



Številka: U-I-263/18-10
Up-540/18-5
Datum: 9. 4. 2018

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DDr. KLEMNA JAKLIČA K SKLEPU ŠT. U-I-263/18, Up-540/18 Z DNE 9. 4. 2018

Bistvo zadeve je v tem, da je imela Državna volilna komisija (DVK) za določitev dneva glasovanja na referendumu na voljo več datumov, izmed katerih bi jih kar nekaj pravico do referenduma omejilo bistveno manj kot drugi, pa je izmed vseh teh kljub temu izbrala tistega, ki pravico omeji bolj. Takšna odločitev praviloma ne more biti skladna z Ustavo, ki pravico do referenduma, tako kot slovenska, uvršča med temeljne človekove pravice, ki so lahko omejene zgolj v skladu z ustavnim načelom sorazmernosti. Z Ustavo bi bila takšna omejitev skladna le v primeru, če bi na nasprotni strani sorazmernostne tehtnice stala vsaj istovrstno težka, če ne težja človekova pravica oziroma ustavna dobrina. Tega seveda ni mogoče na pamet izključiti, a večina kolegov kljub predlogu tega vprašanja ni želela oziroma ni omogočila preveriti (vprašanje DVK in Vladi, če bi določitev kakšnega drugega, za pravico milejšega datuma z enako ali večjo intenzivnostjo posegla v istovrstno ali drugo človekovo pravico na drugi strani). Ob odsotnosti tovrstnih poizvedb (navedb v spisu), do katerih bi bilo sicer mogoče priti brez odlašanja in bi lahko bile odločilne, sem bil primoran razpolagati zgolj z navedbami ene strani v spisu ter načelom sorazmernosti, ki v takem primeru zapoveduje izbiro za pravico manj omejujočega datuma.

Da je treba omejitve političnega procesa, ki je po ustavni ureditvi predviden kot sredstvo za odpravo zakonodaje, ki se določenemu delu državljanov zdi nezaželena (po naši Ustavi poleg volilne pravice tudi pravica do referenduma), presoјati strogo in ne zadržano, ter zakaj tako, sem podrobno pojasnil že v zadevah št. [U-I-108/17](#) z dne 13. 7. 2017 in št. [U-I-110/17](#) z dne 3. 10. 2017 (odklonilni ločeni mnenji). Točno to vprašanje je na primerjalni ravni že leta 1938 razčistila najbolj znana opomba v zgodovini ustavnega prava, Opomba 4 iz zadeve *Carolene Products*: »Tiste odločitve

politične večine, ki omejujejo politične procese, predvidene za to, da bi privedli do odprave nezaželene zakonodaje, morajo biti podvržene strogi ustavnosodni presoji«. ¹

Odločitev večine, ki od teh aksiomov ustavnega prava odstopa, samo sebe potiska v pasti, ki odpirajo nevarnost nenačelnosti, nekonsistentnosti in rezultatsko orientiranega odločanja v posameznem konkretnem primeru. Pri ustavnosodnem odločanju so te nevarnosti vselej prisotne, ravno vnaprej določena konsistentnost načina presoje glede posamezne pravice pa je tista, ki jih je sposobna odvrčati. Tega temeljnega spoznanja ustavnopravne stroke pristop večine po moji oceni ne upošteva dovolj.

Prvič, večina skuša prikazati, kot da gre v primeru določitve datuma glasovanja zgolj za način izvršitve pravice do glasovanja na referendumu in ne za njeno omejitev (ker pa naj ne bi šlo za omejitev pravice, naj stroga presoja po poti sorazmernosti ne bi prišla v poštev). Toda vsakomur je jasno, da je takšna trditev argumentativno prazna. Zgolj o načinu izvršitve, in ne omejitvi pravice, bi lahko govorili le v primeru izbire datuma izmed tistih datumov, ki so za pravico najmilejši. Takšnih je več in zato izbira med njimi torej v resnici predstavlja zgolj *način izvršitve* in ne pravno relevantne omejitve pravice. Ko pa kljub obstoju za pravico milejših datumov država takšnega datuma ne izbere, ampak izbere enega od tistih, ki v pravico posežejo mnogo bolj, to ni več zgolj izbira načina izvršitve, ampak neposreden akt omejitve pravice. Če bi večina uporabila test sorazmernosti, kot bi ga v primeru omejitve tovrstne pravice morala, a čemur se je po moji oceni želela izogniti, bi bil končni rezultat lahko povsem drugačen.

Drugič, zanašanje na uporabo floskule »način izvršitve« za prekritje nečesa, kar pravico v resnici omeji, vodi tudi do težave, da takšno odločanje (menjanje standarda presoje) na dolgi rok ni konsistentno. Sodnika oziroma sodnico sili v nizanje razlogov *ad hoc* samo za konkretni primer, pri čemer so ti razlogi praviloma nekonsistentni z razlogi iz drugih podobnih *ad hoc* odločitev. Tudi ta vidik lahko opazujemo v našem primeru. V odločitvi št. U-I-108/17 z dne 13. 7. 2017 je Ustavno sodišče na primer razložilo, da pri takratni določitvi datuma glasovanja ni šlo za omejitev pravice (ampak le za način izvršitve) med drugim zato, ker naj bi v čas počitnic takrat padla le *prva* (domnevno manj pomembna?) četrtina kampanje. Sedaj, ko pa se, sledeč razlogovanju Ustavnega sodišča, pobudniki v tem primeru izrecno sklicujejo na to, da pade omejena četrtina ravno v zadnji (in s tem domnevno bolj odločilen) del kampanje, sodišče to, za svojo tokratno *ad hoc* odločitev neugodno navedbo, preprosto zamolči in se do nje ne opredeli. Nadalje, večina se ne opredeli do argumenta pobudnikov, da je takšno omejevanje kampanje še posebej omejevalno v okoliščinah ureditve, kjer velja zavrtnitveni kvorum. Dejstvo, ki ga potrjujejo smernice

¹ »Legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny.« United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938).

Beneške komisije, je, da kvorum omogoča nezdrave učinke z možnostjo manipulacij, vključno z relativizacijo kampanj, tako da bi na referendum prišlo manj ali pa več ljudi, kar je v okoliščinah kvoruma seveda odločilno. Zato je pri omejitvah kampanj v ureditvah s kvorumom potrebna še toliko večja občutljivost neodvisnega nadzora. Pa pri svojem »tehtanju« temu elementu, ki med drugim dodatno potrjuje, da gre za omejitev pravice in ne zgolj način izvršitve, večina kljub navedbam v pobudi ne nameni niti vrstice. Namesto teh vidikov, ki bi jih intelektualno pošteno tehtanje vsekakor moralo upoštevati in se do njih opredeliti, odločitev zgolj selektivno izbere elemente, za katere misli, da gredo v prid njenemu rezultatu: češ, da »izvajanje kampanje med krajšimi počitnicami ali prazniki samo po sebi ne pomeni, da je kampanja onemogočena v celoti« (kar sicer drži, a je nerelevantno, saj je dovolj že omejitev kampanje, ko omejitev sicer ne bi bila potrebna), da gre za »zgolj šest dni kampanje« (pri čemer se izogne omembi dejstva, da sta po izteku praznikov in med vikendom, ki sledi, še dva dneva, ki jih skupaj z vikendom po praznikih precej državljanov prav tako izkoristi za dopust; takšen argument »podaljšanja« vikenda po praznikih kot učinkovitega dela praznikov pa je uporabilo pri rezultatsko nasprotni odločitvi iz leta 2014, ko je šlo za isti vikend po prvomajskih praznikih, sklep št. [U-I-76/14](#) z dne 10. 4. 2014), ter da »za tiste, ki imajo v času dela prostih dni več časa za informiranje, ni nerazumno pričakovati, da glede na dostopnost elektronskih medijev in družbenih omrežij pridobijo informacije, povezane s kampanjo«, pri čemer so takšne navedbe špekulativne in neocenjene z vidika očitnih nasprotnih argumentov, ki se jim tovrstno *ad hoc* odločanje tudi v tem delu izogiba. V odločitvi št. [U-I-76/14](#) z dne 10. 4. 2014, npr. točka 24 idr., tako Ustavno sodišče npr. ravno nasprotno argumentira, da umestitev referendumskih aktivnosti v čas počitnic že sama po sebi predstavlja omejitev, saj da imajo državljanke in državljanji pravico praznike in počitnice »preživljati ali obeleževati na sebi lasten način« in da jim torej za ta čas ni mogoče pripisovati, predpostavljati ali od njih celo zahtevati aktivne drže glede izpolnjevanja državljanskih dolžnosti. Da o izpuščenem očitnem protiargumentu demokratično najbolj ranljivih skupin, ki elektronskih medijev ne uporabljajo, niti ne govorimo. *Ad hoc* odločanje po naravi stvari vselej poraja bojazen, da gre za odločitve, ki so orientirane rezultatsko, namesto, da bi bile zastavljene metodološko konsistentno in s tem povečevale stopnjo sodniškega samoomejevanja in neodvisnosti odločanja.

Tretjič, takšno *ad hoc* odločanje v ustavno prakso vnaša tudi nepredvidljivost. In to na področju temeljnih človekovih pravic. Pravna nejasnost in nepredvidljivost v temeljnih pravicah sama po sebi predstavljata nižanje ravni pravne države.

Četrtič, določbe Zakona o referendumu in o ljudski iniciativi (ZRLI), ki urejajo rok določitve datuma referenduma (členi 30–34), več kot očitno veljajo zgolj za Državni zbor, ki je tudi tisti, ki sprejme akt o razpisu referenduma. Takšen akt je bil sprejet že lansko leto ob razpisu prvega referenduma in je od tedaj naprej vseskozi v veljavi. Za državnozbornsko določitev dneva glasovanja omenjene določbe določajo: »Od dneva razpisa referenduma do dneva glasovanja ne sme preteči manj kakor trideset dni in

ne več kakor leto dni. Določitev dneva glasovanja, do katerega preteče več kot petinštirideset dni od dneva razpisa referendumu, sprejme državni zbor z dvotretjinsko večino navzočih poslancev.«

Kot omenjeno, akt o razpisu referendumu je vseskozi ostal v veljavi, kot tudi dan razpisa referendumu (ne glasovanja), ki je njegov sestavni del. DVK je morala po odločbi Ustavnega sodišča št. [U-I-191/17](#) z dne 25. 1. 2018 ponovno določiti zgolj datum glasovanja na referendumu (točka 5 tamkajšnjega izreka). Ker pa omenjene določbe zakona zanjo ne veljajo (veljavni dan razpisa referendumu je iz lanskega leta in petinštiridesetdnevni rok, ki se po zakonu šteje od takšnega dneva razpisa, že iz tega razloga ne more veljati, DVK prav tako nima zakonsko predvidene pristojnosti razpisa dneva glasovanja, itd), je Ustavno sodišče zaradi posebnih razlogov v načinu izvršitve svoje odločitve določilo, da DVK zgolj v tem primeru sama določi dan glasovanja. Ob tem, ko mora DVK to storiti v razumno kratkem roku, pa to pa seveda ne pomeni, da zanjo s tem veljajo omenjene določbe zakona, ki so namenjene Državnemu zboru, ali celo, da zanjo velja zgolj del teh določb, namreč tisti, ki določa krajši rok 45 dni, drugi del, tisti, ki določa možnost roka do enega leta od razpisa referendumu, pa zanjo kar ne velja! Temelj za določitev roka ni zakon, temveč način izvršitve, ki je določen v izreku odločitve Ustavnega sodišča št. [U-I-191/17](#) z dne 25. 1. 2018. Zato sklicevanje na to, da naj DVK ne bi imela na voljo drugih možnih datumov po 13. 5. 2018, ni resnično. Večini se je takšno pripisovanje morebitnega sklepanja DVK očitno vseeno zdelo prikladno, saj v sklepu sprejema domnevno razlago (DVK je v obrazložitvi v resnici sploh ni navedla), da naj bi bila po prejemu sodbe Vrhovnega sodišča DVK zavezana določiti datum glasovanja na dan ne prej kot trideset in ne kasneje kot petinštirideset dni od prejema sodbe. Da se večina nasloni na tako očitno napačno razlago, ki pa jo za izpeljavo svojega sklepanja potrebuje, mi je iz pravnega vidika težko razumeti.

DDr. Klemen Jaklič
Sodnik