



## REPUBLIKA SLOVENIJA USTAVNO SODIŠČE

### Odklonilno ločeno mnenje sodnika Krivica

1. Sprejeti sklep temelji na interpretaciji, da izraz "vsak kandidat" v 109. členu volilnega zakona in v 69. členu ZUstS ne pomeni res dobesedno vsakega kandidata, ampak da ga je treba razumeti kot "vsak kandidat, ki bi z razveljavitvijo izpodbijanega mandata lahko sam pridobil mandat". Da tako restriktivne interpretacije samega po sebi pomensko povsem jasnega izraza, enako uporabljenega kar v dveh zakonih, ki niti nista bila sprejeta istočasno, ni mogoče opreti na voljo zakonodajalca, je očitno - in tega tudi sprejeti sklep ne zatrjuje. Domnevati je torej celo mogoče, da je bila volja zakonodajalca točno to, kar v obeh zakonih piše - dati pravico do pritožbe v teh primerih vsakemu kandidatu.

2. Sprejeti sklep je zato svojo interpretacijo oprl na splošno stališče, da je za vsako pravno sredstvo oziroma za sprožitev vsakega postopka temeljna procesna predpostavka - tudi če ni izrecno določena v vsakem posameznem primeru (tako kot se npr. za vložitev pobude v ustavnosodnem postopku izrecno zahteva izkaz pravnega interesa) - obstoj pravovarstvenega interesa (ali, kot je rečeno v 7. točki obrazložitve, da "lahko posamezniki sprožajo postopke ... samo zaradi zaščite svojih pravic ali pravnih interesov", ne pa zaradi uveljavljanja pravic tretjih - 8. točka): če tega ni, se postopek ne izvede oziroma se vloga zavrže. Toda vsako pravilo ima svoje izjeme in tako jih ima tudi to: ugotavljanje obstoja pravovarstvenega interesa ni potrebno (oziroma ni dovoljeno) takrat, kadar zakon izrecno in natančno opredeljuje krog subjektov, ki so legitimirani za sprožitev določenega postopka, in to na tako jasen način, da je treba šteti, da je s tem presojo o obstoju pravovarstvenega interesa vnaprej opravil že zakonodajalec sam, tako da se obstoj interesa predpostavlja in da je ta predpostavka pravno neizpodbojna. Tako npr. 23. člen ZUstS določa, kateri subjekti lahko za začetek ustavnosodnega postopka vložijo z izkazom interesa omejeno zahtevo (npr. predstavniški organi lokalnih skupnosti le, če so ogrožene pravice lokalnih skupnosti, sodišča le v zvezi s postopki, ki jih vodijo, itd.), kateri pa zahtevo, ki ni omejena z ničemer, torej lahko zoper katerikoli predpis (to velja le za tretjino poslancev) - ali zoper katerikoli predpis razen takega, ki ga je vlagatelj zahteve sam sprejel (to pa velja za državni zbor, vlado in državni svet). V navedenih primerih nesporno ni mogoče take zahteve zavreči, češ da predlagatelj ni izkazal pravovarstvene potrebe za izvedbo takega postopka.

3. Gornje določbe so v IV. poglavju ZUstS (o postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti predpisov). Naslednja poglavja urejajo nekatere posebne postopke pred Ustavnim sodiščem in je v njih za vsakega od teh postopkov vprašanje legitimacije za sprožitev takega posebnega postopka posebej urejeno: za vložitev ustavne pritožbe (V. poglavje) je treba zatrjevati kršenost neke ustavne pravice pritožnika s posamičnim aktom, za sprožitev kompetenčnega spora (VI. poglavje) so legitimirani organi, med katerimi je tak spor nastal, in stranke v postopku, ki naj bi ga ti organi izpeljali, za sprožitev "impeachmenta" (VII. poglavje) je legitimiran izključno samo državni zbor, za predlog, naj ustavno sodišče da mnenje v postopku ratifikacije mednarodne pogodbe (X. poglavje), pa so legitimirani samo predsednik republike, vlada in tretjina poslancev.

4. Drugače pa je to vprašanje urejeno v VIII. in IX. poglavju ZUstS. V VIII. poglavju je urejen postopek odločanja o protiustavnosti aktov in delovanja političnih strank, ki ga po izrecni določbi 68. člena ZUstS lahko sproži z zahtevo vsak predlagatelj iz 23. člena ZUstS, pobudo za začetek takega postopka pa lahko da "vsakdo". Taka pobuda se seveda s smiselno uporabo določb 26. člena ZUstS o pobudah lahko zavrne ("če je očitno neutemeljena ali če od odločitve ni pričakovati rešitve pomembnega pravnega vprašanja") - ni pa je mogoče zavreči s smiselno uporabo 24. člena ZUstS, torej zaradi neizkazanosti pravnega interesa za tako pobudo. Če bi bila namreč volja zakonodajalca drugačna, kot imam vsaj takratne razprave v samem Ustavnem sodišču pri pripravljanju tega zakona v spominu sam - če bi bila njegova volja torej v tem, naj tako splošne določbe o tem, kdo lahko pred Ustavnim sodiščem vloga zahteve in pobude (torej določbe 23. in 24. člena), kakor tudi splošne določbe o tem, kdaj se vložena pobuda lahko zavrne, smiselno veljajo tudi za postopek iz VIII. poglavja, potem mu glede na določbo 49. člena ZUstS v tem poglavju tega vprašanja (kdo lahko postopek sproži) sploh ne bi bilo treba posebej urejati in bi torej sedanji prvi odstavek 68. člena ne bil potreben. Le, če je v kakšnem posebnem poglavju kaj drugače urejeno, velja tam taka posebna ureditev - glede vsega drugega pa se smiselno uporabljajo določbe IV. poglavja. In taka posebna ureditev je tudi prvi

odstavek 68. člena, ki določa, da za ta posebni postopek lahko vsakdo da pobudo, predlagatelji iz 23. člena zakona pa zahtevo. Po mojem spominu (žal ne njegova zanesljivost ne zanesljivost nasprotnih stališč ni bila preverjana po materialijah oz. pripravljalnem gradivu za ta zakon) je bila prvotna ideja celo ta, da se v tem specifičnem postopku niti ne bi ločili pobuda in zahteva, ampak da bi postopek lahko sprožil res vsakdo (prava actio popularis), da pa se je potem vendarle hotelo ohraniti razliko med vlagatelji zahteve, s katero se postopek že sproži, in pobudniki, ki pa lahko dajo le pobudo za to (ta pa se po 26. členu lahko tudi ne sprejme in se tako postopek ne sproži, npr. takrat, kadar gre za očitno neutemeljeno pobudo). Toda, kot že rečeno, če bi se hotelo v VIII. poglavje prenesti tudi omejitev iz IV. poglavja, da pobudnik ne more biti vsakdo, ampak le tisti, ki izkaže pravni interes, potem ne bi bilo o tem treba pisati ničesar - če že, pa bi moralo biti zapisano kvečjemu enako kot v 24. členu: "vsakdo, če izkaže svoj pravni interes". Zapisano pa je drugače - in če ni nobenega dokaza ali vsaj okoliščine, ki bi kazala na to, da je ta razlika zgolj slučajna in nehotena, je treba - prav glede na 49. člen - šteti, da je razlika hotena: za enako ureditev ne bi bilo (glede na 49. člen) treba določati ničesar - če je v tem posebnem poglavju nekaj posebej določeno, je to določeno lahko samo zato, ker se je želelo to urediti drugače kot v splošni ureditvi.

5. Zakonsko določbo 68. člena ZUstS, da tako pobudo lahko da "vsakdo", je zato treba razumeti tako, kot je napisana, torej tako, da zakon vnaprej priznava pravni interes za vložitev take pobude res vsakomur (namreč vsem pravnim osebam in vsem fizičnim osebam z opravilno sposobnostjo - če seveda živijo oziroma delujejo v Sloveniji), ne da bi jim bilo pri taki pobudi treba najprej izkazati specifičen pravni interes, torej neposredno prizadetost zaradi izpodbijanih aktov ali dejavnosti neke politične stranke. Ratio te posebne ureditve za ta posebni postopek je jasen in lahko razumljiv: kako naj bi pa pobudniki svoj pravni interes sploh izkazovali, kako naj bi se ta ugotavljal, če bi ga bilo treba ugotavljati? Menda ne tako, da bi npr. prepoved stranke, ki bi širila antisemitizem ali druge oblike rasne, nacionalne ali verske nestrpnosti, smeli pred Ustavnim sodiščem zahtevati le Judje oziroma pripadniki drugih neposredno prizadetih družbenih skupin? To bi bilo za konec 20. stoletja gotovo kaj čudno zanikanje (ustavno)pravnega interesa kateregakoli človeka, da se s propagiranjem nestrpnosti do soljudi čuti tudi sam neposredno prizadetega. Da o tem, kako naj bi ugotavljali, kdo izkazuje osebni pravni interes za preganjanje kakšnih drugih protiuustavnih ciljev in aktivnosti kakšne stranke, niti ne govorim. Bi npr. uvajanje nedemokratske ureditve (npr. fuehrerskega principa) znotraj neke stranke smeli po tem pojmovanju izpodbijati le člani take stranke - kot da se vseh drugih to nič ne tiče? Delovanje političnih strank je univerzalno - usmerjeno je k pridobivanju državne oblasti, ki potem lahko ureja prav vsa področja družbenega življenja in tako lahko potem neposredno prizadane vsakogar. Toda, kot je pokazala zgodovinska izkušnja, takrat je za pravno varstvo prizadetih lahko že prepozno. In zato - tako je moje trdno prepričanje - mora demokratična in pravna država zagotoviti možnost pravnih sredstev zoper protiuustavno delovanje političnih strank prav vsakomur. In morda sicer ne po točno takem razmisleku, ampak že zgolj po razmisleku, da bi bilo pri raznih zatrjevanih protiuustavnostih delovanja političnih strank zelo težko ločevati, kateri ljudje so s takim protiuustavnim delovanjem neposredno in kateri le posredno prizadeti, je bila po mojem spominu pri pripravljanju 68. člena ZUstS tudi zavestno zapisana v ta člen formulacija "vsakdo" in ne "vsakdo, ki izkaže pravni interes".

6. V odločbi ta moja interpretacija 68. člena ZUstS, s katero je bilo Ustavno sodišče seznanjeno, žal ni zavrnjena z nasprotno argumentacijo, ampak je na koncu 7. točke obrazložitve le neobrazložena trditev o domnevno drugačnem pomenu 68. člena ZUstS.

7. Podobna gornji določbi 68. člena (VIII. poglavje) pa je tudi določba 69. člena (IX. poglavje) ZUstS, ki natančno precizira, kdo lahko vloži pritožbo proti odločitvi DZ o potrditvi poslanskih mandatov: "vsak kandidat ali predstavnik liste kandidatov, ki je v skladu z zakonom o volitvah v DZ vložil pritožbo na DZ zoper odločitev volilne komisije, ki lahko vpliva na potrditev poslanskih mandatov". Podobnost (vsebinska in formalna) bi bila seveda še večja, če bi tudi tu zakon možnost vložitve take pritožbe dajal vsakomur (točneje: tu omejeno na državljane oziroma volilce), kar bi bilo z ustavnopravnega gledišča po mojem mnenju celo nujno (o tem več kasneje): tako kot ni treba (po mojem mnenju) nikomur izkazovati specifične osebne prizadetosti z domnevno protiuustavnimi akti ali delovanjem neke politične stranke, da bi smel to izpodbijati pred ustavnim sodiščem (ker je pač delovanje političnih strank univerzalno, neomejeno, se potencialno razteza na prav vsa področja), tako bi tudi izpodbijanje domnevno nezakonito pridobljenih mandatov pred njihovo potrditvijo moralo biti dostopno prav vsakemu volilcu, saj je stvar in interes vsakega volilca, da so volilni izidi zakoniti in da mesta ljudskih

predstavnikov v parlamentu zasedejo res tisti, ki so bili na ta mesta zakonito izvoljeni. Po izrecni določbi 82. člena Ustave so namreč vsi poslanci predstavniki vsega ljudstva - ne glede na to, v kateri volilni enoti in na kateri kandidatni listi so bili izvoljeni. Zaradi tega ustavnega pojmovanja, znanega in priznanega celo v državah z večinskim volilnim sistemom (saj je to pojmovanje zgodovinsko celo nastalo prav v Angliji v 18. stoletju in se je tam in drugod obdržalo vse do danes), torej ni mogoče šteti, da katerikoli volilec, ne glede na to, kje in za koga je glasoval in ali je sploh glasoval, ne bi mogel biti zainteresiran za zakonito zasedbo prav vseh poslanskih mest v parlamentu. Zato, kolikor mi je znano, zakonodaja demokratičnih držav vlaganje pritožb zoper potrditve poslanskih mandatov res omogoča vsem volilcem.

8. Da pri nas ni tako, je torej treba šteti za resno pomanjkljivost naše zakonske ureditve teh vprašanj - celo za takšno, zaradi katere bi Ustavno sodišče moralo ugotoviti neskladnost take ureditve z Ustavo in dati zakonodajalcu rok za čimprejšnjo odpravo te neustavnosti. Pri tem opozarjam, da je to moje stališče bistveno širše od stališča v 8. točki obrazložitve sklepa, kjer je rečeno le, da se Ustavno sodišče ni opredelilo do morebitne protiuustavnosti 106. člena ZVDZ. Ne gre namreč samo za vprašanje protiuustavnosti tega člena, saj ta člen volilcu zapira pritožbeno pot na Državni zbor le zoper kršitve, ki so se zgodile pri delu volilnih odborov in okrajnih volilnih komisij - ta pot mu je namreč zaprta tudi zoper kršitve (lahko še mnogo usodnejše), ki se lahko zgodijo na višjih ravneh odločanja, torej na volilnih komisijah volilnih enot ali pri delu Republiške volilne komisije. Upam, da bo na podlagi te izkušnje (ob tem primeru) zakonodajalec, čeprav mu Ustavno sodišče tega ni naložilo, sam uvidel to bistveno pomanjkljivost sedanjega zakonskega mehanizma za sodno varstvo temeljnih političnih pravic in jo ob prvi spremembi volilne zakonodaje odpravil.

9. Do te pomanjkljivosti v 69. členu ZUstS je očitno prišlo zato, ker je bil pri pripravi tega zakona v letih 1993-94 nekritično povzet instrumentarij iz 109. člena volilnega zakona, ki je bil pred tem enkrat že v praksi preizkušen (pri volitvah leta 1992) in pri tem niso bili opaženi nikakršni problemi - v 109. člen volilnega zakona pa je taka pomanjkljiva ureditev, domnevam, prišla zgolj zaradi pomanjkanja izkušenj z demokratičnimi volitvami in zaradi preslabe seznanjenosti s tujimi izkušnjami na tem področju.

10. Če se sedaj - po tem ekskurzu - vrnem na primerjavo med 68. in 69. členom ZUstS, pa podobnost med obema ureditvama (čeprav torej ne gre tako daleč, kot bi lahko šla in kot bi celo morala iti) vendarle obstaja: 68. člen priznava možnost dajanja pobud sploh vsakomur, 69. člen pa priznava možnost vlaganja pritožb (zoper odločitve DZ o potrditvi poslanskih mandatov) vsakemu kandidatu - v obeh primerih pa tistim subjektom, ki jim je taka možnost z zakonom dana, le-ta ni vezana na nikakršno dodatno izkazovanje specifičnega osebnega interesa za sprožitev ustreznega postopka, saj je v obeh primerih javni interes (tako za ustavnost delovanja političnih strank kot tudi za zakonitost zasedbe vseh poslanskih mest) tako velik in očiten, da je prav zaradi tega zakonsko določeni krog subjektov, legitimiranih za sprožanje ustreznih postopkov, temu primerno širok in neomejen s potrebo po izkazovanju specifičnega osebnega interesa.

11. Samo taka je po mojem mnenju lahko pravilna interpretacija pomena izraza "vsakdo" iz 68. člena in izraza "vsak kandidat" iz 69. člena ZUstS - če ju interpretiramo ob upoštevanju ustavnopravnega konteksta, v katerega sodita.

12. Če določbo 69. člena ZUstS interpretiramo zunaj tega ustavnopravnega konteksta, pa seveda lahko pridemo do sklepa, do kakršnega je prišla tudi v tej zadevi sprejeta odločitev, torej do sklepa, da sta pritožba po 109. členu ZVDZ in pritožba po 69. členu ZUstS pritožniku (kandidatu) dani samo za varstvo njegove pasivne volilne pravice - ta njegova pravica (biti izvoljen za poslanca) pa seveda ni prizadeta s tem, če je bil nekomu drugemu morda sicer nezakonito potrjen poslanski mandat, toda z razveljavitvijo te potrditve mandata ne bi mogel dobiti pritožnik, ampak nekdo drug. Na podlagi take, ozko gledano sicer pravilne interpretacije pa seveda nujno pridemo do ugotovitve, da volilna zakonodaja potemtakem zagotavlja le varstvo pasivne volilne pravice, da pa aktivna volilna pravica, kadar je prizadeta z nezakonito potrditvijo nekega poslanskega mandata, sploh ne uživa volilnopravnega varstva. Da je s potrditvijo nezakonito pridobljenega poslanskega mandata prizadeta tudi aktivna volilna pravica vsakega volilca, najbrž ni sporno: aktivne volilne pravice namreč ni mogoče omejiti le na pravico neovirano, tajno, svobodno itd. oddati svoj glas, ampak gotovo zajema tudi pravico zahtevati njegovo zakonito upoštevanje pri seštevku glasov oziroma pri izračunu volilnih izidov

- vse do konca, torej do tega, kdo je pri pravilnem, zakonitem izračunu volilnih izidov bil izvoljen za poslanca in kdo ne.

13. Ob gornji ugotovitvi (da ob taki interpretaciji 109. člena ZVDZ in 69. člena ZUstS ta zakonska ureditev sploh ne zagotavlja varstva aktivne volilne pravice zoper kršitve, storjene ob končnem dodeljevanju in potrjevanju mandatov - in da je to varstvo potemtakem zagotovljeno le v obliki "rezervnega" sodnega varstva v obliki upravnega spora po prvem odstavku 157. člena Ustave), pa se Ustavno sodišče nikakor ne bi smelo brezmočno ustaviti, češ, nič ne moremo, zakon je pač tak. To "rezervno" sodno varstvo bi bilo v tem primeru namreč povsem neprilagojeno naravi sporne zadeve in zato ne le povsem neučinkovito, ampak celo tako "tuje" in moteče, da ga z ustavnopravnega gledišča sploh ne bi bilo mogoče sprejeti kot ustavno dopusten način sodnega varstva te ustavne pravice. Zato ne, ker bi bilo to sodno varstvo treba uporabiti že takoj zoper odločitev RVK (republiške volilne komisije) o dodelitvi mandatov, saj zoper njeno odločitev volilec nima pritožbe na DZ (ta je dana le kandidatom) in bi tako lahko prišlo do nesprejemljive in nedopustne dvotirnosti pri reševanju vsebinsko povsem enakih ugovorov zoper odločitve RVK: neki volilec in neki kandidat bi lahko s povsem enakimi argumenti in istočasno izpodbijala dodelitev mandata določenemu kandidatu, toda kandidatovo pritožbo bi reševal DZ, volilčevo tožbo v upravnem sporu pa sedaj Vrhovno (kasneje: pristojno upravno) sodišče - in bi lahko prišlo do tega, da bi bili odločitvi različni. Če bi npr. volilec v upravnem sporu uspel, bi sodišče, recimo, lahko vrnilo zadevo v ponovno odločanje na RVK - DZ pa bi kandidatovo pritožbo npr. zavrnil in sporni mandat potrdil. Bi bil mandat sedaj potrjen ali ne? Ali obratno: sodišče bi volilčevo tožbo zavrnilo kot neutemeljeno, DZ pa bi iste argumente prizadetega kandidata sprejel in sporni mandat razveljavil. Očitno je, da taka paralelnost reševanja analognih ugovorov pred dvema različnima vejama oblasti ne bi bila v skladu z načeli pravne države in da Ustavno sodišče torej interpretacije, ki bi do takega nevzdržnega in neustavnega stanja lahko pripeljala, ne bi smelo dopustiti -

pa čeprav bi se obe paralelni poti lahko končali na Ustavnem sodišču (v enem primeru s posebno pritožbo po 82. členu Ustave, v drugem primeru z običajno ustavno pritožbo - celo tukaj torej spet le paralelno, v različnih postopkih).

14. Ustavno sodišče bi torej obe citirani zakonski določbi moralo, če bi bilo to le mogoče, interpretirati tako, da do omenjenega protiustavnega položaja ne bi mogli pripeljati - interpretirati bi jih torej moralo "ustavnokonformno". To pa seveda ne bi smelo biti prav nič težko, saj sem že na začetku prikazal, da za to pravzaprav sploh ne bi bila potrebna nikakršna interpretacija v pravem pomenu besede, ampak le uporaba obeh zakonskih določb dobesedno tako, kot sta napisani - s priznanjem "vsakemu kandidatu", da je legitimiran k taki pritožbi. Kandidatu, ki s tako pritožbo ne bi branil svoje osebne pasivne volilne pravice, bi torej legitimacijo morali priznati v interesu varstva aktivne volilne pravice vsakega volilca, torej tudi kandidata samega.

15. Ob takem razumevanju bi volilci kot taki sicer še vedno ostajali brez ustreznega sodnega varstva svoje aktivne volilne pravice. "Rezervno" sodno varstvo po 157. členu Ustave bi bilo tu tudi v primerih, ko ne bi šlo za zgoraj prikazane paralelne postopke, namreč neustrezno in ustavno sporno, saj bi iz potrjevanja mandatov v takih primerih v nasprotju z 82. členom Ustave izključevalo Državni zbor - ali bi vsaj DZ moral s potrjevanjem čakati na izid teh "rezervnih" sodnih postopkov, volilec pa bi tak postopek lahko sprožil celo šele 30 dni po objavi uradnih izidov volitev, torej v bistvu mnogo prepozno.

Učinkovito sodno varstvo aktivne volilne pravice bi bilo v takih primerih le tisto preko pritožb po 109. členu ZVDZ in po 69. členu ZUstS - to sodno varstvo pa je dano le (vsem) kandidatom in ne tudi samim volilcem. Toda to (da v obrambo aktivne volilne pravice volilcev lahko vlagajo učinkovita pravna sredstva le kandidati, volilci sami pa ne) je še vedno bolj v skladu z Ustavo (manj protiustavno) kot v primeru, da tega niti kandidati ne bi mogli in da bi aktivna volilna pravica (zoper obravnavane kršitve) torej ostala sploh brez učinkovitega sodnega varstva.

16. Treba bi bilo torej dopustiti, da vsak kandidat lahko vloži tako pritožbo ne le za varstvo svoje pasivne volilne pravice, ampak tudi za varstvo aktivne volilne pravice kateregakoli volilca (vključno njega samega kot volilca) - ob taki "ustavnokonformni" interpretaciji zakonske ureditve pa bi Ustavno sodišče hkrati moralo ugotoviti tudi neustavnost pravne praznine, ki je v taki ureditvi vsebovana, torej neustavnost tega, da taka pravna sredstva po zakonu niso na razpolago vsakemu volilcu.

## II.

1. Zaradi izrednega pomena mehanizmov in postopkov za varstvo volilne pravice v demokratični pravni državi si dovoljujem na tem mestu to, pri nas mnogo premalo poznano problematiko ilustrirati še s primerom iz novejše nemške ustavnosodne prakse, ki je tudi v tamkajšnji teoriji vzbudil veliko pozornost - s primerom, ko je hamburško (deželno) ustavno sodišče leta 1993 zgolj zaradi nedemokratskega kandidacijskega postopka znotraj ene od strank na pritožbo volilcev celo razglasilo volitve hamburškega deželnega parlamenta (Bürgerschaft) iz leta 1991 za neveljavne in zahtevalo takojšnje nove volitve, ki so bile nato tudi izvedene.

2. Ta izredno radikalna sankcija za relativno majhne kršitve demokratičnih pravil kandidacijskega postopka (in to ne pri zmagoviti, ampak pri poraženi stranki) je bila v delu kritike sicer ocenjena kot pretirana in ustavnopravno napačna, saj naj bi v takem primeru, ko je izostala pravočasna sankcija s strani volilnih organov (zavrnitev nedemokratsko sprejetih kandidatur), na ustavnem sodišču bila utemeljena le še gola ugotovitev storjenih kršitev, zlasti še zato, ker ustavno sodišče ni ugotovilo in prepričljivo dokazalo vpliva ugotovljenih kršitev na volilni izid oziroma na konkretno razdelitev mandatorov (Mandatsrelevanz)<sup>1</sup> - kljub temu pa tudi kritiki izražajo priznanje hamburškemu ustavnemu sodišču, da je s tem tako rekoč odprlo novo poglavje na področju ustavnosodnega varstva volilne pravice.<sup>2</sup>

3. "... znotrajstrankarski procesi tvorbe politične volje so bili doslej pretežno predmet civilnosodnih postopkov.

Ustavnopravne predpostavke za znotrajstrankarsko demokracijo so se zato pretežno konkretizirale skozi pravo o združevanju (Vereinsrecht). Odločilni dogmatični korak naprej te sodbe hamburškega ustavnega sodišča je v tem, da je povzdignila v zavest volilnopravno relevantno znotrajstrankarskih procesov tvorjenja politične volje. Hkrati je sodišče razvilo standarde, ki se jih bodo v prihodnosti stranke morale držati, treba pa jih bo tudi uzakoniti. ..."3

4. Hamburško ustavno sodišče je kot "težke kršitve demokratičnih volilnih načel" v kandidacijskem postopku znotraj hamburške CDU pred volitvami leta 1991 ocenilo naslednje: ... deželno vodstvo CDU je samo predlagalo vseh 246 kandidatov za predstavniško skupščino CDU in je predloge iz vrst članske skupščine diskriminiralo že s tem, da so bili ti dodatni predlogi kot taki označeni na glasovnici; razprava o kandidatih ni bila dopuščena in protikandidati se niso mogli predstaviti; v predstavniški skupščini pa pri določanju poslanskih kandidatov sploh ni moglo priti do protipredlogov, kajti ti bi bili po poslovniku dopustni šele po dvakratni odklonitvi kandidatov, ki jih je predložilo vodstvo. ... (itd.)

5. Nemška zakonodaja pri predložitvi kandidatur od strank poleg navajanja podatkov o opravljeni članski ali predstavniški skupščini, na kateri se edino lahko postavljajo candidature, zahteva le še to, da dva udeleženca skupščine volilnemu organu pod prisego zagotovita, da so bili kandidati določeni s tajnim glasovanjem. Pristojnost volilnih organov pri preverjanju zakonitosti predloženih kandidatur naj bi bila - in je do hamburške sodbe tudi bila - omejena na preizkus gornjih formalnosti. (To je zelo podobno stališču, ki sta ga v našem primeru pri odločanju o spornih mandatih zavzela naša RVK in Državni zbor: da jima zadošča potrjen zapisnik in da globlje nista dolžna ali da celo sploh ne moreta iti. Toda hamburški zakon niti ne zahteva določitve liste "po pravilih stranke", kot naš zakon, ampak zgolj prisego, da je bilo glasovanje tajno, pa se je hamburško US vendarle spustilo v ugotavljanje, ali so bila v kandidacijskem postopku kršena temeljna demokratična volilna načela in je na tej podlagi potem celo razglasilo volitve za neveljavne).

6. Že citirana kritika hamburške sodbe pravi o tem takole: "Zakon torej izhaja iz pojmovanja, da so znotrajstrankarski postopki nekakšna "črna škatla", katere vsebina ni podvržena preizkusu s strani volilnih organov. Hamburško US je torej globoko razsvetlilo to "črno škatlo", volilnim organom pa je očitalo, da so take candidature dopustili. Tu je šlo hamburško US očitno predaleč, kajti očitek bi bilo moralo nasloviti zakonodajalcu, ki volilnim organom ni naložil dolžnosti temeljitejšega preizkusa."<sup>4</sup> (Bistveno drugače naš zakon: ta v 54. členu volilni komisiji izrecno nalaga preizkus, ali je lista določena v skladu z zakonom - to pa po 43. členu pomeni "po postopku, določenem s strankinimi pravili") Pri nas bi bilo torej brez dvoma treba preveriti, ali zatrjevanja o domnevnem nespoštovanju

strankinih pravil za postavljanje kandidatur držijo ali ne, in se ne zanesti zgolj na formalno potrjene zapisnike<sup>5</sup> - in če tega nista storila ne RVK ne DZ, bi to pač moralo storiti Ustavno sodišče kot prva in edina sodna instanca v takih zadevah, pa čeprav z zaslišanjem vseh članov Sveta SKD in s pregledom spornih glasovnic - če seveda ne bi bilo pritožb zaradi domnevne nelegitimiranosti pritožnic zavržno.)

7. Nemško zvezno ustavno sodišče v ustaljeni sodni praksi zastopa stališče (nazadnje: BVerfGE 85, 148), da postopek sodne kontrole volitev služi "zakoniti sestavi predstavniškega telesa" in da je zato možno uveljavljati le take napake v volilnem postopku, ki vplivajo ali bi lahko vplivale na konkretno razdelitev mandatov. Preizkus te Mandatsrelevanz je po mnenju kritike v argumentaciji najšibkejši del hamburške sodbe. Po stališčih nemškega zveznega US je neka kršitev "mandatno relevantna" (mandatsrelevant) samo takrat, kadar bi brez te kršitve prišlo do drugačne delitve mandatov. Primerjati je torej treba resnični volilni izid s hipotetičnim izidom, do kakršnega bi prišlo (po oceni) brez ugotovljenih kršitev - če se te torej ne bi bile zgodile. V konkretnem primeru pa je hamburško US vpliv ugotovljenih kršitev na izid volitev lahko argumentiralo le s tem, da izkušnja kaže, da "obstaja velika verjetnost, da bi bila pri odprti diskusiji in potrebnem varstvu manjšinskih pravic sprejeta delno drugačna kandidatna lista".<sup>6</sup>

8. Zanimivo pa je, da eden od kritikov hamburške sodbe zaradi šibke utemeljitve "mandatne relevance" v tej sodbi ne prihaja do sklepa, da je šla zato sodba z razglasitvijo neveljavnosti volitev predaleč, ampak jo kritizira le zato, ker se s kriteriji "mandatne relevance" sploh ni resno spoprijela. Po njegovem mnenju bi moralo biti pri teh kriterijih odločilno načelo sorazmernosti v ožjem smislu, torej tehtanje med težo ugotovljene kršitve in ustavno dobrino ohranjanja razglašene volilnega izida (Wahlbestand), pri čemer pa po njegovem mnenju ta kriterij ne bi smel biti prestrog in bi kot temeljno načelo moralo veljati: če je del izvoljenih poslancev prišel na kandidatne liste po nedemokratični poti, potem volitve niso mogle biti demokratične.<sup>7</sup> - Ali je zaradi take ugotovitve že utemeljena razveljavitev celotnih volitev (pri proporcionalnem volilnem sistemu namreč ni mogoče ločeno ponoviti volitev le za nekatere mandate), je seveda drugo vprašanje, zlasti če so bile - tako kot v hamburškem primeru - kršitve demokratičnih načel kandidiranja ugotovljene le pri poraženi in ne tudi pri zmagoviti stranki.

9. Ta ilustrativni prikaz nemških pogledov na ta zanimiva in pomembna vprašanja končujem s citiranjem dveh ključnih stavkov iz uradnih povzetkov (Leitsätze) iz sodbe hamburškega in njej sledeče sodbe zveznega ustavnega sodišča (poudarki moji): "Pri tehtanju med ustavnopravno enako relevantnimi elementi pravilne sestave parlamenta na eni strani in zahtevo po zavarovanju ugotovljenega volilnega izida (Wahlbestand) in po kontinuirani delovni sposobnosti parlamenta na drugi strani je z ozirom na posebno težo pomanjkljivosti pri izbiri kandidatov treba dati prednost pravilnosti sestave parlamenta." (Sodba hamburškega US z dne 4.5.1993).

"K zahtevam iz členov 21/I-IV in VI ter 27 BWahlG za kandidacijski postopek v političnih strankah spada tudi upoštevanje bistvene vsebine (Kernbestand) postopkovnih načel, brez katerega neka kandidatura nikakor ne more biti podlaga demokratičnega volilnega postopka." (Odločba zveznega US z dne 20.10.1993 - BVerfGE 89, 243).

### III.

1. Gornji prikaz nemških pogledov bi lahko pri kom morda vzbudil tudi pomisleke o tem, kakšna sankcija bi bila v našem primeru primerna in ustavno dopustna, če bi izvedena obravnava pred Ustavnim sodiščem potrdila utemeljenost obeh pritožb o neveljavnosti "nacionalne liste" SKD, ali celo pomisleke o tem, ali bi sploh imelo smisel spuščati se v ugotavljanje utemeljenosti ugovorov zoper "nacionalno listo" SKD, če pa tudi v primeru potrditve njihove utemeljenosti ustavno sodišče morda ne bi moglo storiti ničesar. Najprej odgovor na zadnji pomislek: tudi če ne bi moglo izreči nobene prave sankcije (nepotrditve mandata), ampak bi se moralo omejiti na golo ugotovitev storjenih kršitev, bi bilo to smiselno in potrebno storiti (enako stališče sem zasledil tudi v zgoraj citirani nemški literaturi). Tak izid bi bil npr. možen v primeru, če bi bile sicer potrjene trditve o premajhnem številu glasov za "nacionalno listo" na seji Sveta SKD, vendar bi ustavno sodišče presodilo, da te liste (oz. spornih treh mandatov) kljub temu ni mogoče naknadno razveljaviti, potem ko so mnogi volivci SKD morda oddali svoj glas za to stranko prav zaradi kandidatov na "nacionalni listi" in ne zaradi kandidata v posameznem volilnem okraju. Taka ugotovljena odločba pa bi bila vendarle velikega načelnega

pomena - v skladu s stališčem, da je boljša jasna ugotovitev in pravna analiza morebitnih kršitev demokratičnosti kandidacijskih in volilnih postopkov, pa čeprav brez "mandatnih" sankcij, kadar te zaradi varstva zaupanja volilcev v predložene in uradno potrjene kandidature ne bi bile možne, kot pa nepreverjeni sumi, da pri kandidiranju in volitvah ni bilo vse zakonito. Ta argument seveda še dodatno govori v prid mojemu stališču zgoraj pod I., da je treba zakonske določbe (kadar njihovo besedilo to omogoča) interpretirati tako, da bodo tak preizkus zakonitosti kandidacijskih in volilnih postopkov omogočale - in ne obratno.

2. Gornji izid tehtanja med težo zatrjevane kršitve (če bi bila kršitev res ugotovljena) in težo varstva zaupanja volilcev v potrjene kandidature pa seveda ni edini možen. Ne le možno, ampak po mojem mnenju celo nujno bi bilo taki kršitvi (če je bila res storjena) prisoditi celo bistveno večjo težo kot neugotovljivemu in skrajno malo verjetnemu "hipotetičnemu poteku volitev", če bi te potekale brez "nacionalne liste" SKD (da bi namreč v tem primeru SKD dobila zaradi tega manj glasov in kakšen mandat manj). Ne bistveno manj ne bistveno več glasov (in zlasti mandatov) torej stranka zgolj zaradi odsotnosti "nacionalne liste" gotovo ne bi dobila, zato bi bila v primeru, če bi bila naknadno ugotovljena nezakonitost vložitve "nacionalne liste", povsem sprejemljiva in razumna sankcija v tem, da se tak nezakoniti element kandidacijskega postopka pri končni delitvi mandatov ne bi upošteval in bi trije sporni mandati SKD torej pripadli drugim trem kandidatom SKD - in to ne nujno tistim, za katere je bilo že javno objavljeno, da bi bili v tem primeru izvoljeni. Morebitna nadomestitev treh spornih kandidatov SKD z drugimi namreč ne bi mogla povzročiti še razveljavitve nadaljnjih treh mandatov treh drugih strank, do česar bi sicer res pripeljala uporaba pravila iz prvega odstavka 93. člena ZVDV, in sicer zato ne, ker je bilo vseh 87 preostalih mandatov že dokončno in pravnomočno potrjenih, izpodbijani pa so bili le omenjeni trije mandati SKD. Pravilo iz prvega odstavka 93. člena ZVDZ bi bilo v tem primeru torej treba uporabiti ob predpostavki, da je 87 mandatov že razdeljenih, kar bi potem lahko (vendar ne nujno) pripeljalo do drugačne dodelitve spornih treh mandatov SKD.

Matevž Krivic

Opombe:

1Tako Joern Ipsen: Kandidatenaufstellung, innerparteiliche Demokratie und Wahlprüfungsrecht; Zeitschrift fuer Parlamentsfragen, št. 2/94, str. 235-240. Blažje, v bistvu pritrdilno Christian Koenig: Mandatsrelevanz und Sanktionen im verfassungsgerichtlichen Wahlbeschwerdeverfahren; prav tam, str. 241-251.

2"Ni tako redko, da neka dogmatično sicer težko branljiva sodba stoji na začetku novega pravnega razvoja. Hamburška sodba ima tako pomen, ki gre daleč preko svojega povoda ...". Joern Ipsen, op. cit., str. 239.

3Joern Ipsen, op. cit., str. 236.

4Joern Ipsen, op. cit., str. 237.

5Tudi nemška kritika njihove dotedanje podobne prakse pravi: "Tudi iz ustavno zagotovljene svobode strank izhajajoča prepoved, da bi država smela strankarska zborovanja "špijonirati" z državnimi volilnimi komisarji, državo praktično omejuje na preizkus vabil, sklicev, zapisnikov itd. - razen če obstajajo konkretni znaki ali opozorila, da zapisnik ne ustreza resničnemu poteku." Ch. Koenig, op. cit., str. 249.

6Joern Ipsen, op. cit., str. 238-239.

7Ch. Koenig, op. cit., str. 245-246.