



REPUBLIKA SLOVENIJA  
USTAVNO SODIŠČE

Številka: U-II-1/10

Datum: 14. 6. 2010

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA JANA ZOBCA K ODLOČBI ŠT. U-II-1/10, KI SE MU PRIDRUŽUJE SODNIK DR. ERNEST PETRIČ**

I.

1. Svoja razmišljanja o zahtevi za prepoved referendumov začenjam tam, kjer bi se morala pravzaprav skleniti – pri tehtanju med pravico do referendumov in posledicami, ki bi jih pomenila zavrnitev zakona na referendumu. Odločitev o (ne)dopustitvi referendumov je namreč odvisna od odgovora na vprašanje, kateri od ustavnih vrednot, ki sta (so) v konfliktu, je treba dati prednost. Prvi korak pri iskanju odgovora na to vprašanje je opredelitev "teže" konkurirajočih si vrednot.<sup>1</sup>

2. Najprej bi začel s pravico do referendumov, ki jo je Ustavno sodišče opredelilo kot "človekovo pravico". To je prvič storilo v odločbi št. U-I-47/94 z dne 19. 1. 1995, kjer je navedlo: "Ker 90. člen pomeni ustavno izpeljavo ustavne pravice do neposrednega odločanja državljanov iz 44. člena Ustave, pa tudi zato, ker je tudi v njem samem zajeto pravico 40.000 volivcev, da zahtevajo razpis referendumov, možno šteti za 'človekovo pravico', podvrženo pravnemu režimu iz 15. člena Ustave, tudi za morebitne zakonske posege v njegove določbe (kolikor se nanašajo na to ustavno pravico) veljajo določbe drugega in tretjega odstavka 15. člena Ustave." Sam v referendumu bolj kot človekovo pravico vidim pomembno orodje v sistemu zavor in ravnotežij, ki ima različne vloge in učinke – odvisno od tega, kdo je predlagatelj referendumov. Kadar so to volivci, ima drugačno vlogo, kot referendum, ki ga razpiše Državni zbor na svojo pobudo. Drugačna je vloga referendumov, ko ga zahteva Državni svet, in spet drugačna, ko ga zahteva najmanj trideset poslancev. Težko je vse, glede na iniciatorje različne oblike referendumov enačiti in reči, da gre povsod za "enako" izhodiščno težo pravice do referendumov, ne glede na to, kdo referendum zahteva. Gotovo je upoštevna razlika med referendumom, ki ga zahteva najmanj 40.000 volivcev, ki s tem neposredno uresničujejo pravico do referendumov in do

---

<sup>1</sup> Tehtanje (in ravnoteženje) vrednot, ki si konkurirajo, je težko in nevarno početje (hitro lahko namreč prek intuicije zdrkne v arbitrarnost). Tako kot ni mogoče primerjati barve in vonja, dolžine in teže, so tudi posamezne ustavno varovane dobrine med seboj metrično neprimerljive. Pri tehtanju (ta pojem je treba v pravu razumeti samo kot metaforo – prim. S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, *International Journal of Constitutional Law*, let. 7, št. 3 (2009), str. 473) zato ne gre za kvantificiranje, temveč za vzpostavljanje povezav med tekmujočimi vrednotami in za spretnost argumentiranja. Tisto, kar ima težo in kar na koncu obvelja, kar odloči, so argumenti, razumna utemeljitve odločitve znotraj zakona o tehtanju (*law of balancing*), po katerem je dovoljena stopnja nezadovoljitve ene vrednote odvisna od pomembnosti zadovoljitve z njo tekmujoče vrednote (prim. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* – prev. J. Rivers, Oxford University Press, Oxford. 2002, str. 101 in nasl.). V posameznem primeru zato ne prevlada vrednota z večjo težo, pač pa tista, ki ima glede na konkretne okoliščine za seboj močnejše argumente.

neposrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev, kot takrat, ko referendum zahteva parlamentarna manjšina. Zahteva najmanj tridesetih poslancev pomeni "samo" posredno obliko sodelovanja pri upravljanju javnih zadev. Tu gre namreč za zahtevo, rojeno znotraj predstavniške demokracije, ki pomeni njen popravek, kontrolo oziroma zavoro, in ki njene napake in stranpoti odpravlja z vračanjem k svojemu izvoru – k ljudstvu. Ljudstvo (prek referenduma kot orodja) je pri samem nastanku zahteve za referendum udeleženo nič več kot pri vsakokratnem glasovanju v državnem zboru – samo posredno, prek izvoljenih predstavnikov.

3. Zato tudi na zahtevo tridesetih poslancev za razpis referenduma ni mogoče gledati drugače. Ali bo sploh prišlo do take zahteve, ki šele rodi človekovo pravico do referenduma, je odvisno izključno od dveh naključij, pri čemer na nobeno od njih volivci ne morejo neposredno vplivati – prvo naključje je položaj, ko je pri sprejetju določenega zakona vsaj trideset poslancev ostalo v manjšini, in drugo je avtonomna odločitev teh poslancev, naj o tem zakonu, pri katerem so bili preglasovani, odloči ljudstvo na referendumu. Kot človekova pravica, ki sploh ni dana v roke ljudem (tako, kot jim je dana pravica do periodičnih državnozborskih volitev), se mi zdi tak referendum, dokler je šele v fazi zahteve za razpis, tudi od ljudi relativno oddaljen (natanko toliko, kot je od njih oddaljena sleherna odločitev predstavnikov ljudstva v parlamentu), in zato manj pomemben od referenduma, ki ga zahteva vsaj 40.000 volivcev – ter zato s tega vidika lahko nekoliko bolj dostopen omejitvam.

4. Po drugi strani pa je prav ta referendum izjemno močno orodje, ki deluje kot varovalo šibkejših v političnem procesu (in njihovih volivcev) pred nedemokratsko ter parlamentarni dialog in politični diskurz neupoštevajočo parlamentarno večino. Ker varuje manjšino pred "tiranijo" večine (s tem izrazom so mišljeni položaji, ko prevlada argument moči nad močjo argumenta, položaji onkraj ustavne strpnosti, ko parlamentarna večina zasleduje le svoje lastne interese), ker sili k strpnemu in demokratičnemu dialogu, k iskanju skupnih rešitev, in ker omogoča razvoj ustavnega pluralizma, "v katerem se ustavni akterji medsebojno omejujejo, tako da se sprejme čim manj enostranskih odločitev in čim več takih, ki gredo v dobro čim večjega števila in ki čim bolj zasledujejo vrhovno vrednoto človekovega dostojanstva",<sup>2</sup> pridobiva na teži. Čeprav je namenjen ljudem in varovanju njihovih pravic in interesov, in čeprav je "veto točka šibkejših v političnem procesu"<sup>3</sup> in čeprav tiste, ki z večino glasov v parlamentu zasledujejo samo lastne koalicijske interese, sili k iskanju kompromisov,<sup>4</sup> ima svoje meje. Kajti tam, kjer (že) v parlamentu ni prostora za kompromise, tudi ni referenduma. Kdaj in kje je ta meja, je stvar tehtanja v vsakem posameznem primeru, ko mora Ustavno sodišče (v pravnem diskurzu in na podlagi argumentacije) tehtati med "veto točko šibkejših" in ceno, ki bi jo bilo treba za to plačati (možnostjo, da bi referendum povzročil protiustavne posledice).

5. In kaj je na drugi strani tehtnice? Ali ni morda nekaj, kar pravico do referenduma povsem izniči, jo na določenem (v tem primeru morda bistvenem) področju naredi celo neobstoječo?

<sup>2</sup> Gl. M. Avbelj, Ustavni monizem in krčenje referendumskega odločanja – kritična analiza doktrine zlorabe referenduma, Revus, št. 4 (2005), str. 87.

<sup>3</sup> Prav tam.

<sup>4</sup> Prav tam, str. 86.

## II.

6. Zgodovinske izkušnje nas učijo, da nosi demokracija v sebi kali samouničenja. Za njeno preživetje (za zaščito pred njo samo) je zato nujen imunski podsistem, tako tisti, čigar orodje je referendumsko pobuda parlamentarne manjšine, "s katerim se zagotavlja ustavni pluralizem in konstruktivni političnointeresni diskurz",<sup>5</sup> kot oni, ki preprečuje, da bi se (čeprav znotraj ustavnega pluralizma, ali prav zaradi tega) v imenu demokracije ukinjala (ustavna) demokracija.<sup>6</sup> Pomemben del tega podsistema je varovalka, ki jo pomeni ustavna prepoved referendumov – če kdaj, takrat, ko je referendumsko pobuda usmerjena v nespoštovanje odločb Ustavnega sodišča. Zato je že v izhodišču ustavno zgrešena ideja, naj se o "veljavnosti" odločbe Ustavnega sodišča kot zadnja instanca izreče ljudstvo na referendumu.<sup>7</sup> Še posebej, kadar jo spremlja neprikrit namen predlagateljev referendumov, da bi na tak način izigrali obveznost zakonodajalca, ki izhaja iz odločbe Ustavnega sodišča. Kajti njihov cilj ni, da bi bil ZUSDDD-B na referendumu podvržen legitimnemu premisleku in nadzoru ljudstva, temveč da bi ljudska volja ta zakon zavrnila ter da bi se kot posledica tega protiustavno stanje, ugotovljeno z odločbo U-I-246/02, ki traja že več kot sedem let, nadaljevalo.<sup>8</sup> Ustavno nedopustna je podmena predlagateljev referendumov, da je to, ali naj se spoštujejo odločbe Ustavnega sodišča, stvar večinskega odločanja. V odločbi U-I-111/04 z dne 8. 7. 2004 je Ustavno sodišče navedlo, da "Ustava [...] zavezuje tudi državljane, kadar oblast izvršujejo neposredno (drugi odstavek 3. člena) z odločanjem o posameznem zakonu na referendumu", ter da je "[V] Republiki Sloveniji [...] vzpostavljena t. i. ustavna demokracija, katere bistvo je to, da lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej temeljne človekove pravice in svoboščine (Preambula k Ustavi), prevladajo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine." Kadar pa se je o teh vrednotah že izreklo Ustavno sodišče in je zakonodajalcu naložilo odpravo ugotovljene protiustavnosti, referendum o zakonu, ki na ustavnoskladen način uresničuje odločbo Ustavnega sodišča ter se pri tem omejuje na odpravljanje ugotovljene protiustavnosti, ki jo je mogoče odpraviti samo na en način (ter pri tem ureja le še postranska in tehnična vprašanja, vprašanja, ki imajo naravo "pritikline" ter tista vprašanja, ki so nujna za popolno varstvo človekovih pravic, ki jih je prav tako mogoče rešiti samo na en način), ima institut ustavnosodne

<sup>5</sup> Prav tam, str. 93.

<sup>6</sup> To nevarnost ilustrira zanimiva in aktualna misel B. M. Zupančiča, da je "[d]anes [...] z vplivom manipulativnih medijev še posebno lahko zavesti demokratično večino, da si izvoli nedemokratičnega tirana", ter nato, da je "[u]staviti nekega večinsko podprtega Miloševića, ali za ta del tudi Haiderja, Kučme, Hitlerja, Mussolinija itd., [...] mogoče samo na podlagi ustave kot pogodbe, ki nosilce izvršilne oblasti podreja presoji ustavnega sodišča" (Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin; ob njeni 50. obletnici, Informacijsko-dokumentacijski center Sveta Evrope pri NUK, Ljubljana 2000, str. 1).

<sup>7</sup> V zgodovini severnoameriškega ustavnštva je znan primer ustave države Kolorado, ki je (na podlagi vnetih nastopov T. Roosevelta) z ustavnimi spremembami leta 1912 uvedla institut odpoklica sodnih odločb (*recall of judicial decisions*), po katerem je lahko ljudstvo na referendumu odločitev Vrhovnega sodišča države Kolorado, s katero je razglasilo zakon ali mestni statut za protiustavnega, suspendiralo tako, da je protiustaven pravni akt ostal v veljavi. Kasneje je Vrhovno sodišče ta ustavni amandma razglasilo za neskladen z ustavo Združenih držav. Več gl. S. Stagner, *The Recall of Judicial Decisions and the Due Process Debate*, *American Journal of Legal History*, let. 24, št. 3 (1980), str. 257–272.

<sup>8</sup> Tu je že na prvi pogled jasno, da bi bil referendum obremenjen z demokratičnim primanjkljajem – ter da bi imel namesto legitimizacijskega, zakonodajnega in nadzornega predvsem politični značaj (prim. A. Teršek, Z referendumom nad demokratičnost in legitimnost, *Pravna praksa*, št. 7 (2004), str. 37). Tak namen predlagateljev referendumov (ki tej pravici v obravnavanem primeru jemlje nekaj "teže") je razviden iz njihovih očitkov odločbi Ustavnega sodišča U-I-246/02, ki je podlaga ZUSDDD-B; ti očitki so navedi v točki 43 obrazložitve odločbe.

prepovedi referendumu še posebno težo in pomen. Po mojem tolíkšno, da v tem delu (v delu, kjer pomeni zakon samo uresničitev enoznačne obveznosti, ki jo nalaga odločba Ustavnega sodišča) ne samo pretehta nad "človekovo pravico" do referendumu, ampak jo povsem izniči – tako daleč pravica do referendumu enostavno ne seže. Zato v tem delu niti ne more priti do kolizije ustavno varovanih vrednot.<sup>9</sup> Obstaja namreč samo ena ustavna vrednota – pravilneje, zapoved: obveznost zakonodajalca uresničiti odločbo Ustavnega sodišča.

7. Ali se zato z določbo U-I-246/02 strinjam ali ne, in četudi imam, ali bi imel zoper njo zelo resne pomisleke, so sedaj, ko gre le še za vprašanje njene uresnitve, vsi ti pomisleki, dvomi ali celo nasprotovanja zgolj zaradi tega, ker je to odločba najvišjega organa sodne oblasti za varstvo človekovih pravic in ker so njegove odločbe obvezne,<sup>10</sup> docela nepomembni. Ta odločba je absolutno in brezpogojno zavezujoča – za Državni zbor, za njegove poslance, za ljudstvo (volivce) in za ustavne sodnike, ko odločajo o dopustitvi referendumu. Ker obstaja ustavna dolžnost zakonodajalca, da odpravi protiustavnosti, ugotovljene v odločbi Ustavnega sodišča (2. člen in drugi odstavek 3. člena Ustave - prim. odločbo U-I-114/95 z dne 7. 12. 1995, Uradni list RS, št. 8/96, in OdlUS IV, 120), so protiustavne vsakršne, tudi še tako "demokratske" ovire, s katerimi bi si (četudi nastopa v svoji izvorni obliki kot ljudstvo) oteževal ali preprečeval doseganje tega ustavnega cilja.

8. V teh okoliščinah ima odločba Ustavnega sodišča drugačno moč, učinke in obveznost, kot takrat, ko igra "samo" vlogo precedensa in ko gre le za (relativno) vezanost na standarde, doktrine in stališča, ki jih je v svoji jurisprudenci razvilo sodišče (ti so v razvoju ustavnosodne presoje podvrženi neprestanemu preverjanju, nadgrajevanju, dograjevanju, tudi razgrajevanju). Sprašujem se, kaj bi s tega vidika pomenila dopustitev referendumu. Mislim, da bi resno načela ne le sam obstoj omenjene odločbe, pač pa bi prek podaljšanja in posplošenja v prihodnost na koncu ogrozila celo sam obstoj Ustavnega sodišča. Kaj sploh še ostane od te institucije, če se je mogoče na njene odločbe enostavno požvižgati – če ne drugače tudi tako, da se za doseg tega cilja izkoristijo vsi mehanizmi demokratičnega odločanja. In koliko bi bilo Ustavnega sodišča še danes, če bi samo prek dopustitve referendumu to omogočalo – ali ne bi to *in futuro* pomenilo postopno (samo)ukinitve najvišjega varuha človekovih pravic.

### III.

9. Če torej postavim na eno stran tehtnice pravico do referendumu in pri tem upoštevam, da bi volivci tu lahko odločali samo o nekaterih nebitnih, postranskih bolj ali manj tehničnih vprašanjih, kar specifično teži te pravice že približuje "izvotljenosti" (o tem, ali naj se izdajo dovoljenja za stalno prebivanja otrok državljanov drugih republik nekdanje SFRJ, ki so se rodili v Republiki Sloveniji po 25.

<sup>9</sup> In zato tudi ne do uporabe testa sorazmernosti, kjer se sodišče sprašuje o ceni, ki jo je treba plačati za poseg v pravico – in ki v prisposobi *J. Riversa* pomeni, da naj se za trenje orehov uporabijo kleščice in ne macola – ta samo, če so kleščice nemočne. Tu je uporaba macole in kleščic nepomembna – naloga sodišča je, da ostane oreh nedotaknjen (prim. S. Tsakyrakis, nav. delo, str. 492–493).

<sup>10</sup> Res je, da "samo" zakon določa, da so odločbe Ustavnega sodišča obvezne. Vendar bi to veljalo tudi, če tega ne bi določal – tak učinek izhaja že iz ustavnega položaja in iz pristojnosti Ustavnega sodišča (160. in 161. člen Ustave).

6. 1991, ker bi bili ti otroci v slabšem položaju kot njihovi starši, se volivci, ker gre za človekove pravice otrok, ne bi mogli izrekati na referendumu – prav tako ne, ko gre za tiste slovenske državljane, ki so bili izbrisani iz registra stalnega prebivalstva in pred sprejemom v državljanstvo niso pridobili dovoljenja za stalno prebivanje), na drugo stran pa vse ostalo – se pravi ne le človekove pravice, katerih spoštovanje in varovanje zagotavlja ZUSDDD-B (dostojanstvo, enakost pred zakonom, varnost),<sup>11</sup> s katerim se je Državni zbor odzval na protiuustavnosti, ugotovljene v 1., 2. in 3. točki izreka odločbe št. U-I-246/02, temveč tudi to, da pomeni neupoštevanje odločbe Ustavnega sodišča kršitev 2. člena in drugega odstavka 3. člena Ustave ter da je od odločbe U-I-246/02 preteklo že več kot sedem let, sem tudi ob dejstvu, da niti ni znano, koliko je oseb, ki si brez ZUSDDD-B ne morejo urediti svojega pravnega položaja (gre za posameznike, ki ob uveljavitvi ZUSDDD niso dejansko živeli v Republiki Sloveniji – bodisi zaradi prisilne odstranitve tujca iz države, bodisi zaradi zapustitve Republike Slovenije iz razlogov, neposredno povezanih z izbrisom iz registra stalnega prebivalstva), prepričan, da imajo tu prednost ustavne vrednote, ki jih zagotavlja ZUSDDD-B. Prepoved referendumu sicer res lahko temelji samo na dejanskih, konkretnih in dokazanih (ne samo teoretičnih, temveč tudi ob otipljivih) protiuustavnih posledicah, ki bi jih povzročila zavrnitev zakona na referendumu, kar pomeni, da mora Državni zbor, ki zahteva prepoved, določno, opredeljeno in konkretizirano navesti (in dokazati), da bi z zavrnitvijo zakona na referendumu prišlo do takih posledic. Vendar je obravnavani primer v tem pogledu poseben. Menim, da sta trditveno in dokazno breme tu obrnjeni. Obrnjeni zato, ker sta smisel in namen ZUSDDD-B povsem jasna in nesporna: odpraviti protiuustavnosti, ki so ugotovljene v odločbi Ustavnega sodišča U-I-246/02. V takih primerih Državnemu zboru ni treba še posebej zatrjevati in dokazovati, da bi z odložitvijo uveljavitve zakona ali zaradi zavrnitve zakona na referendumu lahko nastale protiuustavne posledice. Protiuustavna posledica je že samo dejstvo, da ostaja odločba Ustavnega sodišča neizvršena. Dovolj je že sama odločba Ustavnega sodišča, s katero je Ustavno sodišče ugotovilo protiuustavnost (Ustavno sodišče je sploh ne bi ugotovilo, če se ne bi prepričalo v obstoj protiuustavnosti)<sup>12</sup> in spoznanje, da Državni zbor s predvideno ureditvijo odpravlja protiuustavnosti, ugotovljene v tej odločbi. Če so predlagatelji referendumu mnenja, da z zavrnitvijo zakona na referendumu kljub temu ne bi prišlo do protiuustavnih posledic ali da bi bile te tako neznatne ali malo pomembne, da bi bilo treba dati prednost pravici do referendumskega odločanja (oziroma, po mojem, da je še mogoče govoriti o obstoju človekove pravice do referendumu), je potem na njih breme, da to dokažejo. Pomanjkanje zanesljivih podatkov o tem, koliko od tistih, ki so

<sup>11</sup> Vprašanje je, ali bi krog oseb, izbranih iz registra stalnega prebivalstva, morda pomenil skupino, ki je zaradi izrazite družbene stigmatizacije potisnjena na socialni rob in ki bi jo bilo zato treba obravnavati kot določeno (opredeljivo) družbeno manjšino. V takem primeru bi se že samo zaradi tega moral v neposrednem konfliktu (med družbeno večino in manjšino) obseg pravice do neposrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev in do referendumskega odločanja zožiti, še posebej, ker restriktivnega poseganja v pravice ene skupine ljudi ni mogoče utemeljiti z varstvom pravic druge skupine ljudi (prim. A. Teršek, Ustavnopravne meje referendumske demokracije – ob odločbi US RS št. U-I-111/04-21 in "Primeru džamija", Revus, št. 5 (2005), str. 85). Ta okoliščina bi bila zato lahko dodatna "utež" na strani prepovedi referendumu (varovanje civiliziranega posameznika pred nasiljem drugih je namreč od nekdanje funkcije vsega pravnega – gl. B. M. Zupančič, prav tam) – vendar ne, kadar uživa taka skupina izrazito podporo politično in medijsko vplivne večine.

<sup>12</sup> Ne nazadnje iz 27. točke obrazložitve odločbe U-I-246/02 izhaja, da število oseb, na katere se nanaša, ni veliko. Ustavno sodišče je namreč navedlo, da "[...] ne izključuje možnosti, da so nekateri državljani drugih republik zapustili Republiko Slovenijo tudi zaradi bojzani izreka ukrepa prisilne odstranitve tujca iz 28. člena ZTuj, čeprav so se ti ukrepi izrekli redko in se je praviloma neurejeno prebivanje državljanov drugih republik toleriralo."

bili izbrisani iz registra stalnega prebivalstva, je sploh lahko potencialnih upravičencev na podlagi ZUSDDD-B, ker si brez tega zakona ne morejo urediti svojega položaja (drugače povedano, koliko je tistih, ki iz razlogov, neposredno povezanih z izbrisom, ob uveljavitvi ZUSDDD niso dejansko živeli v Republiki Sloveniji in si zato niso mogli urediti svojega pravnega položaja), zato ne more biti izgovor za nespoštovanje odločbe Ustavnega sodišča.

10. Če torej sklenem: poseg v pravico do referendumu je v tem primeru plitev, površinski in zato neznamenit (ta pravica obstaja namreč samo glede zakonskega urejanja nekaterih postranskih, bolj ali manj tehničnih vprašanj, ki zaradi organske povezanosti z materijo priznavanja stalnega prebivališča za nazaj že po naravi stvari ne bi mogla biti urejena ločeno v nekem drugem zakonu – glede bistvenega, se pravi glede vprašanja, ali naj se odpravijo protiuustavnosti, ugotovljene v 1., 2. in 3. točki izreka odločbe št. U-I-246/02, pa pravice do referendumu sploh ni). Na drugi strani bi zavrnitev zakona na referendumu globoko posegla v ustavno vrednoto, ki jo pomeni spoštovanje odločb Ustavnega sodišča in tudi v samo bistvo pravic, ki jih (za zdaj samo na papirju) varuje odločba Ustavnega sodišča.

Jan Zobec  
Sodnik

dr. Ernest Petrič  
Sodnik