ugibanja.

Toda če je ustavno sodišče že naredilo, če se blago izrazim, tako skrajno nenavadno potezo, potem bi po mojem mnenju moralo tudi pojasniti, zakaj jo je naredilo in kateri so tisti tehtni razlogi, zaradi katerih je, recimo, izvedba ljudskega glasovanja o tako odločilnih vprašanjih za nadaljnji razvoj političnega sistema v času dopustov in poletne vročine ter tik pred volitvami manjše zlo od ljudskega odločanja o tem po volitvah, v normalnih okoliščinah in ne v meteorološki in predvolilni vročici. Vprašanje je videti čudno, saj slednje (odločanje o važnih stvareh v normalnih okoliščinah) ni sploh nikakršno zlo, ampak dobro. Nasprotna teza (morda se bo pojavila tudi v kakšnem od pritrdilnih ločenih mnenj) bi najbrž lahko bila kvečjemu ta, da je to vendarle zlo, če bi bilo s tem ljudstvu onemogočeno, da bi lahko v zakonskem roku uresničilo svojo ustavno pravico do referenduma. In favorem libertatis (v korist ustavne pravice) naj bi bilo torej dopustno tudi to: bolje referendum avgusta, če drugače ne gre - kot da ga sploh ne bi bilo; ustavne pravice je treba spoštovati.

Pa je "predhodni referendum" po ZRLI res taka libertas, je to sploh res realizacija ustavne pravice iz 3. in 90. člena Ustave, torej ustavne pravice do neposredne demokracije, do neposrednega sprejemanja zakonov? Da zame nikakor ni, sem na kratko že razložil (podrobneje bo to utemeljeno s primerjalnopравnim prikazom tujih ureditev v eni od naslednjih točk), in prav tako, da to tudi za enega od sodnikov iz večinske peterice ni. V zvezi s tem vprašanjem prehajam na naslednjo svojo tezo - na tezo o tem, da tudi "naknadni referendum" ni ustavno sprejemljiva oblika uresničevanja ustavne pravice do zakonodajnega referenduma.

(ad A.3,4 in 6)

Pri študiju tuje literature o referendumih sva namreč tik pred sejo oba s sodnikom Testenom prišla do dotlej nam neznanega podatka, da tudi v nekaterih švicarskih kantonih (očitno poleg običajnega, pravega zakonodajnega referenduma) poznajo tudi nekaj podobnega našemu "predhodnemu referendumu", namreč referendum o načelih za bodočo zakonsko ureditev³. Sam sem poleg tega v pregledu nemških deželnih ureditev (kjer v vseh 16 zveznih deželah razen v Hamburgu poznajo "pravi" zakonodajni referendum) našel podatek, da le v eni od teh dežel (Schleswig-Holstein) poleg tega poznajo tudi (vsaj teoretično) neko posebno vrsto referenduma, ki bi v kateremkoli vprašanju lahko rezultirala v nekakšen poziv deželnemu parlamentu, kaj naj naredi.⁴

Tako sva oba prišla do spoznanja, da naš "predhodni referendum" pravzaprav ni neustaven sam po sebi (namreč če ga razumemo le kot eno od možnih dodatnih, manj obvezujočih oblik ljudskega odločanja o raznih vprašanjih), le da to seveda ni oblika zakonodajnega referenduma, kakršnega zahtevata 3. in 90. člen naše ustave - kar zame pomeni, da je ZRLI torej neustaven le, če skozi koncept predhodnega (in naknadnega) referenduma ne zagotavlja uresničevanja ustavne pravice do pravega zakonodajnega referenduma.

Pri tem zadnjem - in odločilnem - vprašanju pa sva prišla do diametralno nasprotnih sklepov: sodnik Testen je pojasnil v svojem ločenem mnenju, zakaj meni, da ZRLI ni v neskladju z Ustavo (ker da ZRLI ne s predhodnim in morda tudi z naknadnim referendumom sicer res ne zagotavlja uresničevanja ustavne pravice do pravega zakonodajnega referenduma iz 90. člena Ustave, pač pa da s tem omogoča uresničevanje ustavne pravice iz 44. člena Ustave) - sam pa menim:

- prvič, da je tudi koncept "naknadnega referenduma" (v svetovnem merilu kot vrsta zakonodajnega referenduma enako nepoznan kot "predhodni"⁵) neustaven,

- drugič, da tudi v primeru, če sam po sebi ne bi bil neustaven, zgolj ta vrsta zakonodajnega referenduma, kjer ljudstvo zakona ne more sprejeti, ampak lahko le že sprejetega ne potrdi, ne ustreza ustavnim načelom in določbam 3. in 90. člena Ustave, iz katerih bi Ustavno sodišče pri interpretaciji moralo potegniti sklep, da je Ustava hotela ljudstvu omogočiti predvsem "pozitivno" in ne le "negativno" zakonodajno moč⁶,

- in tretjič, če bi ZRLI poleg pravih zakonodajnih referendumov omogočal dodatno še take "neprave" in neučinkovite (na drugih mestih sem zanje uporabil izraz kvazi-referendumi), zato seveda ne bi bil protiuustaven - pač pa je protiuustaven zato, ker te "kvazi-referendume" ponuja kot prave, kot realizacijo ustavne pravice do zakonodajnega referenduma iz 90. člena Ustave.

Tudi v zgoraj omenjenem drugem primeru je torej uzakonitev zgolj naknadnega ("negativnega") referenduma vsaj premalo, da bi lahko šteli ZRLI za ustavno sprejemljivo uresničitev ustavnih določb o neposredni demokraciji in "ljudski zakonodaji". A najprej naj pojasnim svoje primarno stališče - da je tudi koncept naknadnega referenduma neustaven.

Koncept naknadnega referenduma (kot edine realizacije ustavno obljubljenega zakonodajnega referenduma, potem ko smo - ne sicer vsi - ugotovili, da predhodni referendum to ni) je po mojem mnenju neustaven že zato, ker bi kot tak mnogo preveč zoževal v 3. členu Ustave obljubljeno "oblast ljudstva", kolikor jo "državljanke in državljani izvršujejo neposredno", oziroma v 90. členu Ustave obljubljeni zakonodajni referendum (zakonodaja ali legislativa je "dajanje", sprejemanje zakonov) - zoževal bi jo zgolj na možnost nepotrditve v parlamentu že sprejetega zakona, volivci pa bi v tem primeru za zbiranje 40.000 podpisov po 21. členu ZRLI imeli na razpolago manj kot 30 dni časa, lahko še manj kot tri tedne. Taka zožitev ustavno obljubljene "neposredne oblasti ljudstva", ki je po naravi stvari seveda lahko samo zakonodajna, bi bila v preveč očitnem nasprotju ne le z "objektivno" vsebino določb 3. in 90. člena Ustave, ampak tudi s "subjektivnim" namenom ustavodajalca, izraženim v uradni obrazložitvi v začetku decembra 1991 predlaganega 90. člena Ustave z besedami: "Nadaljnjo prvino demokracije je mogoče videti tudi v široko odprti možnosti referendumskega odločanja (90. člen)" (poudarek moj). Ta "široko odprta" možnost referendumskega odločanja pa je bila po tem predlogu

zagotovljena samo s predhodnim referendumom, kajti obrazložitev predloga poudarja (Poročevalec št. 30/91, str. 16), da predlog ustave (v nasprotju z osnutkom) ne predvideva več naknadnega ("poznejšega") referenduma, ker da bi ta vrsta referenduma "lahko preveč podaljšala čas za uveljavitev sprejetega zakona" (kar je argument z ustavnopravno težo: onemogočanje parlamentu, da bi lahko uspešno opravljal svojo ustavno funkcijo - pravočasno zakonodajno urejanje vprašanj, ki to zahtevajo).

Čeprav bi bila torej ustavno zagotovljena le ena vrsta referenduma ("predhodni"), bi ta vrsta referenduma res zagotavljala širok dostop do vseh "vprašanj, ki se urejajo z zakonom". Kot se je izkazalo kasneje, bi bil problem "samo" v tem, da to sploh ne bi mogel biti zakonodajni referendum (o zakonu), ampak le neke posebne vrste referendum o tem, kaj naj bi šele prišlo v zakon - če bo parlament tak zakon sploh sprejel. Na podlagi mojega opozorila o neproučenosti in spornosti koncepta predhodnega referenduma je ustavna komisija zadnji trenutek (na seji 19.12.1991 - glej Poročevalec št. 1/92, str. 23-26) iz predlaganega 90. člena Ustave črtala besedo "predhodni" in to obrazložila takole: "S tem je prepuščeno zakonu, da določi, ali bo zakonodajni referendum predhodni ali poznejši (t.j. potrditveni)."

Problem interpretacije pravega pomena 90. člena Ustave se je s tem seveda precej zapletel. Ustavodajalec je najprej predvidel obe (njemu znani?) vrsti referenduma, potem je naknadnega (z navedbo tehtnega razloga ustavnopravne narave) izločil in obdržal samo predhodnega, zadnji trenutek pa je izločil konkretno navedbo katerekoli določene vrste referenduma in torej prepustil izbiro zakonodajalcu. Ali zgoraj citirani stavek iz obrazložitve pomeni, da je zakonodajalčeva izbira nujno omejena samo na ti dve, v obrazložitvi izrecno omenjeni vrsti referenduma? Zakonodajalec z več izkušnjami kot naš bi ob sprejemanju ZRLI moral najprej preveriti, ali sta ti dve vrsti referenduma ustavno sploh dopustni, sprejemljivi in izvedljivi: če bi ta "test ustavnosti" prestala le ena, bi gotovo smel uvesti le to - a že tu ga ustavne določbe ne bi ovirale, da ne bi poleg te uvedel tudi kakšno pravo, v svetu poznano in preizkušeno vrsto zakonodajnega referenduma. Ta "test ustavnosti" pa takrat žal ni bil opravljen in zakonodajalec je kljub ustavodajalčevim pomislekom proti obema vrstama referenduma uzakonil kar obe - in nobene take, s katero bi bilo ljudstvu res omogočeno to, kar s svojim "objektivnim" pomenom napovedujeta 3. in 90. člen Ustave, torej neposredna zakonodajna oblast ljudstva (kadar jo ljudstvo pač hoče vzeti v svoje roke).

Če "testa ustavnosti" ne predhodni ne naknadni referendum ne bi uspešno prestala (že takrat - ali pa sedaj pred ustavnim sodiščem), potem pa seveda sploh ne vidim ustavnopravne ovire za uzakonitev pravega zakonodajnega referenduma - ta pa je (z izjemo italijanskega modela razveljavitvenega referenduma) tako in tako vsaj v bistvu po vsem svetu enak: na referendumu se dokončno sprejema od "ljudske iniciative" ali tudi od koga drugega predloženi zakon, ne le ideje o tem, kakšen zakon naj bi šele kasneje izdelal parlament (tako Švica, nemške zvezne dežele, ameriške zvezne države itd. - z večjimi ali manjšimi modifikacijami pa tudi vsi drugi, razen če se omejijo na razveljavitveni referendum - ali pa celo samo na posvetovalni, neobvezujoči referendum). V 90. členu naše ustave ni ovire za uvedbo pravega zakonodajnega referenduma (stavek, da je parlament vezan na njegov izid, bi v tem primeru pomenil pač vezanost na referendumsko sprejeti zakon), načelna določba 3. člena Ustave pa ga v kontekstu z "izvedbenim" 90. členom tako rekoč zahteva: načelna ustavna določba o tem, da mora imeti ljudstvo možnost neposrednega izvrševanja oblasti, bi bila zgolj z "naknadnim" referendumom morda še za silo realizirana, če bi bil naknadni referendum vsaj sam po sebi ustavno sprejemljiv (pa mislim, da ni), toda v kontekstu z 90. členom, ki obljublja zakonodajni referendum, in s prvotno obrazložitvijo, ki je obljubljala "široko odprte možnosti referendumskega odločanja", pa zgolj "naknadni" referendum preprosto ni dovolj. Pomenil bi prejel, da je zakon "oropal" ljudstvo vpliva, ki mu po Ustavi gre, kot da je korektno in ustrezno zagotovil uresničevanje za tip in vsebino naše demokracije izredno pomembnih ustavnih načel in pravic iz 3. in 90. člena Ustave.

Če je tudi koncept "naknadnega referenduma" že sam ustavno nesprejemljiv, pa gornja vprašanja sploh odpadejo. Zakaj je že sam po sebi ustavno nesprejemljiv, je z enega gledišča nakazala že zgoraj citirana uradna obrazložitev ustavnega predloga: ker bi to "lahko preveč podaljšalo čas za uveljavitev spornega zakona". Podaljšalo bi ga za 7+7+(30do45) dni (glej ustrezne člene ZRLI) oziroma v primeru zbiranja podpisov še za kakšne tri tedne - skupaj torej za dva do tri mesece. Že to je za normalno zakonodajno dejavnost parlamenta - še zlasti v nestabilnih tranzicijskih razmerah - nesprejemljivo. Naj opozorim še zlasti na to, da določbe ZRLI omogočajo vsakomur, ki zbere 200

podpisov (in ki resnega namena, da bi zbral 40.000 podpisov, niti nima), da "vtakne palico v zakonodajno kolesje" in zadrži uveljavitev kateregakoli zakona za 30 dni. Vsaj dokler 10. člen ZRLI ne bo dopolnjen tako, kot to omogoča odločba Ustavnega sodišča iz januarja 1995 (OdlUS IV,4). Ta odločba pa je ustavnopravno težo možnega tovrstnega "vtikanja palice v zakonodajno kolesje" tudi očitno podcenila (glej tudi navedbe zgoraj pod B.II.).

A ustavnopravni problem ni samo v tem. V primeru "pozitivnega" izida referendumu (v parlamentu sprejeti zakon ljudstvo na referendumu zavrne in zakon sploh ne stopi v veljavo) lahko nastanejo drugačni problemi, do neke mere podobni tistim ob "italijanskem" tipu razveljavitvenega referendumu. Italija ima za reševanje teh problemov na razpolago zlasti dve pravni sredstvi: eno je prenehanje veljavnosti razveljavljenega zakona šele po 60 dneh s posebnim sklepom predsednika republike, da bi parlament v tem času lahko poskrbel za vsaj zasilno zapolnitev pravnih praznin, ki bi z razveljavitvijo lahko nastale, drugo pa praksa ustavnega sodišča, ki se v primerih, ko prvo sredstvo predvidoma ne bi zadoščalo (npr., kadar gre za zakon, nujen za funkcioniranje državne oblasti, in bi razveljavitev povzročila ustavno nedopustno pravno praznino), ne obotavlja izvedbo takega referendumu kljub zbranim 500.000 podpisom prepovedati.⁸ Pri nas pa ustavnopravni problemi, ki bi iz take "čudaške", v svetu prav tako kot "predhodni" referendum neznane vrste referendumu (razen kadar parlament sam da svoj zakon pred uveljavitvijo na referendum) lahko izviral, niso niti teoretično anticipirani oziroma analizirani, da bi zakon lahko za njihovo reševanje vsaj skušal predvideti ustrezna pravna sredstva.

Domnevamo lahko, da je že zgoraj opisana neomejena možnost "vtikanja palic v zakonodajno kolesje" zadosten razlog, da se v svetu za take čudne vrste referendumu ne ogrevajo. Navsezadnje je referendum edina sodobna oblika neposredne demokracije - kolikor pod ta pojem v širšem smislu štejemo tudi ljudsko iniciativo (Volksbegehren) in kolikor zanemarimo v Evropi neuporabljeni ameriški institut odpoklica javnih funkcionarjev (recall) - bistvo neposredne demokracije pa je možnost, da si ljudstvo postavi zakone, kakršne hoče, ne pa oviranje parlamenta pri izvrševanju njegove ustavne zakonodajne funkcije. Če neka država že noče pripustiti ljudstva k "pozitivni zakonodajni funkciji" (ali: amaterjev k tej visoko profesionalni "igri", kot se glasi ena od možnih prisposod) in ga pripuščala le k "negativni zakonodajni funkciji", potem je najbrž še vedno bolj sprejemljiva italijanska varianta z razveljavljanjem že uveljavljenih zakonov (in to le enkrat na leto) kot pa v našem ZRLI predvidena možnost vsakogar, ki mu za to uspe zbrati 200 podpisov, da za en mesec zadrži uveljavitev kateregakoli zakona. Pa tudi "italijanski" razveljavitveni referendum kot edina realizacija našega nedvomno mnogo širše zastavljenega ustavnega koncepta neposredne demokracije (v 3., 44. in 90. členu Ustave) iz že prej pojasnenih razlogov ne bi zadoščal.

Po tej zavrnitvi pri odločanju obravnavane teze, da predhodni referendum sam po sebi ni protiustaven zato, ker da je realizacija ustavne pravice iz 3. in 90. člena Ustave zagotovljena v ZRLI vsaj z naknadnim referendumom, pa se moram vrniti še k tezi v ločenem mnenju sodnika Testena, da zakonska ureditev predhodnega referendumu ni protiustavna zato, ker da jo je treba pač šteti le za realizacijo ustavne pravice iz 44. člena Ustave (do sodelovanja pri upravljanju javnih zadev). Da kot taka ta ureditev tudi po mojem mnenju ni sama po sebi protiustavna, sem povedal že na začetku te točke (v drugem odstavku). Toda protiustavna je zato, ker to v našem sistemu ni le ena od dodatnih, šibkejših oblik neposredne demokracije, ob katerih pa so na razpolago tudi močnejše oziroma prave (kot v omenjenih švicarskih kantonih ali v deželi Schleswig-Holstein), ampak je tako rekoč edina, pravih pa sploh ni (tudi sodnik Testen govori v svojem ločenem mnenju o popolni pravni praznini na tem področju). ZRLI torej ponuja ljudem predhodni (in naknadni) referendum kot realizacijo njihove ustavne pravice iz 90. člena in jih s tem zavaja v zmoto (pa ne le ZRLI, ampak tudi obrazložitev večinske odločbe, ki v 11., 15. in 16. točki izhaja iz tega pojmovanja). Državni svetniki in tisoči volivcev, ki so za realizacijo svojih političnih in državljanskih pravic uporabili institut predhodnega referendumu, so ga uporabili kot edino možnost za realizacijo svoje ustavne pravice iz 90. člena Ustave in prav s tem namenom - če jim to sredstvo obljubljenega in pričakovanega učinka ne zagotavlja, pa je prav zato protiustavno. Če spet uporabim "nogometno" prisposodo: ne gre jim le za nesmiselno in brezplodno tekanje po igrišču - oni bi radi igrali pravo igro in streljali na gol. In realna dilema je bila naslednja: ali bo Ustavno sodišče prekinilo to tekanje po igrišču in ukazalo spremembo pravil (iz nenormalnih v normalna, iz protiustavnih v ustavna), po spremembi pravil pa pravo igro s streli na gol - ali pa bo reklo: tekanje po igrišču sicer ni prav učinkovito, ampak protiustavno pa ni, vi kar tekajte (in s tem boste svojo pravico iz 90. člena potrošili). In ta dilema je sedaj razrešena - v korist tekanja.

In drugič: tudi, če gornja argumentacija ne bi bila sprejemljiva, bi še vedno ostalo vsaj vprašanje, kako to, da ZRLI niti zato ni v neskladju z Ustavo, ker realizacije ustavne pravice iz 90. člena Ustave (čemer je bil ta zakon sploh namenjen - saj za zakone o uresničevanju pravic iz 44. člena Ustave ni predpisana dvetretjinska večina) sploh ne zagotavlja. Dejstvo, da udeleženci postopka tega niso zatrjevali, molka Ustavnega sodišča o tako pomembnem vprašanju po mojem prepričanju ne opravičuje.

VI.

(ad A.7 in 8)

Tudi če predhodnega in naknadnega referendum, kakor sta uzakonjena v ZRLI, ne spoznamo že za konceptualno ustavno nesprejemljiva, ampak ta ustavnopravni problem zanemarimo in, tako kot ta odločba, molče izhajamo iz njune konceptualne sprejemljivosti, pa bi bilo treba ugotoviti, da ZRLI tudi v tem okviru ni v skladu z Ustavo, ker sploh ne ureja vprašanj, katerih zakonska ureditev je za demokratično izvedbo referendumske prakse nujna. Poudarjam še enkrat - za demokratično izvedbo referendumske prakse. Referendumska praksa naj bi bila namreč ustvarjanje (ali ukinjanje) za vse veljavnih zakonov, kar nujno zahteva demokratično sprejeta in po vsebini demokratična pravila za tako izjemno pomembno početje. Če bodo ta pravila demokratično sprejeta, je (v normalnih okoliščinah) s tem že podana precejšnja stopnja verjetnosti, da bodo ta pravila tudi po vsebini demokratična. Zato ustava za sprejem parlamentarnega poslovnika, ki določa pravila zakonodajnega postopka, zahteva dvetretjinsko večino glasov, in za sprejem ZRLI, ki določa pravila referendumskega odločanja, prav tako dvetretjinsko večino. In le še za en zakon - za volilni zakon (tam celo dvetretjinsko večino vseh poslancev), torej za zakon, ki pa ureja za demokracijo še pomembnejši postopek kot sta zakonodajni in referendumski postopek, namreč volitve - to je postopek, po katerem si ljudstvo izbira predstavnike v parlament.

Da bi si ustavno sodišče dovolilo morebitne ugotovljene pravne praznine v kateremkoli od teh treh po formi in po vsebini "skoraj ustavnih" predpisov (ki jih dejansko vsa ustavna teorija brez pomislekov prišteva k tako imenovanim materialnim ustavnim predpisom) zapolniti kar samo z lastno odločitvijo, je nekaj, česar si v demokratični pravni državi ni mogoče niti zamisliti (razen morda, če bi šlo za kakšna povsem tehnična in s političnega oziroma demokratičnega gledišča povsem nevtralna pravila). Ustavna sodišča po vsem svetu so namreč organ, ki se ne more sklicevati na svoj neposredno demokratični izvor, zato lahko svojo moč in svojo legitimnost črpa samo iz ustavnih in zakonskih pooblastil, s katerimi so mu demokratično izvoljeni predstavniki ljudstva zaupali določene funkcije.

Naše ustavno sodišče je (po mojem mnenju) storilo že marsikaj spornega, toda tako hudega in ustavno nedopustnega posega v zakonodajno oblast in s tem tako hude kršitve ustavnega načela delitve oblasti pa še ni zagrešilo - in jo bo težko še kdaj.

Že to, da bi Ustavno sodišče nadomestilo ugotovljene pravne praznine⁹ v navadnem, ne "skoraj ustavnem" ("dvetretjinskem") zakonu, je namreč nekaj, na kar pri svojem doslej šestletnem dokaj intenzivnem spremljanju tuje ustavnosodne prakse še nisem naletel. Pravzaprav sem se izrazil preblago, premalo odločno. Prav odpravljanje ugotovljenih pravnih praznin je namreč v teoriji in na mednarodnih srečanjih pogosto obravnavana tema, kjer si teoretiki in praktiki "lomijo zobe" ob tem trdem orehu: kako naj ustavno sodišče prisili zakonodajalca, kadar ta ne uboga ukaza ustavnega sodišča, naj v določenem roku ugotovljeno pravno praznino sam odpravi, naj jo "zapolni" z ustreznimi normami, ki jih lahko sprejme samo on, zakonodajalec. Prva poteza ustavnega sodišča ob ugotovljeni pravni praznini je torej vedno (kjer se z njo sploh "spopadejo" - nekatera se namreč štejejo celo za sploh nepristojna za tak "spopad") le ugotovitev protiustavne pravne praznine z nalogo zakonodajalcu, naj jo v primernem roku odpravi. Zlasti v Italiji so za primer neupoštevanja takega prvega ukaza razvili teorijo "dvojnih odločitev" (doppia pronuncia), ko naj bi nespoštovanju prvega ukaza sledila druga, ostrejša odločitev; problem je le v tem, da je ta ostrejša odločitev praktično lahko le razveljavitev zakona - ta pa je ob problemu pravne praznine le redkokdaj sploh možna. Da bi take pravne praznine ustavno sodišče lahko kar samo zapolnilo z manjkajočimi normami, nikomur ne pride niti na misel. Ustavno načelo delitve oblasti za njih pač ni fraza, ampak eden od temeljnih kamnov zahodne demokracije.

Drugačna so stališča do pravnih praznin, ki jih ustavno sodišče šele samo ustvari z razveljavitvijo protiustavnega zakona. Le tam si nekatera ustavna sodišča, ki jim zakon dovoljuje (npr. nemškemu - in po nemškem vzgledu tudi našemu), da v primeru potrebe določijo način izvršitve svoje odločbe, upajo to določbo uporabiti tako, da z lastno razveljavitvijo nastalo pravno praznino zapolnijo z normami, ki jih začasno sama postavijo kot nekakšen zasilni normodajalec. In še v tistih dveh ali treh primerih (v 50 letih), ko si je npr. nemško ustavno sodišče to dovolilo ob razveljavitvi zakona, je to vedno vzbudilo v strokovni in politični javnosti veliko vznemirjenje in ostre kritike. Roman Herzog je že leta 1965 opozarjal, da je tudi v blažjih primerih preširoko razumevanje zakonskega pooblastila ustavnemu sodišču, da samo določi način izvršitve svoje odločbe, ustavno nesprejemljivo, kolikor ustavno sodišče pri tem ne spoštuje ustavno in zakonsko določenih pravil o pristojnosti državnih organov in o postopkih pred njimi.¹⁰ Pestalozza¹¹ pa je še mnogo ostrejši: "To pooblastilo ustavnemu sodišču je zgolj pooblastilo v navadnem zakonu, ne ustavno pooblastilo, zato ustavnopravnih meja pristojnosti ustavnega sodišča ne more prekoračevati. Navidez brezmejno pooblastilo ustavnemu sodišču je s tem vnaprej omejeno. ... Izvršilne odredbe ustavnega sodišča zato načeloma ne smejo seči dlje kot podobne odredbe drugih sodišč, še posebej nasproti drugim vejam oblasti. ... Izdajanje začasnih (nadomestnih) pravil ni nikakršna izvršba. Take norme ničesar ne izvršujejo, ampak le zapolnjujejo pravno praznino med odločbo (kadar je namreč praznino ustvarila sama odločba US - op. M. K.) in zakonom, ki ga bo še treba sprejeti. ... Za tak začasen poseg v načelo delitve oblasti, v njegovo jedro, ni mogoče najti nikakršnega, niti najrahljšega ustavnopravnega opravičila."

Toda, ponavljam: za zapolnjevanje pravnih praznin, ki jih ni povzročilo ustavno sodišče samo, ampak jih je le ugotovilo, pa se ta "tehnika" sploh ne uporablja - in če bi bile to pravne praznine v zakonu, ne le v podzakonskih aktih, še toliko manj.

Tudi naše ustavno sodišče je doslej nemškemu analogno pooblastilo v 40. členu ZUstS uporabljalo zelo previdno, po mojem mnenju celo preveč obotavljivo - in seveda nikoli tako, da bi ga uporabilo za zapolnjevanje ugotovljenih (ne s svojimi odločbami povzročenih) pravnih praznin, še pri podzakonskih aktih ne, kaj šele pri zakonih. Tu pa gre celo za materialni ustavni predpis (o temeljnih pravilih neposredne demokracije), ki je tudi formalno "skoraj ustaven" predpis - in človeku kratkomalo zmanjka besed, ki bi z njimi lahko (na še sprejemljiv način) izrazil svoje zaprepaščenje nad tem, kar se je zgodilo: da si je ustavno sodišče kar samo vzelo pravico po svoji presoji (s 5:4) rešiti najtežja in za demokratična referendumsko pravila najpomembnejša vprašanja, ki bi jih po izrecni ustavni določbi smel in moral rešiti samo zakonodajalec in to celo z dvetretjinsko večino:

- ali tudi pri "dvetretjinskem" (volilnem) zakonu za "zmago" na referendumu zadošča en glas več pri kakršnikoli, tudi minimalni udeležbi (ali pa četrti in peti odstavek 90. člena Ustave vendarle dopuščata vsaj določitev večje potrebne udeležbe za zavezujočo odločitev o tako temeljnih vprašanjih demokracije in političnega sistema - za večinsko odločbo to sploh ni nikakršno vprašanje in ga niti ne omenja),

- ali je ustavno dopustno tudi medsebojno konkurenčna referendumsko vprašanja predložiti ljudem ne "konkurenčno" (tako da z ene same glasovnice izberejo le eno od variant), česar pa ZRLI ne ureja, ker očitno takih primerov sploh ni predvidel, ampak jih kar po sklepu ustavnega sodišča predložiti ljudem "vzporedno", enega ob drugem, da bo ob že tako velikem nerazumevanju zapletene volilne problematike zmeda med volivci še večja,

- še zlasti nedopustno pa je, da je ustavno sodišče kar samo določilo, da v primeru pozitivnega izida za dva ali več medsebojno konkurirajočih referendumov zavezuje tisti, ki je dobil glas oziroma promil več od drugega - ponavljam: ob kakršnikoli udeležbi in to celo ob izbiri volilnega sistema, ki bi ga parlament po izrecni ustavni določbi smel sprejeti oziroma spremeniti samo z dvetretjinsko večino vseh poslancev.

Kot sem nakazal že v opombi 7, dejstvo, da se večinska odločba na pooblastilo iz člena 40/II ZUstS sploh ne sklicuje, ampak da je že njen izrek oblikovan (v drugi alineji 1. točke) tako, kot da gre pri vsem tem zgolj za interpretacijo, pravno utemeljenost takega ravnanja še zmanjšuje. V omenjeni opombi sem že pojasnil, kaj zame pomeni interpretacija, kaj sklepanje po analogiji in zakaj v tem primeru niti od daleč ne gre ne za eno ne za drugo, ampak za tipičen primer pravne praznine (in

njenega ustavno nedopustnega zapolnjevanja z odločbo ustavnega sodišča). Skopost obrazložitve večinske odločbe v tej točki (tč. 16) je v tem pogledu tudi zelo zgovorna. Če bi šlo res za interpretacijo, bi bilo v skladu z našo in tujo ustavnosodno prakso ob "interpretacijskih odločbah" v obrazložitvi seveda treba marsikaj natančno razložiti: zakaj iz dane norme izhaja tudi ta interpretacija, katera drugačna interpretacija je še možna in zakaj ta druga ustavno ni sprejemljiva, ampak le tista prva - le pod temi pogoji namreč ustavna sodišča izdajajo tako imenovane interpretacijske odločbe. V našem primeru pa namesto vsega tega beremo v 16. točki obrazložitve v bistvu le to, da je v opisanem primeru "potrebno interpretirati določbo prvega odstavka 90. člena Ustave in 23. člen ZRLI tako, da se kot merilo ... uporabi odstotni delež glasov ...". Zakaj in kako naj bi bilo to merilo vsaj smiselno vsebovano že v navedenih dveh členih in s kakšno interpretacijo smo ga iz njunega besedila in smisla potegnili (brez tega namreč o interpretaciji ni mogoče govoriti) - o vsem tem ne najdemo v obrazložitvi te "interpretacijske odločbe" niti besedice.

VII.

(dodatno ad A.2,3,4)

Ker se rok za izdelavo ločenih mnenj že izteka, naj na koncu navedem samo še nekaj mest iz obširne argumentacije, ki se mi je nabrala ob večmesečnem študiju referendumске problematike v tuji ustavnopravni literaturi (s čimer sem kolege večinoma že sproti seznanjal). Ta prikaz - v teh okoliščinah - seveda ne bo ne izčrpen ne sistematičen.

1. Kakšen je "pravi" zakonodajni referendum

Večkrat sem že mimogrede omenil "švicarsko-nemško-ameriški model" kot praktično edini model pravega "pozitivnega" referendum, ki ljudstvu omogoča sprejetje "ljudskega" (ali pa kakšnega drugega) zakonskega predloga. Seveda so med temi tremi državami v tem pogledu tudi velike razlike (v Nemčiji in ZDA npr. referendumov na zvezni ravni skoraj ali sploh ne poznajo, v Švici pa jih prakticirajo od komunalne preko kantonalne do zvezne ravni), toda v osnovi je ta "klasični" referendumski model vendarle enak.

Prva značilnost je logična povezanost dveh institutov neposredne demokracije, ki jih sicer pozna tudi naš ZRLI, vendar medsebojno povsem nepovezana (kot v Avstriji in Italiji): ljudske iniciative in referendum (Volksbegehren - Volksentscheid oziroma initiative - referendum).

Klasični model: za povsem izdelan zakonski predlog se najprej izvede Volksbegehren (zbiranje podpisov - v nemških zveznih deželah so za to potrebni podpisi kar 10-20% volivcev, ne le 3% - 40.000, kot pri nas za referendum, za iniciativo pa celo le 5.000 podpisov - in že za začetek zbiranja podpisov je na Bavarskem potrebna vloga s 25.000 podpisi, ne le z 200 podpisi kot pri nas). V Italiji, Avstriji in pri nas je na tako iniciativo parlament vezan le proceduralno (mora jo obravnavati in nič več) - v "klasičnem modelu" pa je bistveno drugače: iniciativa ("ljudski zakonski predlog") gre najprej obvezno v mnenje vladi, nato v parlament - parlament pa ga lahko samo v celoti (ne da bi karkoli spremenil) sprejme, drugače ga mora obvezno dati na referendum. Tu pa pride do pomembne razlike v nadaljnjem postopku: v polovici nemških zveznih dežel in skoraj povsod v Švici (za ZDA pa nisem preveril) ima parlament (ali ponekod vlada) možnost, da poleg odklonjenega "ljudskega" predloga da hkrati na referendum tudi svoj "protipredlog", točneje: konkurenčni predlog, ki včasih "ljudskemu" v bistvu ne nasprotuje, ampak v njem morda popravi le nekaj določb in tako sami ideji "ljudskega predloga" včasih celo pomaga h končnemu uspehu, včasih pa seveda tudi izkrivi njegov pravi smisel, ga popači ipd.

Konkurenca dveh referendumov v gornjem smislu večinoma zakonsko ni natančneje urejena, ker so referendumi v Nemčiji (zaradi ostrih pogojev) vendarle zelo redki in jim je doslej očitno povsem zadoščalo preprosto pravilo: oba predloga na eni glasovnici, glasuješ lahko le za enega - toda tudi to preprosto pravilo mora biti seveda zakonsko določeno, drugače tak referendum ni izvedljiv.

Švicarski model: Švica je v tej "tehniko glasovanja" pred deset leti naredila pomemben korak naprej (gotovo pri zveznih ustavodajnih referendumih - ali so to prenesli kasneje tudi na druge referendume, nam še ni uspelo ugotoviti). Pri dveh konkurenčnih referendumih se volivcem (na eni glasovnici)

zastavijo tri vprašanja: 1. ali ljudski predlog predpostavljate sedaj veljavni ureditvi (da - ne); 2. ali vladni protipredlog predpostavljate sedaj veljavni ureditvi (da - ne); 3. če bo večina za oba predloga, kateremu potem dajete prednost. Za analizo možnih prednosti in slabosti tega modela za demokratično ugotavljanje prave ljudske volje tu žal ni časa in prostora - bi bila pa taka analiza (po proučitvi tujih izkušenj) nujna, preden bi se pri nas odločili za taka ali drugačna pravila o tem pomembnem vprašanju.

Ureditev konkurence več kot dveh referendumov sem v Evropi zasledil doslej le v bavarskem zakonu. Pravilo je zelo preprosto, vendar se mi zdi z gledišča demokratičnosti oz. ugotavljanja prave ljudske volje nadvse problematično in tudi v praksi, mislim, sploh še ni bilo preizkušeno: vsa konkurenčna vprašanja so na eni glasovnici, na vsako odgovarjaš z da - ne, vendar lahko le enkrat odgovoriš "da" - kljub temu pa zakon predvideva možnost pozitivnega izida za več referendumskih predlogov (ker ni nujno, da vsakdo tudi res odgovori na vsa vprašanja), za ta primer pa zakon določa, da je zmagal pač tisti predlog, ki je dobil več pozitivnih glasov. Da namesto parlamentarne večine v takem primeru lahko sprejme za vse zavezujoč zakon celo manjšina od tistih, ki so na referendum sploh prišli, se mi zdi vse prej kot demokratično. Preden bi pri nas uzakonili tako (ali drugačno) pravilo o tem pomembnem vprašanju, bi bilo vsekakor treba vprašanje (in tuje izkušnje) temeljito proučiti.

Ameriške posebnosti: Te so pri nas najmanj poznane in najslabše proučene. Za sedaj bi si (v naglici) upal po pregledu nekaj knjig in člankov zapisati le to, da poznajo ustavodajni referendum skoraj vse ameriške zvezne države, razne vrste zakonodajnega referenduma pa kakšna polovica. Zlasti znana, bogata in tudi v Evropi vse bolj proučevana je na tem področju kalifornijska praksa. V Ameriki so referendumi praviloma le vsakih nekaj let (skupaj z volitvami) - zato pa jih je takrat lahko kar po 20-30 naenkrat, rekord je 52. Kako resno lahko volivec, recimo, v pol ure odgovori na toliko različnih vprašanj in s kakšno zanesljivostjo taka glasovanja odražajo pravo ljudsko voljo, je seveda posebno vprašanje. Iz bežnega pregleda literature imam vtis (morda zmoten), da praktične Američane pri tem bolj zanimajo vprašanja, kako z denarjem, propagando, vnašanjem zmede med volivce ipd. preprečiti uspeh nasprotnemu predlogu ali pripomoči k morebitnemu uspehu lastnega predloga, kot pa iskanje demokratičnih zakonskih pravil za urejanje teh vprašanj.

Pravilo za konkurenco več referendumov: Razumne in demokratično sprejemljive rešitve tega problema doslej, kolikor je videti, še nikjer niso uzakonili. V Evropi se tak primer, kot je videti, sploh še ni zgodil, v Ameriki pa imajo očitno močni dovolj denarja, da z manipuliranjem preprečijo za njih neugodne referendumske odločitve in dlje od te pat-pozicije očitno tam še niso prišli. Pa razumne in demokratične rešitve morda ne le bi bilo tako težko najti. V mojih razgovorih s kolegi sodniki in strokovnimi sodelavci je bila že navržena recimo ideja o uporabi "irske" volilne tehnike single transferable vote, ki pa je žal zelo zapletena (za volilne komisije še precej bolj kot za volilce, pa že za njih je pri referendumih najbrž prezahtevna). Druga taka ideja: vsa vprašanja na eni glasovnici, dovoljen je le en "za", za zmago je potrebna večina glasujočih (ne le glas ali odstotek več kot za drug predlog) - pri volilnem ("dvetretjinskem") zakonu pa tudi udeležba vsaj večine, če ne dveh tretjin vseh volivcev, da bi izid zavezoval (ob ustavni določbi v členu 90/IV, da na vseh referendumih odloča večina glasujočih). Toda tako pomembno pravilo lahko po ustavi sprejme samo zakonodajalec z dvetretjinsko večino, ne ustavno sodišče (celo s 5:4).

2. Italijanske izkušnje

Implicitne ustavne omejitve referendumov: Italijansko ustavno sodišče o ustavni dopustnosti referendumov odloča šele potem, ko je 500.000 podpisov že zbranih, in ne dovoli ne le izvedbe izrecno ustavno prepovedanih referendumov (o proračunu, davkih itd.), ampak ne dovoli tudi izvedbe takih referendumov, ki bi po presoji US nasprotovali kakšnim ustavnim načelom ali normam ("implicitne ustavne prepovedi"). Med take šteje prepoved referendumov o zakonih, ki se sprejemajo po kakšnem posebno kvalificiranem postopku (npr. zakon o odnosih s cerkvijo, ki zahteva poprejšen sporazum s cerkvijo) - pri nas bi to lahko bili "dvetretjinski" ("skoraj ustavni") zakoni, kakršnih v Italiji ne poznajo.

"Moratorij" na referendume je v Italiji trajal 23 let: Ob pomislekih pri nas, češ, ali bi bilo dopustno zaradi zatrjevanje neustavnosti celotnega koncepta "predhodnega referenduma" za leto dni zadržati izvrševanje referendumov, dokler zakon ne bi bil usklajen z ustavnimi načeli neposredne demokracije,

navajam dejstvo, da je italijanska ustava že leta 1947 dala 500.000 volivcem pravico zahtevati referendum - zakonsko pa je bilo to omogočeno šele leta 1970.

Pogosti referendumi lahko ogrozijo stabilnost političnega sistema: V krizi parlamentarnega političnega sistema v zadnjih letih, ko "politične stranke niso bile sposobne najti poti iz krize", je italijansko US to svoje prvotno stališče sicer nekoliko omililo (in je dopuščalo več referendumov), vendar italijanski referat na strasbourgškem seminarju (glej op. 6) junija 1995 že poroča o ponovno restriktivnejšem pristopu ustavnega sodišča. Tudi predsednik republike Scalfaro je pred dnevi kot nevarnost za stabilnost italijanskega političnega sistema poleg pretiravanja z decreti-legge navedel tudi pretiravanje z referendumimi.

US lahko intervenira tudi zoper referendumski izid: Čeprav je izvedbo referenduma dovolilo, lahko ustavno sodišče po njegovi izvedbi razveljavi ureditev, ki nastane z referendumsko razveljavitvijo nekega zakona (ali posameznih členov), če presodi, da je s tem nastalo neustavno stanje.

Petletna prepoved ponovitve zavrženega ref. predloga: Po zavrnitvi predloga na referendumu je nov predlog z isto vsebino možen šele čez pet let.

3. Kakšen referendum torej uzakoniti pri nas?

Vsekakor pravi, "klasični" zakonodajni referendum - le njegove prve faze pri nas ne bo mogoče imenovati "ljudska iniciativa", ker ta naziv Ustava in ZRLI pač uporabljata že za nekaj drugega, namreč za manj pomembni in mnogo manj učinkoviti tovrstni institut v italijansko-avstrijskem, ne v "klasičnem" smislu (zato že Ustava zanj zahteva le 5.000 podpisov - za referendum pa 40.000)

Spreminjanja ZRLI v tem smislu - in s tem njegovega usklajevanja z ustavnimi postulati neposredne demokracije oziroma neposrednega izvrševanja zakonodajne oblasti (3. člen Ustave) - se Državni zbor seveda lahko loti tudi sam, ne da bi mu to ukazalo Ustavno sodišče. Že iz te odločbe Ustavnega sodišča in ločenih mnenj k njej pa izhaja, da bi se taka odločitev Državnega zbora lahko po vsebini oprla ne le na stališča manjšine štirih sodnikov v tej zadevi, ampak tudi na stališče v pritrdilnem ločenem mnenju sodnika Testena, skupno torej na stališča večine sodnikov Ustavnega sodišča.

Prva, načelna odločitev bi pri tem seveda morala biti odločitev za tip zakonodajnega referenduma, kjer v osnovi, kot že rečeno, pravzaprav niti ni nobene izbire (če zanemarimo italijanski razveljavitveni referendum) - nujna bi bila torej uvedba pravega, "klasičnega" zakonodajnega referenduma. Druga pomembna odločitev na tej poti pa bi morala biti načelna odločitev, izhajajoča iz dejstva, da naša ustava dopušča in že sama zagotavlja nenavadno širok in lahak dostop do referenduma (kar štirje možni subjekti, le 40.000 podpisov itd.): ali naj zakon uvede neke dodatne ovire, ki bi pogostost referendumov praktično spravile nazaj v običajne evropske okvire (z izjemo Švice in delno Italije)¹² - če pa to ni možno, ali naj potem pogostost referendumov (kar je lahko tudi neznosno finančno breme) zreducira na italijanski način (vsi referendumi le enkrat na leto), na ameriški način (le ob vsakokratnih volitvah) ali morda še kako drugače.

In tretje pomembno vprašanje: kako na razumen in hkrati demokratičen način, ki bo zagotavljal ugotovitev resnične volje večine ljudstva, urediti pravila za izvedbo medsebojno konkurirajočih referendumov. Referendumskega načina odločanja bi gotovo najbolj ustrezalo, če bi bilo možno najti način, kako bi se referendumska izbira lahko zreducirala le na konkurenco dveh predlogov (kjer bi potem morda prišel v poštev "švicarski model" na dva predloga vezanih treh vprašanj) - če to ne bo možno, pa bo treba poiskati razumno in demokratično pravilo za konkurenco med več referenduskimi predlogi (glej zgoraj pod VII.1 in fine).

Opombe:

1Ustavnost tega člena je celo posebej izpodbijana v posebni pobudi Vaneta Gošnika že z dne 3.4.1996, pa se bo o tej pobudi (zadeva U- I-93/96) posebej odločalo šele kasneje.

2Nekateri menijo, da vsaj drugi odstavek 25. člena ZRLI pomeni vsaj poskus pozitivnega vezanja zakonodajalca na doseženi referendumski izid, pa čeprav bi bila to *lex imperfecta* (določba brez sankcije): "Državni zbor mora pri sprejemanju zakona upoštevati odločitev, sprejeto na predhodnem referendumu." Mislim, da je tudi ta interpretacija napačna. V citatu poudarjene besede dovolj jasno povedo, da je tu DZ "pozitivno vezan" res le točno v tem okviru, kot ga ta določba postavlja, torej "pri sprejemanju zakona": če bo zakon sprejel, mora v njem upoštevati referendumsko odločitev - ta določba pa ga očitno in brez vsakega dvoma ne zavezuje k temu, da bi pa tak zakon sploh moral sprejeti. Če ga bo, mora biti vanj "vgrajena" tudi referendumsko odločitev - če pa ga sploh ne bo sprejel ali če ga bo sicer sprejel, vendar kasneje kot v enem letu, pa vezanosti ni (vezanost po drugem odstavku 25. člena tega sploh ne zajema, ne le, da bi bila to *lex imperfecta*).

3Gradivo seminarja Evropske komisije za demokracijo skozi pravo "Constitutional justice and democracy by referendum", Strasbourg, junij 1995 - poročilo Ulricha Hafelina "The referendum and its control in Switzerland", str. 64-65.

4Gunther Jurgens: *Direkte Demokratie in den Bundesländern*, Boorberg, Stuttgart 1993, str. 94.

5Razen seveda v obliki, ko parlament sam svoj zakon pred uveljavitvijo da še na referendum.

6Ustavodajalec je v predlogu 90. člena predvideval celo izključno predhodni referendum, na pisno opozorilo pisca tega ločenega mnenja, da v svetu tega ne poznajo in da je institut zelo sporen, pa je v zadnjem trenutku, ko ni bilo več časa za temeljitejšo preformulacijo te ustavne določbe, zgolj črtal iz predvidenega besedila 90. člena besedo "predhodni" in s tem izbiro našemu ustavnemu sistemu ustrezne vrste referenduma prepustil zakonodajalcu.

7Iz gradiva ob sprejemanju Ustave in ZRLI je povsem očitno, da ne ustavodajalec ne zakonodajalec v svetu prevladujoče in (razen razveljavitvenega referenduma) sploh edine vrste pravega zakonodajnega referenduma v bistvu sploh ni poznal - in je prav zato (ne pa morda zato, ker bi imel proti njej kakršnekoli pomisleke) ne pri pripravi ustavnega besedila ne pri sprejemanju ZRLI sploh ni upošteval. Ker ta moja trditev o nepoznavanju prevladujoče referendumske prakse v svetu nepoznavalcu zveni skoraj neverjetno, naj dodam, da se mi je še v zadnjih mesecih potrdila v razgovorih z mnogimi pravniki znotraj Ustavnega sodišča in zunaj njega.

8Glej v op. 2 citirano gradivo - Sergio Bartole: *Referendums and the Constitutional Court in Italy*, str. 57

9Moja argumentacija torej izhaja iz tega, da je večinska odločba dejansko nadomestila v ZRLI manjkajočo določbo s pravilom "največjega odstotnega deleža glasov za". Dejstvo, da se odločba pri tem niti ne sklicuje na pooblastilo iz člena 4o/II ZUstS, ampak je napisana, kot da gre pri tem zgolj za interpretacijo pravil, ki da jih ZRLI in Ustava že vsebujeta, pravne utemeljenosti in dopustnosti takega ravnanja ne povečuje, ampak kvečjemu še dodatno spušča še na nižjo raven. Z interpretacijo namreč ni mogoče "iztisniti" iz norme nekaj, česar v njej tudi ob najbolj ohlapnem razumevanju ni najti niti v sledovih. V teoriji interpretacije je npr. znan problem meje med interpretacijo in sklepanjem po analogiji: pri ekstenzivni interpretaciji ugotavljamo, kaj bi pri najbolj širokem razumevanju norma še lahko pomenila - analogija pa pride v poštev takrat, kadar nekega primera tudi ob najbolj širokem razumevanju ne moremo več "stlačiti" v okvir pojmov, uporabljenih v interpretirani normi, in ugotovimo: norma sama takih primerov sicer več ne zajema, pač pa lahko isto normo uporabimo tudi za ta primer po analogiji - če namreč zanj druge, prave, zanj mišljene norme sploh ni, primer pa ni npr. s kazenskega področja, kjer je uporaba analogije prepovedana. V primeru, ki ga obravnava pričujoča večinska odločba, pa povsem očitno ne gre niti za interpretacijo in tudi za analogijo ne: gre za povsem tipičen primer pravne praznine, ko sporni primer (kateri od dveh sprejetih referendmov zakonodajalca obvezuje) ni rešljiv niti z interpretacijo niti z analogijo (ali njej nasprotnim argumentom a contrario). Trditev, da je pravilo "med dvema pozitivnima izidoma zavezuje tisti, ki je dobil večji odstotni delež pozitivnih glasov" zgolj interpretacija pravila "odločitev je sprejeta, če zanjo glasuje večina volilcev, ki so glasovali", ne potrebuje dodatnega komentarja.

10Cit. po Maunz et al.: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - Kommentar*, Beck, Munchen 1992 (par. 35, Rn. 2).

11Christian Pestalozza: *Verfassungsprozessrecht*, Beck, Munchen 1991, str. 267.

12Recimo: 5.000 podpisov že za pobudo - namesto 200 kot sedaj (bavarski zakon jih zahteva 25.000).