



Številka: U-I-130/17-12
Up-732/17-12
Datum: 12. 10. 2017

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA DDR. KLEMNA JAKLIČA K SKLEPU ŠT. U-I-130/17, Up-732/17-
12 Z DNE 28. 9. 2017, KI SE MU PRIDRUŽUJE SODNIK MARKO ŠORLI**

**SODNO VARSTVO REFERENDUMA: VPRAŠANJE VLADNEGA FINANCIRANJA
KAMPANJE, UČINKOVITEGA SODNEGA VARSTVA TER USTREZNOSTI
ARGUMENTACIJE USTAVNEGA SODIŠČA**

Ustavni pritožnik oziroma pobudnik zatrjuje, da je v neskladju z Ustavo, če lahko Vlada za referendumsko kampanjo sama sebi nameni 97.000,00 EUR davkoplačevalskega denarja, obenem pa nasprotni strani v tej isti kampanji ne nameni ničesar. Gre v resnici za zelo pomembno ustavnopravno vprašanje, na kar nas opozarja že hiter prvi pregled primerjalnih praks, ki ga je ob študiju konkretne zadeve Ustavno sodišče opravilo do tega trenutka in s čimer (temeljitejšo primerjalno študijo) se je odločilo nadaljevati v pričakovanju potencialne vsebinske odločitve v zadevi po izčrpanju pravnih sredstev, ko, in če, bo zadeva znova pred Ustavnim sodiščem.

Primerjalni pregled pokaže, da je namenjanje davkoplačevalskega denarja, torej javnih sredstev, za namene kampanje ZA ali PROTI zakonu, o katerem se odloča na referendumu, praviloma prepovedano. Na to opozarja že »Kodeks dobrih praks za področje referendumov«, ki so ga v okviru Evropske komisije za demokracijo skozi pravo (tj. Beneške komisije, katere vloga med drugim je definirati skupne evropske standarde na področju ustavnega prava) izdelali vodilni ustavnopravni strokovnjaki držav članic Sveta Evrope. Takšne izrecne prepovedi Vladnega financiranja referendumске kampanje ZA ali PROTI, ki izhajajo iz ustavne zahteve po enakosti

volilne pravice, tako veljajo v Švici, Španiji, na Portugalskem, Irskem, Poljskem, Hrvaškem, celo v Rusiji in številnih drugih evropskih državah, katerih ustavne ureditve predvidevajo institucijo zakonodajnega referendumu.¹ V primeru držav, ki so izjeme od tega pravila, je namenitev deleža javnih sredstev sicer mogoča, a ob upoštevanju načel nevtralnosti do obeh strani, sorazmernosti ter objektivnosti informiranja, kar ravno ločuje tovrstno uporabo sredstev od načina uporabe, kot velja za namene kampanje ZA ali PROTI (npr. primer Avstrije).

Stališče, ki je z evropskim skladno, zastopa tudi strokovna literatura v Sloveniji. Dr. Jadranka Sovdat kot avtorica znanstvenega članka s tega področja² na primer eksplicitno pojasni:

»Drugače kot pri volitvah tu [namreč pri referendumu] ne velja popolna prepoved vmešavanja oblasti v podporo predmetu odločanja, vendar pa ta ne sme vplivati na izid z ekscesno in enostransko kampanjo, prepovedano pa mora biti, da oblast uporablja javna sredstva za namene kampanje.«³

Vsebinskemu odločanju o tej ustavnopravno več kot očitno pomembnem vprašanju se je Ustavno sodišče z današnjim sklepom zaenkrat formalistično izognilo z argumentom, da pritožnik oziroma pobudnik še ni izčrpal predhodnih pravnih sredstev (najprej pritožba na nižje instance, šele nato pritožba/pobuda na Ustavno sodišče). Težava je v tem, da je večina za to svojo (bolj oportuno kot pravno) odločitev zgolj dvignila roke, ni pa ponudila vsebinskih protiargumentov zoper razloge, ki so bili na seji zoper takšno – zame zato neutemeljeno – odločitev predstavljeni. Problem je namreč v tem, da pritožnik oziroma pobudnik glede na trenutno zakonodajno ureditev tega področja, nima na voljo predhodnega *učinkovitega* pravnega sredstva za izpodbijanje rezultatov referendumu in s tem posledično razveljavitev zakona. V vseh državah, kjer pravico voliti na referendumu jemljejo resno, je takšno učinkovito in hitro varstvo zagotovljeno. Francoski Ustavni svet (tj. francosko ustavno sodišče), ki razglasi rezultat referendumu, obenem odloči tudi o vseh vloženih pritožbah, ki veljavnost referendumu in s tem zakona izpodbijajo.⁴ Varstvo pravice je torej vnaprej (1) jasno predvideno, (2) hitro in (3) se odvije neposredno pred organom s pristojnostjo razrešitve, kar pomeni, da je varstvo pravice *učinkovito*. Pri nas pa je ureditev, oziroma boljše neureditev, varstva zoper potencialne kršitve Ustave v referendumski kampanji ravno nasprotna. Je pravo nasprotje vseh treh navedenih konstitutivnih elementov učinkovitega pravnega varstva.

¹ »Code of Good Practice on Referendums«, Evropska komisija za demokracijo skozi pravo, 16-17 marec 2007, npr. paragraf 101.

² Jadranka Sovdat, »Sodno varstvo referendumu«, *Pravnik* 2013 9-10, str. 623-648.

³ Prav tam, str. 640.

⁴ Primer učinkovitega varstva pravice v Franciji poda v svojem članku celo Dr. Sovdatova sama. Navedeno delo, str. 641.

V zakonodaji namreč za začetek sploh ni predvideno – kaj šele *jasno* predvideno – katera redna pot je prava za uveljavljanje tovrstne protiustavnosti referendumu in s tem zakona. To zelo lepo in prepričljivo pojasni dr. Jadranka Sovdat sama kot avtorica omenjenega članka. Osrednja teza tistega njenega prispevka je ravno, da trenutna zakonska ureditev v Sloveniji pravici do glasovanja na referendumu ne nudi učinkovitega pravnega varstva. Kot v članku pojasni dr. Sovdatova, imamo po eni strani ugovor na Državno volilno komisijo (v nadaljevanju DVK), ki pa se lahko vložijo zgolj v primeru nepravilnosti pri delu volilnih odborov ter okrajne volilne komisije in volilne komisije volilne enote v zvezi z ugotavljanjem izida glasovanja na njunem območju.⁵ Te podlage ne predvidevajo pritožbe zaradi kršitve ustavnih standardov v sami kampanji. Nato imamo tu tudi sodišče, pristojno za upravne spore, ki ima vlogo pritožbenega organa, a tudi tu ni zakonske podlage za pritožbo na podlagi narave kršitve, kot jo uveljavlja konkretni ustavni pritožnik/pobudnik. Nadalje, zakonodaja s področja referendumu predvideva tudi Vrhovno sodišče kot enega od organov odločanja, a tudi tu gre zgolj za odločanje o pritožbi zoper poročilo DVK o izidu glasovanja na referendumu. Iz takšne zakonske podlage je vse prej kot jasno, ali lahko pritožnik na Vrhovnem sodišču uveljavlja protiustavnost referendumu in s tem posledično razveljavitev zakona zaradi resnih kršitev Ustave v okviru financiranja kampanje. Za kaj takega namreč Vrhovno sodišče v zakonu trenutno nima izrecne pravne podlage (tako eksplicitno tudi dr. Sovdatova, glej str. 646 navedenega dela). Vprašanje je tudi, ali takšno podlago sploh lahko ima. Konec koncev, Vrhovno sodišče po Ustavi nima pristojnosti odločati o protiustavnosti zakona in ga razveljaviti, niti pristojnosti razveljaviti zatrjevano izglasovano voljo ljudi na referendumu, kar je po Ustavi ekvivalentno zakonski ravni (ljudstvo kot neposredni zakonodajalec, drugi odst. 3. člena Ustave). Pravno varstvo v takih primerih je torej lahko učinkovito in polno le, če o tovrstni potencialni kršitvi pravice (in vsaj v okoliščinah trenutnega nereda glede učinkovitega pravnega sredstva) odloča neposredno Ustavno sodišče. Na primer tako, kot je to učinkovito urejeno ravno v prej opisanem francoskem primeru, kjer francosko ustavno sodišče pred razglasitvijo rezultata referendumu neposredno odloči še o vseh pritožbah. Zakaj imajo lahko na Zahodu demokratične pravice učinkovito varovane, v Sloveniji pa si tega ljudje ne zaslužijo? Tudi dr. Sovdatova, v vlogi avtorice, je sama nadvse kritična nad takšno slovensko ureditvijo in v svojem članku razlaga, da gre pri tovrstni ureditvi za neustrezno »kopičenje« pravnih sredstev, ki bi namesto kopičenja morala biti skoncentrirana pred enim samim referendumskim sodiščem. Zmešnjava, kot trenutno velja, pa vnaša nejasnost in neučinkovitost ob tem, da so »pooblastila organa sodne kontrole tako [] pomembna, da morajo biti zapisana v zakonu samem [], še posebej, ker bi sodišče moralo imeti specialna pooblastila, prilagojena naravi referendumskega spora«. ⁶ Ob takšni nejasni zmešnjavi in kopičenju instanc, ki same še ne predvidevajo neposrednega in polnega varstva, pa se pravica naposled neupravičeno odlaga. Pošilja se jo od Poncija do

⁵ Stran 642-643.

⁶ Stran 644.

Pilata vse dokler se vročica referendumu ne odmakne tako daleč, da pravica *de facto* ugasne in si nihče več ne drzne spogledovati se z mislijo, da bi bil toliko po njegovi uveljavitvi nek referendumski izid in s tem zakon lahko razglašen za protiustavnega. Da takšno »varstvo« pravice ni učinkovito pravno varstvo, zaključiti tudi avtorica dr. Sovdatova:

»Po tej neustrezni ureditvi se je očitno zgledoval tudi ZLRI [t.j. Zakon o referendumu in ljudski iniciativi]. Tako smo po eni strani soočeni s prenormiranostjo glede števila pravnih sredstev, na drugi strani pa z bistveno pomanjkljivo ureditvijo postopka in pooblastil sodišča pri odločanju ali celo opustitvijo sodnega varstva [...] Taka ureditev ne more zagotavljati učinkovitega sodnega varstva pravice glasovanja na referendumu.«⁷

Po ustaljeni praksi Ustavnega sodišča nesporno velja, da se v primeru neobstoja *učinkovitega* pravnega varstva šteje, da so redne pravne poti izčrpane in da je torej pritožba/pobuda dopustna neposredno na Ustavno sodišče. Zato je ob navedenih argumentih odločitev večine o tem, da pritožnik še ni izčrpal vseh pravnih sredstev napačna, logično nekonsistentna, predvsem pa vsebinsko neobrazložena.

Pravilno razumevanje osti tega ločenega mnenja pa ni primarno v kritiki stališč kolegice dr. Sovdatove. Njen poskus odgovora zoper navedeni argument o nekonsistentnosti sem na seji vsaj dobil in ga po svojih močeh skušal razumeti, četudi po moji oceni ne more uspeti (pojasnilo, da lahko Ustavno sodišče vselej odloči v nasprotju z argumenti avtorice znanstvenega članka seveda drži, a ne razloži, kako lahko avtorica sama, ko je v vlogi sodnice v nekem politično delikatnem primeru, odloči v nasprotju s svojim lastnim avtorskim stališčem, ki pa je bilo temeljito in prepričljivo argumentirano v apolitičnem kontekstu oziroma »za tančico nevednosti«⁸). Kritika velja predvsem zoper tisti del neme večine, ki se je kljub ponavljanju opisanih

⁷ Stran 646.

⁸ John Rawls, »the veil of ignorance«, glej Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1971. Rawlsov koncept »tančice nevednosti« je eden najznamenitejših poskusov zagotovitve nepristranskosti argumentacije. In sicer preko miselnega eksperimenta, v katerem na interpretacijo ne morejo vplivati arbitrarni dejavniki oziroma razlagalčeva lastna »bremena presoje« (»burdens of judgment«). Če Rawlsov koncept razširimo na sodno interpretacijo ustave, kakor je bil po nekaterih razlagah tudi v resnici zamišljen, razlagalec ustave, ki stoji za »tančico nevednosti« npr. ne ve, katerega spola je sam ali tisti, o katerem sodi, kakšne barve je njegova polt ali polt tistega, ki mu sodi, kakšen je njegov socialno ekonomski položaj ali tovrstni položaj tistega, o katerem odloča, prav tako pa tudi ne ve za svoja ideološka ali politična prepričanja, niti za to, kakšna so prepričanja in tendence tistega v primeru katerega razlaga ustavo, itd. V takšnih pravnih (»fair«) argumentativnih okoliščinah »izza tančice nevednosti« sodnik argumentira nepristransko oziroma pravično (»fair«), v skladu z ustavo. Ko pa se znajde izven tančice ali takšno tančico odmisli, dopusti, da na njegovo presojo vede ali nevede vpliva tudi katera od moralno arbitrarnih okoliščin oziroma »bremen njegove presoje«. Takrat njegova argumentacija ni več neomadeževana, njen rezultat pa je drugačen, kot bi sicer bil v okoliščinah, ko je argumentiral z gledišča bliže idealu tančice nevednosti.

vsebinskih argumentov glede teh zavila v molk ter naposled bolj ali manj zatekla k dviganju rok glede izbora ene izmed štirih vnaprej pripravljenih procesnih variant zavrženja. Takšna drža ni v službi resničnega varstva človekovih pravic in ni skladna z duhom institucije ustavnega sojenja, ki je – če gre vse prav – medsebojno globoko in pristno diskurziven proces.

Prav tako se je Ustavno sodišče izognilo odločitvi o zadržanju vladnega financiranja lastne kampanje do končne vsebinske odločitve o tem očitno vidnem ustavnopravnem vprašanju. Po mojem prepričanju bi moralo že na začetku kampanje, takoj ko je pritožbo/pobudo prejelo v obravnavo, sklep Vlade do končne odločitve zadržati. Pod predpostavko, da bi bila na koncu financiranje in ureditev spoznana za protiustavna, česar seveda ni mogoče vnaprej izključiti, bi se bilo namreč le preko takojšnjega zadržanja mogoče izogniti nepopravljivim učinkom takšne kršitve. Vse kar se zgodi šele sredi kampanje, ali celo po izpeljani kampanji, namreč že nepovratno vpliva na stališča volivk in volivcev, ki so podvrženi taki kampanji. Filma ni več mogoče zavrteti nazaj in to celo ni mogoče niti v situaciji, ko bi bil zakon kot rezultat protiustavne kampanje na koncu v celoti razveljavljen in bi morala biti kampanja ponovljena pod ustavnoskladnimi pogoji (tudi v takem primeru bi namreč učinki prvo izvedene kampanje že nepovratno učinkovali tudi v drugi). Tudi tega, zakaj Ustavno sodišče ni nemudoma uporabilo svoje pristojnosti zadržanja in do končne odločitve ustavne vrednote zavarovalo zoper potencialno nepopravljiv poseg, zgolj s pravnimi argumenti ni mogoče razložiti.

DDr. Klemen Jaklič
Sodnik

Marko Šorli
Sodnik