



Številka: U-I-191/17-28

Datum: 29. 1. 2018

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DDR. KLEMNA JAKLIČA K ODLOČBI ŠT. U-I-191/17 Z DNE 25. 1. 2018

Katero je referendumsko sodišče? Argument izvotlitve pravice

Za izrek sem glasoval, a želim pojasniti svoj glas, ker sem se v razpravi zavzemal za precej drugačno odločitev, ki je sicer pritegnila nekaj glasov, a ne večine. Takšna drugačna odločitev bi povsem zagotovila, da do izvotlitve pravice tistih, ki so na referendumu glasovali (bodisi ZA ali PROTI), ne bi moglo priti. Tega pa za sedanjo odločitev ni mogoče trditi. V kolikor bi Vrhovno sodišče o potrditvi/razveljavitvi referendumu odločilo ekspresno hitro, je tudi na podlagi sedanje odločitve Ustavnega sodišča morda še nekaj malega možnosti, da do izvotlitve pravice ne pride. Toda nevarnost, da je s takšno odločitvijo, ki žogico kot pri pingpongu znova vrača Vrhovnemu sodišču, Ustavno sodišče kar samo prispevalo k izvotlitvi pravice, je žal mnogo večja. Ker sem se iz tega razloga zavzemal za drugačno rešitev, tovrstno breme morebitne neuresničitve temeljnih pravic tistih, ki so na referendumu glasovali, ni na moji vesti.

Zavzemal sem se za to, da Ustavno sodišče o vprašanju potrditve/razveljavitve referendumu odloči samo in s tem gordijski vozal dokončno razreši v najkrajšem možnem roku.¹ V tej zadevi je – zaradi učinkovitega varstva pravic – namreč čas ključnega pomena. Nisem imel razloga, da ne bi verjel trditvam Državnega zbora in Vlade, da je projekt Drugi tir verjetno ogrožen ali celo onemogočen, če končna odločitev glede veljavnosti referendumu ne bo pravočasna. Da bi država še lahko

¹ Pritožnik pred Vrhovnim sodiščem, g. Vili Kovačič, ki mu je Ustavno sodišče v skladu z ZUstS s posebnim sklepom priznalo status udeleženca tudi v konkretnem postopku presoje zahteve Vrhovnega sodišča, je v svoji vlogi izrecno navajal, naj Ustavno sodišče ob določenih pogojih (ki so izpolnjeni) njegovo pisanje šteje kot ponovno vlogo Ustavnemu sodišču ter naj o njej vsebinsko odloči. Ker gre pri tej vlogi po vsebini za ustavno pritožbo, je ta formalna procesna predpostavka za meritorno odločitev (vložena ustavna pritožba) izpolnjena.

počrpala za projekt že odobrena evropska sredstva (seveda v primeru, če bi bil rezultat referendumu potrjen kot ustavnoskladen), bi moralo biti vprašanje veljavnosti referendumu dokončno razrešeno zelo hitro, najbrž enkrat februarja ali vsaj marca. V nasprotnem primeru bi bile pravice tistih, ki so na referendumu glasovali ZA zakon in so, ob predpostavki njegove skladnosti z Ustavo, na referendumu uspeli, v praksi neuresničene in s tem izničene oziroma izvotljene. Prav tako – čeprav nekoliko drugače in manj – ob takšnem večkratnem podajanju primera med Vrhovnim in Ustavnim sodiščem trpi tudi učinkovitost pravic tistih, ki so glasovali PROTI. Od tod opis "od Poncija do Pilata", s katerim sem zame nevzdržno situacijo označil že v svojem odklonilnem ločenem mnenju k prvi odločitvi v tem primeru (sklep Ustavnega sodišča št. U-I-130/17 in Up-732/17, z dne 28. 9. 2017, Uradni list RS, št. 63/17).

Že v tistem odklonilnem ločenem mnenju sem opozoril na to, da varstvo pred Vrhovnim sodiščem ni učinkovito, in navedel vrsto razlogov, zakaj je tako. Ker je varstvo pred Vrhovnim sodiščem dejansko neučinkovito (kot zdaj izrecno priznavata tudi Vrhovno in Ustavno sodišče), je Ustavno sodišče v svoji prejšnji odločitvi že takrat povsem napačno poslalo primer na Vrhovno sodišče, ki ga je slednje zdaj ravno iz razlogov tamkajšnjega neučinkovitega varstva vrnilo nazaj Ustavnemu sodišču. Namesto, da ga je pošiljalo pred forum, kjer je bilo varstvo neučinkovito, bi po veljavni doktrini Ustavno sodišče že takrat moralo odločiti sâmo. Tako bi pravicam zagotovilo ustavno zajamčeno učinkovito varstvo ter jih zavarovalo pred nevarnostjo njihovega neuresničenja, ki zdaj resno grozi.

Ustavno sodišče je že izoblikovalo prakso o tem, kako postopati in zavarovati uresničitev pravice v posebnih primerih, ko obstoječe varstvo pred rednimi sodišči ne nudi učinkovitega varstva. Ta precedenčna praksa izrecno in jasno zahteva, da zaradi nujnega hitrega zavarovanja pravice v takih primerih odloči Ustavno sodišče sâmo.

V zadevi odvzema poslanskega mandata Janezu Janši (sklep Ustavnega sodišča št. Up-790/14 in U-I-227/14, z dne 21. 11. 2014, Uradni list RS, št. 85/14) je Ustavno sodišče precedenčno razložilo, da v specifičnih primerih, ko (1) gre za pomembno pravico (tam pravico biti voljen, tu v sedanji zadevi pa aktivno pravico do glasovanja na referendumu, v obeh primerih gre za temeljni človekovi pravici), (2) ko se varuje pomemben interes države (tam delovanje Državnega zbora v povsem polni sestavi, tu uresničitev projekta, za katerega država zatrjuje strateško pomembnost), ter (3) ko to terjata časovna omejenost pravice (tam omejenost poslanskega mandata na štiri leta, tu še bolj omejen rok, ki še omogoči počrpanje evropskih sredstev), Ustava še posebej zahteva, da je "zagotovljeno hitro in učinkovito sodno varstvo".² Če v takšnih

² Točka 10. obrazložitve: "Okoliščini, da gre za hud poseg v pasivno volilno pravico poslanca in spor o odvzemu poslanskega mandata terjata hitro in učinkovito sodno varstvo. Za zagotovitev učinkovitega izvrševanja zakonodajne oblasti je nujno, da se čim hitreje razreši vprašanje utemeljenosti odvzema mandata poslanca Državnega zbora, ki je splošno predstavniško telo. Zato mora biti v primeru spora zagotovljeno hitro in učinkovito sodno varstvo. Hitro odločanje terja tudi omejena dolžina mandata poslanca, ki traja štiri leta."

primerih učinkovito varstvo ne obstaja, je pravica ogrožena, kar vodi do njene izvotlitve v dejanskem življenju, kar pa ne more biti v skladu z Ustavo. V primeru poslanskega mandata Janeza Janše je Ustavno sodišče predvideno sodno varstvo (tam upravni spor) pravilno ocenilo za neučinkovito, in sicer z argumentom, da gre pri upravnem sporu za (1) dvostopenjsko razsojanje, ki se mu naposled pridruži še tretja stopnja v postopku ustavne pritožbe, kar v opisanih okoliščinah primera vzame preveč časa, ter (2) ker sodišče v upravnem sporu nima izrecnih zakonskih pooblastil za vrnitev mandata³ in prav tako ne za kak poseben postopek pospešenega odločanja:

"Glede na navedeni okoliščini, ki terjata hitro in učinkovito reševanje sporov v zvezi s predčasnim prenehanjem poslanskega mandata, je očitno, da upravni spor kot rezervno sodno varstvo ni prilagojen reševanju teh sporov. Postopek upravnega spora, kakor ga ureja ZUS-1, je dvostopenjski: na prvi stopnji odloča upravno sodišče, ki glede na prebivališče tožnika sodi na sedežu ali na zunanjem oddelku (9. in 11. člen ZUS-1), o pritožbi, reviziji ali obnovi pa odloča Vrhovno sodišče. Tožba ne ovira izvršitve izpodbijanega akta, zoper odločitev o začasni odredbi (o zadržanju izvrševanja ali začasni ureditvi stanja) je dovoljena pritožba. Zoper odločitev sodišča prve stopnje je glede na vrsto odločitve dovoljena pritožba oziroma revizija. Seznam pooblastil, ki jih ima upravno sodišče za ukrepanje, ne vsebuje izrecnega pooblastila za ponovno vzpostavitev poslanskega mandata. V ZUS-1 ni zahteve po vodenju upravnega spora polne jurisdikcije, pa tudi ne določb, ki bi se uporabljale v postopkih, kjer zahteva narava spora hitro odločanje (npr. krajši procesni roki). Odločitve sodišč pa je mogoče izpodbijati še pred Ustavnim sodiščem v postopku z ustavno pritožbo."⁴

Ker je bilo obstoječe sodno varstvo pred rednim sodiščem spoznano za neučinkovito (prav tako kot izrecno tudi sedaj v referendumskem v primeru pred nami), je Ustavno sodišče v tisti precedenčni sodbi vzpostavilo stališče, da je v takih primerih uresničitev pravice zavarovana samo, če Ustavno sodišče kar sâmo – in s tem brez odlašanja – odloči o zadevi. To je v primerih neučinkovitega varstva pred rednim sodiščem po precedenčnem stališču Ustavnega sodišča edina ustavnoskladna možnost:

"Ustavno sodišče je že večkrat poudarilo, da ni namen Ustave, da bi človekove pravice priznala zgolj formalno in teoretično, pač pa je ustavna zahteva, da mora biti zagotovljena možnost učinkovitega in dejanskega

³ Prav tako kot tudi Vrhovno sodišče v tem primeru v zakonu ni imelo pooblastila razveljaviti poročilo Državne volilne komisije o izidu referendumu zaradi morebitnih kršitev v referendumski kampanji.

⁴ Sklep Ustavnega sodišča št. Up-790/14 in U-I-227/14, 11. točka obrazložitve.

izvrševanja človekovih pravic (odločba št. Up-275/97 z dne 16. 7. 1998 (OdIUS VII, 231)). Ta ustavna zahteva pomeni tudi dolžnost države, da zagotovi učinkovito pravno sredstvo za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Zahteva po učinkovitem pravnem sredstvu izhaja tudi iz 13. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – EKČP) [...] Očitna neprilagojenost postopka v upravnem sporu za reševanje spora o prenehanju poslanskega mandata pomeni, da [...] ni zagotovljeno učinkovito sodno varstvo, kar ima za posledico, da pritožniku ni zagotovljeno učinkovito varstvo pasivne volilne pravice. Če pravno sredstvo ni učinkovito, je tako, kot da pravno sredstvo ne obstaja. Če pa pravno sredstvo ne obstaja, ga tudi izčrpati ni mogoče. Zato je izpolnjena procesna predpostavka za odločanje o ustavni pritožbi."⁵

Če bi sledili tej ustaljeni praksi Ustavnega sodišča, bi o primeru po vsebini morali odločiti sami – torej ne le o ustavnoskladnem okviru odločanja (ustavnost ZVRK in ZRLI), ampak znotraj takega okvira tudi o tem, ali ga je Vlada v resnici kršila ali pa ne, ter (pod pogojem, da ga je) še o tem, ali so bile kršitve takšne, da so vplivale ali bi lahko vplivale na sam rezultat referendumu. Le s takšno dokončno odločitvijo o bistvu zadeve bi z gotovostjo zavarovali učinkovito varstvo pravice glasovanja na referendumu tako tistih, ki so glasovali PROTI zakonu, in v opisanih okoliščinah časovne omejitve še bolj tistih, ki so glasovali ZA zakon. Kaj pomaga pravica, ki pa je ni mogoče uresničiti, ker je prišla prepozno, namreč šele po tem, ko je rok za počrpanje že dodeljenih evropskih sredstev potekel in je s tem uresničitev projekta (kot to zatrjuje država) onemogočena? Morebitni protiargument, da je pravica pač počasna in da je Vlada vedela, v kaj se spušča, po moji oceni očitno ne more uspeti. Ne gre za pravice Vlade, temveč za temeljne ustavne pravice posameznikov, ki so glasovali na referendumu, za obstoj neurejenega (neučinkovitega) varstva pa ti ne morejo odgovarjati s svojimi lastnimi temeljnimi pravicami. Ne posameznik, temveč država, vključno z Ustavnim sodiščem, ki ima za takšne primere ustrezne remedije in jih mora ustrezno in odgovorno uporabiti, nosi breme neurejenega sodnega varstva.⁶

Da je (zame povsem neprepričljiv) odklon od precedenčne prakse Ustavnega sodišča za pravice lahko resnično usoden in da k temu prispeva celo Ustavno sodišče samo, je nazorno razvidno iz dejstva, da je slednje s svojima zadnjima dvema odločitvama v zadevi "Drugi tir" ustvarilo ne tri stopenjsko varstvo (kot je bilo to v primeru mandata Janeza Janše in je bilo spoznano za predolgo ter zato neučinkovito), ampak celo petstopenjsko (sic!) varstvo. Najprej je o zadevi odločalo Ustavno sodišče (prvi forum), ki je primer poslalo Vrhovnemu (drugi forum), ki je sedaj zadevo vrnilo

⁵ Prav tam, 12. in 13. točka obrazložitve.

⁶ Glej tudi obrazložitev Ustavnega sodišča (citirano v opombi 4), ki pojasni, da gre seveda za dolžnost države.

Ustavnemu (tretji forum), ki jo sedaj vrača Vrhovnemu (četrti forum), od koder bo sledila ustavna pritožba tiste strani, ki bo pred Vrhovnim sodiščem izgubila, nazaj na Ustavno sodišče (peti forum).⁷ Kdo verjame, da bo ob – ne treh, ampak petih – stopnjah odločanja v primeru, ki sicer terja hitro odločitev, dokončna odločitev sprejeta še pred kratkim rokom za počrpanje sredstev, ki naj bi bila predpogoj uresničitve morebitne pravice? Bojim se, da je možnost zelo majhna, a ker ob ekspresni odločitvi Vrhovnega sodišča morda še obstaja, sem glasoval za takšen izrek, pri čemer pa sem kot še pravilnejšo zagovarjal rešitev, po kateri bi Ustavno sodišče samo odločilo o zadevi. S tem bi z enako močjo, in torej enakim spoštovanjem, zavarovalo učinkovito varstvo pravic obeh skupin državljanov in državljanov, ki so na referendumu glasovali.⁸

Če bi pri takšni vsebinski presoji večina ustavnih sodnikov naposled morda odločila, da referendum potrdi (ker npr. vpliv zatrjevanje kršitve ni bil takšen, da je vplival ali bi lahko vplival na sam končni rezultat referenduma), bi takšno odločitev večine, ne glede na to kakšna bi bila moja lastna ocena, sprejel kot eno od mogočih legitimnih razlag, ki je znotraj polja t. i. "razumnega nesoglasja".⁹ Prav tako, kot bi za razumnega štel morebitni nasproten zaključek večine; ne nazadnje, še strokovnjaki s področja proučevanja javnega mnenja (kar ustavni sodniki nismo) si glede zaključka o teh vprašanjih najbrž ne bi bili edini. Kar sprejemem mnogo težje, je dejstvo, da Ustavno sodišče, ob bolj ali manj nemi večini (z izjemo kakšne posamezne sodnice oziroma sodnika, ki pa argumentov ustaljene prakse po moji oceni očitno ne uspe zavrniti), odstopa od precedenčno vzpostavljenega učinkovitega varstva temeljnih pravic in celo samo aktivno vzpostavlja nevarnost njihove izvotlitve in neenakega obravnavanja.

DDr. Klemen Jaklič
Sodnik

⁷ Če pred Vrhovnim sodiščem izgubi pritožnik g. Vili Kovačič, ima možnost ustavne pritožbe. Če izgubi Vlada, ta nima možnosti ustavne pritožbe, a lahko ustavno pritožbo vloži katerakoli skupina referendumskih volivcev, ki sicer v spor še vedno lahko vstopi kot stranski intervenient (do pravnomočnosti) ali sospornik, če v spor vstopi pravočasno (glej Zakon o pravnem postopku, ki se po izrecnem napotilu ZUstS uporablja analogno).

⁸ Morebitni protiargument, da naj to ne bi šlo zato, ker da naj bi dejstva vselej moralo presojati zgolj redno sodišče, očitno ne more uspeti. Ustavno sodišče ima namreč ravno za takšne urgentne primere v ZUstS izrecno določeno pristojnost, da opravi javno obravnavo, ko in če mora za svojo odločitev razrešiti tudi vidike dejanskega stanja. Izvedbo te zakonske pristojnosti med drugim izrecno predlaga tudi neposredni udeleženec v postopku, g. Vili Kovačič. V takšnih okoliščinah bi bil protiargument, da o odločilnih elementih dejanskega stanu lahko presoja le redno sodišče, očitno pavšalen in napačen.

⁹ "Reasonable Disagreement", John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.