



REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE

Številka: U-II-1/11-49

Datum: 14. 3. 2011

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA JANA ZOBCA K ODLOČBI ŠT. U-II-1/11

1. Ločeno mnenje sem se odločil napisati kljub dejstvu, da se ne strinjam le s samo odločitvijo, ampak tudi z večino nosilnih razlogov in glede bistvenega tudi z izhodiščno premiso, ki je sicer na prvi pogled enostavna, vendar skriva v sebi nekatera zapletena vprašanja. Gre za normativno konkretizacijo pravnega standarda "protiustavne posledice", ki je ključnega pomena za smer dela, razmišljanja, raziskovanja in na koncu presoje, ali zahtevi Državnega zbora za "prepoved" referendumu ugoditi ali ne. S pritrdilnim ločenim mnenjem želim pojasniti nekatere svoje poglede in stališča, ki sem jih zastopal v diskurzu s kolegi sodniki na seji in zaradi katerih sem glasoval za zavrnitev zahteve Državnega zbora.

2. Pri razmisleku me je vodilo predvsem troje – zavest o razmeroma skromni (hkrati tudi nihajoči ter iščoči in razvijajoči se) dosedanji ustavnosodni presoji pravice do referendumu in obenem o izjemnem pomenu tega ustavnopravnega instituta (ki je tudi ustavna pravica)¹ v sistemu zavor (kontrol) in ravnovesij predstavniške demokracije² ter zavedanje, da je za učinkovito delovanje ustavne demokracije, znotraj nje pa za položaj in pomen Ustavnega sodišča kot varuha ustavnosti, neizogibna tudi ustanova prepovedi referendumu.

3. Pritrjujem kolegicam sodnicam in kolegom sodnikom, da imata odločbi št. U-II-2/09 z dne 9. 11. 2009 (Uradni list RS, št. 91/09) in št. U-II-1/10 z dne 10. 6. 2010 (Uradni list RS, št. 50/10) dragoceno precedenčno vrednost ter da so iz njiju izhajajoča stališča v tej zadevi pravilno uporabljena kot vodilo presoje, ki nakazuje pravo smer iskanja vsebine pravnega standarda "protiustavne posledice". Še najmanj zato, ker sta zadnji v dosedanjem nizu "referendumskih U-II" zadev. Njun pomen je predvsem v tem, da jima je skupno varovanje ustavnosti – tistega, kar stoji v jedru ustavne demokracije. V obeh zadevah je šlo za poskus doseči referendum o zakonih, ki sta pravzaprav samo (bolj ali manj tehnično) izvrševala odločbi Ustavnega sodišča. Pri obeh je bil zato zakonodajalec (ne glede na svojo obliko – ljudsko ali predstavniško) pred brezpogojno, absolutno obveznostjo uresničiti odločbo Ustavnega sodišča. Pri obeh bi zato referendum v svojem bistvu pomenil nič drugega kot ljudsko glasovanje o odločbi Ustavnega sodišča – nekakšno pravno sredstvo zoper odločbo najvišjega varuha človekovih pravic in ustavnosti (s katero se, kot je bilo to v omenjenih dveh zadevah, denimo, ne strinja najmanj tretjina poslancev Državnega zbora). Da je kaj takega nedopustno, upam si reči z vidika postulatov ustavne demokracije nevzdržno, ni treba posebej (in znova) utemeljevati. Možnost nastanka protiustavnih posledic ("možnost" zato, ker se ob

¹ V odločbi št. U-I-47/94 z dne 19. 1. 1995 (OdlUS IV, 4) je opredeljena celo kot človekova pravica.

² Izčrpano M. Avbelj, Ustavni monizem in krčenje referendumskega odločanja, Revus, št. 4, 2005.

odločanju o zahtevi za prepoved referendumu še ne ve, kakšna sploh bo referendumska usoda v Državnem zboru sprejetega zakona) je bila tu očitna.

4. In kako odločiti, kadar možnost nastanka protiustavnih posledic ni tako očitna ter hkrati tudi ne v samo bistvo ustavnštva posegajoča. Mislim, da je treba tedaj odprto stkan standard "protiustavnih posledic" razlagati ozko – ustavni vrednoti referendumu naklonjeno. Pomenska poroznost tega pojma to omogoča, ustavnoskladna, namenska in sistematična razlaga pa to celo zahtevajo. Poglejmo zakaj.

5. Najprej že zato, ker se pravica do referendumu ne izčrpa samo kot samozadostna ustavna pravica. Ima tudi izjemno vlogo v sistemu zavor in ravnovesij. Je nepogrešljivo orodje, ki deluje kot ščit šibkejših v političnem procesu (in njihovih volivcev) pred nedemokratsko ter parlamentarni dialog in politični diskurz neupoštevajočo parlamentarno večino. Varuje šibkejšo pred "tiranijo" ekonomsko in politično močnejših, sili k strpnemu in demokratičnemu dialogu, k iskanju skupnih rešitev ter omogoča razvoj ustavnega pluralizma, "v katerem se ustavni akterji medsebojno omejujejo, tako da se sprejme čim manj enostranskih odločitev in čim več takih, ki gredo v dobro čim večjega števila in ki čim bolj zasledujejo vrhovno vrednoto človekovega dostojanstva".³ Širjenje možnosti prepovedi referendumu, "veto točke šibkejših v političnem procesu,"⁴ bi ta institut nevarno (nevarno predvsem z vidika delovanja predstavniške demokracije) oslabilo, po drugi strani pa okrepilo aroganco vsakokratne oblasti in nje nepripravljenost za (tudi širši socialni) dialog.

6. In kaj ustavno vrednega in pomembnega bi za to ceno pridobili? Bore malo – če sploh kaj. Referendumska zavrnitev zakona namreč nikoli ni ovira, da protiustavno stanje (ki naj bi ga na referendumu zavrnjen zakon odpravil) ne bi bilo predmet izpodbijanja pred Ustavnim sodiščem – ob številnih drugih privilegiranih predlagateljih iz prvega odstavka 23.a člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZUstS) lahko tudi tretjina poslancev kadarkoli vloži zahtevo za začetek postopka za oceno ustavnosti zakona. In če bi zaradi izvrševanja izpodbijanega zakona grozile težko popravljive škodljive posledice, sme Ustavno sodišče do končne odločitve v celoti ali delno zadržati njegovo izvrševanje (prim. 39. člen ZUstS). Obstaja torej učinkovit (in, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, s položajem ter vlogo Ustavnega sodišča skladnejši) mehanizem za odpravo morebitnih protiustavnih posledic zavrnitve zakona na referendumu. V takih protiustavnostih zato načelno ne vidim nič dramatičnega in ustavnštvu nevarnega ali zanj celo usodnega. Zagotovo ne nekaj, kar bi že samo po sebi suspendiralo pravico do referendumu.

7. Da je treba pojem "protiustavnih posledic" razlagati ozko, v pomenu očitne, hude protiustavnosti ali, kot pravi tudi obrazložitev v 17. točki, ustavno nevzdržnega stanja, nakazuje tudi rok, v katerem mora Ustavno sodišče odločiti. V tridesetih dneh je namreč mogoče odločiti samo o očitnih protiustavnostih, torej takih, ki ne zahtevajo dolgotrajne in poglobljene izmenjave mnenj ter poprejšnjih izčrpnih doktrinarnih in primerjalnopravnih študij in analiz. In še nekaj. Pooblastilo Ustavnemu sodišču, naj prepove referendum zaradi možnosti nastanka protiustavnih posledic, je izjema od pravila naknadne kontrole – že samo to narekuje zožujočo ter položaju in vlogi Ustavnega sodišča prilegajočo se razlago. Ustavno sodišče se (v prisposobi Minervine

³ Gl. M. Avbelj, prav tam, str. 87.

⁴ Prav tam.

sove)⁵ pojavi šele po tem, ko so vsi sodni postopki že končani – in ko ima pred seboj vse (v predhodnih sodnih postopkih uveljavljene ter nato v razgibanem in polemičnem diskurzu razčlenjene) ustavnopravne argumente, ko se torej pokaže, izkaže, preveri in v različnih življenjskih položajih preizkusi, kako določen predpis sploh deluje v praksi in kako ga sodišča razlagajo. Za Ustavno sodišče ni pomembno samo pravo v knjigah (*law in books*), ampak enako (če ne bolj) pravo v svojem delovanju, pravo v konkretnih sodnih postopkih (*law in action*).

8. V pooblastilu Ustavnemu sodišču "prepovedati" referendum zaradi možnosti nastanka protiuustavnih posledic zato vidim predvsem varovalko zoper zlorabe referenduma. Poleg primerov, ko v Državnem zboru sprejeti zakon ne pomeni nič drugega kot zgolj ustavnoskladno odpravo z odločbo Ustavnega sodišča ugotovljene protiuustavnosti, pri čemer je to mogoče storiti samo na en način, bi lahko sem uvrstili še (izjemne) primere očitnih in hudih, tako rekoč brutalnih protiuustavnosti, ki bi bile posledica kršitve izvirnih ustavnopravnih pravil. Kot tak (šolski) primer sem na seji omenil uzakonitev smrtne kazni (denimo celo potrjene na referendumu – samoumevno je, da takega referenduma Ustavno sodišče ne bi moglo prepovedati), ki bi jo nato (recimo nova vladajoča koalicija) z novim zakonom odpravila. Referendum o takem (smrtno kazen ukinjajočem) zakonu bi imel lahko očitne in hude protiuustavne posledice (če bi bil tak zakon zavrjen, bi se nadaljevalo ustavno nevzdržno stanje). Pojem protiuustavnih posledic bi bilo zato treba razumeti kot posledico kršitve ne derivativnih, pač pa izvirnih ustavnopravnih pravil (pravilo o obveznosti odločb Ustavnega sodišča, pravilo o prepovedi smrtne kazni, pravilo o prepovedi mučenja). Ali z drugimi besedami, kot rezultat operacije logičnega silogizma (deduktivne metode odločanja na podlagi pravil) in ne tehtanja med seboj tekmujočih ustavnopravnih vrednot (kar je metoda reševanja kolizije načel).

9. Na seji je bilo večkrat omenjeno, da je razlaga, po kateri Ustavno sodišče zunaj teh primerov ne bi smelo intervenirati, v neskladju s stališčem, ki izhaja iz odločbe št. U-I-47/94, da je ta odločba precedenčna ovira oženju pojma "protiuustavnih posledic". Menim, da to drži samo na prvi pogled. Precedenčna moč slehernega judikata je namreč omejena z dejstvi, na podlagi katerih je bil izdan in ki opredeljujejo normativno konkretizacijo zgornje premise. In katera dejstva opredeljujejo in omejujejo domet odločbe št. U-I-47/94? Ta "dejstva" so tu zakonske določbe, ki so bile predmet ustavnosodnega preizkusa. Ustavno sodišče je ugotovilo protiuustavnost 10. člena Zakona o referendumu in o ljudski iniciativi (Uradni list RS, št. 26/07 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZRLI), ker absolutna izključitev referenduma za zakone, ki jih je zajemal ta člen, ni prestala nujnostnega (pod)testa (opravljenega v okviru stroge presoje, ki jo narekuje splošno načelo sorazmernosti – tretji odstavek 15. člena Ustave). Navedlo je: "Isti cilj je [...] možno doseči z uporabo blažjega posega v ustavno pravico iz 44. in 90. člena Ustave [...], namreč z uporabo mehanizma, predvidenega v 16. členu ZRLI. Po njem lahko Državni zbor, kadar meni, da je vsebina zahteve za razpis referenduma v nasprotju z Ustavo, zahteva, naj o tem odloči Ustavno sodišče." In takoj zatem: "Z uporabo tega mehanizma se je možno izogniti abstraktnemu zakonskemu predpisovanju, da narava v 10. členu navedenih treh vrst zakonov v vsakem primeru opravičuje poseg v ustavno pravico do referendumskega odločanja, in doseči, da bo v vsakem konkretnem primeru moralo Ustavno sodišče presoditi, ali bi bile z odložitvijo uveljavitve tistega zakona zaradi referenduma ali z njegovo neuveljavitvijo

⁵ B. M. Zupančič je Heglovo idejo o nepredpisovalni naravi filozofije, ki lahko razume šele, ko je vsega konec, prenesel na ESČP – tudi to pride na prizorišče po tem, ko so vsi postopki že končani ter jih opazuje od daleč, časovno odmaknjeno in zato s širše perspektive (Owl of Minerva, Eleven, Utrecht 2008).

res prizadete tako pomembne ustavne pravice, da bi bilo zaradi tega – ob tehtanju prizadetih ustavnih dobrin – dopustno poseči v ustavno pravico do referendumskega odločanja."

10. Precedenčno sporočilo te odločbe je treba razumeti samo v luči dejstev, ki jih je Ustavno sodišče tu presoјalo. In ta dejstveni sklop (spodnja premisa) je bila absolutna izključitev referendumu za zakone, ki jih je našteval razveljavljeni 10. člen ZRLI. Iz njega je bilo nato izvedeno ustavnopravno spoznanje (ali normativno sporočilo precedensa – *ruling*), da tak ukrep sploh ni nujen za doseg zakonodajalčevega cilja (morebitne potrebe po varstvu javnega interesa oziroma varstva "pravic drugih"). Bistvena je torej ugotovitev, da je presoјani ukrep (absolutna izključitev referendumu za določene vrste zakonov), ki ga je Ustavno sodišče ocenilo kot poseg v pravico do referendumu, mogoče nadomestiti z blažjim sredstvom – z zahtevo Državnega zbora, naj Ustavno sodišče prepreči referendum, če obstaja možnost nastanka protiuštavnih posledic. Samo do te točke ima sporočilo odločbe št. U-I-47/94 precedenčno moč. Odgovor na vprašanje, kako je treba razlagati, se pravi normativno napolniti vsebino pravnega standarda "protiuštavne posledice", pa za odločitev v zadevi št. U-I-47/94 ni bil bistven. Dovolj je, da je s tem pojmom mogoče doseči zakonodajalčev cilj. O tem, ali je ta cilj ustavnoskladen, in če je, ali je v celoti (ali je lahko razlog za prepoved referendumu že možnost kakršnihkoli protiuštavnih posledic), oziroma do kod seže ustavna skladnost zakonodajalčevega cilja (ali ne morda samo do prepovedi tistih referendumov, ki v resnici pomenijo zlorabo te ustavne dobrine), pa je bilo Ustavno sodišče zadržano. Test legitimnosti je pravzaprav kar preskočilo. Reklo je samo, da "podrobnejše razčlenjevanje v to smer ni bilo potrebno", ker da "[t]udi če bi bilo za vse zakone, zajete z določbo 10. člena, možno ugotoviti, da je njihov cilj oziroma namen varstvo 'pravic drugih' prek varstva javnega interesa (kar ni gotovo), pa je očitno, da za doseg takega cilja absolutna izključitev možnosti referendumu ni nujna". Zato tudi če Ustavno sodišče ne bi navedlo "motečih" besed "ob tehtanju prizadetih ustavnih dobrin", bi bila odločitev v zadevi št. U-I-47/94 enaka. Odločilno je bilo samo to, da ima Državni zbor na razpolago mehanizem, ki mu omogoča, da takrat, ko meni, da je vsebina zahteve za razpis referendumu v nasprotju z Ustavo, zahteva, naj o tem odloči Ustavno sodišče, ter da je to pooblastilo dovolj široko, da omogoča tudi doseganje cilja, ki ga je zakonodajalec zasledoval z absolutno izključitvijo referendumu za tri vrste zakonov. Ali je ta cilj ustavno skluden – in če je, ali v celoti, ali samo delno (ter do kod), o tem se Ustavno sodišče v tej odločbi ni opredelilo.⁶ Zato lahko "svobodno" (precedenčno nevezan) ugotovim, da je (iz prej omenjenih razlogov) ustavnoskluden cilj omejevanja pravice do referendumu samo preprečevanje zlorabe ter očitnih in hudih protiuštavnosti (oziroma, kot pravi obrazložitev odločbe, h kateri pišem to mnenje, ustavne nevzdržnosti). Tako tudi v omembi "tehtanja prizadetih ustavnih dobrin" (predzadnji odstavek 2. točke obrazložitve odločbe št. U-I-74/94) ne vidim precedenčne ovire (pač pa samo nezavezujoč *obiter dictum*). Ustavno sodišče s tem še ni zavezujoče reklo, da bo pri odločanju o zahtevah Državnega zbora za "prepoved" referendumu pojem protiuštavnih posledic vselej zapolnjevalo na podlagi "tehtanja prizadetih ustavnih dobrin" – še manj, da je zaradi tega odločilo, kot je odločilo.

⁶ Zavezujejo samo *ratio decidendi*, torej v judikatu izrecno ali implicitno sprejeta pravila, ki pomenijo glede na smer argumentacije enega od nujnih korakov, ki so pripeljali do končne odločitve (Cross), oziroma se nanašajo na točko, ki je nujna za sam obstoj odločitve, na kateri temelji utemeljitev razrešitve spora (MacCormick)(G. Marshall, What is Binding in a Precedent v D. N. MacCormick, R. S. Summers (ur.), Interpreting Precedents, Ashgate, Aldershot 1997, str. 510-515).

11. Če torej strnem. Ko pritrjujem večini, da imata odločbi št. U-II-2/09 in št. U-II-1/10 dragoceno precedenčno vrednost, tvegam še korak naprej ter v tem trenutku in za ta primer ugotavljam, da pojem "protiustavne posledice" vse bolj kristalizira v prepoved zlorabe referendumu ter v tako očitne in tako hude protiustavnosti, da "bi bilo nadaljevanje obstoječega protiustavnega stanja nevzdržno". Brez posebnega razčlenjevanja je jasno, da je v tem konkretnem primeru, ko je možnost nastanka protiustavnih posledic povsem neotipljiva in hipotetična, utemeljevana le z nedelovanjem pokojninskega sistema ter s tem povezanim ogrožanjem pravice do socialne varnosti, ki ne sodi v krog temeljnih človekovih pravic (temveč gre "samo" za socialno pravico, torej pravico tretje generacije), in za katero je značilno široko polje zakonodajalčeve proste presoje⁷ (ter s tem povezana mila presoja Ustavnega sodišča)⁸, pri čemer je ogrožanje projicirano še v neko bolj ali manj oddaljeno prihodnost, in ko nasprotniki referendumu Ustavno sodišče tako rekoč zasujejo z ekonomskimi ekspertizami, projekcijami in prognozami, zahteva Državnega zbora za prepoved referendumu očitno neutemeljena. Čeprav se je Ustavno sodišče po mojem mnenju brez potrebe ukvarjalo z opredeljevanjem ustavne pravice do socialne varnosti in s poskusi najti njeno ustavno zagotovljeno jedro (zahteva za prepoved referendumu je vendar že na prvi pogled neutemeljena), me veseli, da se ni ujelo v ponujeno vabo empirične epistemološke diskrecije (kaj drugega je pričakovanje nasprotnikov referendumu, naj Ustavno sodišče odloči o ustavnosti aktualne pokojninske zakonodaje na podlagi napovedovanja prihodnosti – pri tem ni nepomembno, da se je v navedbah Državnega zbora ta prihodnost od sprva postavljenega leta 2021 med tekom postopka vse bolj krčila proti sedanosti). Kajti ni naloga Ustavnega sodišča ugotavljati, ali bo in če bo, kdaj v prihodnosti iz takšnih ali drugačnih dejanskih razlogov (kot so demografske, ekonomske in socialne spremembe) obstoječa ureditev pokojninskega sistema javnofinančno nevzdržna – kot ni naloga Ustavnega sodišča špekulirati, ali bodo v Lendavi morda odkrili velike zaloge nafte ter s tem naenkrat rešili vse probleme okoli obsega ustavno varovanega jedra pravice do pokojnine in javnofinančne vzdržnosti pokojninskega sistema – ki jih v nasprotno smer lahko v hipu "razreši" tudi uničujoč potres, ki bi pol države zravnal z zemljo. Ustavno sodišče ne odloča o tem, ali je o določenih temah "pametno" odločati na referendumu, pač pa o tem, ali je tako odločanje v skladu z Ustavo.

Jan Zobec
Sodnik

⁷ Iskanje njenega ustavno varovanega jedra je zato podobno iskanju kapljice v kozarcu vode. Odvisno je namreč od različnih povsem dejanskih dejavnikov. To, kar lahko tu stori Ustavno sodišče, je samo abstraktna opredelitev bistvenih meril – konkreten obseg te pravice, še bolj pa, kolikšen bo nekoč v prihodnosti, ne ve zanesljivo nihče, tudi ne Ustavno sodišče (ki se ukvarja samo z ustavnopravnimi in ne s preroškimi vprašanji).

⁸ Prim. M. Avbelj, Še ena prepoved referendumu?, Pravna praksa, št. 1, 2011, str. 13.