



**Številka:** U-I-108/17-10

**Datum:** 21. 7. 2017

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DDR. KLEMNA JAKLIČA K SKLEPU  
ŠT. U-I-108/17 Z DNE 13. 7. 2017**

**Ustavnosodna presoja demokratičnega procesa  
(referendum o »Drugem tiru«)**

Odločitev večine ni zgolj argumentativno šibka in neprepičljiva. Je tudi takšna, da neizogibno pušča občutek, da je večina na primer primarno gledala skozi lečo končnega rezultata, ki ga je želela doseči, in sicer ne glede na uveljavljen nasproten (načelen) pristop ustavne presoje na področju enakopravnosti in odprtosti demokratičnega procesa, ki pa očitno pripelje do nasprotne rzsodbe.

**Kateri pristop k presoji tega področja?**

K presojanju vprašanj enakopravnosti in odprtosti demokratičnega procesa, namenjenega spremembam zakonodaje, ki jo katerikoli del državljanov razume kot nezaželeno, ustavnosodna presoja zahodnih demokracij praviloma pristopa strogo. To ne velja za mnoga druga področja, kot na primer (najbolj tipično) za področje gospodarskih in socialno-redistributivnih vprašanj (»economic regulation«),<sup>1</sup> h kateremu ustavnosodna presoja zahodnih demokracij praviloma pristopa zadržano.<sup>2</sup> Za takšno razliko v pristopanju obstajajo nadvse pomembni ustavnopravni razlogi, ki

---

<sup>1</sup> Zaradi enostavnosti v nadaljevanju uporabljam zgolj termin »gospodarsko področje«, a s tem mislim tako na gospodarsko kot socialno-redistributivno področje, torej celotno področje »economic regulation«.

<sup>2</sup> G. Gunther in K. Sullivan, »Substantive Due Process and Economic Regulation: The Rise and Fall of Judicial Review«, poglavje 8 v njuni knjigi Constitutional Law, 13<sup>th</sup> ed., The Foundation Press, NY 1997; ter »Scrutiny of Means in Economic Regulation: The Rationality Requirement«, navedeno delo, str. 635-662.

so globoko ukoreninjeni v stoletnih argumentih in izkušnjah ustavne demokracije. Področje gospodarsko-socialnega urejanja (»economic regulation«) je po naravi stvari tisto, ki sodi v pristojnost demokratičnih vej oblasti. Na tem področju za glasove volivcev tekmujejo politične stranke s svojimi različnimi programi in predlogi urejanja. Nasprotno, ustavni sodniki niso niti voljeni, niti nimajo potrebnega znanja, informacij, ter zadostnih uvidov v to področje. Če bi torej ustavnosodna presoja na to področje posegala s strogim pristopom, bi demokracijo zamenjali z oligarhijo – o imanentno političnih vprašanjih ne bi več odločala tekma za to usposobljenih političnih vizij in naposled volivci, temveč peščica (v slovenskem primeru devet) nevoljenih pravnih strokovnjakov.<sup>3</sup>

Ko pa gre za presojanje na področju zagotavljanja odprtosti demokratičnega procesa in enakih možnosti v okviru le-tega, torej demokratičnih pravic kot predpogojev resničnega delovanja političnega procesa, sta demokratični veji oblasti po naravi stvari za takšno presojanje najmanj primerni. Vsakokratna politična večina, ki ju vodi, teži k svojemu cilju in tako ni najbolj primerna za presojanje meja demokratičnih pravic lastnih političnih nasprotnikov, skozi katere si slednji prizadevajo za spremembe te iste politične večine in njenih odločitev. Za presojanje na tem področju je najbolje pozicionirano ravno ustavno sodišče kot tisti del oblasti, ki ni voljen in katerega strokovno znanje sodi ravno na področje temeljnih demokratičnih pravic kot jedra ustavnega prava. To so razlogi, zaradi katerih se je v ustavnosodni presoji ustavnih demokracij uveljavilo, da ustavna sodišča k presoji tega področja pristopajo strogo.

Točno ta vprašanja na primer že leta 1938 razčisti najbolj znana opomba v zgodovini ustavnega prava, Opomba 4 iz primera *Carolene Products*.<sup>4</sup> V tem primeru je Vrhovno sodišče ZDA razložilo, da bo na področju gospodarskega urejanja (»economic regulation«) pristopalo zadržano, ter zato ni spoznalo kršitve Ustave. Hkrati je v omenjeni opombi razložilo, da pa si pridržuje pravico nadaljevati s strogo presojo na treh drugih sklopih področij, ki po naravi stvari sodijo ravno v njegovo pristojnost in ki jih je nato podrobneje opredelilo. Med temi je osrednji sklop ravno varstvo demokratičnih pravic kot predpogojev odprtega in enakopravnega demokratičnega procesa kot sredstva za spremembo oziroma odpravo neke zakonodaje:

---

<sup>3</sup> Gre za tako imenovano »težavo nedemokratičnosti ustavnosodne presoje« (»counter-majoritarian difficulty«). Prvi jo je sistematično utemeljil A. Bickel, profesor na Univerzi Yale, v svojem danes klasičnem delu *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 2. izdaja, 1986.

<sup>4</sup> Glej »Footnote four, *Carolene Products*«; *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

»Tiste odločitve politične večine, ki omejujejo politične procese, predvidene za to, da bi privedli do odprave nezaželene zakonodaje, morajo biti podvržene strogi ustavnosodni presoji.«<sup>5</sup>

S tovrstnim pristopom različno strogih posegov ustavnosodne presoje glede na različna področja urejanja je tradicija ustavne demokracije obenem tudi odgovorila na osrednjo dilemo ustavnega prava v zvezi z institucijo ustavne presoje. Namreč dilemo o nedemokratični naravi ustavnosodne kontrole (glej opombo št. 3). V skladu z rešitvijo različno strogih pristopov iz »Opombe 4« se demokratičnost sistema kot celote na ta način celo bistveno poveča. Na eni strani demokratične veje oblasti ohranijo svojo demokratično pristojnost tam, kjer jim po naravi stvari gre; tako ne pride do nepotrebnega oligarhičnega krhanja demokracije. Na drugi strani pa stroga ustavnosodna presoja zgolj na področjih, ki po naravi stvari pritečejo njej (kot npr. odprtost in enakopravnost političnega procesa), ravno zagotavlja, da so demokratične poti, ki so namenjene spremembam in odpravi zakonodaje, vselej dovolj in enakopravno odprte za vse. Demokratična večina sama je, kot že pojasnjeno, namreč najslabši varuh takšne enakopravnosti in odprtosti za tiste, ki na tnalu sekajo njene lastne odločitve.<sup>6</sup> Zgolj prek tovrstne medsebojne uskladitve dosežemo največjo mogočo stopnjo demokratičnosti neke državne skupnosti.<sup>7</sup>

### Kaj »stroga presoja« pomeni?

---

<sup>5</sup> »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.« Id.

<sup>6</sup> Osrednje klasično delo, ki temelji na pristopu iz »Opombe 4« in ga nadalje utemelji, je John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1981. Delo je imelo izjemen vpliv na nadaljnji razvoj ustavnosodne presoje ter teoretični diskurz o tem osrednjem vprašanju ustavnega prava.

<sup>7</sup> Ali kot bistvo »Opombe 4« še lepše ubesedi D. Strauss: »Courts should step in when "those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation" are curtailed in some way. The governing principle is that decisions are made by the democratic process. The Court should intervene only if that process is blocked in some way. Even then, the Court's role is not to remake the decisions made by the political branches of government; it is only to eliminate the blockage. That is how judicial review is reconciled with popular government: the principal function of judicial review is to make sure popular government operates as it should. The *Carolene Products* footnote [thus] recognizes that majorities should rule and that politics, not courts, should govern the country. [The] footnote tries to identify a way in which judicial review is a part of a well-functioning democracy. Judicial review, when it is justified and limited in the ways described by the *Carolene Products* footnote, is not antidemocratic, not an overriding of the will of the people, but rather a matter of making sure that the true will of the people is expressed.« Glej D. Strauss, »Is *Carolene Products* Obsolete?«, *University of Illinois Law Review*, 2010 (avtor zaključuje, da ta rešitev iz Opombe 4, ki se je nato široko uveljavila, seveda ni obsoletna, ker boljšega pristopa oziroma odgovora na osrednje vprašanje ustavnega prava (kot tudi ne boljšega sistema, kot je demokracija) še nismo našli).

Pri ustavnosodni presoji ustavna sodišča presoajo tako **(1)** cilj izpodbijane ureditve (npr. namen zakona ali presojane zakonske določbe), kot tudi **(2)** sredstva, ki jih je normodajalec uporabil za to, da bi dosegel omenjeni cilj (ali izbira točno takšne zakonske določbe na ustrezen način privede do zasledovanega cilja).

**Add 1)** Pri zadržani presoji (npr. na področju gospodarskega urejanja, »economic regulation«) praviloma velja, da za spoznanje skladnosti z ustavo zadostuje že katerikoli cilj zakonodajalca, ki je vsaj legitimen, t. j. takšen, ki, četudi morda ni dober, moder, ali najbolj pravičen, zanj vseeno ne moremo reči, da je tako očitno nedopusten, da je izven vsakih meja urejanja v svobodni demokratični družbi.<sup>8</sup> Nasprotno pri strogi presoji velja, da mora biti zakonodajalčev cilj »prisiljujoč« (»compelling«). To pomeni, da mora imeti zakonodajalec res nujne razloge za sprejem takšne ureditve, ker bi bila sicer, če je ne bi sprejel, ogrožena npr. kakšna pomembna ustavna vrednota.<sup>9</sup>

**Add 2)** Glede presoje sredstev pri zadržani presoji velja, da morajo biti ta zgolj v razumni zvezi z legitimnim ciljem, ki ga zakonodajalec zasleduje. Četudi obstajajo za dosego cilja bolj učinkovita sredstva, ali pa takšna, ki so za pravice, o katerih presoja Ustavno sodišče, manj obremenjujoča, je ureditev z zasledovanim ciljem vseeno v razumni zvezi in je s tem ustavno skladna. Nasprotno pri strogi presoji velja, da mora zakonodajalec uporabiti takšno sredstvo (zakonsko določbo), ki je najmilejše za omejitev pravice, glede katere poteka ustavnosodna presoja, pa s takšnim za pravice milejšim sredstvom še vedno povsem učinkovito doseže zasledovani prisiljujoči cilj.

### **Odločitev, ki jo narekuje Ustava, je torej enostavna in jasna**

Če bi Ustavno sodišče k zadevi, o kateri razsojamo, pristopilo na v primerjalnem ustavnem pravu uveljavljeni način, ki je edini načelen in kot tak edini v zadostni meri izloča posameznikova arbitrarna bremena presoje,<sup>10</sup> bi morale razsoditi sledeče.

Prvič, prisiljujoči (»compelling«) cilj je gotovo podan. Je v tem, da je ob dejstvu zadostnega števila zbranih podpisov za referendum treba razpisati dan glasovanja na referendumu, in sicer mora biti ta datum, kot veleva zakon, ne prej kot v 30 dneh od dneva razpisa referendumu (6. 7. 2017) in ne kasneje kot v enem letu od tega istega datuma.

---

<sup>8</sup> Kot na primer če bi sprejel zakonodajo, ki bi omejevala pravice neke skupine ljudi zgolj zato, ker so njeni člani tega in ne onega političnega prepričanja, ker so črne in ne bele polti, ker imajo modre oči, ker jih preprosto ne maramo, ipd.

<sup>9</sup> G. Gunther in K. Sullivan, opomba 2, npr. str. 858-894.

<sup>10</sup> »Burdens of judgment«, John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, NY 1996, str. 54-57.

Drugič, več kot očitno je, da je ta nujni cilj tehnično mogoče doseči na več načinov. Vsi ti predstavljajo različna sredstva, ki jih ima Odlok o razpisu referendumu tehnično na razpolago. Nekatera od teh sredstev so za pravice, o katerih poteka presoja, manj obremenjujoča, medtem ko so druga bolj obremenjujoča. Če bi na primer Odlok razpisal dan glasovanja med poletnimi počitnicami, ko so ljudje večinoma na dopustih, bi s tem po nepotrebnem izredno močno omejil tako pravico do glasovanja na referendumu kot tudi pravico do učinkovite kampanje, ki sta med drugim zajeti v ustavni pravici do sodelovanja pri upravljanju javnih zadev. Prav tako jo je precej omejil v primeru, o katerem sodimo, saj je kar eno četrtno kampanje za ta referendum s takšno izbiro datuma glasovanja potisnil v čas poletnih počitnic, ko mnogo ljudi kampanja ne doseže. To hkrati tudi pomeni, da je pritožnikove demokratične pravice obravnaval neenako v razmerju do vseh ostalih državljanov prej in po tem primeru, ki so in bodo celotno kampanjo lahko bolj učinkovito vodili izven časa počitnic.<sup>11</sup> To pa, da čas poletnih počitnic predstavlja omejitev za omenjene pravice, je nesporno dejstvo, ki ga je Ustavno sodišče soglasno razložilo že v odločbi št. U-I-76/14 z dne 17. 4. 2014 (Uradni list RS, št. 28/14, in OdlUS XX, 25) in ga tudi sicer ni mogoče zanikati. Poleg teh, za pravice obremenjujočih, možnosti pa je za dan glasovanja seveda mogoče določiti tudi katerega od tistih preštevilnih dni (znotraj roka enega leta od 6. 7. 2017 minus prvih 30 dni po tem datumu), ki pravic, o katerih presojamo, sploh ne obremeni oziroma jih več kot očitno omeji bistveno manj. Takšne bi bile na primer skoraj vse nedelje, ki nastopijo po sedaj določenem datumu glasovanja, t.j. 24. 9. 2017. Že nedelja takoj za 24. 9. 2017, ali ena za njo, itd, bi pomenila, da *noben del* referendumске kampanje, kot integralni del pravice do glasovanja na referendumu (kar je US tudi že pravilno razložilo), ne bi potekal v času poletnih počitnic. Vse to so torej primeri številnih takšnih sredstev, s katerimi bi presojani Odlok v ustavno varovano pravico posegel na milejši način, kot pa poseže sedaj, ko del kampanje potisne v čas poletnih počitnic in s tem pravico po nepotrebnem obremeni. Ker gre na področju varovanja demokratičnih pravic, katerih namen je nuditi možnost odprave ali spremembe zakonov, za strogo presojo,<sup>12</sup> so ustavno skladni zgolj tisti načini (oziroma tista sredstva), ki pravico obremenijo manj, hkrati pa povsem učinkovito dosežejo prisiljujoči cilj. Odločitev, ki jo v tem primeru narekuje Ustava, je torej povsem enostavna in očitna. Zakonodajalec ima prosto polje presoje med tistimi številnimi datumi znotraj roka enega leta, ki na enako mil (najmilejši) način obremenijo pravico.<sup>13</sup> Če pa kljub obstoju takšnih milejših sredstev

---

<sup>11</sup> Oziroma kot slikovito pojasni Vrhovno sodišče ZDA, »do mere, do katere je državljanu kršena njegova pravica do enakega sodelovanja v demokratičnem procesu, je takšen človek manj državljan«, Reynolds v. Sims (1964): »[To] the extent that a citizen's [democratic] right is debased, he is that much less of a citizen.«

<sup>12</sup> Kako to, da je večina za presojo na tem področju, kjer se zahteva stroga presoja, *de facto* uporabila ravno zadržani pristop, ter tako razlagala, da za določitev takega datuma glasovanja obstaja razumna podlaga, v odločbi ni pojasnjeno in z vidika ustavnega prava tudi ne more biti konsistentno pojasnjeno.

<sup>13</sup> Le v okviru zakonodajalčevega prostega polja izbire izmed takšnih enako »najmilejših« datumov bi bilo mogoče govoriti, da gre v tem primeru zgolj za način izvršitve pravice, ki je

(ki so v tem primeru celo zelo številna!) izbere za pravico prav bolj obremenjujoče sredstvo, s tem več kot očitno krši Ustavo. Pravo vprašanje v tem primeru ni, ali je Odlok res v neskladju z Ustavo. Pravo vprašanje je, kako to, da je večina odločala povsem v nasprotju s pristopom, ki se je na tem področju razvil tekom večstoletne ustavnosodne prakse, njegovih argumentov pa ne naslovila. Takšna odločitev v resnici za nikogar ni dobra, tudi ne za zaupanje v institucijo, ki jo je sprejela.<sup>14</sup>

DDr. Klemen Jaklič  
Sodnik

---

smiselno drugačen od samega posega v pravico. V nasprotnem primeru je takšno razlikovanje (med obema vrstama omejitve) povsem prazno in nevzdržno formalistično: »za način uresničevanja, ki ne preraste v poseg, gre takrat, ko večina tako pravi; in nasprotno, tak način izvrševanja preraste v poseg takrat, ko večina tako odloči«, kar je seveda absurden in nekonsistenten pristop.

<sup>14</sup> V del presoje o obstoju za pravico še milejšega sredstva – da bi moral, ko obstaja možnost združitve dneva glasovanja z dnem kakega drugega splošnega glasovanja (v tem primeru predsedniških volitev), Odlok določiti tak skupen dan glasovanja, se tu ne spuščam. Odgovor nanj prepuščam drugi priložnosti. To vprašanje namreč odpira tudi povsem nove dimenzije. Po eni strani drži, da so državni organi zavezani k omogočanju čim večje referendumске udeležbe, o čemer je tudi že razlagalo Ustavno sodišče (odločba št. U-I-76/14, tč. 25). Po drugi strani pa je tudi dejstvo, da bi zaradi zavrnilnega kvoruma, ki velja v Sloveniji, na ta način prihajalo do situacij, ko bi bil uspešen rezultat v nekem primeru potencialno lažje (ko bi referendum potekal hkrati z nekim drugim splošnim glasovanjem) in v drugem težje (ko bi bil referendum razpisan samostojno) dosežen. To predstavlja dodatno ustavnopravno dilemo, ki je na tem mestu ne naslavljam. Za obrazložitev mojega glasu proti odločitvi večine zadostuje zgoraj obrazloženo.