



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

Številka: U-I-137/10-50

Datum: 26. 11. 2010

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNICE MAG. JADRANKE SOVDAT
K ODLOČBI ŠT. U-I-137/10**

1. Pobudniki so z ustavno pritožbo napadli ravnanje Državnega zbora Republike Slovenije v postopku sprejemanja novele Zakona o ustanovitvi občin ter o določitvi njihovih območij in veto Državnega sveta Republike Slovenije na novelo tega zakona, ki jo je Državni zbor sprva sprejel. Hkrati so vložili pobudo, s katero izpodbijajo Zakon o ustanovitvi občin ter o določitvi njihovih območij (Uradni list RS, št. 108/06 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZUODNO) z očitkom protiustavne pravne praznine, ker ne vsebuje občin Ankaran in Mirna, ter podrejeno Akt o razpisu rednih lokalnih volitev, objavljen v Uradnem listu RS, št. 60/10. Ustavno sodišče je o vloženi ustavni pritožbi že odločilo in jo s sklepom senata št. Up-604/10 z dne 13. 9. 2010 zavrglo, ker ravnanje Državnega zbora in veto Državnega sveta v zakonodajnem postopku nista posamična akta, zoper katera bi bila lahko dopustna ustavna pritožba. Ker je bilo o ustavni pritožbi že odločeno, je torej predmet tega postopka samo odločanje o ustavnosti ZUODNO z očitkom protiustavne pravne praznine, ker ne vsebuje občin Ankaran in Mirna, pri čemer je bil postopek odločanja začel s sklepom Ustavnega sodišča št. U-I-137/10 z dne 3. 9. 2010, s katerim je bila pobuda sprejeta. Ker je Ustavno sodišče s tem sklepom zadržalo izvrševanje akta Predsednika Državnega zbora o razpisu rednih volitev, kolikor se nanaša na Mestno občino Koper in Občino Mirna, je predmet tega odločanja tudi predlog pobudnikov o oceni ustavnosti tega predpisa, če bi Ustavno sodišče to štelo za potrebno.

2. Pri sklepu o sprejemu pobude in odločitvi o zadržanju izvedbe volitev v navedenih občinah nisem sodelovala. To seveda ni ovira, da se ne bi mogla priključiti večini v tej odločbi. Vendar mi tega ne dopuščajo ustavnopravni razlogi, ki po mojem mnenju nasprotujejo argumentom večinske odločbe, s katerimi se utemeljuje protiustavnost Zakona. Prav tako se ne morem strinjati s poseganjem v volilno pravico.

I.

3. Ustava določa v 9. členu, da je v Sloveniji zagotovljena lokalna samouprava, v 138. členu pa, da prebivalci Slovenije uresničujejo lokalno samoupravo v občinah in drugih lokalnih skupnostih. V drugem odstavku 139. člena opredeli teritorialni vidik občine, ko določi, da njeno območje obsega naselje ali več naselij, ki so povezana s

skupnimi potrebami in interesi prebivalcev. Druge vidike¹ občinske lokalne samouprave pa Ustava opredeli, kolikor jih opredeli, v 140. in 142. členu. Evropska listina lokalne samouprave (Uradni list RS, št. 57/96, Mednarodne pogodbe, št. 15/96 – v nadaljevanju MELLs) v prvem odstavku 3. člena opredeljuje pojem lokalne samouprave kot "pravico in sposobnost lokalnih oblasti, da v mejah zakona urejajo in opravljajo bistveni del javnih zadev v okviru svojih nalog in v korist lokalnega prebivalstva". V drugem odstavku tega člena pa med drugim določa, da to pravico uresničujejo sveti ali skupščine, ki jih sestavljajo člani, izvoljeni s svobodnim in tajnim glasovanjem na podlagi neposredne, enakopravne² in splošne volilne pravice, in imajo lahko izvršilne organe, ki so jim odgovorni.

4. Po tretjem odstavku 139. člena Ustave se občina ustanovi z zakonom po prej opravljenem referendumu, s katerim se ugotovi volja prebivalcev na določenem območju, pri čemer zakon določi tudi območje občine. O območjih lokalnih skupnosti govori MELLs le toliko, da v 5. členu določa, naj se meje lokalne oblasti ne spreminjajo brez predhodnega posvetovanja z lokalnimi skupnostmi, na katere se nanašajo; po možnosti z referendumom, kjer to dopušča zakon. Tretji odstavek 139. člena Ustave je imel ob njegovi uveljavitvi še poseben pomen predvsem zaradi tega, ker je bilo treba na podlagi ustavnih določb lokalno samoupravo s pristojnostmi, ki ji gredo po Ustavi in MELLs, šele vzpostaviti. Tudi odločitev v tej zadevi je bistveno odvisna od opredelitve njegove vsebine. Vendar ta ni mogoča, ne da bi poprej razčistili, kaj v bistvu lokalna samouprava je ter kakšna je narava pravic ali obveznosti, ki iz te ustavno opredeljene institucije izhajajo, in kdo je njihov nosilec. Razumevanje slednjega nam namreč omogoča razumevanje prvega. Tako glede enega kot glede drugega imam v primerjavi z večino bistveno drugačno stališče.

5. Videti je, kot da si ves čas po uveljavitvi ustavne podlage za vzpostavitev lokalne samouprave nasproti stojita dva koncepta, pri čemer naj bi bila po prvem lokalna samouprava le javnopravna institucija, ki ima pravice (le) kot takšna, po drugem pa naj bi bila pravica lokalnih prebivalcev, da sami upravljajo svoje lokalne javne zadeve. Če Ustava zagotavlja drugo, potem se kot samo po sebi umevno zastavlja vprašanje, ali imam kot posameznik, ki živim na določenem območju, pravico zahtevati lokalno samoupravo, in če jo imam, kakšno lokalno samoupravo imam pravico zahtevati. Ali imam ustavno varovano pravico zahtevati občino? Videti je torej, da imamo opravka z dvema vprašanjema: Ali je lokalna samouprava kot "pravnosistemska institucija, ki opredeljuje položaj (status) lokalne skupnosti"³ oziroma "pravnosistemska kakovost, ki mora biti izrecno podeljena (...) lokalni skupnosti z ustreznim aktom države",⁴ le pravica (in sposobnost) lokalnih oblasti do urejanja lokalnih javnih zadev, kot pravi prvi odstavek 3. člena MELLs, torej pravica, ki pripada lokalni skupnosti kot samostojni osebi javnega prava? Ali pa pomeni lokalna samouprava (le ali tudi) ustavno pravico prebivalcev Slovenije, ki živijo na določenem območju in so povezani s skupnimi potrebami in z interesi, da sami

¹ O značilnostih lokalne samouprave, ki vsebuje poleg teritorialnega še funkcionalni, organizacijski, materialno-finančni in pravni ter subjektivni element, F. Grad, Lokalna demokracija, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1998, str. 14. O tem tudi F. Grad in I. Kaučič, Ustavna ureditev Slovenije, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1999, str. 322–324, in J. Šmidovnik, Lokalna samouprava, Cankarjeva založba, Ljubljana 1995, str. 27–29.

² Bolje bi bilo, ko bi ob prevajanju MELLs za angleško besedo "equal" uporabili slovensko besedo "enako" in ne enakopravno. O enaki volilni pravici govori tudi prvi odstavek 43. člena Ustave.

³ J. Šmidovnik, cit. delo, str. 27.

⁴ Prav tam.

urejajo svoje lokalne zadeve v lokalni skupnosti? Ti vprašanji sta se zastavljali že vse od samega nastajanja Ustave in glede na vse videno doslej se je izkazala prav za preroško navedba enega izmed razpravljavcev Komisije za ustavna vprašanja, da gre "za veliko vprašanje, ki ga bo pravo dolgo diskutiralo".⁵ Očitno ti vprašanji še do danes nimata jasnih odgovorov. Če bi jih imeli, najbrž ne bi bilo to vprašanje kot osrednje ponovno izpostavljeno ob sprejemanju zadnje novele Zakona o lokalni samoupravi.⁶ In očitno je osrednje tudi v tej zadevi. Videti je, da tudi kljub številnim odločitvam Ustavnega sodišča, ki so nastajale zlasti v postopku ustanavljanja občin v funkciji vzpostavitve sistema lokalne samouprave in so bile zlasti obremenjene z vzpostavljanjem t. i. mreže občin, torej z vprašanjem teritorialne razdelitve območja države zaradi zagotovitve lokalne samouprave, nimamo jasnih ustavnopravnih odgovorov na ta vprašanja, kar zamegljuje tudi ustavnopravno vsebino tretjega odstavka 139. člena Ustave. Videti je celo, kot da se skuša vprašanje kvalitete lokalne samouprave reševati s kvantiteto občin. Bojim se, da se bo to stanje tudi po tej odločbi samo še nadaljevalo.

6. Poglejmo za začetek po odločbah Ustavnega sodišča. Njegove razlage 9. in 138. člena Ustave so namreč za Državni zbor zavezujoče. Tudi odločba se nanje sklicuje. V odločbi št. U-I-13/94 z dne 21. 1. 1994 (Uradni list RS, št. 6/94, in OdlUS III, 8) Ustavno sodišče ugotavlja, da je "pravica do lokalne samouprave" (*tudi v odločbi pisano v narekovajih, op. J. S.*) "neizbežni nasledek spoštovanja temeljnega ustavnega zagotovila lokalne samouprave iz 9. člena Ustave kot institucionalnega okvira odločanja o lokalnih javnih zadevah na eni strani, ter temeljne ustavne pravice vsakogar do sodelovanja pri upravljanju javnih zadev iz 44. člena Ustave." K tej opredelitvi Ustavno sodišče takoj povzame iz preambule MELLs, da so lokalne oblasti eden od glavnih temeljev vsake demokratične vladavine, da je pravica državljanov, da sodelujejo pri upravljanju javnih zadev eno od demokratičnih načel in da se ta pravica lahko najbolj neposredno izvršuje na lokalni ravni, ter dodaja vsebino prvega odstavka 3. člena MELLs. V odločbi št. U-I-90/94 z dne 20. 5. 1994 (Uradni list RS, št. 29/94, in OdlUS III, 58) je Ustavno sodišče ob poudarku, da je občina temeljna lokalna skupnost, navedlo, da njeno **ustavno zasnovo pogojujejo** (*poud. J. S.*) 1) skupne potrebe in interesi 2) prebivalcev 3) enega ali več naselij, 4) ki sodelujejo pri upravljanju javnih zadev lokalne (...) narave 5) samostojno, se pravi samoupravno v razmerju do države.⁷

7. Že iz navedenih stališč Ustavnega sodišča po mojem mnenju izhaja, da je lokalna samouprava nedvomno institucionalni okvir odločanja o lokalnih javnih zadevah (tako kot je država institucionalni okvir odločanja o državnih zadevah⁸), pri čemer je

⁵ Tako med drugim pravi neznan razpravljalec na 18. seji Komisije za ustavna vprašanja 12. 12. 1990: "Prvo vprašanje je ali lahko recimo neka vas zapove državnemu zboru, da mora tak zakon sprejeti in jih narediti za občino, to veliko vprašanje, ki ga bo pravo dolgo diskutiralo (...)." v: M. Cerar, G. Perenič (ur.), *Nastajanje slovenske Ustave, izbor gradiv Komisije za ustavna vprašanja 1990–1991*, III. zvezek, Ljubljana 2001, str. 1065.

⁶ Glej Poročilo Odbora za lokalno samoupravo in regionalni razvoj k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o lokalni samoupravi (ZLS-R) – druga obravnava z dne 7. 6. 2010.

⁷ Ali kot je dodalo z drugimi besedami: "Občina je torej življenjska skupnost ljudi, ki prebivajo na območju enega ali več vzajemno povezanih naselij. Zanj je posebej značilna ozemeljska povezanost, na podlagi katere se oblikuje tudi mreža medosebnih sosedskih odnosov ter zavest o pripadnosti občini kot temeljni teritorialni skupnosti." Enako opredelitev Ustavno sodišče ponovi tudi v odločbi št. U-I-144/94 z dne 15. 7. 1994 (Uradni list RS, št. 45/94, in OdlUS III, 95).

⁸ Videti je logično, da Ustavno sodišče tudi v odločbi št. U-I-144/94 govori o tem, da je prav razmejitev pristojnosti med državo in občino prva značilnost lokalne samouprave in dodaja, da je teritorialna

samoupravnost pri opravljanju javnih zadev tista njena pravica – pravica lokalne skupnosti kot samostojne osebe javnega prava, ki jo bo uveljavljala in uspešno branila proti (predvsem) državi, kadar bi ta nedopustno posegala v njen z Ustavo varovan položaj. Vendar ta institucija ni sama sebi namen. Namenjena je temu, da bodo lahko ljudje, ki živijo na območju, s katerim je zamejena, samoupravljali lokalne javne zadeve v svojo korist – bodisi z neposrednimi oblikami odločanja bodisi na način, ki je prevladujoče uveljavljen, torej po sistemu predstavniške demokracije z volitvami, kar ne nazadnje jasno razberemo tudi iz drugega odstavka 3. člena MELLs. Zato so ti ljudje konstitutivni sestavni del lokalne samouprave in nedvomno sodijo v pravno opredelitev te institucije.⁹ V njenem okviru uresničujejo svojo pravico do sodelovanja pri upravljanju javnih zadev, ki jo MELLs opredeljuje kot načelo, Ustava pa jo je s 44. členom povzdignila na raven človekove pravice. **Vendar je pri tem najpomembneje to, da lokalna samouprava zaradi tega, ker se v njenem okviru uresničujejo tudi (ta in druge) človekove pravice, sama po sebi še ni človekova pravica¹⁰, tako kot to tudi ni država, čeprav se v njenem okviru uresničujejo (ta in še vse druge) človekove pravice.** Zato tudi 138. člen Ustave ne govori o "uresničevanju pravice do lokalne samouprave", ampak govori o "uresničevanju lokalne samouprave". Pa kljub temu lahko govorimo o ustavni (in ne človekovi!) pravici do lokalne samouprave. O ustavni pravici do lokalne samouprave lahko govorimo v pomenu, ki je verjetno nesporen, ko govorimo o pravicah samouprave lokalnih skupnosti v razmerju do države. Morebiti lahko govorimo tudi v **pomenu ustavne pravice ljudi**, ki živijo na območju Republike Slovenije, **da o skupnih vprašanjih lokalnega pomena odločajo na način, kot je zagotovljen z institucijo lokalne samouprave.** Če že lahko govorimo o ustavni pravici ljudi, potem po mojem mnenju samo v tem pomenu. Če namreč država kljub ustavnim določbam sploh ne bi vzpostavila lokalne samouprave, bi jo vzpostavila le navidezno ali pa bi jo celo ukinila, bi lahko njeni državljani zahtevali, naj jim to pravico zagotovi – naj jim torej zagotovi pravico, da bodo o lokalnih javnih zadevah odločali v okviru lokalne samouprave in ne v okviru države.

8. Ni pa mogoče govoriti o tem, da vsebina te ustavne pravice z vidika posameznika pomeni tudi to, da ima skupina ljudi na določenem območju pravico zahtevati ustanovitev "svoje" lokalne skupnosti, kateri naj država podeli status samouprave in vse pristojnosti, ki so s to lastnostjo povezane. Torej ni mogoče reči, da iz Ustave izhaja "ustavna pravica posameznikov do lastne občine". Tako opredeljena vsebina lokalne samouprave po mojem mnenju logično izhaja tudi iz opredelitev Ustavnega sodišča v odločbah št. U-I-13/94 in št. U-I-90/94. V odločbi št. U-I-322/98 pa v 11. točki obrazložitve beremo po uvodni trditvi, po kateri pristojnost Državnega zbora

povezanost ljudi na določenem območju njena druga enako pomembna značilnost zaradi zavesti ljudi, da oblikujejo skupnost, v kateri odločajo o zadevah skupnega pomena.

⁹ Tako razumem tudi prof. Šmidovnika, cit. delo, str. 27–29, in druge že citirane avtorje.

¹⁰ Ker ni človekova pravica, je nenavadno, da je Ustavno sodišče z odločbo št. U-I-322/98 z dne 15. 3. 2001 (Uradni list RS, št. 28/01, in OdlUS X, 44) ugotovilo neskladnost tedanjega zakona o postopku za ustanovitev občin s četrtem odstavkom 15. člena Ustave, ker naj zakon ne bi zagotavljal sodnega varstva zoper odločitve Državnega zbora v predhodnem postopku, v katerem se ugotavljajo pogoji za ustanovitev občin, čeprav naj bi odločitev Državnega zbora imela, kot je reklo Ustavno sodišče, neposreden vpliv na izvrševanje ustavne pravice. Četrti odstavek 15. člena Ustave izrecno zagotavlja sodno varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin (in je v tem pogledu specialna določba v razmerju do prvega odstavka 23. člena Ustave) ter pravico do odprave posledic njihove kršitve, zato z lokalno samoupravo ne more biti v nobeni zvezi. Posebej je treba opozoriti že na tem mestu na odklonilno ločeno mnenje sodnika Ribičiča k tej odločbi.

izhaja iz Ustave, saj se občine ustanavljajo in njihova območja spreminjajo izključno z zakonom, tudi naslednje: "Upravičeni predlagatelji (po 3. členu tedaj veljavnega ZPUODNO, op. J. S.) pa so določeni zelo široko, tako da lahko prebivalci v kar največji meri uresničujejo pravico do lokalne samouprave (pravico do ustanavljanja občin)." Če bi v tej odločbi Ustavno sodišče ostalo le pri tem zapisu, bi še lahko govorili, čeprav težko zaradi dostavka v oklepaju, o razlagi v eno ali drugo smer, ker pa je hkrati zahtevalo vzpostavitev sodnega varstva zoper odločitve Državnega zbora v predhodnem postopku ugotavljanja obstoja ustavnih in zakonskih pogojev za ustanovitev občine, pa te odločbe ni mogoče razumeti drugače, kot da se je bistveno nagnila v smer lokalne samouprave kot pravice prebivalcev zahtevati ustanovitev občine. Tokratna odločba to jasno potrjuje. Ustavnopravne razloge proti takšnemu stališču je razložil že sodnik Ribičič v ločenem mnenju k odločbi št. U-I-322/98. Citiram iz njegovega ločenega mnenja: "Pravica do lokalne samouprave (...) ne pomeni pravice do ustanovitve občine. Globoko sem prepričan, da takšne pravice ni mogoče izpeljati iz tretjega odstavka 139. člena Ustave (...). Nekoliko bolj trdno, čeprav po mojem mnenju ne tudi zadostne podlage za pravico prebivalcev, da oblikujejo občino, vsebuje 138. člen Ustave (...) Ne zadostnost takšne ustavne podlage za konstruiranje človekove ustavne pravice do oblikovanja občine postane posebej očitna, če bi nekdo poskušal iz navedene ustavne določbe izpeljevati pravico do oblikovanja širše lokalne skupnosti, pokrajine, regije ali dežele, ki jih lahko štejemo med 'druge', širše lokalne skupnosti." Zanihanje obstoja ustavne pravice do oblikovanja občine po njegovem mnenju še ne pomeni negiranja pravice do lokalne samouprave, saj je to mogoče uresničevati v različnih oblikah in na zelo raznolike načine in nikakor ne, kot pravi, "le v okviru občine, ki je ustanovljena po podobi posamezne krajevne skupnosti, skupine ljudi ali posameznika." S temi ustavnopravnimi argumenti se lahko samo strinjam. Ne moremo govoriti o lokalni samoupravi kot o pravici, ki ljudem zagotavlja "možnost, da prebivalci določenega območja to pravico uresničujejo v občini, ki jo skladno z zakonskimi pogoji oblikujejo samostojno", ali kot o "pravici prebivalcev, ki prebivajo na določenem območju, da to pravico uresničujejo v 'lastni' občini," kot pravi odločba. Po mojem mnenju **lahko govorimo o lokalni samoupravi le kot o ustavni pravici ljudi, da o skupnih vprašanjih lokalnega pomena odločajo na način, kot je zagotovljen z institucijo lokalne samouprave.** Tako vidim ustavnopravno vsebino lokalne samouprave.

9. In takšno vsebino je po mojem mnenju treba imeti pred očmi tudi pri razlagi tretjega odstavka 139. člena Ustave. Po tej določbi se občina ustanovi z zakonom po prej opravljenem referendumu, s katerim se ugotovi volja prebivalcev na določenem območju; zakon tudi določi območje občine. Na razlago te določbe pomembno vpliva pravna narava referenduma, ki ga zahteva. Tudi pri tem si najprej oglejmo, kar je o njem doslej že reklo Ustavno sodišče. Večina odločb Ustavnega sodišča se namreč nanaša prav na to. V odločbi št. U-I-144/94 Ustavno sodišče pravi, da je volja prebivalcev za ustanovitev občine odločilna, seveda kolikor je v skladu z ustavnim in zakonskim konceptom občine.¹¹ Pri tem referendum iz tretjega odstavka 139. člena

¹¹ Tudi če ne sprejmemo stališča prof. Šmidovnika, predstavljenega na javni obravnavi, da iz Ustave ne izhaja takšen ali drugačen koncept občine, ostaja pojem "ustavni in zakonski koncept občine" kljub številnim odločitvam Ustavnega sodišča najmanj "zmuzljiv". To samo potrjuje širok manevrski prostor zakonodajalca za njegovo zapolnitev. Opredelitev, po kateri je lokalna skupnost življenjska skupnost ljudi, ki prebivajo na območju enega ali več vzajemno povezanih naselij, za katero je še posebej značilna ozemeljska povezanost, na podlagi katere se oblikuje tudi mreža medosebnih in sosedskih odnosov ter zavest o pripadnosti občini kot temeljni teritorialni skupnosti, in ki tudi predpostavlja, da je

ni zavezujoč, ampak zahteva le, da Državni zbor prej ugotovi voljo volivcev, "v ustavni pristojnosti Državnega zbora pa je, da, upoštevajoč ustavni koncept, zakonske kriterije in v tem okviru voljo prebivalcev, z zakonom ustanovi občino in določi njeno območje." Še bolj jasno je to stališče izraženo v odločbi št. U-I-183/94 z dne 9. 11. 1994 (Uradni list RS, št. 73/94, in OdlUS III, 122),¹² ko Ustavno sodišče pravi: "Referendumi v smislu 139. člena Ustave namreč izražajo voljo prebivalstva na določenem teritoriju, ki ni nujno skladna z interesi sosednjih območij **in s širšimi javnimi koristmi, ki jih mora upoštevati zakonodajalec pri določitvi teritorialne členitve države, ki bo omogočala ne le izvajanje lokalne samouprave, pač pa tudi izvajanje tistih oblastnih nalog države, ki jih bo ta izvajala preko občin oziroma nanje prenesenih pristojnosti države** (poud. J. S.). Zato je Ustava predvidela poizvedovalni referendum, končno določitev območja občine pa je prepustila zakonodajalcu." Vendar je že v tej odločbi Ustavno sodišče dodalo opozorilo, da bi šlo lahko za preseganje ustavnih pooblastil, če bi Državni zbor ne oblikoval občine na območju, ki izpolnjuje ustavne in zakonske pogoje in na katerem so se prebivalci na referendumu izrekli za ustanovitev svoje občine. Ta *obiter dictum* je postal nosilni razlog v odločbi št. U-I-294/98 z dne 12. 10. 1998 (Uradni list RS, št. 72/98, in OdlUS VII, 185), v kateri Ustavno sodišče pravi, da je Državni zbor pri ustanavljanju občin in spreminjanju njihovih območij vezan na voljo volivcev, izraženo na referendumu (...), razen v dveh primerih: 1) ko bi upoštevanje referendumске volje povzročilo nastanek občine, ki ne bi ustrezala ustavnim in zakonskim določbam o občini, in 2) ko upoštevanje referendumске volje zaradi nasprotujočih si referendumskih izidov objektivno ni mogoče. Ravnanje v nasprotju z referendumskimi izidi tudi v drugih primerih pa naj bi pomenilo kršitev 1. člena, prvega stavka drugega odstavka 3. člena, 44. in 9. člena Ustave.

10. Ali po tem stališču še vedno lahko govorimo o tem, da je referendum posvetovalen in da rezultat referendumu zakonodajalca pravno ne zavezuje, ko Ustavno sodišče v isti sapi govori o posvetovalnem referendumu, ki takšen tudi ostane, če se prebivalci izrečejo proti ustanovitvi občine ali drugim spremembam? Če se (v primeru, ko bo v postopku ustanavljanja občine zakonodajalec menil, da so sicer izpolnjeni pogoji za ustanovitev občine in da tudi v preostalem delu obstajajo pogoji za nadaljnji obstoj občine) prebivalci dotičnega območja izrečejo za ustanovitev občine, pa ni več posvetovalni referendum? Kar naenkrat ta referendum glede na njegov izid postane pravno zavezujoč za zakonodajalca – iz česar bi izhajalo, da s tem za zakonodajalca nastopi ustavna obveznost ustanoviti občino. To namreč sledi iz stališča Ustavnega sodišča, pri čemer ZLS pred uveljavitvijo novele ZLS-R v tretjem odstavku 15. člena (oziroma še prej 26. členu tedaj veljavnega ZPUODNO), če vzamemo primer, ki je aktualen, po mojem mnenju tega celo ni zahteval. ZLS je določal, da se del občine, ki obsega območje naselja ali več sosednjih naselij, **lahko** izloči iz občine in ustanovi kot nova občina, če se za to na referendumu v tem delu občine odloči večina volivcev, ki so glasovali, in če preostali del občine tudi izpolnjuje pogoje za novo občino. Zakonodajalec si je s takšno zakonsko določbo zadal obveznost, da občine ne bo ustanavljal v primerih, ko bo

bodoča občina glede na število prebivalcev in druge okoliščine sposobna samostojno opravljati lokalne zadeve, namreč dopušča v konkretnem primeru eno in drugo rešitev.

¹² Tudi v odločbi št. U-I-285/98 z dne 17. 9. 1998 (Uradni list RS, št. 67/98, in OdlUS VII, 160) o pravni naravi tega referendumu Ustavno sodišče pove, da z njim Ustava zagotavlja prebivalcem območij, na katerih so predlagane teritorialne spremembe v mreži občin, pravico do "zaslišanja" oziroma do demokratičnega opredeljevanja do predlaganih sprememb.

sicer štel, da za to obstajajo pogoji, pa bo temu nasprotovala volja ljudstva na zadevnem območju. Ustavno sodišče pa mu je s svojo razlago naložilo še obveznost, da jo ustanovi, kadar volja ljudstva za to obstaja, kljub izrecni besedi "lahko" v zakonskem besedilu, čeprav po mojem mnenju takšna obveznost ni bila dana. Do tega stališča je bilo mogoče priti samo na podlagi razumevanja vsebine pravice do lokalne samouprave, za katero menim, da ustavnopravno ne drži. Istočasno govoriti o tem, da gre za posvetovalni referendum, pa hkrati ugotoviti, da je Državni zbor dolžan z zakonom ustanoviti občino ob "pozitivnem" rezultatu referendumu, po mojem mnenju ne gre.

11. Zanimivo je, da so pravni teoretiki večinoma pred in po navedeni odločbi in ob številnih zakonskih spremembah ZLS oziroma posebnega zakona o postopku ustanavljanja občin vztrajali na jasnem stališču o posvetovalni naravi tega referendumu. Prof. Kaučič sicer leta 1996 govori o relativno posvetovalnem referendumu, čeprav pravi, da tretji odstavek 139. člena Ustave "na eni strani zapoveduje uporabo referendumu, na drugi strani pa predpostavlja njegovo posvetovalno, torej neobvezno moč."¹³ Prof. Grad pa leta 1998 pravi: "Brez opravljenega referendumu torej občine ni mogoče ustanoviti, zato je njegova uporaba obvezna (...). Po svojih posledicah pa ta referendum ni obvezen, saj ne obvezuje državnega zbora, da bi upošteval referendumsko odločitev. To pomeni, da referendum pravno ne obvezuje državnega zbora, kar pa ne pomeni, da ni politično vezan na tako odločitev, ker je ta izraz ljudske volje na določenem območju."¹⁴ In povsem jasno doda: "Če so se prebivalci na ustreznih referendumskih območjih odločili za ustanovitev občine, jo državni zbor lahko ustanovi z zakonom, **ni pa obvezan to storiti** (*poud. J. S.*)." Prav tako dr. Vlaj leta 2002 v Komentarju Ustave povsem jasno pravi: "Referendum je posvetovalne narave in ne zavezuje DZ, da ustanovi občine samo v skladu z referendumskim izidom. Ustava je predvidela poizvedovalni referendum, **končno določitev območja občine pa je prepustila zakonodajalcu** (*poud. J. S.*)."¹⁵

12. Kako je potemtakem po mojem mnenju treba razumeti tretji odstavek 139. člena Ustave? Kot ustavna sodnica seveda ne morem pristati na to, da bi bil referendum v tej določbi "napaka v ustavi", kot zapiše prof. Šmidovnik,¹⁶ saj sem prisegla, da bom Ustavo varovala in sodila na njeni podlagi. Treba je ugotoviti ustavnopravno vsebino zadevne določbe in ugotoviti, kakšen pomen imajo pri tem njeni sestavni deli in določba kot celota. Referendum, ki ga je Državni zbor dolžan razpisati, je nedvomno namenjen temu, kot je lepo reklo Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-285/98, da se prebivalci lahko demokratično opredelijo do predlaganih sprememb v območju občine. Kot takšen ima posvetovalno naravo, ki pravno ne more obvezovati Državnega zbora, lahko pa ima, kot lepo pravi tudi prof. Grad, politične učinke. Vendar slednji niso in ne morejo biti stvar ocene ustavnosti. Če bi rezultat referendumu imel obvezujoče pravne učinke, bi bil namreč izničen v celoti tisti del določbe tretjega odstavka 139. člena Ustave, ki poverja Državnemu zboru pristojnost,

¹³ I. Kaučič, Pravna narava referendumu za ustanovitev občine, v: Zbornik referatov III. srečanja upravnih delavcev Slovenije, Univerza v Ljubljani, visoka upravna šola, Ljubljana 1996, str. 152–153.

¹⁴ F. Grad, cit. delo, str. 108–109.

¹⁵ S. Vlaj v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 956.

¹⁶ Ker da daje vtis demokratičnosti, v resnici pa pokriva prakso grobega zavračanja na referendumu izražene volje prebivalcev, J. Šmidovnik, cit. delo, str. 177–178.

da ustanovi občino z zakonom. Ta zakon ni zakon za konkreten primer, čeprav bi to na prvi pogled lahko izhajalo iz njega glede na njegovo vsebino, ki opredeljuje meje občine, in podeljuje, kot pravi dr. Šmidovnik, posamezni občini pravnosistemsko kakovost. Ta pa v svoji naravi prinaša bistvene splošne učinke. Na njeni podlagi bo občina lahko v izvrševanju svojih pristojnosti z močjo lokalne javne oblasti na splošen način urejala vsa vprašanja, po njenih predpisih se bodo morali ravnati ne le njeni prebivalci, ampak vsi, ki jih bo v posamičnih primerih njena oblast zadevala. Na podlagi te kakovosti bo svojo izvirno moč črpala neposredno iz ustavnega položaja. Take moči pa zakoni "za konkreten primer" ne dajejo. Ker mora imeti zakonodajalec pri tem pred očmi ne le lokalne interese, ampak tudi splošne interese, za kar je dobil legitimacijo na demokratičen način, to je z volitvami, zaradi česar je sam legitimni predstavnik vseh državljanov, ki prek njega izvršujejo svojo pravico do upravljanja javnih zadev iz 44. člena Ustave, je ne njegova pravica, ampak njegova pristojnost in dolžnost, da spoštuje lokalne interese toliko, kolikor to splošni interes dopušča. Pri sprejemanju zakonov ga po mojem mnenju Ustava zavezuje enako ne glede na to, ali z zakonsko vsebino ureja druga vprašanja ali pa z zakonom podeljuje občini "pravnosistemsko kakovost".

13. Na podlagi navedenega lahko sklenem, da iz ustavne opredelitve lokalne samouprave ne izhaja pravica prebivalcev določenega območja imeti svojo občino in iz Ustave ne izhaja obveznost Državnega zbora, da je pri ustanavljanju občine pravno obvezan sprejeti zakon o ustanovitvi občine, če so se prebivalci izrekli na referendumu za njeno ustanovitev. Drugačna razlaga tretjega odstavka 139. člena Ustave bi izničila položaj demokratično izvoljenega predstavniškega telesa, ki je pri sprejemanju odločitev v zakonodajnem postopku vezan na Ustavo. Poslanci so predstavniki vsega ljudstva in niso vezani na navodila, kot pravi prvi odstavek 82. člena Ustave. Vezani pa so na Ustavo samo in so jo dolžni spoštovati, dokler je v predpisanem postopku ne spremenijo, ker je to elementarni del vladavine prava. Ustava oziroma v tem primeru njen tretji odstavek 139. člena pa od njih ne zahteva, naj dajo prednost parcialnim lokalnim interesom pred splošnimi interesi države, če sami ocenijo, da je treba ravnati drugače.

14. Ustavno sodišče je v preteklih odločbah ob hudi izpostavljenosti vprašanju oblikovanja mreže občin (ki naj bi se sicer zaključilo leta 1998, čeprav je bilo iz številnih nadaljnjih predlogov razvidno, da naj bi se proces samo še nadaljeval) s svojo odločbo št. U-I-103/02 z dne 18. 4. 2002 (Uradni list RS, št. 39/02, in OdlUS XI, 64) "plaz" ustanavljanja novih občin ustavilo, vendar ta odločba z vidika vprašanj, ki se tu obravnavajo, ni bistveno pomembna, čeprav je Ustavno sodišče posameznim krajevnim skupnostim priznalo status pobudnic prav v povezavi z odločbo št. U-I-322/98; prav slednja je šla v stališčih, s katerimi se ne strinjam, najdlje. Tisto, kar se mi zdi pomembnejše, je, da po mojem mnenju **obstajajo predstavljeni ustavnopravni razlogi, na podlagi katerih bi morale Ustavno sodišče spremeniti stališče o ustavnopravni vsebini lokalne samouprave in o ustavnopravni vsebini tretjega odstavka 139. člena.** Žal se tudi s tokratno odločbo Ustavnega sodišča to ne bo zgodilo. Nasprotno, ta odločba samo še dodatno pritrjuje dosedanjim stališčem, s katerimi se ne morem strinjati.

15. Ustavno sodišče v skladu z načelom delitve oblasti iz drugega stavka drugega odstavka 3. člena Ustave omejuje Državni zbor v izvajanju njegove zakonodajne funkcije samo z vidika ustavnosti. V tem pomenu govorimo o ustavni demokraciji, ker se mora v primeru ugotovljenih protiustavnosti v zakonu izražena volja, čeprav je bila sprejeta v vnaprej določenem postopku in jo je sprejel demokratično oblikovan predstavniški organ, umakniti višji vrednoti – Ustavi, katere varuh je Ustavno sodišče. Pri tem Ustavno sodišče ne sme presojeti politične korektnosti ravnanja zakonodajalca in po načelu samoomejevanja ne sme posegati v polje njegove proste presoje pri urejanju razmerij v družbi. Lahko pa presoja ustavnost postopka sprejemanja zakona, vendar samo v obliki t. i. *a posteriori* ustavnosodne kontrole.

16. Pred seboj imamo primer, ko pobudniki zatrjujejo, da je veljavni ZUODNO protiustaven, ker ne vsebuje občin Ankaran in Mirna, protiustavnost pa naj bi izhajala iz tega, da naj bi v postopku sprejemanja novele tega zakona, ki ni bila sprejeta, prišlo do kršitev, ki povzročajo protiustavnost. Postopek sprejemanja zakona lahko Ustavno sodišče presoja samo z vidika ustavnosti na podlagi tretjega odstavka 21. člena ZUstS, kar pomeni, da mora imeti Ustavno sodišče pred seboj predpis, za katerega oceno je pristojno, sestavni del te ocene pa je lahko tudi ocena ustavnosti postopka njegovega sprejemanja. Pri tem je Ustavno sodišče v svojih dosedanjih odločitvah tudi povsem jasno poudarilo, da je v primeru zakona lahko predmet presoje samo ustavnost postopka, ne pa morebitna kršitev poslovnika ali zakona. Morebitne kršitve zakona bi lahko prerasle na ustavno raven, če bi šlo za to, da je postopek zakona urejen s posebnim zakonom in bi morda lahko šlo za kršitev 2. člena Ustave, če zakonodajalec krši pravila postopka, ki si jih je sam določil. Vendar po mojem mnenju takega primera sploh nimamo pred seboj. Zakonodajni postopek, glede katerega pobudniki zatrjujejo kršitve, je bil končan (oziroma v primeru Mirne celo to še ni jasno – "obtičal" naj bi, kot pravi odločba), ne da bi imeli pred seboj veljaven zakon, ki bi bil lahko predmet ustavnosodne presoje. Ker je tako, ne moremo presojeti postopka sprejemanja neobstoječega zakona. Ta samostojna pristojnost iz tretjega odstavka 21. člena ZUstS namreč ne izhaja, kar je logično, ker bi bila sicer brez ustavne podlage vzpostavljena *a priori* ocena ustavnosti zakona. Na tak način tudi ni mogoče konstruirati presoje ravnanja Državnega zbora, ki bi imela lahko enako metodo dela kot npr. v ustavni pritožbi, vendar bistveno daljnosežnejše posledice – ukaz zakonodajalcu po sprejemu zakona. Prav to pa je Ustavno sodišče storilo, pri čemer mu je ukazalo sprejeti zakon s točno določeno vsebino.

17. Zato je po mojem mnenju mogoče zatrjevanje pobudnikov presojeti samo z vidika tega, kar lahko naslavlja na veljavni ZUODNO. Ta pa je lahko protiustaven samó, če pobudniki dokažejo, da je protiustaven zato, ker ne določa Ankarana in Mirne kot samostojnih občin. To bi lahko utemeljili samó tako, da bi dokazali, da iz Ustave (iz 138. in iz 139. člena Ustave) izhaja obveznost ustanoviti ti dve občini. Ker to po mojem mnenju glede na prej predstavljene razloge iz Ustave ne izhaja, ni mogoče uspešno naslavljanje takšnih očitkov na veljavni ZUODNO.

18. Res je, da veljavni ZUODNO glede na odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-301/98 z dne 17. 9. 1998 (Uradni list RS, št. 67/98, in OdlUS VII, 157) vsebuje protiustavnost – protiustavna je občina Koper, ker po stališču Ustavnega sodišča iz navedene odločbe njeno območje daleč presega območje mesta in neposredne mestne okolice s tem, ko vključuje tudi globoko zaledje mesta z naselji, ki ne sodijo v primestno območje. Pri tem je Ustavno sodišče reklo, da drugi odstavek 139. člena Ustave daje

sicer dokaj širok prostor lastne presoje zakonodajalcu, vendar tako očitnih odstopanj kot v primeru Mestne občine Koper ne dopušča. Odločba se do zatrjevanih argumentov v zvezi s to odločbo sploh ne opredeli. Kljub temu, da je Ustavno sodišče še v sklepu št. U-I-245/06 z dne 29. 5. 2008 opozorilo zakonodajalca na kršitev 2. člena in drugega stavka drugega odstavka 3. člena Ustave, ker zakonodajalec te protiustavnosti še ni odpravil, menim, da ta odločitev na odločitev v tej zadevi niti nima vpliva, ker za še eno ugotovitev takšne protiustavnosti pobudniki nimajo pravnega interesa. Iz odločbe št. U-I-301/98 namreč ne izhaja obveza po ustanovitvi prav občine Ankaran.¹⁷ Zato ne glede na to, kakšno stališče imamo do odločbe št. U-I-301/98, tudi, če bi Ustavno sodišče še enkrat ugotovilo enako protiustavnost, ta še vedno ne bi pripeljala do tega, kar pobudniki s svojo pobudo zasledujejo.¹⁸ Glede občine Mirna pa takšnih elementov niti ni.

19. Ustavno sodišče tako po mojem mnenju nima na razpolago ustavnopravnih argumentov in orodij, na podlagi katerih bi lahko pritrnilo pobudnikom, ugotovilo protiustavnost ZUODNO, ker ne vsebujeta ustanovitve občin Ankaran in Mirna, in ukazalo Državnemu zboru sprejem zakona s prav takšno vsebino. Državni zbor lahko ustanovi občini Ankaran in Mirna. To je v polju njegove proste presoje in njegove odgovornosti za kvaliteto lokalne samouprave, ne more pa mu tega ukazati Ustavno sodišče. Zato sem glasovala proti prvima dvema točkama izreka odločbe.

III.

20. Ker je Ustavno sodišče s sklepom zadržalo izvedbo volitev v občinah Koper in Mirna, se seveda v nobenem primeru ne more izogniti nadaljnjemu odločanju o tem vprašanju. Zato bi se s samo odpravo akta o razpisu rednih volitev za ti dve občini lahko celo strinjala, saj drugega v tem trenutku ni mogoče storiti. Vendar sem glasovala tudi proti 3. točki izreka zaradi svojega nestrinjanja z drugimi deli odločbe. Točka 4 je nadaljevanje 1. in 2. točke izreka, s katerima se ne strinjam. S točko 5 izreka pa je Ustavno sodišče enako kot z odločbo št. U-I-301/98 poseglo v načelo periodičnosti volitev. Že z odločbo št. U-I-106/95 z dne 25. 1. 1996¹⁹, s katero je Ustavno sodišče odločilo o ustavnosti t. i. nacionalnih list, je opredelilo nekatera temeljna načela volitev. Poudarilo je, da so iz načela demokratičnosti glede posredne (predstavniške) demokracije na področju volitev izpeljana načela svobode, splošnosti in enakosti volilne pravice ter neposrednosti in tajnosti volitev; če volilni sistem ustreza navedenim načelom **in če je zakonsko zagotovljena periodičnost volitev** in enaka kompetitivna možnost vseh političnih strank v državi, so volitve demokratične.²⁰ "Poleg človekovih pravic in vladavine prava je demokracija eden izmed treh temeljnih stebrov evropske ustavne dediščine (...). Demokracija je nepojmljiva brez volitev, izvedenih po določenih načelih, ki jim dajejo demokratičen značaj. Ta načela pomenijo poseben vidik evropske ustavne dediščine, ki jo legitimno

¹⁷ Kot je razvidno iz odklonilnega ločenega mnenja sodnika Krivica k navedeni odločbi, naj bi pobudnik tedaj zatrjeval, da bi morala ponudba o ustanovitvi treh občin poleg občine Koper (to je občin Ankaran-Škofije, Dekani in Šmarje-Marezige) vsebovati pet še manjših občin, Ankaran pa pustiti v koprski občini.

¹⁸ Razloge, zakaj ustanovitev občine Ankaran ne pomeni odprave protiustavnosti, ugotovljene z odločbo št. U-I-301/98, je predstavil prof. Čebulj v mnenju o ustavnopravnih okvirih ustanavljanja občine Ankaran, ki ga je predložila Mestna občina Koper.

¹⁹ Uradni list RS, št. 14/96, in OdlUS V, 12.

²⁰ Točka 7 obrazložitve navedene odločbe.

lahko označimo s pojmom 'evropska volilna dediščina'. Ta vsebuje dva vidika, prvi, najpomembnejši so ustavna načela volilnega prava, kot so splošna, enaka, svobodna, tajna in neposredna volilna pravica, in drugi je načelo, da se resnično demokratične volitve lahko odvijajo samo, če obstajajo temeljni pogoji demokratične države, ki je zasnovana na vladavini prava, človekovih pravicah, stabilnosti volilnega prava in na učinkovitih procesnih jamstvih." Tako je Beneška komisija šest let po tem, ko je Ustavno sodišče enako opredelilo temeljna načela volitev, z obrazloženim poročilom pospremila v življenje Zakonik dobre prakse v volilnih zadevah (sprejet 5.–6. 7. 2002), ki k petim temeljnim načelom že v uvodu dodaja še zahtevo po periodičnosti volitev. Točka I (z naslovom Načela evropske ustavne dediščine) se namreč v svojem uvodu glasi: "The five principles underlying Europe's electoral heritage are *universal, equal, free, secret and direct suffrage*. **Furthermore, elections must be held at regular intervals.** (poud. J. S.)" Zakaj tako, lepo pove prof. Jambrek, ko pravi: "Pristojnosti in naloge oblastnih organov morajo biti legitimirane tako, da izvirajo iz ljudstva, in da so na opredeljiv način izraz ljudske volje. Obstajati mora torej neprekinjena veriga demokratične legitimnosti in ustrezne odgovornosti, speljana od ljudstva proti oblastnemu organu in od slednjega nazaj k svojemu izvoru."²¹ Prav slednje pa zagotavljajo volitve v rednih intervalih, tudi na ravni lokalne samouprave. Zato **načelo periodičnosti volitev ni "le" načelo, je sestavni del same vsebine volilne pravice**, kar povsem jasno izhaja tudi iz 3. člena Prvega protokola h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin,²² ki določa: "Visoke pogodbene stranke se zavezujejo, da bodo izvedle **v razumnih časovnih presledkih** (poud. J. S.) svobodne in tajne volitve, ki bodo zagotavljale svobodno izražanje mnenja ljudstva pri izbiri zakonodajnih teles." Da je načelo periodičnosti sestavni del volilne pravice, pove tudi odločba. Gre za človekovo pravico, kar je upoštevalo Ustavno sodišče z odločbo št. U-I-163/99 z dne 23. 9. 1999 (Uradni list RS, št. 80/99, in OdIUS VIII, 209), ko je odločilo, da mora imeti periodičnost volitev prednost pred sicer ugotovljeno protiustavnostjo zakonske ureditve glede ustanovitve občine iz odločbe št. U-I-301/98.

21. Tudi v tem primeru je Ustavno sodišče poseglo v človekovo pravico volivcev na območjih mestne občine Koper in občine Trebnje. Do takšnih posegov v to temeljno politično človekovo pravico mora biti po mojem mnenju Ustavno sodišče skrajno zadržano. Opraviti mora še posebej po odločbi št. U-I-163/99 ustavnopravno tehtanje vrednot v koliziji, pri čemer je zame glede na navedeno periodičnost volitev visoko na lestvici ustavnih vrednot, ker zadeva same temelje demokratične ureditve. Glede na navedeno sem glasovala tudi proti 5. točki izreka odločbe.

mag. Jadranka Sovdat
Sodnica

²¹ P. Jambrek v: L. Šturm, cit. delo, str. 48.

²² Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94.