



REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE

Številka: U-II-2/11-14

Datum: 19. 4. 2011

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNICE MAG. JADRANKE SOVDAT
K ODLOČBI ŠT. U-II-2/11

1. Ustavnopravno bistvo osamosvojitve Republike Slovenije ni bilo samo v tem, da smo kot prejšnja enota federalne države postali samostojna in suverena država, ampak predvsem tudi v tem, da je bila ta samostojna država vzpostavljena kot demokratična pravna država, ki priznava osebno dostojanstvo ter človekove pravice in temeljne svoboščine vsakega človeka. Samostojnost in neodvisnost bosta zato v naši zavesti vedno pomenili predvsem tudi to, da je bila država vzpostavljena na novih vrednostnih temeljih, ki kljub temu, da je bila osamosvojitve dosežena na praven način, pomenijo prelom s prejšnjo nedemokratično državo, v kateri je prihajalo do hudih in grobih kršitev človekovih pravic. V tem pogledu zato ni mogoče govoriti o pravni kontinuiteti.¹ Nova država je nastala na temelju zahteve po spoštovanju človekovih pravic (prvi odstavek III. točke Temeljne ustavne listine), ki je vgrajena tako v same temelje slovenske ustave (Preambula) kot v pomemben del njenih določb. Zato je prav, da ta demokratična država odpre arhive, ki so navedeni v tretjem odstavku 65. člena Zakona o varstvu dokumentarnega in arhivskega gradiva (Uradni list RS, št. 30/06 – v nadaljevanju ZVDAGA), torej tudi arhive obveščevalno-varnostne službe (Službe državne varnosti – v nadaljevanju SDV) nekdanje države, ki so nastali pred konstituiranjem prvega demokratično izvoljenega parlamenta, tedaj imenovanega skupščina. Odprtje teh arhivov naj med drugim omogoči tudi znanstveno proučevanje še ne tako oddaljenega zgodovinskega obdobja, kot zatrjuje predlagatelj, sama pa bi rekla, ne samo to: omogoči naj zavedanje nas in bodočih rodov o storjenih nedopustnih kršitvah človekovih pravic, ki ne danes ne v bodoče ne smejo biti več dovoljene. Ko država to stori (namreč ko odpre te arhive) in to stori bistveno prej, kot je to sicer običajno zaradi varstva drugih vrednot, je prav, da ravna na način, ki je vgrajen v same temelje njenega nastanka, tako torej, da pri tem sama spoštuje človekove pravice in temeljne svoboščine. Tako so ne nazadnje ravnali tudi v državi, na katere ureditev se dostikrat sklicujemo, v Zvezni republiki Nemčiji, ko je šlo za ureditev dostopa do arhivov tajne policije *Stasi*. Kajti to je sedaj ravnanje te demokratične države, ki se presoja po tem, ali temelji na spoštovanju vladavine prava in človekovih pravic, in ne ravnanje prejšnje države, ki je ni treba in je tudi ne želimo varovati. To je zame temeljno ozadje zadeve, ki se je znašla pred nami.

¹ Po mojem mnenju tudi navedb teoretikov, na katere se sklicuje predlagatelj, ni mogoče razumeti kot zanikanje tega. Prof. Cerar govori o treh vidikih kontinuitete med staro in novo ustavno ureditvijo, in sicer: ohranitev prejšnjih predpisov, ki "**ostajajo sprejemljivi tudi v novem ustavnem sistemu** (poud. J. S.)", v uporabi, novo ustavo je sprejela skupščina, ustava je bila sprejeta po ustavnorevizijskem postopku stare ustave; M. Cerar, Ustava Republike Slovenije : z uvodnim komentarjem dr. Lojzeta Udeta, dr. Franca Grada in Mira Cerarja, ml., Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1992, str. 8. Prav tako takó ni mogoče razumeti akademika prof. Pavčnika, ki pravi, da Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine temelji na načelu pravne kontinuitete, kar pomeni, da prej veljavni formalni pravni viri ostanejo v veljavi, vendar s pomembnim dostavkom: "**če so po svoji vsebini takšni, da ne nasprotujejo slovenskemu pravnemu redu** (poud. J. S.)" M. Pavčnik, Teorija prava : prispevek k razumevanju prava, 3. razširjena in dop. izd., GV Založba, Ljubljana 2007, str. 398, in potrditev pomena dostavka str. 399.

Vendar nisem glasovala proti odločbi zato, ker bi imela glede teh temeljnih vprašanj kakršnekoli pomisleke. Nasprotno, menim, da drugače sploh biti ne more. Vprašanje je tudi, kakšna bi bila moja končna opredelitev, če bi Ustavno sodišče opravilo presojo v celoti, tako kot menim, da bi jo moralo opraviti. Vendar tega ni storilo. Glasovala sem proti odločbi, ker se ne strinjam s tem, da se je Ustavno sodišče ustavilo na samem začetku ob ugotovitvi, da Državni zbor ni izkazal zatrjevanje protiuustavnosti veljavne ureditve že zato, ker so njegove navedbe abstraktne ali nezadostne, in da se zato nadaljnje razpravljanje o protiuustavnosti zakonske ureditve konča že na tej točki; še toliko manj je po tem potrebno nadaljnje razpravljanje glede nastanka protiuustavnih posledic.

2. Ustavno sodišče je v 18. točki odločbe št. U-II-1/11 z dne 10. 3. 2011 (Uradni list RS, št. 20/11) zapisalo, da mora "Državni zbor (...) v svoji zahtevi (...) jasno in določno navesti, katere določbe veljavnega zakona so protiuustavne in iz katerih ustavnopravnih razlogov", ter da ima enako breme utemeljevanja tudi glede navedb, da sprejeti zakon odpravlja obstoječe protiuustavnosti na ustavnoskladen način. S tem je Ustavno sodišče jasno povedalo, da je Državni zbor tisti, ki nosi takò trditveno breme zatrjevanja protiuustavnosti kakor tudi breme njene utemeljitve – torej mora ne le zatrjevati protiuustavnost, ampak jo mora z ustavnopravnimi razlogi tudi utemeljiti, pri čemer mora protiuustavnost že obstajati. S tem se seveda strinjam. Ne strinjam pa se s tem, kar večina tokrat zapiše v točkah 8 in 9 obrazložitve odločbe. Zahteva se namreč, da navedbe Državnega zbora "očitno izkažejo obstoječo protiuustavnost", v tem primeru torej odgovorijo na vprašanje, ali "očitno izkazujejo protiuustavnost tretjega odstavka 65. člena veljavnega ZVDAGA". Na eni strani je videti, kot da Ustavno sodišče v izhodišču sledi svojim že uveljavljenim stališčem, zadnjič zapisanim v odločbi št. U-II-1/11. In če odmislimo ta del o "očitni izkazovanosti", jim sledi, ker imamo pred seboj (v izhodišču, ne nujno tudi v končni oceni!) prav tak primer, kot smo ga imeli pri odločanju v zadevah št. U-II-2/09 in U-II-1/10. Če bi hoteli vzpostaviti drugačna pravila, bi morali spremeniti svoje dosedanje stališče in to tudi zelo jasno povedati. Nismo ga spremenili. Pa kljub temu je na drugi strani videti, kot da smo postrožili zahtevano aktivnost predlagatelja. S tem seveda ne prispevamo k jasnosti stališč Ustavnega sodišča. Pojem očitni je doslej Ustavno sodišče sicer že razložilo v sklepu št. Up-62/96 z dne 11. 4. 1996 v neposredni povezavi z očitnostjo kršitve človekove pravice, na podlagi katere je mogoče še pred izčrpanjem izrednih pravnih sredstev odločati o ustavni pritožbi. Na to opredelitev se je sklicevalo tudi v marsikateri svoji kasnejši odločitvi. Za pojem očitni je navedlo, da "pomeni takšen, ki ga ni mogoče ovreči ali omajati niti po vsestranskem preizkusu, ker vse okoliščine, zdrava pamet in vse izkušnje, brez dokazovanja in brez možnosti nasprotnega utemeljevanja izključujejo vsako možnost drugačnega sklepa." Ne da bi se spustila v analizo te opredelitve, bi v tem pogledu lahko v zadevah, kakršno imamo pred seboj, govorili kvečjemu o očitni protiuustavnosti. Vendar Ustavno sodišče tega kriterija ni vzpostavilo in ga ni hotelo vzpostaviti ne v odločbi št. U-II-1/11, ne v tej odločbi. Kaj torej pomeni "očitno izkaže", da obstaja protiuustavnost (ki mora obstajati, ne zahteva pa se zanjo, da je očitna, kajti o tem, ali ima predlagatelj ustavnopravno prav, bo presodilo Ustavno sodišče), si ob uvodoma navedeni opredelitvi, kakšno breme zatrjevanja in utemeljevanja je Državnemu zboru naloženo (ki je po mojem mnenju jasna), pravzaprav ni mogoče prav dobro predstavljati. Ocene "ne obrazloži, temveč jih zatrjuje zgolj abstraktno, ne da bi jih konkretiziral", "ni navedb o tem, v čem bi ureditev (...) sploh lahko škodovala interesom sedanje Republike Slovenije" (11. točka odločbe), "očitkov (...) ni utemeljil s konkretnimi navedbami" (13. točka obrazložitve odločbe), če bi bile utemeljene, bi namreč vse sodile pod to, da je bodisi trditvena podlaga prešibka bodisi

ni ustavnopravnih razlogov, ki utemeljujejo protiustavnost. Zakaj je potem tokrat treba uporabiti izraz "očitno izkaže"? To je že prvo, kar me moti v odločbi. Drugo, s tem povezano pa je, kaj pomeni, da morajo obstajati konkretne navedbe. So to ustavnopravno "konkretne" navedbe, kar bi pomenilo ustavnopravne razloge, ustavnopravne argumente glede ustavnosti zakonske ureditve, ali so to "konkretne" navedbe v smislu dejanskih podatkov, kot bi izhajalo iz 13. točke obrazložitve odločbe?

3. Menim, da bi Ustavno sodišče moralo presoditi utemeljenost predlagateljevih navedb, ker vsaj v delu (in ena ugotovljena protiustavnost zakonske ureditve zadošča, ni treba, da je zakonska določba v neskladju z več določbami Ustave) je Državni zbor svojo obveznost zatrevanja in utemeljevanja protiustavnosti izpolnil. Menim namreč, da predlagatelju ni mogoče očitati, da zahteve ni obrazložil, da ni ponudil ustavnopravnih razlogov v utemeljitev svojih trditev, takšnih ustavnopravnih razlogov, ki jih presojamo kot upoštevne, kadar imamo opravka z oceno ustavnosti predpisa – torej ustavnopravno "konkretnih". Tudi ugovora nasprotnega udeleženca, predlagatelja referendumu, ki se nanaša na konkretno izražene posledice, ne razumem v takšnem pomenu, kot ga uporablja odločba, kajti predlagatelj referendumu ta ugovor "konkretnih protiustavnih posledic" zelo jasno poveže s pravico do referendumu in razmerjem med njima. Poveže ju torej s tisto fazo našega testa, ki jo označujemo kot tehtanje ustavno varovanih vrednot, pri čemer je ena od njih ustavno določena pravica zahtevati referendum, ki jo predlagatelji referendumu v tem postopku varujejo. Do te faze pa ob odgovarjanju na prvo vprašanje, ali je veljavni zakon protiustaven, še ne pridemo. Če takšno argumentiranje sprejmemo, se zgodi "zamenjava tez". Če pa bi se spustili v to, ali so posledice konkretno izkazane tudi glede prve zatrevane protiustavnosti (varnost države in interesi Republike Slovenije), pa se zastavlja celo vprašanje, ali lahko predlagatelj v tem specifičnem primeru, ko imamo opravka s tajnimi podatki, ki jih hrani Arhiv in ki so pod posebnim režimom, res razkrije posledice z navajanjem posamičnih primerov (tako konkretno torej), saj to lahko pomeni razkritje tajnosti same.

4. Po mojem mnenju je predlagatelj dovolj "konkretno" navedel razloge najmanj glede drugega dela zatrevanih protiustavnosti, kolikor gre za posege v človekove pravice posameznikov. Vprašanje seveda je, ali se z njimi strinjamo – vendar je to presoja utemeljenosti njegovih navedb oziroma presoja tega, ali njegove argumente sprejemamo ali ne, ne pa odpravljanje razlogov z očitkom, da ni izpolnil bremena zatrevanja in utemeljevanja protiustavnosti že veljavne ureditve. Očitek, da pri tem predlagatelj ni bil "konkreten", po tem, ko je podal tudi dokazni predlog, do katerega se Ustavno sodišče ni opredelilo, se mi tudi ne zdi na mestu. Dokazni predlog pa se nanaša na vpogled v gradivo, ki ni v domeni predlagatelja in ta z njim tudi ne razpolaga, ampak je njegov skrbnik Arhiv Republike Slovenije. Ali v tem posebnem primeru, ko gre za posebno tajno gradivo, tak predlog res sploh ne more biti upošteven? Po tem, ko smo v prejšnji tovrstni zadevi pridobili celo kopico podatkov in smo dovolili njihovo pridobivanje še po končani javni obravnavi?

5. Predlagatelj zatruje obstoj protiustavne pravne praznine, kar naj bi bilo v neskladju s 17., 34. in 35. členom ter z drugim odstavkom 14. člena Ustave. Meni, da je tretji odstavek 65. člena ZVDAGA sicer zasledoval ustavno dopusten cilj, da se zagotovi čim bolj popolna zgodovinska analiza obdobja druge Jugoslavije, vendar ocenjuje da zakonska ureditev ne preneha testa sorazmernosti in da prekomerno posega v človekove pravice. Meni, da je zasledovani cilj mogoče doseči tudi z bolj selektivno opredelitvijo dostopa do arhivov. Pri tem že uvodoma opozori na 4. člen Uredbe o

izročanju gradiva iz nekdanje Službe državne varnosti (Uradni list RS, št. 50/07). Na njegovi podlagi je direktor Sove 1. 7. 2008 ob izročitvi gradiva Arhivu Republike Slovenije arhivskemu gradivu SDV določil stopnjo tajnosti TAJNO, ker da bi razkritje nekaterih tajnih podatkov v tem gradivu lahko hudo škodovalo varnosti in interesom Republike Slovenije. Zatrjuje, da je navedena določba Uredbe protiustavna, ker je v nasprotju z veljavnim besedilom tretjega odstavka 65. člena ZVDAGA, po katerem je vse arhivsko gradivo obveščevalne službe, nastalo pred 17. 5. 1990, dostopno brez omejitev. Opozori pa tudi na to, da je direktor Varnostno obveščevalne službe 24. 12. 1991, torej naslednji dan po razglasitvi prve ustave samostojne demokratične države, določil, katere registrirane tekoče zadeve so zaradi interesa varnosti države še naprej del redne obveščevalne dejavnosti takratne službe državne varnosti, s čimer naj bi bila narejena selekcija gradiva v smeri upoštevanja ustavne demokracije, kar vključuje tudi spoštovanje človekovih pravic. Večina meni, da navedbe predlagatelja, ki se nanašajo na zakonitost Uredbe o izročanju gradiva iz arhiva nekdanje službe državne varnosti, pri tem sploh niso pomembne (15. točka obrazložitve odločbe). To po mojem mnenju ne drži.

6. Predlagatelj ima prav, ko zatrjuje protiustavnost 4. člena Uredbe. Po tretjem odstavku 65. člena ZVDAGA je namreč vse arhivsko gradivo, katerega predajo Arhivu ureja ta uredba, javno. Predlagatelj navaja, da je Arhiv Republike Slovenije prevzel gradivo SDV 1. 7. 2008 (zato je čas uveljavitve ZVDAGA – april 2006, omenjen v 14. točki obrazložitve odločbe, zavajajoč), pri čemer je direktor Sove s tem dnem določil stopnjo tajnosti TAJNO tistemu delu gradiva, za katerega je ocenil, da bi njegovo razkritje škodovalo varnosti in interesom Republike Slovenije. To pa pomeni, da je po volji zakonodajalca vse arhivsko gradivo SDV javno (kajti pooblastilo zakonodajalca iz četrtega odstavka 66. člena ZVDAGA za podaljšanje roka nedostopnosti arhivskega gradiva na predlog javnopravne osebe, ki mora to gradivo izročiti, ne velja za to gradivo), po 4. členu Uredbe pa je javen samo tisti del tega gradiva, za katerega je takò na podlagi Uredbe in ne na podlagi zakonskega pooblastila odločil direktor Sove. Povsem jasno je, kaj to pomeni. Takšno protiustavno uredbo lahko izloči vsak prvostopenjski sodnik na podlagi pravila o *exceptio illegalis* v vsakem sodnem postopku. In po tem se zastavi vprašanje ustavnosti zakonske ureditve; točno tako, kot ga zastavlja predlagatelj. Če je bil del gradiva SDV ob izročitvi Arhivu opredeljen s stopnjo tajnosti TAJNO, to po mojem mnenju seveda pomeni, da ni mogoč vpogled vanj; če bi bilo drugače, ni videti smisla v tej oznaki tajnosti. Tako imamo opravka s tem, da na eni strani, kljub jasni zakonski določbi o dostopnosti gradiva "brez omejitev", lahko niso dostopni podatki, ki bi morali biti dostopni (to so lahko npr. tudi osebni podatki nosilcev javnih funkcij v nekdanji državi, kolikor se nanašajo na njihovo opravljanje javne funkcije in se ne nanašajo na tisti del njihove zasebnosti, ki mora biti kljub opravljanju javne funkcije varovan), ker ne pomenijo nedopustnega posega v posameznikove človekove pravice. Na drugi strani pa so lahko javno dostopni podatki, katerih razkrivanje nedopustno posega v posameznikove človekove pravice.² Dokler nimamo pred seboj vsakega posamičnega primera, ocene o morebitnem nedopustnem poseganju v človekove pravice posameznika ne moremo podati. In prav to zatrjuje tudi predlagatelj.

² Res je, da tega predlagatelj ne zatrjuje, vendar tretji odstavek 65. člena ZVDAGA ne varuje celo t. i. občutljivih osebnih podatkov, ki jih je SDV pridobivala s kršitvami človekovih pravic od oseb na javnih funkcijah. Splošno znan je primer ljubljanskega sodnika (sodna funkcija je bila javna funkcija tudi v nekdanji državi), ki je bil obsojen na podlagi hudih kršitev njegovih človekovih pravic.

7. Državni zbor zatrjuje, da obstoječa zakonska ureditev onemogoča tehtanje pristojnega državnega organa, ali lahko dostop do konkretnega gradiva ogrozi pomembne državne interese, kar sicer omogoča prvi odstavek 65. člena ZVDAGA, in še več, onemogoča tehtanje, ali lahko tak dostop ogrozi varstvo ustavno zagotovljenih temeljnih pravic posameznikov. Zatrjuje, da neomejena dostopnost arhiva SDV, ki se nanaša na obveščevalno in protiobveščevalno dejavnost, lahko povzroči kratenje človekovih pravic osebam, katerih podatki so vsebovani v gradivu, zlasti njihovo osebno varnost ter osebno dostojanstvo in celo življenje teh oseb (pravi, da razkritje sodelovanja lahko sproži nasilna dejanja zoper osebe in njihove družinske člane, posamezniki bi bili lahko kazensko preganjani v tuji državi, poseglo bi se v identifikacijske podatke posameznikov in njihovih družinskih članov), huje škodi varnostnim, gospodarskim in zunanjepolitičnim interesom Slovenije (tudi interesom slovenskih manjšin v sosednjih državah), pa tudi škodi verodostojnosti in ugledu države v mednarodni skupnosti. Predlagatelj pravi, da je konkretnejše posledice za konkretnega posameznika mogoče natančno predvideti le ob predhodni preučitvi vsakega primera posebej, zaradi česar predlaga, naj Ustavno sodišče ob spoštovanju zaupnosti pridobi v ta namen od Arhiva Republike Slovenije vzorčne dokumente ter pojasnila Sove v zvezi z morebitnimi posledicami ob razkritju teh dokumentov. Meni, da 34. in 17. člen Ustave varujeta tudi pričakovano osebno dostojanstvo in osebno varnost in da ni videti razumnega razloga v smislu 14. člena Ustave, zakaj ti ne bi bili enako varovani v zvezi z razkritjem identitete posameznika, ne glede na datum 17. 5. 1990. Menim, da je treba pritrditi predlagatelju, da je ustavnopravno mogoče preprečiti nedopustne posege v navedene človekove pravice in hkrati doseči ustavno dopusten cilj, ki ga zasleduje tudi predlagatelj referendumu, samo ob spoštovanju načela sorazmernosti in na podlagi tehtanja v vsakem posamičnem primeru. Veljavna zakonska ureditev tega ne dovoli, Uredba, ki prepusti to pravico tehtanja direktorju Sove, pa nima zakonske podlage in je torej že zaradi tega protiuustavna, in sicer je v neskladju z načelom zakonitosti, kar predlagatelj tudi zatrjuje.

8. Odgovor, ki ga na zatrjevano protiuustavnost ponuja odločba v 13. točki, po mojem mnenju na navedena zatrjevanja ne odgovori. Menim celo, da odgovori ustavnopravno napačno. Seveda je mogoče *ex post facto* zahtevati sodno varstvo pravic posameznika. Vendar ni mogoče spregledati tega, da škodljivih posledic, ki nastanejo z nedopustnimi (kar je lahko zakonito, vendar protiuustavno) posegi v osebno dostojanstvo, v pravico do zasebnosti in v pravico do varstva osebnih podatkov kot specialno pravico v razmerju do pravice do zasebnosti, do katerih pride v posameznih primerih, morebiti sploh ni mogoče več odpraviti. Zato pritrjujem predlagatelju, da mora v takšnih primerih zakonodajalec upoštevati pravno naravo teh pravic in predvideti njihovo ustrezno varstvo, preden do teh posledic pride. Predlagatelj govori o "pričakovanem varstvu osebnega dostojanstva in osebne varnosti" iz 34. in 17. člena Ustave. Oceno, da veljavni zakon ne daje zadostnih ustavnih jamstev za varstvo človekovih pravic (zlasti iz 8., 9. in 10. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS, št. 11/94, MP, št. 3/94 – EKČP) posameznikov, je podala tudi Varuhinja človekovih pravic in predlagatelj je to mnenje priložil zahtevi.

9. Predlagatelj zatrjuje in utemeljuje tudi, na kakšen način naj bi sprejeta novela ZVDAGA te protiuustavnosti odpravljala. Ocenjuje, da je zaradi posledic, ki bi se udejanjile kot kratenje ustavno zagotovljenih pravic, potrebna ustavnosodna presoja, saj da gre za vrednote človekovih pravic in upoštevne ustavne vrednote nacionalne varnosti Republike Slovenije kot države. Trditve in utemeljitve Državnega zbora so po mojem

mnenju takšne, da bi morale Ustavno sodišče na njih odgovoriti, opredeliti bi se moralo tudi do dokaznega predloga glede vpogleda v arhivsko gradivo, ne pa jih označiti kot "abstraktne" in "ne-konkretne". Šele po vsebinski opredelitvi do teh navedb bi se lahko opredelilo do tega, ali imamo opravka s protiustavno zakonsko ureditvijo, in če bi ocenilo, da je protiustavna, bi moralo oceniti še, ali je predlagatelj utemeljil odpravo protiustavnosti s sprejeto zakonsko novelo. Šele, če bi tudi na to odgovorilo pritrdilno, bi moralo narediti še nadaljnjo oceno, ali se mora zaradi varstva ustavnopravnih vrednot, ki jih ta vprašanja zadevajo, umakniti ustavna pravica do referendumu. Do teh ocen Ustavno sodišče sploh ni prišlo glede na postavljeno izhodišče, da Državni zbor zaradi svojih abstraktnih, ne-konkretnih navedb sploh ni ponudil ustavnopravnih argumentov za oceno, da imamo opravka s protiustavno ureditvijo. Temu pa glede na navedeno nisem mogla pritrditi.

mag. Jadranka Sovdat
s o d n i c a