

LEX §
LOCALIS

.....
Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju

Liber Amicorum

Ciril Ribičič

Uredniki:
Matija Žgur
Neža Kogovšek Šalamon
Boštjan Koritnik

LEX LOCALIS

© **Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor**

Vse pravice pridržane. Brez pisnega dovoljenja založnika je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, predelava ali druga uporaba tega dela ali njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranjevanjem v elektronski obliki.

Naslov: Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju - Liber Amicorum Ciril Ribičič

Uredniki: mag. Matija Žgur (Inštitut za ustavno pravo Ljubljana), dr. Neža Kogovšek Šalamon (Mirovni inštitut - Inštitut za sodobne družbene in politične študije), Boštjan Koritnik (Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta)

Recenzenta: prof. dr. Albin Igličar (Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta), prof. dr. Jasminka Hasanbegović (Univerza v Beogradu, Pravna fakulteta)

CIP - Kataložni zapis o publikaciji

Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

342

IZZIVI ustavnega prava v 21. stoletju : liber amicorum Ciril Ribičič / uredniki Matija Žgur, Neža Kogovšek Šalamon, Boštjan Koritnik. - Maribor : Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, 2017. - (Lex localis)

ISBN 978-961- 6842-77- 8

1. Žgur, Matija 2. Ribičič, Ciril

290643456

Založnik:

Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Smetanova ulica 30, 2000 Maribor, Slovenija
tel. +386 (0)2 250 04 58, faks: +386 (0)2 252 04 59
<http://www.lex-localis.press>; info@lex-localis.press

Odgovorna oseba založnika:

izr. prof. dr. Boštjan Brezovnik, direktor

Izdajateljica:

Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta
Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija
tel. +386 (0)1 420 31 00, faks: +386 (0)1 420 31 15
<http://www.pf.uni-lj.si>; pf.dekanat@pf.uni-lj.si

Odgovorna oseba izdajateljice:

Boštjan Koritnik, direktor Založbe Pravne fakultete

Naklada: 150 izvodov

Tisk: Litteralis d.o.o.

Cena: 48,00 EUR

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8 ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na: <http://books.lex-localis.press>.

© **Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor**

All rights reserved. No part of this book may be reprinted or reproduced or utilized in any form or by any electronic, mechanical, or other means, now known or hereafter invented, including photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Title: Constitutional Law Challenges in the 21st Century - Liber Amicorum Ciril Ribičič

Editors: Matija Žgur, M.Sc. (Constitutional Law Institute Ljubljana), Neža Kogovšek Šalamon, Ph.D. (Peace Institute - Institute for Contemporary Social and Political Studies), Boštjan Koritnik (University of Ljubljana, Faculty of Law)

Reviewers: prof. dr. Albin Igličar (Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta), prof. dr. Jasminka Hasanbegović (Univerza v Beogradu, Pravna fakulteta)

CIP - Kataložni zapis o publikaciji

Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

342

IZZIVI ustavnega prava v 21. stoletju : liber amicorum iril Ribičič / uredniki Matija Žgur, Neža Kogovšek Šalamon, Boštjan Koritnik. - Maribor : Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, 2017. - (Lex localis)

ISBN 978-961- 6842-77- 8

1. Žgur, Matija 2. Ribičič, Ciril

290643456

First Published in 2017 by

Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Smetanova ulica 30, 2000 Maribor, Slovenia
www.lex-localis.press, info@lex-localis.press

For Publisher:

assoc. prof. dr. Boštjan Brezovnik, director

Co-published by

University of Ljubljana, Faculty of Law
Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia
tel. +386 (0)1 420 31 00, faks: +386 (0)1 420 31 15
<http://www.pf.uni-lj.si>; pf.dekanat@pf.uni-lj.si

For Co-publisher:

Boštjan Koritnik, director (Faculty of Law Press)

Edition: 150 copies

Printed by Literalis d.o.o.

Price: 48,00 EUR

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8

ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Available at <http://books.lex-localis.press>.



Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju
Liber Amicorum
Ciril Ribičič

Uredniki:
Matija Žgur
Neža Kogovšek Šalamon
Boštjan Koritnik

Junij 2017



Constitutional Law Challenges in the 21st Century
Liber Amicorum
Ciril Ribičič

Editors:
Matija Žgur
Neža Kogovšek Šalamon
Boštjan Koritnik

June 2017

Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju

MATIJA ŽGUR, NEŽA KOGOVŠEK ŠALAMON & BOŠTJAN KORITNIK

Povzetek Monografija Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju je posvečena 70-letnici profesorja dr. Cirila Ribičiča. Gre za zbirko devetnajstih strokovnih in znanstvenih besedil z ustavnopravnega področja, ki so jih zgolj za to priložnost pripravili ugledni tuji in domači strokovnjaki in strokovnjakinje. Uvod v monografijo predstavljajo tri krajša pisma slavljencu, v katerih njihovi avtorji razmišljajo o nekaterih pomembnih ustavnopravnih temah, ki so zaznamovale nedavno preteklost, ter izzivih mednarodnega ustavnega prava v prihodnje. Osrednji del zbornika je sestavljen iz treh delov. V prvem delu avtorji obravnavajo različne probleme državne ureditve, političnega sistema in volitev. Drugi del zbornika je namenjen prispevkom, ki prevprašujejo nekatere najpomembnejše aktualne probleme v Sloveniji in širšem okolju s področja človekovih pravic in ustavne demokracije. V tretjem, zadnjem delu monografije so prispevki, ki analizirajo vlogo ustavnega sodstva v kontekstu sodobne ustavne demokracije, ki presega okvirje državnega prava in je pomembno odvisno od naddržavnih sodnih instanc.

Gljučne besede: • ustavno pravo • državna ureditev • človekove pravice • ustavno sodstvo • Ciril Ribičič

NASLOV UREDNIKOV: Mag. Matija Žgur, Inštitut za ustavno pravo Ljubljana, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: matija.zgur@ustava.si. Dr. Neža Kogovšek Šalamon, Mirovni inštitut – Inštitut za sodobne družbene in politične študije, Metelkova 6, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: neza.kogovsek@mirovni-institut.si. Boštjan Koritnik, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: bostjan.koritnik@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Constitutional Law Challenges in the 21st Century

MATIJA ŽGUR, NEŽA KOGOVŠEK ŠALAMON & BOŠTJAN KORITNIK²

Abstract The monograph *Constitutional Law Challenges in the 21st Century* is dedicated to Professor Ciril Ribičič on the occasion of his 70th birthday. Nineteen eminent Slovenian and foreign scholars discuss topical issues from the field of constitutional law. Introducing the monograph are three short letters to the Professor in which their respective authors ponder on selected important issues that have marked the recent past and pose a challenge to the future of international constitutional law. The main body of the book is divided into three parts. In the first part, different problems regarding the form of government, the political system and elections are confronted. The second part is dedicated to contributions that critically address some of the most pressing issues facing Slovenia and its wider international surroundings in the field of human rights and constitutional democracy. In the third and last part of the book we find articles analysing the role of constitutional justice in the context of contemporary constitutional democracy which transcends the boundaries of domestic law and is crucially dependent upon supranational judiciary bodies.

Keywords: • constitutional law • state organization • human rights • constitutional justice • Ciril Ribičič

CORRESPONDENCE ADDRESS: Matija Žgur, M.Sc., Constitutional Law Institute Ljubljana, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: matija.zgur@ustava.si. Neža Kogovšek Šalamon, Ph.D., Peace Institute - Institute for Contemporary Social and Political Studies, Metelkova 6, 1000 Ljubljana, Slovenia, email: neza.kogovsek@mirovni-institut.si. Boštjan Koritnik, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: bostjan.koritnik@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Kazalo / Content

Uvodnik Editorial	1
A Letter to Professor Ribičič Mirjana Lazarova Trajkovska	5
A Letter to Professor Ribičič Rainer Arnold	11
The Two Professors: A Parallel Journey in Search of Meaning of the Constitutions (A Letter to Professor Ribičič) Branko Smerdel	17
I. Državna ureditev, politični sistem, volitve	21
Predsednik republike in varstvo ustavnosti zakonov The President of the Republic and the Protection of the Constitutionality of Laws Igor Kaučič	23
Pravno urejanje volitev Legal Regulation of Elections Franc Grad	45
Postopek ponovnega odločanja o zakonu pred Državnim svetom <i>de lege ferenda</i> The Procedure of Reconsideration of a Law After a Veto of the National Council <i>De Lege Ferenda</i> Dušan Štrus	63
Tranzicija, demokratizacija in institucionalizacija demokracije: je asimetrična federacija še aktualna v Evropi? Transition, Democratisation and Institutionalisation of Democracy: Is Asymmetric Federation Still Relevant in Europe? Mitja Žagar	79

Ustavnopравни koncept finančne avtonomije občin – med Scilo in Karibdo Constitutional Concept of Municipality Financial Autonomy – Between Scylla and Charybdis Nejc Brezovar	93
Načelo obdavčitve po ekonomski sposobnosti kot primarni ustavnopravni temelj za davčne norme finančne narave The Ability-To-Pay Principle as a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature Boštjan Koritnik & Jernej Podlipnik	107
II. Človekove pravice in ustavna demokracija	119
Evropska unija in Evropska konvencija o človekovih pravicah: preplet varstva človekovih pravic The European Union and the European Convention on Human Rights: Interweaving Human Rights Protection Saša Zagorc	121
Državljeni, ujeti v Brexit, Evropska konvencija o človekovih pravicah in politični konstitucionalizem Citizens Affected by Brexit, the European Convention of Human Rights and Political Constitutionalism Samo Bardutzky	139
Ustavna demokracija in problem izbrisa iz registra stalnega prebivalstva: izzivi in perspektive Constitutional Democracy and the Problem of Erasure from the Registry of Permanent Residents: Challenges and Perspectives Neža Kogovšek Šalamon	155
Ustavnostatusni položaj kot družbenosistemski ločevalni kriterij v vrednotenju (manjšinskih) narodnih skupnosti v Republiki Sloveniji The Constitutional Status as a Social System Separable Criterion in General Valuation of National Communities/minorities in the Republic of Slovenia Vera Kržišnik – Bukić	169
Pravica do stavke v odločitvah Evropskega sodišča za človekove pravice The Right to Strike in the European Court of Human Rights Case-Law Barbara Kresal	189

Neposredni učinek prepovedi diskriminacije na podlagi starosti v zasebnopravnih sporih Direct Effect of the Prohibition of Discrimination on the Grounds of Age in Disputes Between Private Parties Saša Sever	207
III. Ustavno sodstvo in vloga sodnika	225
Ustavnosodno pravotvorje v sodobnem ustavništvu Constitutional Lawmaking in Contemporary Constitutionalism Andraž Teršek	227
Ustavno sodišče kot (pozitivni) normodajalec The Constitutional Court as a (Positive) Lawmaker Sebastian Nerad	247
Učinkovita pravna sredstva za varstvo človekovih pravic – pogledi na vpliv Strasbourga na domačo sodno prakso Effective Legal Remedies for the Protection of Human Rights: Reflections on the Influence of Strasbourg on Domestic Case-Law Jadranka Sovdat	265
Pravica do nepristranskega sodnika v odločitvah Ustavnega sodišča Republike Slovenije The Right to Impartial Tribunal in the Case-Law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia Dragica Wedam Lukić	285

Uvodnik

MATIJA ŽGUR, NEŽA KOGOVŠEK ŠALAMON & BOŠTJAN KORITNIK

Zbornik »Izzivi ustavnega prava 21. stoletja« je posvečen 70-letnici profesorja dr. Cirila Ribičiča. Gre za zbirko devetnajstih strokovnih in znanstvenih besedil z ustavnopravnega področja, ki so jih zgolj za to priložnost pripravili ugledni tuji in domači strokovnjaki in strokovnjakinje.

Priprava zbornika v počastitev visokega jubileja človeka, kot je Ciril Ribičič, nikakor ni lahka naloga. Če bi v njem želeli dati prostor vsem tistim, s katerimi se je profesor v času svoje več kot štiri desetletja dolge poklicne poti srečeval in nanje pustil pečat, bi najbrž imeli pred seboj nepregleden skup besedil. Avtorji in avtorice pričujočih prispevkov predstavljajo tako zgolj bolj ali manj posrečen izbor posameznikov in posameznic, ki so s profesorjem v različnih vlogah še posebno tesno sodelovali in z njim spletli trdne strokovne, pa tudi prijateljske vezi. Med njimi so predvsem njegovi fakultetni kolegi in nekdanji doktorandi, pa tudi nekateri drugi posamezniki in posameznice, ki so s profesorjem sodelovali v okviru katere izmed drugih številnih pomembnih funkcij, ki jih je opravljal v preteklih letih.

Delo uredniškega odbora prav tako ni bilo nič kaj lahko z vidika izbora vsebin, ki bi morale najti svoj prostor v zborniku, če naj bi ta vsaj približno odražal številne znanstveno-raziskovalne interese slavljenca. Ciril Ribičič je namreč eden izmed najpomembnejših in plodovitih ustavnopravnih strokovnjakov v Sloveniji. V svojem dolgoletnem znanstvenem delu se je ukvarjal s praktično vsemi najpomembnejšimi področji in vprašanji ustavnega prava ter ustvaril zavidljiv opus, ki vključuje približno 50 znanstvenih člankov, več kot 30 poglavij v znanstvenih monografijah ter več kot 10 znanstvenih in strokovnih monografij, ki jih je pripravil bodisi sam bodisi v soavtorstvu. Sprva se je bolj posvečal vprašanjem pravne ureditve političnega sistema nekdanje države, s problemi federalizma in regionalizacije, pozneje tudi z lokalno samoupravo, ureditvijo statusa manjšinskih skupnosti v Sloveniji ter modeli volilnih sistemov. V zadnjih dvajsetih letih se je intenzivno ukvarjal s človekovimi pravicami in njihovim uveljavljanjem ter razvoju v Sloveniji in v okviru evropskih integracij. Izkušnja z opravljanjem funkcije ustavnega sodnika ga je pri tem še posebej

NASLOV UREDNIKOV: Mag. Matija Žgur, Inštitut za ustavno pravo, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: matija.zgur@ustava.si. dr. Neža Kogovšek Šalamon, Mirovni inštitut - Inštitut za sodobne družbene in politične študije, Metelkova 6, 1000 Ljubljana, e-pošta: neza.kogovsek@mirovni-institut.si. Boštjan Koritnik, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: bostjan.koritnik@pf.uni-lj.si.

zaznamovala in mu dala unikaten vpogled v konkretne probleme pri uveljavljanju najvišjih mogočih standardov varovanja človekovih pravic in svoboščin. S posebnim zanimanjem se v zadnjih letih ukvarja z medsebojnim vplivanjem med najvišjimi organi sodnega varstva človekovih pravic v Evropi, tj. med državnimi ustavnimi sodišči, Sodiščem EU ter Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP). Vsebinski sklopi zbornika ter konkretne teme besedil skušajo kar najbolj odražati širino strokovnih interesov profesorja Ribičiča. Hkrati pa se iz teh besedil bolj ali manj neposredno kaže tudi, kako velik in dolgotrajen je znanstveni prispevek profesorja Ribičiča na vseh navedenih področjih.

Poleg vrste domačih avtorjev smo v uredniškem odboru k sodelovanju povabili tudi tri ugledne tuje ustavnopravne strokovnjake, s katerimi je Ciril Ribičič v preteklosti še posebej tesno sodeloval. Ti so za uvod v zbornik pripravili krajša strokovna besedila v obliki pismen slavljenju, v katerih v angleškem jeziku razmišljajo o različnih pomembnih preteklih in aktualnih ustavnopravnih problemih. Dr. Mirjana Lazarova Trajkovska, nekdanja sodnica na Evropskem sodišču za človekove pravice v Strasbourgu, v svojem pismu razmišlja o razvoju postopka s pilotno sodbo pred ESČP in med drugim ugotavlja, da je postala ta metoda na eni strani uspešen instrument za soočanje s številnimi ponavljajočimi se primeri, ki izvirajo iz sistemskih problemov a da, na drugi strani, še vedno ni ustreznih procesnih mehanizmov za razreševanje problemov, ki izvirajo iz neizvršenih pilotnih sodb. Profesor Rainer Arnold s Pravne fakultete Univerze v Regensburgu v svojem zapisu v grobem oriše najpomembnejše razvojne tendence in ključne pojmovne poudarke sodobnega evropskega ustavnštva in predstavi Cirila Ribičiča kot pomembnega predstavnika tega razvoja, tako na nacionalni kot mednarodni ravni. Končno nas profesor Branko Smerdel s Pravne fakultete Univerze v Zagrebu, v svojem kratkem besedilu popelje v razburkan čas demokratične tranzicije ob koncu 80. let prejšnjega stoletja. Pri tem med drugim pokaže, kako so bila takratna Ribičičeva in njegova lastna stališča o centralističnih težnjah federacije ponovno aktualna v času slovenskega in nato še hrvaškega pridruževanja Evropski uniji.

Osrednji del monografije je sestavljen iz treh vsebinskih sklopov, v katerih najdemo šestnajst znanstvenih besedil v slovenskem jeziku.

V I. delu, naslovljenem Državna ureditev, politični sistem, volitve je šest prispevkov. Profesor dr. Igor Kaučič (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani) analizira mehanizme predsednika republike za varstvo ustavnosti zakonov, pri čemer ugotovi, da je slovenski predsednik republike tudi iz tega vidika šibek predsednik. Na koncu se zavzame za preučitev možnosti uvedbe pravice predsednika, da zahteva nakadno ustavnosodno presojo ustavnosti zakona. Profesor dr. Franc Grad (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani) razmišlja o vlogi pravne ureditve volitev za delovanje politike in demokratične države. Ugotavlja, da je bila predosamosvojitvena pravna ureditev volitev v marsičem primerna tudi za poosamosvojitveni čas. Ključne spremembe so bile zaradi uvedbe večstrankarskega sistema potrebne pri ureditvi delitve mandatov. Da je ustavna in zakonska ureditev Državnega sveta pomanjkljiva, v svojem prispevku ugotavlja dr. Dušan Štrus (namestnik sekretarja Državnega sveta RS). Posebno problematična je ureditev ponovnega odločanja o zakonu po vetu Državnega sveta, ki omogoča zgolj ponovno glasovanje o zakonu, ne pa tudi ponovne razprave. Štrus se v prispevku zavzame za sprejetje sprememb Poslovnika Državnega zbora, ki bi ta problem vsaj deloma odpravile. Profesor dr. Mitja Žagar (Inštitut za narodnostna

vprašanja) se vrne v čas pred osamosvojitvijo, ko so bile aktualne razprave o demokratizaciji in različnih oblikah federalizma. Te razprave so danes, ko se Evropa sooča s problemi demokratičnega deficita, gospodarske neenakosti in negotove prihodnosti, ponovno aktualne in nudijo pomembne nauke za iskanje ustreznih rešitev. Dr. Nejc Brezovar (državni sekretar na Ministrstvu za javno upravo in asistent na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani) se v svojem tekstu ukvarja s problemi finančne avtonomije občin. Ta je sicer ustavna kategorija, a je hkrati omejena navzven, tj. v odnosu do države, še dodatno pa jo ogrožajo notranja razmerja med različnimi predstavniškimi združenji občin, ki imajo različne interese in so tako oslABLJENA zaradi neenotnega nastopanja v odnosu do države. Končno, Boštjan Koritnik in dr. Jernej Podlipnik (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani) v svojem prispevku utemeljmeta, zakaj je plačilo davkov po ekonomski sposobnosti temeljno ustavno načelo, na katerem morajo temeljiti davčni predpisi fiskalne narave, čeprav ne izhajajo neposredno iz nobene ustavne določbe. Zakonodajalec lahko od tega načela odstopi zgolj, če ima za to stvarne in utemeljene razloge.

II. del zbornika Človekove pravice in ustavna demokracija prav tako vsebuje šest besedil. Profesor dr. Saša Zagorc (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani) izhaja iz Ribičičevih razmišljanj o odnosih med trojico najpomembnejših sodišč s področja varovanja temeljnih pravic (najvišje nacionalno sodišče, ESČP in Sodišče EU) in njegovo delo dopolni s tem, da poudari pomembnost poznavanja sodne prakse obeh najvišjih evropskih sodišč s strani nacionalnih sodnikov rednih sodišč. Razmerja v tem »evropskem trikotniku« bodo prišla še posebej do izraza v postopku izstopa Velike Britanije iz Evropske unije. Da bo pri izstopu Velike Britanije treba izrazito paziti na pravni položaj državljanov »ujetih v Brexit«, opozarja v svojem prispevku docent dr. Samo Bardutzky (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani). Avtor meni, da bo imela za zaščito pravic teh oseb posebno vlogo precedenčna vrednost odločitve ESČP v zadevi Kurić in drugi proti Sloveniji. S problemom izbrisanih se v svojem zapisu ukvarja dr. Neža Kogovšek Šalamon (raziskovalka in direktorica Mirovnega Inštituta, asistentka za mednarodno pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani), ki ugotavlja, da po več kot petindvajsetih letih, ki so minila od izbrisa, vse nastale krivice še vedno niso bile odpravljene, njihova popolna odprava pa se zdi vse manj verjetna. Tudi danes so pred Ustavnim sodiščem RS ter ESČP odprti primeri, ki se nanašajo na vprašanje vrnitve pravnega statusa in odškodnin za nastalo škodo. Zgodovinarica in antropologinja dr. Vera Kržišnik Bukić (Inštitut za narodnostna vprašanja) preuča pred- in po-plebiscitarni odnos slovenske države do pripadnikov narodov, ki izvirajo z območja nekdanje Jugoslavije in ki so v Sloveniji kot slovenski državljanji ostali tudi po razpadu skupne države. Problem normative in institucionalne diskriminacije teh manjšin v odnosu do italijanske in madžarske, ki sta ustavno zaščiteni, vztraja že vse od osamosvojitve, čeprav na ta problem Slovenijo opozarjajo tudi tuje institucije s področja varovanja človekovih pravic. Profesorica dr. Barbara Kresal (Fakulteta za socialno delo Univerze v Ljubljani in Inštitut za delo pri Pravni fakulteti v Ljubljani), v svojem članku analizira sodno prakso ESČP glede pravice do stavke. Čeprav ta ni izrecno zapisana v EKČP, jo je sodišče z razvojno razlago uspešno zasidrilo v okviru njenega 11. člena. V zadnjem prispevku v tem delu, Saša Sever, LL.M. (pravnik na Sodišču EU) analizira nedavno prakso Sodišča EU s področja diskriminacije glede na starost. V teh zadevah prepozna širši izziv za Sodišče in druge pravnike glede

določitve tistih določbe Listine EU o temeljnih pravicah, ki naj bi (lahko) imele neposredni učinek v zasebnopravnih sporih.

III. in zadnji del te monografije zbornika nosi naslov Ustavno sodstvo in vloga sodnika. Profesor dr. Andraž Teršek (Pedagoška fakulteta Univerze na Primorskem) uvodoma predstavi pojmovni okvir sodobnega evropskega ustavnštva in ključno vlogo, ki jo imajo v tem kontekstu ustavna sodišča. Ta s svojim aktivnim so-ustvarjanjem ustave, predvsem pri varovanju temeljnih ustavnih pravic, bistveno zaznamujejo sodobne evropske ustavne demokracije. Iz podobnih vsebinskih predpostavk glede pravodajne vloge ustavnega sodišča izhaja tudi dr. Sebastian Nerad (generalni sekretar Ustavnega sodišča RS). Nerad analizira različne tehnike odločanja slovenskega ustavnega sodišča in ugotovi, da je normodajna funkcija sodišča posebno poudarjena takrat, ko odloča o temeljnih ustavnih pravicah in svoboščinah. Docentka dr. Jadranka Sovdat (predsednica Ustavnega sodišča RS) uvodoma predstavi problematiko nacionalnega zagotavljanja učinkovitih pravnih sredstev za varstvo pravic, ki izhajajo iz EKČP. Z analizo nekaterih primerov ESČP, ki se nanašajo na Slovenijo, ugotovi, da se Strasbourško sodišče pogosto ne strinja s slovenskimi sodnimi organi o tem, kdaj je bila s strani države izpolnjena obveznost iz 13. člena Konvencije. Na koncu profesorica dr. Dragica Wedam Lukić (zaslužna profesorica Univerze v Ljubljani) analizira prakso Ustavnega sodišča RS glede pravice do nepristranskega sodnika. Avtorica na podlagi preučitve sodb ESČP izdanih proti Sloveniji meni, da bi moralo naše ustavno sodišče zaostriti kriterije, ko se sodniku očita pristranskost zaradi njegove vpletenosti v kateri od predhodnih faz postopka.

V tem zborniku vsebovani prispevki kažejo na to, da so izzivi ustavnega prava v 21. stoletju, tako doma kot v mednarodnem prostoru, številni ter po svoji naravi izjemno kompleksni. Njihove rešitve terjajo aktivno sodelovanje čim večjega števila ustavnopravnih in drugih strokovnjakov. Liber amicorum, ki je pred vami in ki je posvečen 70-letnici profesorja dr. Cirila Ribičiča, tako ni zgolj nekakšen simbolni poklon ožje akademske skupnosti preteklemu delu svojega kolega. Gre v prvi vrsti za poziv, tako slavljencu kot širši strokovni javnosti, k aktivni razpravi o pravnih in političnih problemih, ki definirajo naš čas. Več kot štiri desetletja dolgo – in še danes trajajoče – aktivno udejstvovanje Cirila Ribičiča v znanstvenih in strokovnih razpravah lahko služi kot model znanstvenika, predavatelja in človeka, ki ga potrebujemo, če naj se z navedenimi izzivi tudi uspešno spopademo.

A Letter to Professor Ribičič

Dear Professor Ribičič,

We have been discussing in detail the pilot-judgment procedure as a working method of the European Court of Human Rights (ECHR) for more than five years. We have addressed the historical, political, legal as well as the theoretical aspects of the pilot-judgment procedure. When we started our exchange, the pilot-judgement procedure was considered as a new working method of the ECHR. It was initiated with the aim of coping with the enormous increase of repetitive cases brought before the ECHR. Our analysis showed that it was applied in cases raising issues of a *systemic nature*, and resulting from *defective legal provisions* or *administrative practices* which could only be remedied by modifying the national law or the practice concerned. In this respect, our discussions led us to conclude at a very early stage that the application of the pilot-judgment procedure would be possible and effective if the political will existed on the side of the country concerned and that the pilot-judgement procedure would be the best working method for addressing the problems deriving from structural problems and endemic situations.

We have also elaborated that the effectiveness of this new working method in solving many pending repetitive cases needed to be examined in relation to the prioritization policy and method of the Court. So, in June 2009 the Court amended its Rules of Court concerning the order in which it deals with cases and introduced the new policy of prioritization.

As former judges of the constitutional courts in our respective countries, we agreed that prioritization policy is bringing the Court in Strasbourg one step closer to the constitutional approach. In this turbulent period of reform of the Court, I still consider that the pilot-judgment procedure can be perceived as a key element of the process of constitutionalization of the working methods of the Court. Through a pilot-judgment procedure, the Court examines laws, systems of practicing legislation and in a very clear and sophisticated way stimulates and influences the work of the national constitutional courts.

In my opinion, the pilot-judgment procedure is a two-way communication with the States Parties and especially with the constitutional or supreme courts. It is in a way a process of providing and receiving positive feedback. This excellent mutual and well-balanced cooperation with constitutional and supreme courts was evident and extremely important in many pilot-judgment projects (as in *Broniowski*, *Burdov*, *Lukenda*). You will agree that the Court's case law proves that pilot-judgment procedures have direct effects for the parties to the case and an indirect effect for other individuals in a similar

position. That means that the legal nature of pilot judgements is dual: as a cassation appeal on one side and as a constitutional review on the other side.

The pilot-judgment decisions should be perceived and analysed as judgments of “principle character” and as judgments that are creative. You will remember that my view was that from the perspective of its *further development*, the pilot-judgment procedure might be elaborated on the basis of enactment of a much more developed pilot-judgment procedure that would result from more individual complaints against different State Parties to the Convention. I am still of the opinion that these kinds of pilot judgments of the future would have the aim of introducing minimum standards of human rights protection.

Another important aspect that attracted our attention was how the Court could approach the *follow-up of a pilot judgment*. Perhaps the most radical step would be to refer repetitive applications to the Committee of Ministers for resolution as part of the execution process without deciding them. In such a situation, pending further information from the Committee of Ministers on the effective conclusion of the execution process, the case would be adjourned by the Court and the Court should ask the Government to settle the cases on the basis of the case law. The role of the Court in Strasbourg should be to concentrate more and more on the most important judgments that will be leading for the States. The main message coming from the Court should be that human rights belong at home and the States should deal with human rights on an individual basis by strengthening legal remedies.

You will remember that we both agreed that one of the most important questions is the question of interrelations between the ECHR and the constitutional and supreme courts. The main task of the conventional system is building minimum standards and principles that are common for most of the State Parties that are obliged to respect and integrate them in respect and protection of human rights. In this direction, pilot-judgment procedures are a strong expression of this important constitutional element.

If you ask me to critically reflect on our previous discussions from the perspective of the latest developments regarding the pilot-judgment project, I could add just a few new developments. Today, at the beginning of 2017, one may witness that many of our predictions and expectations have come true. The Court delivered 33 final pilot judgments in 70 cases. While the first pilot judgments (*Broniowski* and *Hutten-Czapska*) originated in complaints linked with the right to property, regarding the dysfunctional operation of domestic legislation and practice, the catalogue of systemic problems dealt with in pilot judgments has extended to include the length of proceedings and lack of domestic remedy in that respect;¹ inadequacy of compensation for expropriation;² non-enforcement of final judicial decisions;³ inadequate prison conditions;⁴ length of pre-trial detention;⁵ ineffective operation of restitution or compensation schemes for property taken over by the communist authorities;⁶ non-

adjustment of compensatory allowances for victims of blood contamination;⁷ continued failure to regulate the status of the “erased” former Yugoslav nationals;⁸ denial of access to property and home;⁹ voting rights of prisoners;¹⁰ deficient repayment scheme for foreign currency savings deposited before the dissolution of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia and impossibility of recovering such savings.

One can see that the variety of often complex legal issues and systemic dysfunctions handled in the pilot-judgment procedure seems to confirm that its potential goes far beyond what was initially expected. The number of pilot judgments remained at a fairly low level during the first four years. Between June 2004 and the end of 2008, the Court delivered only four pilot judgments on the merits (*Broniowski, Xenides Arestis, Scordino (no. 1)* and *Hutten-Czapska (merits)*). After the doubts whether the Chambers should apply the procedure and after the introduction of Rule 61, during the eight subsequent years the Court went in to 29 pilot-judgment procedures.

Dear Professor Ribičič,

I am certain that you would like to know what the problems are and what will be the future of the pilot-judgment procedure from today’s perspective. The pilot-judgment procedure today is confronting real execution problems. In *Rutkowski and Others v. Poland*, the Court, considering that the systemic problem identified in the case did not originate in a legislative dysfunction or lack of a remedy (which existed), but in the national courts’ practice incompatible with the ECHR’s case law, took the view that since “*the process of implementation [of the judgment] primarily involve[d] the change of judicial practice and approach*”, which “*raise[d] issues which [went] beyond the Court’s function as defined by Article 19 of the Convention*”, it would not indicate any “*specific actions to be taken*” or “*any time-limit for that purpose*”. *The Court left those matters to the Committee of Ministers, “a body better equipped to monitor the progress achieved in that process”*.¹¹

I often ask myself, what should be the real response of the Court in the case of a failure of the pilot-judgment procedure during the execution process? One of the possible ways of dealing with repetitive cases originating from non-execution of a pilot judgment could be to adopt a “global” decision or a “follow-up judgment” that would discontinue the ECHR’s examination of similar cases pending the execution of the pilot judgment on the grounds that the ECHR’s task under Article 19 has been discharged and underlying systemic problem is connected exclusively with non-compliance with delayed execution of the pilot judgment (*Yuriy Nikolayevich Ivanov and Greens and M.T.*). You may recall that we discussed this some years ago. Another approach could be to strike the pending cases out of the list of pending cases under Article 37 § 1 (c) on the grounds that the Convention violation in these types of cases has already been clearly and repeatedly established and that they originated solely in non-execution of the pilot judgment.

For the future of the pilot-judgment project, I hope you will agree with me that the developments following the application of the pilot-judgment procedure have produced mostly positive effects and that it has become an effective tool for handling cases involving systemic problems and repetitive caseloads. Until today most of the delivered judgments have been implemented successfully. However, there is a strong need for greater consolidation and development of other working methods applied in the context of the pilot-judgment procedure. It seems that the Court will need to introduce effective procedural tools for handling pending and future repetitive cases resulting from the failure of the implementation of the pilot judgment.¹²

Dear Ciril,

Looking from today's perspective I am pleased with the fact that our concerns and views were of the same nature, despite our different professional positions, mine as an ECHR judge and yours as a university professor and then judge of the Constitutional Court of Slovenia. I was deeply concerned with the repetitive nature of thousands of applications blocking the ECHR and your concerns were deriving from the systemic violations in some cases in Slovenia. I will refer to your diligent criticism in your dissenting opinion on the case in the proceedings on the constitutional complaint of Mladina, Press Undertaking, on the issue of the *res interpretata* dimension of the principle of subsidiarity by stipulating that: "*When deciding, Slovenian courts must consider the above-mentioned minimal European standards as provided for in the Convention and in the case-law of the ECHR, which provide developmental and creative interpretation of the Convention as a living international instrument. The Convention is ratified in Slovenia and has the effect of national binding law that is superior to legislation. Although it is subordinate to the Constitution, it is in fact on the same level as the Constitution in all those elements which concern determining higher standards of the protection of rights than determined by the Constitution (the Constitution explicitly allows such in the fifth paragraph of Article 15). Therefore, a national court, be it regular or constitutional, must consider the standpoints of the ECHR in order not to violate the Convention. It must assume the role of a European judge and ask itself how such a judge would decide. The regular courts and the Constitutional Court did not do so. The ECHR judgments (cf., the Case of Feldek v. Slovakia, Judgment dated 12 July 2001, and the Case of Dichand and Others v. Austria, Judgment dated 26 February 2002) give priority to freedom of expression before the protection of privacy, which is also the case in the hitherto established case-law of the Constitutional Court. Therefore, the adoption of the decision in the case at issue entails an inadmissible and unconvincing change in the attitude of the Constitutional Court towards the significance of freedom of expression, which might lead to Slovenia being convicted for the violation of Article 10 of the Convention. Even more so, than from the point of view of the Convention and the ECHR, which determine minimal standards of the protection of rights, the decision is disputable from the viewpoint of the violation of the Constitution.*"¹³

Your constructive criticism and your dedication towards human rights protection are equally important today as they will serve in the future as an example of the hard work of a wise Professor.

Mirjana Lazarova Trajkovska, judge
European Court of Human Rights

Notes:

¹ *Lukenda v. Slovenia; Scordino (no. 1) v. Italy, Rumpff v. Germany; Vassilios Athanassiou v. Greece; Glykantzi v. Greece; Michelioudakis v. Greece; Finger v. Bulgaria, Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria; Ümmühan Kaplan v. Turkey; Gazsó v. Hungary; Rutkowski and Others v. Poland.*

² *Scordino (no. 1) v. Italy.*

³ *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine; Burdov (no. 2) v. Russia; Olaru and Others v. Moldova; Gerasimov and Others v. Russia.*

⁴ *Orchowski v. Poland; Norbert Sikorski v. Poland, Ananyev and Others v. Russia; Torreggiani and Others v. Italy; Neshkov and Others v. Bulgaria; Varga and Others v. Hungary.*

⁵ *Orchowski v. Poland; Norbert Sikorski v. Poland, Ananyev and Others v. Russia; Torreggiani and Others v. Italy; Neshkov and Others v. Bulgaria; Varga and Others v. Hungary.*

⁶ *Atanasiu and Others v. Romania; Manushaque Puto and Others v. Albania.*

⁷ *M.C. and Others v. Italy.*

⁸ *Kurić and Others v. Slovenia.*

⁹ *Xenides Arestis v. Turkey.*

¹⁰ *Greens and M.T. v. the United Kingdom.*

¹¹ See *Rutkowski and Others v. Poland*, nos. 72287/10, 13927/11 and 46187/11, §§ 221–222, 7 July 2015.

¹² Kurić and Others, Ananyev, Gerasimov and M.C. and Others are raising need for adoption of general measures, in respect of setting/extending time-limits of that already adopted by the Court in those cases.

¹³ Dissenting opinion of judge Ciril Ribičič on case in proceedings upon the constitutional complaint of Mladina, Press Undertaking No. Up-1391/07 of 18 September 2009.

A Letter to Professor Ciril Ribičič

Professor Ciril Ribičič is a constitutionalist of international excellence. Founded in national constitutional law, he has been a promoter of the new orientation which flows from the dynamic developments of European constitutional law.

Rule of Law as the Basis of Constitutionalism

In the sphere of national law, Ciril Ribičič has been aware of the basic importance of the rule of law for the State order. The contemporary concept has developed in the free parts of Europe from the middle of the last century onwards, reinforced through the significant constitutional re-orientations in the new democracies of the former Communist countries.

The essential characteristic of this concept is the growing recognition of common values for State and society which culminate in the dignity of the human being and are expressed by specific fundamental rights in the constitutional order. This implies the preeminence of the Constitution as the formal and substantial basic order of the State. The primacy of the Constitution over legislation, the constitutionality of law, is the normative expression of this ideological, value-related orientation. Legality as conformity of executive action with parliamentary legislation has been the first step, historically accomplished already in the 19th century, a first relative victory of the people expressing its will through legislation, albeit a significant number of hindrances for a true democratic process have existed for a long time.

Legality was not enough; it had to be complemented by constitutionality which is intrinsically linked to today's rule of law.¹ Legislation made through the political will of the majority transforms politics into law. This transformation is only legitimate if it respects the Constitution. The French Conseil constitutionnel has formulated this fundamental change of thinking by a classic dictum actualizing Rousseau's perspective: legislation expresses the will of the people but only if it conforms to the Constitution; la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution.²

The Role of Constitutional Justice

Constitutionality is even more powerful if it is complemented by constitutional justice. The review of legislation by courts, in particular by specific constitutional courts according to the idea of Hans Kelsen, is the "ultimate perfection" (le perfectionnement ultime, D. Turpin)³ of the rule of law. The third wave of constitutionalization in Europe, the emergence of liberal democracies in the new free parts of Europe about 25 years ago

has been a decisive expression of a growing judicial guarantee for the new constitutionalism: the Austrian model became the European model of constitutional justice. The Slovenian Constitutional Court whose Vice President was for a long time Ciril Ribičič is an excellent example for this progress.⁴

The rule of law, value-oriented and based on the primacy of the Constitution, essentially safeguarded by constitutional justice, is the very basis for constitutionalism; it reflects and unites the main elements of a liberal democracy.

Democracy and Separation of Powers

These elements are: first, the protection of the individual who must be recognized as a subject and never be made an object, a mere instrument of law and politics; core requirement and very essence of human dignity which is inseparably connected with freedom, specified by a spectrum of fundamental rights, and second, the safeguard of democracy as the right of political self (co-)determination of the individual, expression also of dignity and freedom.⁵ Institutionally, freedom is safeguarded by separation of powers, which prevents freedom-threatening competence accumulation and enables the establishment of differentiated institutions which efficiently exercise the State's functions. This institutional efficiency is implicitly guaranteed by the Constitution which forbids restricting or eliminating the adequate function by ordinary laws.

It can therefore be stated that the rule of law is the basis for the freedom of the individual resulting from human dignity and realized by fundamental rights. The rule of law based on human dignity and linked to the principle of freedom necessarily includes democracy. As dignity is an attribute of human being, by nature it belongs to every person; equality is therefore an undeniable consequence of dignity.

Human Dignity as an absolute value

While dignity is an absolute and unrestrictable attribute of everyone,⁶ the freedom of the individual underlies restrictions for the benefit of the freedom of other individuals and in the interest of the community, that is of all the individuals in the State, the society. Public interest legitimizing restrictions of freedom is not exclusively a matter of one State alone, it is a matter of all the individuals, also of those living in other countries. Public interest of today is to a certain extent internationalized. Public interest in the European Union is oriented towards the finalities of the supranational community. Public interest as a basis for freedom restrictions implies a weighing of individual and public interests. Only if the restriction is proportional, necessary and adequate, it can be regarded as legitimate.

Substantive and Functional Efficiency of the Principle of Freedom

The principle of freedom of the individual linked to human dignity is inherent in every liberal democratic Constitution, either written or unwritten. It implies a substantive element which indicates that the protection of the individual must be efficient and complete. There are no gaps of the protection in any Constitution. If specific fundamental rights are not written, they have to be developed by judges, in particular by the constitutional judges. It is the competence and even the obligation of the judiciary to give substantively efficient protection to the individual and therefore to develop unwritten aspects of written fundamental rights or even to develop unwritten rights as such. The Constitution is a living instrument and must be adapted, in the course of time, to two newly emerging needs. The principle of freedom establishes the obligation of the State to fully and efficiently protect the individuals.

Freedom must also be realized in a functionally efficient way. This includes the dynamic, *effet utile* – oriented interpretation of the fundamental rights considering their evolutionary character and, as the consequence of the progressing impact of international law, harmonizing them with transnational human rights guarantees. Furthermore, it is of high importance for the judges to determine the reach and limits of the freedom restrictions.⁷ As already pointed out, the principle of proportionality has a key function in this context. It is the right criterion for the question whether the restriction of freedom is legitimate and how far it can go. Proportionality is based on the idea that freedom is the principle and restriction of freedom is the exception which must be justified in each case.

The International Dimension of Constitutional Law

Constitutional law of today is no longer purely national. It has undergone a considerable process of internationalization. The fulfillment of internal tasks is, to a great extent, only achievable in transnational cooperation. Basic challenges such as environmental protection, fight against organized criminality and terrorism, progress in technology, defense, migration and economic development can only be met in a globalized perspective. The State is no longer closed – “open statehood” is a political and legal answer to these challenges. State’s sovereignty is limited, international law as fixed in treaties has easy access to the internal national order and enjoys, in most cases, primacy over legislation. The judges have to apply international law even against contradicting national law. This also implies that the interpretation of constitutional law has to take place in conformity to international law.⁸ This is particularly significant in the field of fundamental rights where the impact of international human rights guarantees and the jurisprudence of the correspondent courts are greatly influential. Internationalizing interpretation takes place predominantly in this field while the institutional system as formulated in the text of the constitution is more rigid, by nature related to a particular State system, embedded in national tradition and therefore not essentially influenced by international legal developments.

The understanding of fundamental rights is involved in a transnational “dialogue of concepts” with the strong tendency towards convergence. It is a common phenomenon in Europe that the leading role of the fundamental rights protection, directly or indirectly through the reception of the concepts developed by the Strasbourg Court, is up to the European Convention of Human Rights. However, this has aroused, in part, a tension with the value-related jurisprudence of the States’ own constitutional courts which claim for a “domaine reserve” of national solution approaches. Here, the idea of national constitutional identity has emerged.⁹

Conceptual Convergence and Constitutional Identity

Constitutional identity has gained an even more vigorous role in relation with the supranational order of the European Union. Slovenia, which has widely accepted the specific structure of this order, however seems to safeguard the core elements of the national constitution which can be defined as constitutional identity. European constitutionalism is even more exposed to the impact of supranational than of international law. The structure of the EU legal order is mainly characterized by its direct effect in the member states’ orders and by its primacy over national ordinary and constitutional law. The internal legal order of a member state is dual, composed of national as well as supranational norms. As the Constitution is the very basis of the internal legal order, its essentials are State-defining elements which are not at the disposal of multinational communities such as the EU. However, this perspective presented by national constitutional courts, with clarity in France, Germany and other countries, is not fully accepted by the supranational institutions; the danger of a potential conflict, however, is relativized by the EU law itself which establishes, in Article 4 of the EU Treaty, the obligation to respect the Member States’ national as well as constitutional identity. This crucial issue has not yet been satisfactorily resolved by the Court of Justice of the EU. However, no conflict has hitherto occurred which could have threatened the existence of the European integration.¹⁰

Ciril Ribičič, as a professor, as a judge and Vice President of the Constitutional Court of Slovenia, has been aware of these common tendencies in European constitutional law as being significant expressions of contemporary constitutionalism and has importantly contributed, with due respect of the own constitutional concepts and traditions, to imparting these standards to Slovenian law.

Ciril Ribičič’s birthday is the occasion to express, from the side of the international scientific community, the deep gratitude for his highly precious endeavors in the field of constitutional law, nationally as well as internationally.

Rainer Arnold, Professor of Law
University of Regensburg, Germany

Notes:

¹ See R. Arnold, L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen, *Revue française de droit constitutionnel*, numéro spécial, 25 ans de droit constitutionnel, no 100 (Décembre 2014), pp. 769–776.

² Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985; CC Rec., p. 70, ECLI:FR:CC:1985:85.197.DC.

³ Dominique Turpin, Le rôle du Conseil constitutionnel dans la protection des libertés publiques en France, discours à la Faculté de droit de Regensburg/Ratisbonne, 1 février 1988.

⁴ Ciril Ribičič, Igor Kaučič, Referendum and the Constitutional Court of Slovenia, 2016, p. 103.

⁵ German Federal Constitutional Court, Decision on the Lisbon Treaty, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html (English version), paras. 211, 212, 221.

⁶ Antonio – Carlos Pereira-Menaut/María-CarolinaPereira-Saez, Human Dignity and European Constitutionalism: Flatus Vocis or Ratio Decidendi? in: R. Arnold (Ed.), *The Convergence of the fundamental Rights Protection in Europe*, Springer 2016, p. 215–235.

⁷ R. Arnold, Substanzielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus, in: Max-Emanuel Geis, Markus Winkler, Christian Bickenbach, *Von der Kultur der Verfassung*, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, 2015, p. 3–10.

⁸ R. Arnold, The External Relation of Rule of Law, *Studi in onore die Giuseppe De Vergottini*, Luigi Melica, Luca Mezzetti e Valeria Piergigli (a cura di), tomo III, p. 2447–2456.

⁹ See Matthew Saul, The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliament, *Human Rights Law Review* (2015) 15 (4), p. 745–774.

¹⁰ R. Arnold, La Cour de Justice de l'Union européenne comme gardienne de l'identité constitutionnelle des États membres, *Long Cours*, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Dalloz 2014, p. 49–56.

The Two Professors: A Parallel Journey in Search of Meaning of the Constitutions

Plutarch's „Comparative Biographies“, although preserved in fragments only, make the interesting readings raising such questions as why particular individuals used to aim to similar purposes in life. Just in case, we should emphasize: Lucius Mestrius Plutarch wrote about the great characters of the antique Roman and Greek history. He was born in the year 46 AD, and died in 120 AD, and obviously had completed a great opus after the legal age of compulsory retirement for academic scholars, which is currently in place in Slovenia and Croatia. I hold it proper simply to emphasize „Si licet parvus componere magni“, before raising my question. That is, what made some young lawyers of the generation to which Ciril and myself belong to, in the 1970s Yugoslavia, to select constitutional law as the subject of their lifelong theoretical effort. The obvious underlying question is: were those a proper choices and, if my answer is 'yes', what evidence could be put forward in favor of my respected colleague and friend.

Once upon a time, in the seminar room of an American University, a colleague from another one-party autocracy of the time, had challenged me directly: „What under the Sun might be a reason for a summa cum laude law graduate from a country whose government had by the Constitution declared itself omniscient and thus irreplaceable by the people, to choose a long and risky university carrier as an educator in the very constitutional law in that country, being led by the 'wise communist leadership'?“ She, since the colleague had been a very bright young woman, worked industriously on a doctoral degree in commercial law and aimed to find a job in one of the American law firms.

To me, such a question seemed totally irrelevant. Training legal argumentation just for the sake of it, I instantly responded: “But it is obvious! Why the best and the brightest in medicine, would go for oncology? In social sciences we go to where the most serious challenges arise or could be expected!” A prospect of “a democratic transition” was that area in view of the better part of my generation of young social scientists, where the main challenges of the last decades of the 20th Century should have been sought: a profound reform of the economic, social, political, and legal system, by means of the constitutions and the respective legislation. The question of “constitutional revolution”, as the concept was nicknamed later, after the annus mirabilis of 1989, presented the main source of inspiration in social sciences.

It was becoming gradually more evident that the substantial changes were already under way. Especially so, after Prime Secretary Gorbachev had his book on restructuring and transparency first published in the United States in English language (and instantly

banned in the majority of allied socialist states). The question whether these changes might be implemented in an organized way, by the constitutional means, and thus the destruction, vengeance and wars be avoided, had to be answered by the people of “the so-called communist nations”.

The Yugoslav federation, developing for decades a different model of socialism, seemingly had the best chances to turn smoothly towards political pluralism and the rule of law. In the leading university centers, there had existed groups of scholars who had been concerned with an interdisciplinary approach to the issues of constitutional reforms. Of course, the main part of them had been thoroughly influenced by instant political calculations of the republican leaders. We would not negate that the social position influences the very theorist. The question is whether the consequences of certain theoretical approaches might be tied to the promises and expectations. If basic scientific freedoms were protected, it is possible to examine rationality of any constitutional theory.

The issues of possible variations in constitutional implementation of the federal principle have been introduced into that, until recently ideologically strictly forbidden area, with successful instances of confederal or asymmetric arrangements being opposed to the dogmatic monolith of the “pure federal state”. As a young constitutional scholar, although not a member of important decision-making bodies, I became deeply involved in belief that the time of planning the constitutional institutions “on reflection and choice, instead on accidents and force” into which the American Founding Fathers laid their faith in the 18th Century, has eventually come to “the region”.

No, I did not see myself as a founding father, but proudly enjoyed a fulfillment of my intuitional expectations that the federal theory would matter the most. Since, despite the fact that federalism was declared a central concept of the federal Constitution, there had been a little of real federalist spirit in the daily functioning of the regime, as well as a scarce understanding what it might have meant. With an admirable honesty, Croatian politician Miko Tripalo had compared the relations in the federal center, as bunches of sycophants, wandering around the throne and trying to reach the ears of their leader, the President for Life and concluded how that was distant from the free discussion required by federalism.

Therefore, the school of true federal thought had still to be established in various centers of the polycentric federal system. Among the leading young scholars in Slovenia, I had noticed the contributions of a new rising star. Ciril Ribičič, professor and politician, turned to the questions of reform and started to publish work after work on the topics of variations in the application of the federal principle. Considering myself a proud member of the American network of the federalist sciences, gathered around the Ostroms’ Workshop in Political Theory and Policy Analysis, whose credo has been ‘polycentrism’, I was simply delighted by Ribičič’s book on the new ‘federalism for

the future'. The long introduction by the leading reformist politician Milan Kučan, being fully in that line of thought, not only following ideas, but also demonstrating a deep understanding and knowledge of the matter, was particularly encouraging. There was a third, Croatian author, Zdravko Tomac, whose name was also of importance during the initial years of "a democratic transition". The federalist ideas I had shared with Ciril and Kučan and many others at the time, could not prevent the violence during the disintegration of the federation. To be sure, the federalist theory sought only non-violent solutions through negotiations, not to maintain the federation at any cost. To stress further, today, as during the 1980s, the theory became even more important after the long years of neglect.

To conclude: we maintained the same positions. When Slovenia was on a final approach to the membership in the European Union, when centralizing ideas appeared from the federalist organizations, Ciril Ribičič's sarcastic warning was: "But 'YU-rope': no thanks!" When Croatia was approaching it, I proposed a term "Euro-realism" as a caveat against the widely advertised "Euro-idealism". With the same realism, I would have dared to conclude that such caveats bore that core of rationality which we might foresee in constitutional designs. The fact that professor Elinor Ostrom received a Nobel prize in institutional economy in 2009 shows that the great part of the scientific community still searches for alternatives to the violence and accidents in organizing states and their associations. And there came the most important confirmation of that line of thinking about international integrations, just those very days, when the prestigious journal *The Economist*, under the title "How to Save Europe", advises much more flexibility, using the phrase "never closer union" (25 March 2017: 9).

Therefore, I see the origins of our initial and irreparable choices of constitutional law as a life research program of a constant relevance. First, because I still believe that knowledge is the necessary condition to put the governments into the service of the communities. Second, that constitutional law differs from all other branches of law and can be of great utility in using the power to the advantage of a decent society. To that purpose, the constitutions might be taken as the strategic plans, and for the know-how in terms of dealing with such plans, there firmly holds the saying *ars longa, vita brevis*. A model of true democratic transition does not exist nor have been created during the last two and a half decades. It seems that the final conclusion by Vincent Ostrom, that the Humankind was at the closing of the 20th Century "not closer to a scientific approach to constitutional design than Alexis de Tocqueville in his books at the beginning of the previous Century" offers much better diagnosis.

prof. dr. Branko Smerdel
University of Zagreb Law Faculty, Croatia

I. Državna ureditev, politični sistem, volitve

Predsednik republike in varstvo ustavnosti zakonov

IGOR KAUCIČ

Povzetek Predsednik republike lahko najučinkoviteje varuje ustavnost zakonov v postopku njihove razglasitve, ki je klasična funkcija šefa države. V primeru dvoma v formalno ali materialno ustavnost zakona ima možnost zavrniti njegovo razglasitev in sprožiti ustrezne postopke za ponovno presojo zakona. V parlamentarnem sistemu so temu na voljo zlasti suspenzivni in ustavni veto ter presoja ustavnosti zakona. Prvi se uveljavlja pred zakonodajnim, druga dva pa pred ustavnosodnim organom. Slovenska ustavna teorija in doktrina predsedniku republike priznava pravico do formalne presoje, ne pa tudi večinsko pravice do materialne presoje zakona. Prav tako nima na voljo suspenzivnega in ustavnega veta ter tudi ne možnosti zahtevati presojo ustavnosti zakona pred Ustavnim sodiščem. Nekateri se zato zavzemajo za uvedbo ustavnega veta, ki bi sicer nekoliko okrepil položaj predsednika republike, hkrati pa bi protiustavnim zakonom preprečil, da bi vstopili v naš pravni red. Podobne učinke bi bilo mogoče doseči tudi z uvedbo predsednikove zahteve za naknadno presojo ustavnosti zakonov, za katero ne bi bila potrebna sprememba Ustave, temveč bi zadoščala dopolnitev Zakona o Ustavnem sodišču.

Ključne besede: • predsednik republike • razglasitev zakona • ustavni veto • suspenzivni veto • presoja ustavnosti zakona • formalna in materialna ustavnost

NASLOV AVTORJA: Dr. Igor Kaučič, profesor, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e pošta: igor.kaucic@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.2 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The President of the Republic and the Protection of the Constitutionality of Laws

IGOR KAUČIČ

Abstract The President of the Republic is in a position to most efficiently safeguard the constitutionality of the laws in the procedure of their promulgation, with the promulgation of laws being the traditional function of the head of state. In the event of doubt about the procedural or substantial constitutionality of the law, he may decline its promulgation and initiate appropriate procedures for its review. To this end, a suspensive veto, a legislative veto, and constitutional review can usually be employed within parliamentary systems. The first is enforced before the legislative body, while the latter two are enforced before the constitutional body. Slovenian constitutional scholars generally acknowledge the President's right to procedural review, but for the most part deny his right of substantial review of the law. Additionally, he or she does not hold the power of suspensive or constitutional veto nor can he or she demand the review of the law's constitutionality before the Constitutional Court. Consequently, some argue for the enactment of the constitutional veto, which would somewhat strengthen the position of the President, but would also prevent unconstitutional laws becoming a part of our legal order. A similar effect could be achieved with the enactment of the President's demand for an a posteriori review of constitutionality of the laws. For the latter no change of the Constitution would be required, as amending the Constitutional Court Act would suffice.

Keywords: • president of the republic • promulgation of laws • constitutional veto • legislative veto • constitutional review • formal and material constitutionality

CORRESPONDENCE ADDRESS: Igor Kaučič, Ph.D., Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: igor.kaucic@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.2 ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor

Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Varstvo ustavnosti zakonov in drugih predpisov je primarno v pristojnosti ustavnega (ali vrhovnega) sodišča,¹ vendar so zanj odgovorni tudi drugi državni organi. To še zlasti velja za tiste, ki sprejemajo splošne pravne akte ali odločajo na njihovi podlagi. Predsednik republike pri sprejemanju zakonov neposredno ne sodeluje (to je v pristojnosti zakonodajnega telesa), sodeluje pa v zakonodajnem postopku v širšem pomenu. V parlamentarnem sistemu se predsednikova vloga v zakonodajnem postopku praviloma osredotoča na razglasitev v zakonodajnem telesu sprejetega zakona. In prav s tem aktom so povezani nekateri ustavni mehanizmi, ki predsedniku omogočajo ne samo preizkus primernosti in ustreznosti, temveč tudi ustavnosti sprejete zakonske ureditve (tako s formalnega kot izjemoma tudi z materialnega vidika). V tem primeru ima na voljo zakonodajni veto, ustavni veto, zahtevo za presojo ustavnosti zakona (bodisi pred njegovo razglasitvijo ali po njej) in možnost razpisa zakonodajnega referendumu. Šefu države so te pristojnosti zaupane z namenom vzpostavitve dodatnega mehanizma varstva ustavne ureditve. Omogočajo mu presojo ustreznosti zakona (zakonodajni veto in referendum) in tudi ustavnosti zakona (ustavni veto in zahteva za presojo ustavnosti zakona).

2 Razglasitev in preizkus zakona

2.1 Splošno

V postopku sprejemanja zakona je možnost formalnega in neposrednega vpliva predsednika republike na vsebino zakona bolj ali manj neznatna ali pa je sploh ni.² Sprejemanje zakona je v izključni pristojnosti zakonodajnega telesa. V parlamentarnem sistemu se predsednikova vloga v zakonodajnem postopku praviloma izčrpa z razglasitvijo v zakonodajnem telesu sprejetega zakona.

Razglasitev (promulgacija) zakona je akt, s katerim pristojni državni organ ugotovi, da je zakon sprejel zakonodajni organ v pravno predpisanem postopku. Pomeni, da se s strani zakonodajalca sprejeti akt potrdi v avtentični vsebini, razglasi kot zakon in posreduje v ustrezno objavo v uradnem glasilu. Razglasitev zakona, ki je klasična funkcija šefa države, ne vsebuje elementov sprejemanja zakona in ne sodelovanja predsednika republike v zakonodajnem postopku, z njim je le povezana.³ Je sklepni akt zakonodajnega postopka v širšem pomenu, s katerim postane zakon izvršljiv. S promulgacijo kot ustavnim pogojem za veljavnost zakona se tudi slovesno ugotovi njegov obstoj. Z njim predsednik republike potrjuje formalno pravilnost zakona oziroma da so bila spoštovana pravila zakonodajnega postopka, s čimer mu gre tudi formalna moč zakona (Pitamic, 1996: 249–252). Funkcija promulgacijskega akta je v tem, da z njim šef države potrdi, da je zakon sprejelo zakonodajno telo po predpisanem postopku.

Akt o razglasitvi zakona lahko izda predsednik republike samostojno ali ob protipodpisu (sopodpis ali kontrasignatura). Protipodpis lahko da predsednik vlade ali pristojni minister, izjemoma pa se za razglasitev zakona zahteva tudi podpis predsednika parlamenta. V teh primerih mora biti zakon najprej podpisan in šele nato posredovan predsedniku republike v razglasitev.⁴ Protipodpis na akt predsednika republike je pogoj za veljavnost tega akta, poleg tega pa z njim sopodpisnik prevzame (so)odgovornost za akt predsednika republike (ne more pa prevzeti politične odgovornosti za morebitno predsednikovo opustitev razglasitve zakona). S tem tudi vlada priznava, da je zakon izvršljiv in da ga bo izvrševala (Zagorc, 2004: 98–99). Ponekod je protipodpis na promulgacijski akt izrecno predpisan,⁵ drugod ta izhaja iz generalne klavzule o protipodpisu, nekateri ustavni sistemi pa ga sploh ne poznajo (na primer v Sloveniji).

2.2 Razglasitev zakona v slovenski ureditvi

Zakonodajni postopek je pri nas, tako kot v drugih ustavnih ureditvah, v pristojnosti zakonodajnega telesa (Državnega zbora). Predsednik republike nima možnosti formalnega in neposrednega vplivanja na sprejemanje zakona in tudi na njegovo vsebino.⁶ Drugače kot v primerljivih parlamentarnih ureditvah nima pravice do suspenzivnega (zakonodajnega) veta kot tudi ne ustavnega veta in zahteve za naknadno presojo ustavnosti zakona pred Ustavnim sodiščem. Po Ustavi Republike Slovenije⁷ je pristojen le razglašati zakone, ki jih sprejme Državni zbor. Ustava določa, da zakone razglašča Predsednik republike najpozneje osem dni po njihovem sprejemu.⁸ Promulgacija zakona ni sestavina zakonodajnega postopka v ožjem pomenu, z njo Predsednik republike ne sodeluje v postopku sprejemanja zakona, prav tako ne more vplivati na njegovo vsebino. Razglasitev zakona se izvrši z izdajo ukaza o razglasitvi zakona. Ustava tudi ne predpisuje sopodpisa predsednika vlade ali pristojnega ministra k temu aktu, s čimer odstopa od večine tradicionalnih parlamentarnih ureditev. Kljub nekoliko ožjim pristojnostim Predsednika republike v primerjavi z drugimi evropskimi parlamentarnimi ureditvami ni načelnih razlogov proti uvedbi protipodpisa v naš ustavni red.⁹

Institut promulgacije zakona se normativno in tudi izvedbeno nekoliko razlikuje od tradicionalnih (zahodno)evropskih parlamentarnih ureditev. Pri nas je promulgacija razumljena zgolj kot akt razglasitve zakona s strani Predsednika republike, ki je formalni pogoj za njegovo objavo. Preostala dejanja promulgacije, ki so uveljavljena v drugih evropskih parlamentarnih sistemih (na primer oblikovanje izvrznega besedila zakona, podpis zakona, sopodpis k promulgacijskemu aktu in objava zakona) in so v pristojnosti vlade oziroma posameznega ministra, pa se v naši ureditvi izvršujejo povsem drugače in s strani drugih organov, ali pa jih sploh ne poznamo.¹⁰

V teoriji so mnenja o pravni naravi promulgacijskega akta (pri nas ukaza o razglasitvi zakona) različna. Po mnenju nekaterih to ni materialni, temveč akt formalne

(ugotovitvene) ali celo konstitutivne narave, drugi pa nasprotno menijo, da nima narave predpisa in tudi ne posamičnega akta, prav tako ni konstitutivni in ne deklarativni akt, temveč je še najbližje vmesnemu procesnemu aktu, ki ima pravno naravo materialnega akta. Prepričljivo je zlasti stališče, da je ukaz o razglasitvi zakona po svoji naravi konkretni in individualni pravni akt.¹¹ Tudi Ustavno sodišče priznava ukazu o razglasitvi zakona ugotovitveni značaj. Ta ni predpis, saj ne ustvarja spremembe v pravnem položaju naslovnikov njegovih norm, temveč je posamičen in konkreten akt, ki se nanaša na točno določen zakon. Ukaz je pogoj za razglasitev zakona, s katerim je ugotovljeno, da so izpolnjeni pogoji za njegovo objavo in uveljavitev. Ukaza ni mogoče izpodbijati v sodnem postopku in tudi Ustavno sodišče je odločilo, da ni akt, ki bi ga bilo mogoče izpodbijati z ustavno pritožbo (Up-328/01 z dne 16. oktobra 2001).¹²

2.3 Preizkus zakona

Pojem preizkus zakona predpostavlja tako preizkus formalne ustavnosti zakona, ki vključuje presojo, ali je zakonodajalec spoštoval z ustavo predpisan postopek sprejemanja zakona, kot tudi materialni preizkus, ki zajema vsebinsko presojo skladnosti zakona z ustavo. Ta vprašanja se pojavljajo tudi ob razglasitvi zakona. V primeru dvoma v ustavnost zakona ima predsednik republike ponekod na voljo ustrezne ustavne mehanizme, drugje pa je to vprašanje bolj ali manj odprto. V teoriji in praksi teh držav so mnenja različna zlasti glede pravice predsednika, da pred promulgacijo zakona opravi materialni preizkus ustavnosti zakona. V večini sistemov predsedniku namreč ne oporekajo pravici do formalnega preizkusa ustavnosti zakona, glede pravice do materialnega preizkusa pa so mnenja različna. V Avstriji na primer zveznemu predsedniku priznavajo pravico do preverjanja ustavnosti nastajanja zakona, to pa ne velja tudi za vsebinsko preverjanje zakona. Tega ne priznava večina avtorjev, ker to funkcijo označujejo za pretežno notarsko, nekateri pa nasprotno menijo, da ima predsednik pravico in celo dolžnost preuči vse materialne ustavnosti zakona.¹³ Po prevladujočem mnenju nemške teorije pa njihovemu zveznemu predsedniku nesporno pripada ne samo pravica do formalnega preizkusa, temveč tudi pravica do materialnega preizkusa ustavnosti zakona.¹⁴ To velja zlasti v primeru, če gre za očitno materialno protiustavnost (Ribarič, 2016: 265).¹⁵ Kljub temu to pravico teorija razlaga zelo restriktivno, zlasti tudi zato, ker je po ustavi mogoče zahtevati o tem vprašanju odločitev zveznega ustavnega sodišča (Von Beyme, 2002: 277).¹⁶ Podobno stališče (da je imel predsednik republike dolžnost zavrniti promulgacijo zakona, če ga je štel za materialno neustavnega), je zagovarjala tudi hrvaška teorija pred spremembo ustave leta 2001 (Sokol & Smerdel, 1998: 99), po njeni spremembi pa mu je bila ta pravica odvzeta.

2.3.1 Formalni preizkus zakona

Tudi v naši ureditvi se postavlja vprašanje, do kod sega predsednikovo pooblastilo za razglašanje zakona. Čeprav gre za klasičen in uveljavljen (ustavno)pravni institut,

teorija in praksa nista povsem enotni glede obsega predsednikovih pooblastil na tem področju. Nobenega dvoma ni, da Predsedniku republike ni mogoče odreči pravice do formalne presoje ustavnosti zakona.¹⁷ Predsednik republike ima pravico presoditi, ali je bil zakon v Državnem zboru sprejet po predpisanem postopku, upošteva pri tem tudi ustavne določbe o suspenzivnem vetu Državnega sveta in o zakonodajnem referendumu. Ukaz o razglasitvi zakona je Ustavno sodišče označilo kot akt, s katerim se ugotavlja, da je zakon po predpisanem postopku sprejel pristojni subjekt, da je zakon res nastal in da obstaja. Če ni nobenih ustavnopravnih ovir v zvezi z nastankom zakona in je gotovo, da je zakon nastal, ga mora Predsednik republike razglasiti najpozneje osmi dan po njegovem sprejetju. Med procesne ustavnopravne ovire, zaradi katerih Predsednik republike odkloni promulgacijo zakona, štejejo naslednje: če zakona ni sprejel Državni zbor ali ni bil sprejet z ustavno predpisano večino, ter če obstaja možnost suspenzivnega veta Državnega sveta ali naknadnega zakonodajnega referenduma.¹⁸ Zakona zato ni mogoče razglasiti pred iztekom roka, v katerem se lahko zahteva ponovno glasovanje o zakonu ali razpis naknadnega zakonodajnega referenduma.¹⁹ Predsednik republike namreč ne more razglasiti kot zakon nečesa, kar morda sploh ne bo zakon. Do tega lahko pride, če Državni zbor pri ponovnem odločanju ne sprejme zakona (suspenzivni veto), ali če ga volivci na referendumu zavrnejo. V obeh primerih je odločitev dokončna in s tem zakonodajni postopek (neuspešno) končan.²⁰

Predsednik republike torej lahko pred izdajo ukaza o razglasitvi zakona opravi omejeni formalni oziroma procesni preizkus ustavnosti zakona. Pristojen je le za presojo, ali je bil zakon sprejet v ustavnoskladnem postopku. Če ni nobene ustavnopravne ovire v zvezi z nastankom zakona in je gotovo, da je zakon nastal, ga Predsednik republike mora razglasiti. S tega vidika je razglasitev zakona predsednikova dolžnost, ki je ne more odkloniti. Nasprotno pa zakona, ki ni bil sprejet po predpisanem zakonodajnem postopku, predsednik ne sme razglasiti. Če bi predsednik razglasil zakon, ki nima formalnih lastnosti zakona oziroma za katerega obstajajo ustavnopravne ovire za nastanek, bi s tem kršil Ustavo. To bi se zgodilo tudi v primeru zavrnitve ukaza o razglasitvi sicer formalno ustavnega zakona.²¹ Če pa bi se Državni zbor strinjal s predsednikovimi argumenti o protiustavnosti zakona, katerega razglasitev je zadržal, pa veljavna poslovniška ureditev ne dopušča odprave protiustavnih določb in tudi ne drugega posega v že sprejet zakon. V tem primeru bi se štelo (podobno kot pri zavrnitvi zakona na ponovnem odločanju v Državnem zboru ali na zakonodajnem referendumu), da je zakonodajni postopek končan in da zakon ni sprejet.²²

2.3.2 Materialni preizkus zakona

Glede pravice materialnega preizkusa, to je zavrnitve razglasitve zakona zaradi dvoma v njegovo skladnost z Ustavo (ratificirano mednarodno pogodbo in s splošnimi načeli mednarodnega prava), pa ustavnopravna teorija ni povsem enotna. Po prevladujočem

mnenju Predsednik republike nima pravice zavrnuti promulgacije zakona iz vsebinskih razlogov. Nekateri pa vendarle menijo, da bi materialni preizkus ustavnosti zakona izjemoma prišel v poštev, če bi šlo za očitno in nedvoumno protiustavnost in bi zaradi same razglasitve zakona lahko nastale škodljive posledice, ki jih ne bi bilo mogoče preprečiti niti v ustavnosodnem postopku (Ribarič, 2002: 835 in 2016: 265).²³ Po tem stališču bi bilo smiselno Predsednika republike obravnavati kot varuha Ustave, ki vključuje tudi njegovo dolžnost, da uveljavlja ustavnost zakonov v postopku njihove promulgacije. Skladno s tem bi Predsednik republike lahko zavrnil promulgacijo zakona, če bi bil prepričan, da je v formalnem ali materialnem neskladju z Ustavo. To naj bi še zlasti veljalo za ureditve (kot je naša), v katerih predsednik nima pravice veta ali sprožiti postopka presoje zakona pred Ustavnim sodiščem (Kerševan, 2016: 359).²⁴

Čeprav naj bi bila ta pravica priznana samo v izjemnem primeru in kljub nekaterim prepričljivim razlogom, tega stališča *de lege lata* ni mogoče sprejeti. Na obstoj te pravice namreč ni mogoče sklepati ne iz določb Ustave, kot tudi ne iz splošnega položaja in pristojnosti Predsednika republike. Pravica do preizkusa ustavnosti zakona je izrecno in nedvoumno priznana predsedniku samo v tistih ureditvah, v katerih razpolaga s pravico do zakonodajnega ali ustavnega veta. Povsod drugje mu te pravice ne priznavajo ali pa jo priznavajo le pogojno. V nasprotju z nekaterimi ustavnimi sistemi našemu predsedniku tudi ni izrecno priznana vloga nekakšnega varuha Ustave. Če ni formalnih ustavnopravnih ovir, Predsednik republike ne more zavrnuti razglasitve zakona zaradi dvoma o materialni ustavnosti zakona.²⁵ Tudi Ustavno sodišče je sprejelo stališče, da prvi odstavek 91. člena Ustave »zavezuje Predsednika republike, da razglasi zakon najpozneje osmi dan po njegovem sprejemu, če za to ne obstajajo ustavnopravne ovire v zvezi z njegovim nastankom in je gotovo, da je zakon nastal« (U-I-104/01). Čeprav Ustavno sodišče v tej zadevi ni posebej presojalo in se izrecno tudi ni opredelilo do predsednikove pravice do materialnega preizkusa ustavnosti zakona, je iz utemeljitve mogoče razbrati, da iz tega člena Ustave izhaja samo pravica do presoje formalne ne pa tudi materialne ustavnosti zakona.

3 Varstvo ustavnosti zakonov

Ustavne ureditve nekaterih evropskih držav, ki predsedniku republike priznavajo pravico, da ob razglasitvi zakona opravi preizkus ustavnosti sprejete zakonske ureditve tako s formalnega kot izjemoma tudi z materialnega vidika, mu skladno s tem dajejo tudi različne možnosti ukrepanja v primeru, če meni, da je sprejeti zakon protiustaven. Ponekod ima zgolj možnost zavrnuti razglasitev zakona (na primer v Nemčiji, Avstriji in Sloveniji²⁶), v nekaterih parlamentarnih ureditvah pa ima na voljo bodisi suspenzivni veto, ustavni veto in zahtevo za presojo ustavnosti zakona (redkeje tudi razpis zakonodajnega referendumu). Ti instrumenti so dodaten mehanizem varstva ustavne ureditve, saj omogočajo ne samo presoje ustreznosti zakona (zlasti zakonodajni veto), temveč tudi ustavnosti zakona (ustavni veto in zahteva za presojo ustavnosti zakona). Prvi se uveljavlja pred zakonodajnim organom, druga dva pa pred ustavnosodnim

organom. Ta pooblastila so del zakonodajnega postopka v širšem pomenu, saj šefu države omogočajo vpliv na sprejet zakon.

3.1 Suspenzivni (zakonodajni) veto predsednika republike

Najučinkovitejše sredstvo za uveljavitev predsednikovega posrednega vpliva na vsebino ali celo obstoj zakona, ki ga je sprejel parlament, je nedvomno pravica do zakonodajnega (praviloma suspenzivnega, izjemoma absolutnega) veta. Suspenzivni veto predsedniku republike omogoča, da odloži akt promulgacije zakona in od zakonodajalca zahteva, da o njem ponovno odloči. Za ponovni sprejem zakona je predpisana zahtevnejša večina. Če zakona na ponovnem glasovanju ne sprejme, je ta dokončno zavrnjen. Čeprav je ta institut prvenstveno namenjen predsednikovim vsebinskim pomislekom o ustreznosti in primernosti zakona (t. i. politična presoja zakona),²⁷ mu ne preprečuje, da bi zavrnil razglasitev zakona tudi zaradi ustavnopravnih pomislekov. Suspenzivni veto namreč vsebinsko ni omejen na posebej določene razloge, zato se tudi v praksi uporablja glede različnih vprašanj.

Pravico do suspenzivnega veta daje predsedniku republike večina ustav, v katerih je uveljavljen parlamentarni sistem,²⁸ čeprav ne vse v enakem obsegu in tudi ne z enakimi pravnimi posledicami.²⁹ Predsednik republike je dolžan razglasiti zakon, ki ga je na podlagi suspenzivnega veta parlament ponovno potrdil.³⁰

V naši ustavni ureditvi Predsednik republike nima suspenzivnega veta, saj je ta v pristojnosti Državnega sveta.³¹ Zahteva Državnega sveta za ponovno odločanje o zakonu pomeni suspenz odločitve Državnega zbora o sprejemu zakona, saj je Državni zbor dolžan ponovno odločati in šele po tem je zakon potrjen ali ne (in s tem postopek končan) (Mozetič, 2002: 811).

3.2 Presoja ustavnosti zakona

Varstvu ustavnosti zakona pred ustavnim sodiščem so namenjena različna pravna sredstva. V najplošnejšem jih razlikujemo glede na čas uporabe oziroma izvedbe. Glede na to merilo je lahko presoja ustavnosti zakonov preventivna ali represivna.³² Predsedniku republike sta načeloma na voljo obe obliki kontrole, vendar ju drugače kot glede suspenzivnega veta uveljavlja le nekaj evropskih držav.

3.2.1 Preventivna presoja ustavnosti zakona

Institut preventivne (predhodne *a priori*) presoje (predloga) zakona je namenjen preprečitvi uveljavitve protiustavnega zakona oziroma nastanka protiustavnih pravnih posledic v pravnem redu. Ta oblika nadzora ustavnosti zakona se uporablja redkeje. Ko gre za vlogo predsednika republike v okviru preventivne presoje je treba razlikovati

med presojo predloga zakona, ki še ni bil sprejet, in zakona, ki ga je zakonodajno telo že sprejelo, vendar še ni razglašen in objavljen. Prva oblika predhodne presoje zakona je uveljavljena v Franciji, v zvezi s posameznimi vprašanji pa tudi v drugih državah.³³ Predhodna ustavnosodna presoja že sprejetega, vendar še ne razglašenega zakona, pa se uporablja med postopkom promulgacije zakona. Ta oblika predhodne presoje zakona je po učinkih podobna ustavnemu vetu. Poznata ga na primer srbska in portugalska ustava, pri čemer lahko tako zahtevo sprožijo bodisi poslanci bodisi predsednik republike.³⁴

Podobno kot v večini drugih parlamentarnih ureditev tudi v naši Predsednik republike ni pristojen zahtevati preventivne presoje ustavnosti zakona. Pristojen pa je predlagati predhodno presojo ustavnosti mednarodne pogodbe, ki jo pri nas ratificira Državni zbor z zakonom. Ustava v drugem odstavku 160. člena Predsednika republike pooblašča, da lahko v postopku ratifikacije mednarodne pogodbe predlaga Ustavnemu sodišču presojo njene skladnosti z Ustavo (poleg njega imata to pristojnost tudi vlada in tretjina poslancev). Predlog lahko vloži v času, ko je mednarodna pogodba v postopku ratifikacije (ko je vlada pogodbo že podpisala in ko je vložen predlog zakona za njeno ratifikacijo, ki ga Državni zbor še ni sprejel), ne pa tudi po njeni ratifikaciji. Namen te presoje je pravočasno preprečiti, da bi prišlo do ratifikacije mednarodne pogodbe, z uveljavitvijo katere bi v notranje pravo prešle protiustavne norme ali za izpolnitev katere bi bilo treba sprejeti predpise, ki bi bili v nasprotju z Ustavo.³⁵ O tem izreče Ustavno sodišče mnenje, na katerega je Državni zbor vezan.

Ključni razlog za uvrstitev Predsednika republike med predlagatelje ustavnosodne presoje mednarodnih pogodb je njegova vloga v postopku razglasitve zakonov o ratifikaciji mednarodnih pogodb in izdaje listin o tej ratifikaciji (prvi odstavek 91. člena in prvi odstavek 107. člena Ustave). Promulgacija zakona o ratifikaciji mednarodne pogodbe je predsednikova dolžnost, ki je ne more zavrniti.³⁶ To bi lahko storil le v primeru očitne formalne protiustavnosti mednarodne pogodbe (torej če bi v postopku ratifikacije prišlo do postopkovnih protiustavnosti) ali v primeru, če bi Ustavno sodišče v svojem mnenju ugotovilo protiustavnost mednarodne pogodbe, ki ga Državni zbor ne bi upošteval (Nerad, 2005: 80). Zavrnitev razglasitve takega ratifikacijskega zakona izhaja ne samo iz ustavne vezanosti na mnenje Ustavnega sodišča, temveč tudi iz obveznosti njegovih odločb.³⁷ Predsednik republike torej lahko preizkusi materialno ustavnost mednarodne pogodbe (pred njeno ratifikacijo in o tem zahteva mnenje Ustavnega sodišča) kot tudi formalno ustavnost zakona o ratifikaciji mednarodne pogodbe (po ratifikaciji pogodbe v Državnem zboru ob razglasitve zakona o ratifikaciji).

3.2.2 Ustavni veto predsednika republike

V tesni povezavi s promulgacijsko funkcijo predsednika republike je tudi institut ustavnega veta. Ta zaradi dvoma v njegovo ustavnost omogoča ustavnosodno presojo v parlamentu sprejetega, vendar še ne razglašenega zakona. Predsednik republike lahko

od ustavnega (ali vrhovnega) sodišča zahteva, da odloči o ustavnosti zakona, ki ga namerava razglasiti. Podobno kot suspenzivni tudi ustavni veto zadrži razglasitev zakona, vendar ne do odločitve zakonodajalca, temveč ustavnega sodišča. V tem primeru je razlog za zadržanje razglasitve sprejetega zakona dvom v njegovo ustavnost in ne (politično) nasprotovanje vsebini zakona. Ustavni in suspenzivni veto krepi vlogo in položaj predsednika republike v zakonodajnem postopku v širšem pomenu, kar še zlasti velja za ureditve, v katerih razpolaga z obema institutoma.

Ustavni veto predsednika republike je uveljavljen zlasti v novih vzhodnoevropskih demokracijah (Poljska, Madžarska, Romunija in Estonija), redkeje tudi v tradicionalnih (poznata ga na primer Francija in Portugalska). Za večino teh držav velja, da ima predsednik republike pravico tako do suspenzivnega kot tudi do ustavnega veta.³⁸ V teh ureditvah se zato postavlja vprašanje načina uporabe obeh institutov za isti zakon. Prevladujeta zlasti dva pristopa. Prvega bi lahko označili kot stopnjevanje ukrepov, po katerem mora predsednik najprej uporabiti suspenzivni veto, v primeru neuspeha pa lahko tudi ustavnega.³⁹ V drugem sistemu zaporedje uporabe institutov ni vnaprej določeno⁴⁰ ali pa temelji na alternativni izbiri: predsednik republike se lahko odloči za vložitev suspenzivnega ali ustavnega veta, ne pa obeh hkrati (v Romuniji in na Poljskem⁴¹). Na Madžarskem velja glede ustavnega veta nekaj posebnosti. Med temi je zlasti ta, da ni dopustno vložiti suspenzivnega veta na zakon, za katerega je ustavno sodišče pred tem presodilo, da ni protiustaven (v tem primeru je predsednik republike zakon dolžan razglasiti). Če se predsednik republike ne odloči za suspenzivni veto, ne more naknadno (v primeru ponovne potrditve zakona) zahtevati tudi ustavni veto (skratka, ustavni veto izključuje suspenzivnega, suspenzivni veto pa ustavnega ne).⁴² Ustave praviloma ne razlikujejo med vsebinskimi razlogi za uporabo enega ali drugega instituta, vendar je iz same narave posameznega instituta mogoče razbrati, da se suspenzivni veto praviloma uporablja v primeru t. i. (pravno)političnih razlogov za zavrnitev razglasitve zakona (čeprav v praksi predsednik republike razloge za uporabo suspenzivnega veta utemljuje tudi s formalno in materialno protiustavnostjo zakona), ustavni veto pa v primeru očitkov o neustavnosti zakona.⁴³

V obravnavanih državah velja, da mora predsednik republike ustavnemu sodišču utemeljiti svojo odločitev, da zakona zaradi domnevne protiustavnosti ne bo razglasil, ter konkretno navesti sporne določbe zakona. Če ustavno sodišče ugotovi, da je zakon protiustaven, ga vrne zakonodajalcu v ponovno odločanje, v primeru ustavne skladnosti zakona pa ga pošlje bodisi v razglasitev predsedniku republike ali pa kar v objavo (Nerad, 2004: 70). Če ustavno sodišče ne ugotovi neustavnosti zakona, ga predsednik republike mora razglasiti.⁴⁴

V naši ustavni ureditvi ne poznamo ustavnega veta, se pa zanj nekateri že dlje časa zavzemajo. Pri tem izhajajo iz vloge Predsednika republike v zakonodajnem postopku v širšem pomenu, saj po Ustavi razglašajo sprejete zakone (91. člen Ustave). S tem

sprejema soodgovornost za ustavno pravilnost zakonske ureditve, pri čemer pa mu glede na njegovo ustavno vlogo ni dana možnost, da bi na to v zakonodajnem postopku kakorkoli vplival. Za uvedbo instituta ustavnega veta v naš ustavni red se že več let zavzema zlasti Ciril Ribičič.⁴⁵ Predlog za ustavni veto ne utemeljuje s težnjo po krepitvi ustavnega položaja in moči Predsednika republike, temveč s potrebo po doslednejšem spoštovanju ustavnosti ter varstvu človekovih pravic in svoboščin. Njegovo temeljno odliko vidi v tem, da omogoči oceno ustavnosti zakona še pred razglasitvijo v Državnem zboru sprejetega zakona in pred njegovo uveljavitvijo. Če Ustavno sodišče ne bi ugotovilo neustavnosti njegovih določb, bi zakon poslalo v objavo, sicer bi ga vrnilo Državnemu zboru (Ribičič, 2016: 51). Ob tem navaja, da se je v naši praksi delovanja parlamentarnega sistema pokazalo, da se Predsednik republike lahko znajde v zelo težki situaciji takrat, ko je dolžan razglasiti sprejeti zakon, čeprav je prepričan, da ta ni v skladu z Ustavo (Ribičič, 2016: 52–53).⁴⁶ Smiselnost uvedbe ustavnega veta vidi zlasti v skrbi za spoštovanje ustavnosti, preprečevanje neustavnih posegov v načelo delitve oblasti in varstvo človekovih pravic in svoboščin (Ribičič, 2016: 56).

Nobenega dvoma ni, da bi taka ureditev okrepila ustavnost sprejetih zakonov, vendar tudi položaj Predsednika republike, pri čemer pa so mnjenja o tem v teoriji deljena. Nekateri opozarjajo, da so ocene o krepitvi položaja Predsednika republike (in s tem tudi Ustavnega sodišča) pretirane, še zlasti če ta očitek primerjamo s prednostjo, to pa je poudarjanje predsednikove odgovornosti in skrbi za spoštovanje ustavnosti ter varstvo pravic in svoboščin (Ribičič, 2016: 56–57).⁴⁷ Po drugi strani pa nasprotniki uvedbe tega instituta navajajo zlasti njegovo neskladnost z ustavno vlogo in položajem Predsednika republike v našem parlamentarnem sistemu, kot tudi veliko tveganje za izgubo njegove (pričakovane) politične nevtralnosti. Zanj je namreč značilno, da šef države ne bi smel imeti pristojnosti, s katerimi bi posegal v dnevno politiko in bi pomenile politično opredeljevanje do vladne večine oziroma opozicije. Skratka, da se Predsednik republike nikakor ne sme spuščati v vsebino zakona (Krivic, 2011: 218–219).⁴⁸ Ob tem ne gre zanemariti, da Predsednik republike formalno ne bi bil vezan na vsebinske razloge za uporabo ustavnega veta, da ga torej ne bi vezal zgolj dvom v ustavnost zakona.⁴⁹ Pri tem ni mogoče izključiti politično motiviranih razlogov za uporabo tega instituta in s tem predsednikovega poseganja v razmerje med parlamentarnimi političnimi strankami. Zagovorniki ustavnega veta nasprotno menijo, da ga Predsednik republike ne bi pogosto vlagal, ker je to povezano s precejšnjimi tveganji za predsednikov ugled.⁵⁰ Temu je sicer mogoče pritrditi, vendar nevarnosti političnih zlorab pri uporabi tega instituta ni mogoče izključiti, kar nam pritrjuje tudi praksa njegove zelo pogoste (pretirane) uporabe v nekaterih t. i. novih demokracijah.

Kritiki uvedbe ustavnega veta v našo ustavno ureditev opozarjajo tudi na to, da bi njegova uporaba nesorazmerno podaljšala zakonodajni postopek v širšem pomenu in povzročala zastoje pri uveljavitvi že sprejetih zakonov. Ustavno sodišče namreč potrebuje določen čas za presojo ustavnosti zakonov, še zlasti v primeru zahtevnejših ali sistemskih zakonov. Zagovorniki veta se zato zavzemajo za določitev razmeroma

kratkega roka, v katerem mora Ustavno sodišče odločiti,⁵¹ saj bi bil veto namenjen očitnim in grobim kršitvam ustave ter človekovih pravic in svoboščin in ne poglobljenemu preizkušanju ustavnosti manj pomembnih in zapletenih zakonskih rešitev (Ribičič, 2016: 53–54).⁵² Verjetno bi bilo to uresničljivo le, če bi bila v takem primeru ustavnosodna presoja ustrezno omejena oziroma zožena (podobno kot pri presoji ustavne dopustnosti referendumu po spremembi Ustave leta 2013), pri čemer pa ni mogoče izključiti, da bi bil tak zakon lahko vnovič predmet ustavnosodne presoje po njegovi uveljavitvi (ob upoštevanju načela *res iudicata*).⁵³ Zoper prepogosto uporabo ustavnega veta se navaja tudi to, da bi ustavnosodna zavrnitev predsednikovih pomislekov ogrožala njegov ugled in avtoriteto, če pa bi veto neuspešno vložil večkrat, pa ne bi bilo izključeno niti, da se zoper njega sproži obtožba pred Ustavnim sodiščem (Ribičič, 2016: 56).⁵⁴

Zagovorniki ustavnega veta menijo, da taka pristojnost ne bi pomenila grožnje demokratičnosti političnega procesa in tudi ne stabilnosti institucionalnega reda oziroma institutu zavor in ravnovesij med organi oblasti. Še zlasti za našega predsednika, ki nima pravice do suspenzivnega veta, ocenjujejo, da bi bilo dobro, da se ga neposredno poveže z Ustavnim sodiščem prek ustavnega veta (Teršek, 2016: 291).⁵⁵

Uvedba ustavnega veta bi pomenila velik poseg v veljavni sistem ustavnosodne kontrole zakona in v zakonodajni postopek. V prvega zlasti zaradi uvedbe predhodne kontrole ustavnosti zakona, ki je v naši ustavnosodni ureditvi ne poznamo (z izjemo predhodne kontrole mednarodnih pogodb je presoja ustavnosti zakonov naknadna), v zakonodajni postopek pa zato, ker bi ga bilo treba dopolniti zlasti v smeri tako imenovane četrte faze postopka. Če bi Ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost zakona oziroma njegovih posameznih določb, bi ga vrnilo v Državni zbor, ki bi ga moral v posebnem postopku ustrezno uskladiti z Ustavo.

3.2.3 Represivna presoja ustavnosti zakona

Pomembno sredstvo za varstvo ustavnosti zakona je tudi njegova represivna (naknadna, *a posteriori*) presoja pred ustavnim sodiščem. V tem primeru ne gre za ustavni veto, saj lahko predsednik republike sproži ustavnosodno kontrolo zakona šele potem, ko je bil zakon že sprejet, razglašen, objavljen in tudi uveljavljen. Z vidika preprečitve nastanka protiustavnih posledic je ustavni veto predsednika republike učinkovitejše sredstvo za varstvo ustavnosti, ker zakon še ne velja, kot pa zahteva za naknadno oceno ustavnosti že uveljavljenega zakona.

Zahteva za presojo ustavnosti zakona je predsedniku republike omogočena le v nekaterih državah (na primer v Bolgariji, na Češkem, Slovaškem⁵⁶ in Hrvaškem). Nekatere ustave ob tem izrecno povezujejo zahtevo za ustavnosodno presojo zakona z njegovo promulgacijo.⁵⁷ V naši ureditvi Predsednik republike te pristojnosti nima,

čeprav je krog predlagateljev ustavnosodne presoje pred Ustavnim sodiščem zelo širok in brez primera med evropskimi državami.⁵⁸ Pri tem je zanimivo tudi, da so med njimi vsi organi treh vej oblasti (Državni zbor, Državni svet, Vlada, sodišča in celo posamezni deli teh organov – na primer tretjina poslancev), le Predsednik republike ne. Osnutek sprememb Ustave s področja ustavnega sodstva iz leta 2008 je med drugim predvideval njegovo vključitev med pooblaščne predlagatelje presoje ustavnosti zakona.⁵⁹ Predlog je bil utemeljen z namenom vzpostavitve dodatnega mehanizma varstva ustave ureditve in s tem večje stopnje varstva ustavnosti. Predsednik republike bi imel pravico zahtevati presojo ustavnosti zakona šele po njegovi razglasitvi in objavi, torej zunaj postopka promulgacije.⁶⁰ Kljub dvomu o ustavnosti takega zakona bi ga predsednik moral razglasiti in šele nato sprožiti postopek pred Ustavnim sodiščem. Vendar pa bi lahko dosegel, da tak zakon kljub temu ne bi začel veljati, saj sme Ustavno sodišče skladno z 39. členom ZUstS do končne odločitve v celoti ali delno zadržati izvršitev zakona, če bi lahko zaradi njegovega izvrševanja nastale težko popravljive škodljive posledice.⁶¹ V tem delu bi bil institut naknadne presoje ustavnosti zakona v tesni povezavi s promulgacijo zakona.⁶² V primeru očitno protiustavnega zakona oziroma njegovih posameznih določb (kot v primeru že omenjenih dveh zakonov iz leta 1998) tako zadržanje zakona ne bi bilo sporno, v drugih primerih pa bi Ustavno sodišče tehtalo med posledicami (ne)zadržanja in nastankom težko popravljivih škodljivih posledic. Drugače kot pri ustavnem vetu, v postopku naknadne presoje zadržanje izvrševanja zakona ni obligatorno. Čeprav bi ta pristojnost v primerjavi z ustavnim vetom manj posegala v položaj Predsednika republike, je večina članov strokovne skupine menila, da bi tudi to pomenilo pretirano krepitev njegovega položaja, značilnega za naš parlamentarni sistem (Kaučič, 2011b: 36).

4 Namesto zaključka

Suspenzivni in ustavni veto ter preventivna in represivna presoja ustavnosti pomembno krepijo položaj in vlogo predsednika republike v parlamentarnem sistemu, saj mu omogočajo poseganje v zakonodajni postopek v širšem pomenu. Z njimi lahko doseže odložitev ali celo preprečitev uveljavitve zakona oziroma njegovih posameznih določb, posredno pa tudi vpliv na njihovo vsebino. S tega vidika je najučinkovitejše sredstvo za uveljavitev predsednikovega vpliva na vsebino zakona, ki ga je sprejel parlament, pravica do suspenzivnega veta. Podoben vpliv imata tudi ustavni veto in zahteva za presojo ustavnosti zakona, pri čemer pa z njima Predsednik republike ne more doseči spremembe vsebine zakona, lahko pa doseže razveljavitev njegovih posameznih določb in oblikovanje ustavnoskladnih določb v naknadnem zakonodajnem postopku.

Upoštevanje položaj predsednika republike v parlamentarnem sistemu, je suspenzivni veto zagotovo bližje naravi tega sistema (tudi z vidika načela zavor in ravnovesij), kot sta ustavni veto in zahteva za ustavnosodno presojo zakona. Zato ni naključje, da ga pozna večina ustav tradicionalnih kot tudi novih evropskih parlamentarnih demokracij, ustavni veto pa je sodobnejša institucija, ki se redkeje uveljavlja. Uvedena je v nekaterih

državah s poudarjenim položajem predsednika republike (na primer v Franciji) in v nekaterih vzhodnoevropskih državah.

Predsednik Republike Slovenije ima, v nasprotju z večino evropskih parlamentarnih sistemov manjše ustavne pristojnosti v razmerju do organov zakonodajne, izvršilne in sodne oblasti in tudi sicer bolj oslabljen položaj. To velja tudi glede presoje primernosti in ustavnosti zakonov, ki jih razglašča. Glede na to, da je suspenzivni veto v pristojnosti Državnega sveta in da ustavni veto po prevladujočem strokovnem mnenju pregloboko posega v predsednikove pristojnosti in položaj in njegova razmerja do Državnega zbora, bi bilo smiselno preučiti uvedbo zahteve za naknadno presojo ustavnosti zakona, kot je bila sicer že predlagana leta 2008 in jo poznajo tudi drugi parlamentarni sistemi.⁶³ Drugače kot pri ustavnem vetu, za uvedbo katerega bi bila potrebna sprememba Ustave,⁶⁴ za uvedbo predlagateljske pristojnosti Predsednika republike ta ni potrebna. Pooblaščen predlagatelj za uvedbo postopka presoje ustavnosti zakonov in drugih predpisov namreč niso določeni z Ustavo, ampak z ZUstS. Glede na to, da je krog predlagateljev ustavnosodne kontrole pri nas zelo širok, bi bila vključitev predsednika mednje ustrezna in razumna. Poleg tega pa bi to pomenilo manjši poseg v ustavno ureditev, pri čemer bi bilo mogoče s to pristojnostjo doseči podobne učinke (če Ustavno sodišče zadrži izvrševanje zakona do končne odločitve) kot pri ustavnem vetu. Ob tem ne gre zanemariti, da uvedba tega instituta ne bi zahtevala spremembe ustavnosodnega postopka v tem delu, ker bi prišel v poštev že uveljavljen postopek naknadne presoje ustavnosti zakona, kot tudi ne poslovniške ureditve glede uvedbe t. i. četrte faze zakonodajnega postopka. Uvedbo tega bi bilo treba ocenjevati tudi z vidika sorazmernosti, saj so predsedniki v dosedanji praksi (v šestindvajsetih letih) le trikrat javno problematizirali vprašanje ustavnosti zakona v postopku njegove razglasitve.⁶⁵ V prvih dveh primerih (finančnih zakonov iz leta 1998 in Zakona o azilu iz leta 2006) je Predsednik republike zavračal razglasitev zakona zaradi dvoma v materialno ustavnost (pri čemer je šlo samo v prvem primeru za očitno protiustavnost, kar je pozneje potrdilo tudi Ustavno sodišče), v tretjem primeru (leta 2016 glede razglasitve šestih zakonov) pa za dvom v procesno ustavnost (tudi v tem primeru je Ustavno sodišče pritrdilo predsedniku Državnega zbora in tudi Predsedniku republike). Predsedniki republike so kljub dvomu o ustavnosti te zakone razglasili. S tega vidika ni mogoče pritrditi potrebi po uvedbi zahteve za naknadno presojo ustavnosti zakona kot tudi ne ustavnega veta Predsednika republike.

Opombe / Notes:

¹ Prim. 1. člen Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS-UPB1, Uradni list RS, št. 64/07 – UPB in 109/12), ki določa, da je Ustavno sodišče najvišji organ sodne oblasti za varstvo ustavnosti in zakonitosti ter človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

² Ta vpliv deloma zagotavlja pravica do zakonske iniciative, ki je predsedniku republike priznana le izjemoma (na primer na Madžarskem, Poljskem, Litvi, Latviji in v Ruski federaciji).

³ Razglasitev zakona je zgodovinsko sicer povezana z zakonodajno sankcijo (iz katere ta institut izhaja), s protipodpisom in z zakonodajnim vetom.

⁴ V Nemčiji je na primer zveznemu predsedniku predložen zakon v promulgacijo od zveznega kanclerja in pristojnega ministra s protipodpisno listino o razglasitvi zakona.

⁵ Na primer v Nemčiji, Avstriji, Italiji, na Portugalskem, Češkem, Slovaškem in v številnih drugih evropskih parlamentarnih ureditvah, pri čemer ga nekatere ustave uveljavljajo le izjemoma (na primer hrvaška določa, da se protipodpis predsednika vlade zahteva samo takrat, kadar sprejme akt o razglasitvi zakona predsednik parlamenta, ki nadomešča predsednika republike).

⁶ To lahko posredno doseže le tako, da na zahtevo Državnega zbora ali na lastno pobudo izreče svoje mnenje o posameznem (tudi zakonskem) vprašanju (drugi odstavek 107. člena Ustave).

⁷ Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 in 75/16.

⁸ Prvi odstavek 91. člena in prvi odstavek 107. člena Ustave.

⁹ Širše o tem Kaučič, 2011a: 1241; Zagorc, 2004: 112–113; Ribarič, 2016: 261.

¹⁰ Širše o tem Kerševan, 2016: 349–359. Avtor ob tem kritično ugotavlja, da v postopek promulgacije niso vključeni vlada niti ministrstva (kar je sicer značilno za primerljive parlamentarne ureditve) in da v njem niso vzpostavljeni mehanizmi zavor in ravnovesij med različnimi ustavnimi organi.

¹¹ Več o tem Stefanović, 1950: 97–105; Igljčar, 1985: 78; Zagorc, 2005: 336–337 in 2016: 469; Kaučič, 2006: 1624.

¹² O tem tudi Kerševan, 2016: 357–358.

¹³ Širše o tem Welan, 1987: 32, 37; Adamovich in Funk, 1985: 263; Hausmaninger, 2002: 57. V praksi so zvezni predsedniki do tega zelo zadržani, saj so doslej le enkrat (leta 2008) uveljavili pravico do zavrnitve razglasitve zakona zaradi dvoma v njegovo ustavnost (zakon je vseboval protiustavno retroaktivno določbo).

¹⁴ O tem Ribarič, 1999: 604–605; Von Beyme, 2002: 277; Kerševan, 2016: 350.

¹⁵ Pri tem izhajajo iz prepričanja, da tako kot drugi državni organi tudi predsednik republike pri izvrševanju svojih pristojnosti ne sme kršiti ustave. Ob tem navajajo nekdanjega zveznega predsednika Romana Herzoga, ki je izrecno poudarjal, da je vloga predsednika republike, da (poleg ustavnega sodišča) varuje ustavni red s preprečevanjem protiustavnih zakonov. Zato kljub restriktivni razlagi njegovih pristojnosti v Nemčiji prevladuje mnenje, da ni mogoče izključiti predsednikove pravne presoje ustavnosti zakonov, ki jih razglašča. Skladno s tem od njega ni mogoče zahtevati, da razglasi zakon, ki ga ima za protiustavnega, pri čemer navajajo tudi, da je razlikovanje med procesno ali materialno protiustavnostjo brezpredmetno, saj je v obeh primerih rezultat enak – zakon je neustaven. O tem širše Kerševan, 2016: 350.

¹⁶ Zvezni predsedniki so do leta 2016 (v sedeminšestdesetih letih) zaradi očitnega neskladja z ustavo zavrnili promulgacijo zakona v osmih primerih (večinoma zaradi formalne, nekajkrat pa tudi zaradi materialne protiustavnosti, pri čemer je zanimivo, da je bila v vseh teh primerih predsednikova odločitev spoštovana), v vsaj še enkrat toliko primerih pa so kljub resnim dvomom v ustavnost zakon razglasili. Ob tem je pomenljiv podatek, da so ob pravzaprav enakem pooblastilu v avstrijski in nemški ustavi ter podobnem položaju obeh predsednikov zaradi očitka

protiustavnosti avstrijski zvezni predsedniki doslej le enkrat zavrnilo razglasitev zakona. O tem Kerševan, 2016: 361.

¹⁷ Prim. Ribarič, 2002: 835; Kaučič, 2006: 1626–1628; Zagorc, 2005: 328; Nerad, 2004: 71.

¹⁸ Odločba Ustavnega sodišča, št. U-I-104/01 z dne 18. junija 2001, Uradni list RS, št. 52/01. S to odločbo je dobila pravica Predsednika republike do preizkusa formalne skladnosti zakona z Ustavo tudi ustavnosodno potrditev.

¹⁹ Ker lahko v sedmih dneh po sprejetju zakona in še pred njegovo razglasitvijo Državni svet zahteva ponovno glasovanje o zakonu (suspenzivni veto), pooblaščen predlagatelj pa razpis referendumu o tem zakonu, ima Predsednik republike na voljo za njegovo promulgacijo tako rekoč samo en (osmi) dan.

²⁰ To vprašanje obširneje obravnava v tem zborniku D. Štrus. Glej Štrus 2017.

²¹ V obeh primerih lahko Državni zbor skladno s 109. členom Ustave obtoži Predsednika republike pred Ustavnim sodiščem kršitve Ustave, ker skladno s prvim odstavkom 91. člena Ustave zakona ni razglasil (o možnih posledicah odločitve Ustavnega sodišča v tem postopku glej Kerševan, 2009: 658) ali pa na podlagi prvega odstavka 160. člena Ustave sproži pred Ustavnim sodiščem spor o pristojnosti, ker je Predsednik republike zavrnil izvršitev ustavne pristojnosti, to je razglasitev zakona. Naša ureditev pa ne daje izrecnega odgovora na vprašanje, kdo sme v tem primeru namesto predsednika razglasiti zakon. Litvanska ustava na primer določa, da zakon v tem primeru razglasi predsednik parlamenta (tako rešitev večinsko podpirajo tudi v državah, v katerih ustave tega izrecno ne predpisujejo).

²² Zato bi bilo za take in podobne primere (na primer tudi ob suspenzivnem vetu Državnega sveta) smiselno dopustiti tudi tako imenovano četrto fazo zakonodajnega postopka, za kar pa bi bila potrebna sprememba Poslovnika Državnega zbora.

²³ Podobno Teršek, 2006: 31 in Kerševan, 2016: 353.

²⁴ Avtor ob tem ugotavlja, da imata nemški in naš predsednik podoben položaj in pristojnosti, zato ne vidi posebne razlike glede stališča o formalnem in materialnem preizkusu. Ustava kot najvišji pravni akt namreč ne more siliti nobenega državnega organa, da jo zavestno krši. Prav tam.

²⁵ Tako stališče je prevladalo tudi leta 1998, ko je Predsednik republike v postopku razglasitve dveh finančnih zakonov utemeljeno opozoril Državni zbor na dve očitno protiustavni določbi, ki sta vsebovali prepovedano retroaktivnost (kar je pozneje ugotovilo tudi Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-9/98 z dne 16. aprila 1998, Uradni list RS, št. 39/98), vendar je kljub temu moral oba zakona razglasiti. Širše o tem Ribarič, 2016: 265–267; Ribičič, 2002: 4–5 in 2016: 52–53; Šinkovec, 1998: 2–3.

²⁶ Če nemški zvezni predsednik zavrne podpis, z ustrežno utemeljitvijo obvesti o tem zveznega kanclerja in predsednika obeh domov zveznega parlamenta. Če se ti ne strinjajo s predsednikovo zavrnitvijo, lahko sprožijo postopek pred zveznim ustavnim sodiščem, ki odloči v tem sporu. Če ustavno sodišče ne sprejme predsednikovih pomislekov, je zvezni predsednik dolžan izdati listino o razglasitvi zakona. O tem tudi Ribarič, 2016: 264–265 in Kerševan, 2016: 349–359.

²⁷ Suspenzivni veto je praviloma politični akt, zato ne potrebuje pravne argumentacije, prav tako ni šef države pravno zavezan obrazložiti razloge za svojo odločitev. O tem Kerševan, 2016: 350.

²⁸ Na primer ustave Italije, Finske, Francije, Portugalske in večina ustav vzhodnoevropskih držav (na primer Madžarske, Češke, Slovaške, Poljske, Bolgarije, Romunije, Estonije, Litve in Latvije). Italijanska ustava na primer določa, da lahko predsednik republike pred razglasitvijo zakona z obrazloženo poslanico od obeh zbornic parlamenta zahteva, naj o zakonu ponovno odločata, pri čemer ta predsednikov akt ne potrebuje protipodpisa.

²⁹ Praksa kaže, da po suspenzivnem vetu pogosteje posegajo predsedniki t. i. novih kot pa tradicionalnih demokracij. Dubrovnik (2016: 312) navaja podatke za Češko, kjer ga je predsednik

republike v letih 1992–2001 uporabil zoper 18 zakonov, in za Estonijo, kjer je v letih 1992–2007 zavrnil kar 51 zakonov.

³⁰ Ustave to tudi izrecno predpisujejo (na primer italijanska), pri čemer nekatere (na primer češka in slovaška) določajo tudi, da se ponovno sprejeti zakon razglasi tudi v primeru predsednikove zavrnitve promulgacijskega akta, srbska ustava pa tudi, da ga v nasprotnem razglasi predsednik parlamenta.

³¹ Drugi odstavek 91. člena Ustave določa, da lahko Državni svet v sedmih dneh od sprejetja zakona in še pred njegovo razglasitvijo zahteva, da Državni zbor o njem še enkrat odloča. Pri ponovnem odločanju (ta odločitev je dokončna) mora za sprejem zakona glasovati večina vseh poslancev, razen če ustava za sprejem obravnavanega zakona predvideva večje število glasov. Kritiko ureditve, po kateri v postopku ponovnega odločanja Državni zbor o zakonu le ponovno glasuje, ne pa tudi obravnava, glej Grad, 2013: 166–168. Obširneje o tem Štrus 2017.

³² V okviru preventivne kontrole ustavno sodišče presoja ustavnost zakona, ki še ni začel veljati (še ni razglašen in objavljen ali pa sploh še ni sprejet), pri represivni kontroli pa ustavnost zakona presoja po njegovi uveljavitvi.

³³ Poleg Francije poznajo to obliko preventivne presoje zakona tudi na primer na Norveškem, Švedskem in na Finskem. Ta je lahko obligatorna ali fakultativna. Prva vključuje obvezno presojo ustavnosti zakona, še preden ga parlament sprejme (običajno je predpisana samo za nekatere vrste pravnih aktov, na primer za organske zakone v Franciji ali mednarodne pogodbe v Nemčiji). Fakultativna pa je kontrola ustavnosti v ureditvah, ki pooblaščenim predlagateljem omogočajo, da lahko pred sprejemom zahtevajo ustavnosodno presojo zakona (v Franciji jo lahko zahtevajo poleg predsednika republike tudi predsednik vlade, predsednika obeh domov parlamenta, 60 poslancev in 60 senatorjev).

³⁴ Srbska ustava določa, da lahko tako presojo zakona pred ustavnim sodiščem zahteva tretjina poslancev (če ustavno sodišče odloči, da je zakon neustaven, njegova razglasitev ni dopustna), portugalska ustava pa pooblašča predsednika republike, da lahko od ustavnega sodišča zahteva predhodno presojo ustavnosti sprejetih zakonov.

³⁵ Širše o tem v 13. tč. obrazložitve mnenja Ustavnega sodišča št. Rm-1/97 z dne 5. junija 1997, Uradni list RS, št. 40/97.

³⁶ O nekaterih posebnostih tega zakona Kaučič, 2009: 79–81.

³⁷ Drugi odstavek 160. člena Ustave in tretji odstavek 1. člena ZUstS.

³⁸ Poljski in madžarski predsednik pa ima tudi zakonsko iniciativo. Širše o tem Dubrovnik, 2009: 162.

³⁹ Predsednik estonske republike na primer lahko zavrne razglasitev zakona, ki ga je sprejel parlament, in mu ga vrne v ponovno obravnavo in odločanje. Če parlament zakon ponovno sprejme, lahko predsednik republike predlaga vrhovnemu sodišču, da presodi njegovo skladnost z ustavo. Pogoj za vložitev zahteve za presojo ustavnosti zakona je torej predhodna vložitev suspenzivnega veta oziroma njegov neuspeh (o tem Nerad, 2004: 70–71). Za obdobje 1996–2004 na primer avtor navaja (str. 71), da je predsednik republike 35-krat vložil zakonodajni veto, na podlagi ponovne potrditve zakona pa še osemkrat ustavni veto, pri čemer je bil v sedmih primerih uspešen. Podobno ugotavlja Dubrovnik (2016: 312, 314) za ustavni veto v obdobju 1992–2007: predsednik je kar 12-krat zahteval presojo ustavnosti zakona, pri čemer je bil devetkrat uspešen, kar pomeni, da mu je vrhovno sodišče pritrdilo in ugotovilo ustavno neskladnost zakonov.

⁴⁰ Francoski predsednik lahko pred razglasitvijo zakona (ali mednarodne pogodbe) zahteva njegovo presojo ustavnosti pred Ustavnim svetom, lahko vrne zakon v ponovno odločanje parlamentu ali pa na predlog vlade razpiše zakonodajni referendum.

⁴¹ Poljski predsednik se na primer mora v postopku promulgacije zakona, ki mu nasprotuje, odločiti za suspenzivni ali za ustavni veto, kajti obeh ne more vložiti. Če ustavno sodišče oceni,

da je zakon protiustaven, predsednik republike zavrne razglasitev zakona (če so neskladne z ustavo le posamezne določbe zakona, za katere ustavno sodišče ni presodilo, da so neločljivo povezane s celotnim zakonom, lahko predsednik republike pod določenimi pogoji tak zakon razgласi, seveda brez protiustavnih določb), v nasprotnem razglasitve zakona ne more zavrniti. Širše o tem Dubrovnik, 2009: 163.

⁴² Madžarski predsednik lahko v postopku promulgacije zakona od parlamenta zahteva, da o zakonu ponovno odloča, če se ne strinja z njegovo vsebino; če pa meni, da zakon, ki bi ga moral razglasiti, ni v skladu z ustavo, lahko zahteva, da o tem (v 30 dneh) odloči ustavno sodišče. Če se predsednik republike po zavrnjenem suspenzivnem vetu odloči tudi za ustavnega, je odločanje ustavnega sodišča odvisno od tega, ali je parlament na podlagi veta potrdil nespremenjeno besedilo zakona ali pa je zakon spremenil (Dubrovnik, 2009: 163). Če ustavno sodišče ugotovi protiustavnost zakona, ga vrne v parlament v ustrezno popravo, v nasprotnem primeru ga mora predsednik republike v petih dneh razglasiti (o tem Nerad, 2004: 69–71 in Dubrovnik, 2016: 314).

⁴³ Izjema je na primer madžarska ustava, ki izrecno razlikuje med predsednikovim nestrinjanjem z zakonom in njegovim mnenjem o protiustavnosti zakona; v prvem primeru ga lahko vrne parlamentu v ponovno odločanje, v drugem pa od ustavnega sodišča zahteva presojo ustavnosti zakona (o tem Dubrovnik, 2016: 314). Avtor ob tem navaja, da so v obdobju 1990–2010 predsedniki uporabili ustavni veto pri 37 zakonih, suspenzivnega pri 39 zakonih, poleg tega pa so predlagali tri zakone (zakonska iniciativa).

⁴⁴ Ponekod je določen tudi rok razglasitve, na primer na Madžarskem pet, v Romuniji pa deset dni.

⁴⁵ Glej zlasti Ribičič, 2016: 51–57; 2013: 33; 2002: 4–5; 2003: 64–65. Zasluga avtorja je, da je ta ustavni institut prvi pri nas celovito razčlenil in utemeljil ter predlagal njegovo uvedbo v naš ustavni red.

⁴⁶ Avtor to ponazori zlasti s primerom iz leta 1998 (o njem več v opombi št. 25), ko je Državni zbor na predsednikovo opozorilo o očitno neustavnem zakonu odgovoril, da ga je dolžan razglasiti (kar je pozneje tudi storil) ali pa naj odstopi.

⁴⁷ Ob tem avtor dodaja, da bi bil ustavni veto v primerjavi s suspenzivnim vetom manj močna in za predsednika republike bolj tvegana pristojnost, saj bi o upravičenosti veta odločalo Ustavno sodišče in ne politika.

⁴⁸ Temu je mogoče sicer pritrditi, vendar je treba ob tem upoštevati, da podobno velja tudi za suspenzivni veto predsednika republike.

⁴⁹ Čeprav zagovorniki veta menijo (prim. Ribičič, 2016: 51–57), da Predsednik republike ne bi smel vložiti ustavnega veta zaradi vsebinske neprimernosti zakona, temveč samo, če bi bil prepričan, da sprejeti zakon ni v skladu z ustavo, gre prej ali slej za njegovo subjektivno oceno.

⁵⁰ Ribičič (2016: 53, 56) se sprašuje, zakaj bi se izpostavljal v primerih, ko ni jasno, kako bo odločilo Ustavno sodišče, zato predvideva, da bi Predsednik republike vložil ustavni veto samo, če bi bil prepričan, da je zakon v neskladju z Ustavo, da gre za pomembno vprašanje, ki ga je smiselno rešiti pred uveljavitvijo zakona in da obstaja velika verjetnost, da bo Ustavno sodišče sledilo njegovemu mnenju.

⁵¹ Madžarsko ustavno sodišče mora na primer o tem odločiti v 30 dneh. Teršek (2016: 290–291), ki se zavzema za to, da bi Predsedniku republike v postopku razglasitve zakona priznali pravico, da »zadrži podpis zakona z argumentom o njegovi vsebinski protiustavnosti in pravico zahtevati ustavnosodno presojo zakona«, predlaga prednostno obravnavo te zahteve (15 dni) pred Ustavnim sodiščem. Ribičič (2016: 51–57) temu dodaja, da bi bilo mogoče časovno odlaganje uveljavitve zakona skrajšati tako, da če Ustavno sodišče ugotovi skladnost zakona z ustavo, samo razgласi zakon in ga pošlje v objavo v Uradni list brez sodelovanja Predsednika republike.

⁵² Ob tem avtor dodaja, da je namen ustavnega veta, da se omeji na domnevne kršitve, ki so na prvi pogled očitne, pomembne in še zlasti tiste, ki bi lahko sprožile veliko nepotrebnih sodnih sporov in težko popravljivih posledic.

⁵³ Srbska ustava pa na primer nasprotno določa, da zoper zakon, o ustavnosti katerega je ustavno sodišče že odločalo v postopku predhodne presoje, ni dopustno zahtevati tudi naknadne presoje ustavnosti.

⁵⁴ Po mnenju avtorja je realno pričakovati, da bi uspešno vloženi ustavni veto krepil ugled, avtoriteto in priljubljenost Predsednika republike in sprožal kritike delovanja vlade in Državnega zbora, poleg tega pa bi že sama možnost vložitve ustavnega veta pripomogla h kakovosti zakonov, še zlasti k njihovi večji skladnosti z Ustavo.

⁵⁵ V zvezi s tem avtor ugotavlja, da brez instituta suspenzivnega ali ustavnega veta nima smisla niti institut promulgacije zakona, zato predlaga, da se ta odpravi, ta pristojnost pa prepusti predsedniku Državnega zbora (ibid.).

⁵⁶ Širše o tem Dubrovnik, 2016: 314–315.

⁵⁷ Hrvaška ustava predsednika republike na primer pooblašča, da začne postopek za oceno ustavnosti zakona pred ustavnim sodiščem, če meni, da razglašeni zakon ni v skladu z ustavo.

⁵⁸ Oceno ustavnosti in zakonitosti predpisov lahko zahteva kar štirinajst predlagateljev (Državni zbor, tretjina poslancev, Državni svet, Vlada, sodišča, Varuh človekovih pravic, Informacijski pooblaščenec, Banka Slovenije, Računsko sodišče, Generalni državni tožilec, predstavniški organ samoupravne lokalne skupnosti, reprezentativno združenje samoupravnih lokalnih skupnosti, reprezentativni sindikat za območje države in po novem tudi Zagovornik načela enakosti).

⁵⁹ Predlog Vlade Republike Slovenije za spremembo 160., 161. in 162. člena Ustave Republike Slovenije z dne 18. marca 2010, EVA 2009-2011-0037 (Kaučič, 2011b: 319–405).

⁶⁰ Predlog je bil v poznejšem postopku izločen iz predloga za ustavno spremembo, ki pa ga je sicer Državni zbor v celoti zavrnil (širše o tem Kaučič, 2011b: 32–39).

⁶¹ V zvezi s tem je pomembno tudi vprašanje roka, v katerem bi Predsednik republike sprožil postopek pred Ustavnim sodiščem. Načelu varstva ustavnosti zakona bi bilo najbolj zadoščeno, če bi to storil takoj po razglasitvi zakona. Po uveljavitvi zakona je predsednikova vloga pri varstvu njegove ustavnosti manj pomembna, saj lahko presojo ustavnosti zakona zahtevajo drugi pooblaščeni predlagatelji.

⁶² Smerdel (2013: 130–131) o taki pristojnosti hrvaškega predsednika republike meni, da ni posrečena rešitev, ker se zakon po poteku *vacatio legis* uveljavi in se začne uporabljati. Ob spremembi ustave leta 2000 so zato predlagali tridnevni rok za sprožitev postopka pred ustavnim sodiščem, vendar je bil zavrjen. V dosedanji praksi je predsednik republike trikrat predlagal tako presojo zakona in v vseh teh primerih ustavno sodišče ni odločalo prednostno oziroma po hitrem postopku (ibid.).

⁶³ Ob tem je zanimivo, da pri nas poznamo podobno institucijo na lokalni ravni. Zakon o lokalni samoupravi (ZLS, Uradni list RS, št. 72/93 in nasl.) v 33. členu namreč določa, da lahko župan zadrži objavo občinskega predpisa, če meni, da je neustaven ali nezakonit in predlaga občinskemu svetu, da o njem ponovno odloči. Če občinski svet vztraja pri svoji odločitvi, se predpis objavi, župan pa lahko vloži pri Ustavnem sodišču zahtevo za oceno njegove skladnosti z ustavo in zakonom.

⁶⁴ Pri tem je treba upoštevati, da so bile dosedanje ustavne spremembe, s katerimi se je želelo na predsednika prenesti nova pooblastila, kot je na primer imenovanje ministrov in sodnikov, vedno neuspešne.

⁶⁵ Poleg dveh že omenjenih finančnih zakonov iz leta 1998 je Predsednik republike izrazil dvom tudi v ustavnost Zakona o azilu leta 2006, leta 2016 pa so se mu podobna vprašanja postavljala

glede razglasitve šestih zakonov, o katerih predsednik Državnega zbora ni dopustil razpisa referendumu, ker je menil, da gre za zlorabo pravice do referendumске pobude.

Literatura / References:

- Adamovich, L., Funk, B.C. (1985) Österreichisch Verfassungsrecht. Dunaj: Springer Verlag.
- Dubrovnik, T. (2009) Predsednik republike v parlamentarnih sistemih vzhodne Evrope. Javna uprava, 45(4), str. 155–179.
- Dubrovnik, T. (2016) Razmerje šefa države do zakonodajne in izvršilne oblasti. V I. Kaučič (ur.), Ustavni položaj predsednika republike (str. 306–332). Maribor: Lex localis.
- Grad, F. (2013) Parlamentarno pravo. Ljubljana: GV Založba.
- Hausmaninger, H. (2002) Avstrijski pravni sistem. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Igličar, A. (1985) Zakonodajni proces. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije.
- Kaučič, I. (1995) Funkcije predsednika republike in državni zbor. V Zbornik 1. strokovnega srečanja pravnikov s področja javnega prava, Brdo pri Kranju, 28.–29. november 1995 (str. 257–272). Ljubljana: Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Kaučič, I. (2004) Predsednik republike med reprezentativno in izvršilno funkcijo. V Zbornik referatov: X. Dnevi javnega prava 2004, Portorož, 14.–16. junij 2004 (str. 23–38). Ljubljana: Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Kaučič, I. (2006) Predsednik republike med ustavo in politično prakso. Podjetje in delo, 32(6/7), str. 1615–1628.
- Kaučič, I. (2009) Referendum o mednarodnih pogodbah. Javna uprava, 45(1/2), str. 75–97.
- Kaučič, I. (2011a) Komentar k 109. členu Ustave Republike Slovenije. V L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitev – A (str. 1240–1247). Ljubljana: Fakulteta za državne in evropske študije.
- Kaučič, I. (2011b) Razvojna pot projekta ustavnih sprememb 2008–2011. V I. Kaučič, P. Pavlin, S. Bardutzky (ur.), Ustavna reforma ustavnega sodstva (str. 13–50). Ljubljana: Pravna fakulteta in Ministrstvo za pravosodje.
- Kerševan, E. (2009) Vloga predsednika republike v zakonodajnem postopku z vidika varstva vladavine prava. Pravnik, 64(11–12), str. 645–660.
- Kerševan, E. (2016) Promulgacija zakona s strani predsednika republike. V I. Kaučič (ur.), Ustavni položaj predsednika republike (str. 346–363). Maribor: Lex localis.
- Krivic, M. (2011) Mnenje. V I. Kaučič, P. Pavlin, S. Bardutzky (ur.), Ustavna reforma ustavnega sodstva, (str. 216–219). Ljubljana: Pravna fakulteta in Ministrstvo za pravosodje.
- Mozetič, M. (2002) Komentar k 91. členu Ustave Republike Slovenije. V L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije (str. 810–812). Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije.
- Nerad, S. (2004) Razmerje predsednika republike do sodne oblasti. V Zbornik referatov: X. Dnevi javnega prava 2004, Portorož, 14.–16. junij 2004 (str. 57–72). Ljubljana: Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Nerad, S. (2005) Nekatera vprašanja ustavnosodne presoje mednarodnih pogodb. Javna uprava, 41(1), str. 62–91.
- Pitamic, L. (1996) Država. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Ribičič, M. (1999) Odgovornost predsednika republike. Javna uprava, 35(4), str. 583–606.

- Ribarič, M. (2002) Komentar k 107. členu Ustave Republike Slovenije. V L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije* (str. 834–838). Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije.
- Ribarič, M. (2016) Pristojnosti predsednika republike. V I. Kaučič (ur.), *Ustavni položaj predsednika republike* (str. 255–282). Maribor: Lex localis.
- Ribičič, C. (2002) Šef države ali šef protokola. *Pravna praksa*, 21(19), str. 4–5.
- Ribičič, C. (2003) *Mozaik ustavnih sprememb*. Ljubljana: GV Založba.
- Ribičič, C. (2013) Za novo ravnotežje med vejami oblastmi in do ljudi. *Pravna praksa*, 32(9), 33.
- Ribičič, C. (2016) Je smiselno z ustavno spremembo dopolniti pravice in dolžnosti predsednika republike?. V I. Kaučič (ur.), *Ustavni položaj predsednika republike* (str. 39–62). Maribor: Lex localis.
- Smerdel, B. (2013) *Ustavno uređenje Evropske Hrvatske*. Zagreb: Narodne novine.
- Sokol, S., Smerdel, B. (1998) *Ustavno pravo*. Zagreb: Informator.
- Stefanović, J. (1950) *Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno*, Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.
- Šinkovec, B. (1998) Ob dveh ustavnih odločbah (in njuni »predzgodbi«). *Pravna praksa*, 17(2), str. 2–3.
- Štrus, D. (2017) Postopek ponovnega odločanja o zakonu pred Državnim svetom de lege ferenda. V M. Žgur, N. Kogovšek Šalamon, B. Koritnik (ur.), *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju. Liber Amicorum Ciril Ribičič*. Maribor: Lex Localis.
- Teršek, A. (2006) Predsednik in ustava – ponižanje in razžaljenje!?. *Pravna praksa*, 25(7-8), str. 31.
- Teršek, A. (2009) *Ustavna demokracija in vladavina prava*. Koper: Fakulteta za matematiko, naravoslovje in informacijske tehnologije Univerze na Primorskem.
- Teršek, A. (2016) Več demokratične legitimnosti z večjimi, ne manjšimi pristojnostmi predsednika republike. V I. Kaučič (ur.), *Ustavni položaj predsednika republike* (str. 283–295). Maribor: Lex localis.
- Von Beyme, K. (2002) *Politični sistem Zvezne republike Nemčije*. Koper: Visokošolsko središče v Kopru.
- Welan, M. (1987) *Das österreichische Staatsoberhaupt*. Dunaj: Verlag für Geschichte und Politik.
- Zagorc, S. (2004) *Institut protipodpisa aktov šefa države (Magistrska naloga)*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Zagorc, S. (2005) Pravni akti predsednika republike. *Zbornik znanstvenih razprav*, 65, str. 323–344.
- Zagorc, S. (2016) Akti predsednika republike. V I. Kaučič (ur.), *Ustavni položaj predsednika republike* (str. 456–477). Maribor: Lex localis.

Pravno urejanje volitev

FRANC GRAD

Povzetek Pravna ureditev volitev je eden najpomembnejših delov pravnega temelja demokratičnega oblikovanja državne oblasti, saj praviloma odločilno vpliva na razdelitev politične moči v državi, pa tudi na delovanje države kot celote. Pravna ureditev volitev se precej razlikuje od države do države, še večje razlike pa so glede dejanskega uresničevanja pravne ureditve. Volilni sistemi se tudi pogosto spreminjajo, kar je navadno posledica spremenjenih političnih okoliščin, redkeje posledica razumske presoje. Pravna ureditev volitev v Sloveniji, ki je omogočila prve večstrankarske volitve leta 1990, je pomenila vsebinski prelom s prejšnjo pravno ureditvijo in se približala drugim demokratičnim ureditvam po svetu. Vendar je bila tudi prejšnja pravna ureditev v organizacijskem in tehničnem delu dokaj primerljiva z drugimi ureditvami. Zato je bil prelom s prejšnjo ureditvijo predvsem v tem, da je nastop več strank in političnih usmeritev na volitvah zahteval pravno ureditev načina razdelitve mandatov ter uvedbo nekaterih novih volilnih institutov.

Ključne besede: • volitve • volilni predpisi • volilni sistem • volilno pravo

NASLOV AVTORJA: Dr. Franc Grad, profesor, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: franc.grad@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.3 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Legal Regulation of Elections

FRANC GRAD

Abstract The legal regime of the elections is one of the most important parts of the legal foundation of a democratic formation of the state power, because it has, as a rule, a decisive impact on the distribution of political power in the country and also on the functioning of the state organization as a whole. Legal regulation of the elections is quite different from country to country, with even greater differences in the actual implementation of the legal regime. Electoral systems are also frequently changed, which is usually the result of changed political circumstances, less often the result of a rational assessment. Legal regulation of the elections in Slovenia, which enabled the first multi-party elections in 1990, marked a substantive break with previous legal regulation and is closer to other democratic legal regimes around the world. Nevertheless, the previous legal regulation of organization and the technical part of elections was fairly comparable with other legal regimes. Thus, a break with previous legal regimes was mainly in that the participation of several political parties and political opinions on the election required the legal regulation of the distribution of mandates and the introduction of some new electoral institutions.

Keywords: • elections • electoral regulations • electoral system • electoral law

CORRESPONDENCE ADDRESS: Franc Grad, Ph.D., Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: franc.grad@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.3 ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor

Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Najširše gledano so volitve način postavitve posameznika na določeno funkcijo oziroma položaj, pri čemer se opravi izbira med različnimi kandidati, kar običajno počno volivci ali pa posebna volilna telesa. Poseben pomen imajo volitve pri vzpostavitvi in delovanju državne oblasti. Demokratična je samo tista oblast, katere nosilec je suvereno ljudstvo. Z načelom ljudske suverenosti se izraža zamisel o tem, da vsa oblast v državi izhaja iz ljudstva in pripada ljudstvu ter da nosilci oblasti delujejo kot predstavniki ljudstva. V demokraciji torej lahko vladajo le tisti, ki jih je izvolilo ljudstvo, ki so mu tudi odgovorni (Ihl, 1996: 15).

Med volitvami organov državne oblasti izstopajo volitve parlamenta, kajti sodobne demokracije temeljijo na načelu političnega predstavnštva, po katerem nosilci oblasti delujejo kot predstavniki ljudstva. Z volitvami volivci podelijo članom parlamenta mandat, pooblastilo za to, da odločajo v njihovem imenu o najpomembnejših družbenih vprašanjih. Volitve torej vladajočim dajejo temelj oziroma naslov za izvajanje oblasti.

Volitve so edini demokratični način določitve predstavnikov in podelitve mandata za odločanje tudi v drugih družbenih skupnostih, ne samo v državi. Vsebinsko gledano imajo volitve povsem enako vlogo kot na državni ravni tudi pri določanju predstavnikov lokalne skupnosti, enako vlogo dajanja legitimnosti pa imajo pravzaprav povsod, kjer gre za določitev predstavnikov neke družbene skupine ali družbenega interesa. Vsebinsko enako vlogo imajo tudi posredne volitve, torej volitve, na katerih že izvoljeni predstavniki volijo nekega nosilca državne oziroma javne funkcije.

Zaradi svojega pomena za vzpostavitev in delovanje državne oblasti so volitve tudi pravno urejene. Volilno pravo je zato eden najpomembnejših delov pravnega temelja demokratičnega oblikovanja državne oblasti (Mackenzie, 1958: 14). V tradicionalnih ustavnih sistemih so prav volitve tisti del političnega procesa, ki se precej skrbno ureja z ustavo, zakoni in drugimi predpisi, večina drugih političnih dogajanj pa se obravnava kot neustavna ali celo kot nepravna kategorija.

Pravno urejanje volitev v zadnjem času postaja čedalje pomembnejše. To še zlasti velja za države brez utrjene demokratične tradicije, v katerih pravna ureditev večinoma nadomešča pomanjkanje demokratične tradicije. Vendar pa je potreba po pravnem urejanju vse večja tudi v državah, ki so zibelke sodobne demokracije, kar velja predvsem za ZDA.

Zaradi vse večje konfliktnosti volitev se torej v zadnjem času vse več vprašanj volitev pravno ureja, kar pomeni tudi, da so volitve čedalje bolj podvržene sodni presoji in da se vse več odločitev na tem področju konča na sodiščih.¹ Ta proces sledi procesu ustavnega urejanja temeljnih političnih procesov, kar vzpostavlja t. i. ustavno demokracijo. Vendar tudi tu velja staro latinsko reklo *summa ius summa iniuria*. Več

pravil torej še ne pomeni boljše vsebine – prej nasprotno – in to velja tudi na področju demokratičnega odločanja, še zlasti pa glede volitev. Bistveno pomembnejša od pravil sta demokratično okolje in tradicija. Poštenost volitev bi morala biti *conditio sine qua non* volitev, ne pa nekaj, kar je treba zagotavljati z natančnimi pravili in natančno kontrolo. Pretirana normiranost je hkrati posledica pešanja parlamentarne demokracije in čedalje bolj ohranjanja prazne lupine in hkrati vzrok tega pojava. Zato je obilica pravnih norm na področju volitev značilna predvsem za države s šibko tradicijo parlamentarne demokracije ali brez nje. Vsaj bilo je tako, izgubljanje *fair play*a pa je čedalje pogostejše tudi v državah z močno demokratično tradicijo, zato pravno urejanje volitev tudi tam postaja čedalje pomembnejše.

Pravno urejanje volitev je še posebej kočljivo zaradi izjemne občutljive vsebine urejanja, kajti volilni predpisi imajo praviloma odločilen vpliv na razdelitev politične moči v državi, pa tudi na delovanje države kot celote. Zato so predpisi o volitvah praviloma podrobnejši kot drugi predpisi, in so praviloma uvrščeni v ustavo in zakone. Zato je pomen podzakonskih predpisov oziroma izvršilnih aktov bistveno manj pomemben kot na drugih področjih pravnega urejanja. Pri pravnem urejanju volitev imajo vse večji pomen tudi sodne odločbe, ne samo v državah, ki imajo anglosaški pravni sistem, kot tudi v drugih državah, v katerih so praviloma najpomembnejši vir odločbe ustavnih sodišč.² Ustavna sodišča namreč z odločanjem o protiustavnosti zakonov, parlamentarnih aktov in drugih splošnih aktov, ki urejajo volitve, razlagajo ustrezne ustavne določbe in s tem pomembno vplivajo na vsebino volilnega prava. Še bolj neposredno pa vplivajo na volitve tam, kjer odločajo o zakonitosti konkretnih volitev (Delperee, 1998: 15).³ Ustavna sodišča čedalje pogostejše posegajo tudi v popolnoma vsebinska, torej politična vprašanja,⁴ kar velja vse bolj tudi za Evropsko sodišče za človekove pravice.

2 Volilno pravo

2.1 Splošno

Skupek vseh pravnih pravil, ki predpisujejo ravnanje udeležencev v volitvah, torej celotno pravno ureditev volitev, tvori volilno pravo.⁵ Pravna ureditev volitev se precej razlikuje od države do države, kar je predvsem posledica različnega zgodovinskega razvoja in tradicije (Biscaretti di Rufia, 1994). Volilni sistemi se tudi pogosto spreminjajo, kar je navadno posledica spremenjenih političnih okoliščin (Nohlen, 1992: 245 & Sartori, 1994: 29), redkeje posledica razumske presoje. Vendar pa v sodobnih ureditvah veljajo neki nepisani standardi, zaradi katerih so te razlike manjše, kot bi kazalo na prvi pogled. Pravzaprav je precej večja razlika med dejanskim uresničevanjem pravnih ureditev kot med njimi samimi. Poleg tega je pomembno tudi dejstvo, da v svetu obstajajo nekateri volilni sistemi, ki tradicionalno pomenijo nekakšne demokratične vzorce, vredne posnemanja.

Volilno pravo se precej razlikuje med državami tudi zaradi različnih načinov postavitve najvišjih nosilcev državnih (pa tudi lokalnih) funkcij. V nekaterih državah se neposredno voli samo parlament, drugje pa tudi šef države. Ureditve so še pestrejše na lokalni ravni, na kateri se sicer povsod neposredno voli predstavniško telo lokalne skupnosti, volitve izvršilnega organa pa so različne, čeprav se čedalje bolj širi neposredna volitev župana. Gre za načelo volilnosti kot temelja sodobne demokracije. To načelo je postavljeno kot temelj demokracije že v ameriški ustavi, posebej pa je tam razvito na lokalni ravni, na kateri marsikje neposredno volijo tudi nosilce pravosodnih in upravnih funkcij (Grad, 2004: 180 in 213).

Tudi struktura parlamenta vpliva na vsebino volilnega prava. Gre predvsem za vprašanje eno- ali dvodomnosti parlamenta. Če je parlament dvodomen, imata praviloma oba domova različne načine volitev, kar navadno velja tako za (pasivno) volilno pravico kot tudi za sistem delitve mandatov. Največkrat je celo drugi dom voljen posredno, vendar tudi če sta oba domova voljena neposredno, sta običajno voljena na različen način. Razlike so običajno glede pasivne volilne pravice in glede delitve mandatov.

Nekatere posebnosti veljajo na tem področju tudi v federativnih državah.⁶ Navadno so sicer temeljna načela volilnega prava določena že v zvezni ustavi, vendar so glede tega zvezne ureditve različne. Zlasti v starih federacijah je skupne ureditve na zvezni ravni razmeroma malo. Navadno pa federalne enote bolj ali manj sledijo vzoru zvezne ureditve volitev. Tako imajo v ZDA na zvezni ravni pri parlamentarnih volitvah večinski volilni sistem, enako pa tudi večina držav. Ker je najvišji pravni vir v federaciji zvezna ustava, ta pogosto bolj ali manj določa tudi osnove volilnega prava federalne enote.

Čeprav Evropska unija ni federacija, pa so tudi tu temeljna vprašanja volitev Evropskega parlamenta določena s predpisi Evropske unije, podrobneje pa jih ureja vsaka država posebej za volitve svojih poslancev. S tega vidika je država članica Evropske unije v podobnem položaju kot članice federacije, čeprav številne federacije (zlasti klasične, kot sta ZDA in Švica) precej manj posegajo v ureditev volitev v predstavništvo zveznih enot kot Evropska unija.

Volilno pravo je nastalo in se razvijalo skupaj z nastankom in razvojem sodobnih volitev. Tako kot večina drugih demokratičnih institutov so se tudi sodobne volitve razvile najprej v Veliki Britaniji, pozneje pa zlasti v ZDA in Franciji, v zadnjih desetletjih pa so se volitve močno uveljavile tudi v Evropski uniji. Po drugi svetovni vojni so nekatera temeljna načela volilnega prava dobila svoj pravni temelj tudi v mednarodni pravni ureditvi, od svetovnih do regionalnih mednarodnih dokumentov. Ti dokumenti postavljajo volitve v središče uveljavljanja demokratične ureditve.

Predpisi o volitvah imajo tudi različno vsebino ter različno mesto v hierarhiji pravnih

aktov. Volitve so namreč urejene v različnih pravnih aktih, kot so ustava, zakon, poslovnik parlamenta in izvršilni predpisi (Masclet, 1992: 13). Tako kot za drugo zakonodajo velja tudi za volilno zakonodajo, da mora biti jasna, določna in dostopna. Zato je smotno, da se volilna zakonodaja čim bolj kodificira.⁷

V sodobnih demokratičnih državah je ustava najpomembnejši pravni akt, s katerim so urejene volitve.⁸ Zato morajo biti z ustavo usklajeni vsi drugi pravni akti, ki sestavljajo pravno ureditev volitev neke države. Praviloma najboljše in s tega vidika celo najpomembnejši pravni vir volilnega sistema v posamezni državi je zakon, manj pomembna, zlasti tehnična vprašanja, pa so lahko urejena tudi v aktih, nižjih od zakona (Grad, 2004: 33). Podobno tudi tukaj velja, da so izvršilni predpisi (vladne uredbe, ministrski pravilniki) precej prožnejši od zakona, nevarnost, da se z njimi volilni sistem prilagaja vladajočim političnim interesom, pa je še večja. Večinoma pa velja, da se volilno pravo vse bolj konstitucionalizira, da se torej vse več vprašanj v zvezi z volitvami ureja v ustavi. V sodobnih ustavah je praviloma zagotovljena volilna pravica kot temeljna politična pravica, ki je praviloma urejena v delu ustave, ki ureja ustavne pravice in temeljne svoboščine. Praviloma pa je tudi določen način volitve glavnih državnih organov, ki se volijo.

Ureditve v različnih državah se razlikujejo med seboj ne samo po vsebini, temveč tudi po tem, katera vprašanja so urejena v posameznih aktih. Ponekod že ustava sama dokaj podrobno ureja volitve (na primer avstrijska ustava), drugje pa je ustavna ureditev zelo splošna in več prepušča zakonu (na primer francoska ureditev, ki veliko ustavne stvarine prepušča v urejanje organskemu zakonu). Slednje velja bolj za starejše ustavne ureditve. Tako Ustava ZDA kot prva sodobna ustava zelo malo govori o volitvah, čeprav je treba pri tem upoštevati tudi, da gre za zvezno ustavo in da so ustave držav večinoma precej podrobnejše pri tem. 2.2. Pravno urejanje volitev v Sloveniji

Volilno pravo pri nas ima kot pozitivno pravo že daljšo tradicijo, čeprav je treba tudi tukaj omeniti, da je volilna zakonodaja, ki je omogočila prve večstrankarske volitve leta 1990, pomenila vsebinski prelom s prejšnjo ureditvijo in se približala drugim demokratičnim ureditvam po svetu. Na drugi strani je treba ugotoviti, da je tudi prejšnja pravna ureditev volitev – čeprav se je deloma naslanjala na sovjetske vzore – precej izhajala iz predvojne tradicije in primerljivih ureditev po svetu. Zato je bila v vsebinskem političnem pogledu močno drugačna, v organizacijskem in tehničnem delu pa dokaj primerljiva z drugimi ureditvami.

Pravno urejanje volitev pri nas po drugi svetovni vojni pozna dve različni obdobji. Prvo je obdobje, v katerem je bila Slovenija republika kot ena od zveznih enot jugoslovanske federacije, kar je pomenilo, da je moralo njeno pravno urejanje volitev slediti okviru, ki jih je določala enotna zvezna ureditev.⁹ Vsebinsko gledano pa je pravno urejanje volitev v tem obdobju zaznamovala politična ureditev samoupravnega socializma, v okviru katere se je zlasti v zadnjem obdobju, torej po ustavi iz leta 1974, tudi volilni

sistem bistveno razlikoval od vseh drugih volilnih sistemov. Tedanja ustavna ureditev ni poznala političnih strank, zaradi česar so bile volitve večinoma plebiscitarne. V takem političnem okviru se je razvil tudi poseben tip volilnega sistema, t. i. delegatski sistem, ki je namesto klasičnega predstavniškega mandata uveljavil večjo vezanost delegata na njegovo volilno (delegatsko) bazo, namesto neposrednih volitev članov predstavniških teles pa je uvedel posredne volitve na več ravneh (Grad, 2016: 288–290).

Kot rečeno, se je vsebinska plat volitev bistveno razlikovala od drugih sodobnih volitev, kljub temu pa je bila organizacija in tehnika volitev zelo podobna drugim volitvam, ker se po tej plati volitve med seboj ne morejo bistveno razlikovati. Gre zlasti za osnovno volilno proceduro, za glasovanje in podobne zadeve. Postopek in organizacija volitev sta bila sicer bistveno bolj zapletena kot pri drugih volitvah, predvsem zaradi kandidiranja, v katerem so v različnih fazah sodelovali volivci. Zato se je volilna zakonodaja od drugih sodobnih razlikovala predvsem v omenjenih prvinah, v drugih (predvsem tehničnih) prvinah pa je bila močno podobna volilni zakonodaji v drugih državah. Razvojno gledano je bila volilna zakonodaja vse bolj drugačna od drugih po svetu v skladu s posebnim razvojem samoupravnega socializma. Političnemu razvoju je sledil ustavni razvoj, temu pa razvoj volilne zakonodaje. Ne glede na vsebinsko plat volitev, ki se je bistveno razlikovala od drugih sodobnih volitev, je bilo pravno urejanje volitev s formalnega vidika podobno kot v drugih sodobnih državah. Delegatski sistem je bil urejen dokaj podrobno že na ustavni ravni, še podrobneje pa v volilni zakonodaji. Na ustavni ravni je bil urejen v temeljih že v zvezni ustavi, podrobneje pa v republiški ustavi. Glede na naravo jugoslovanske federacije, v kateri so imele republike visoko stopnjo avtonomije, je bila volilna zakonodaja skoraj v celoti republiška.

Drugo obdobje je obdobje samostojne slovenske države, ki se začinja z demokratizacijo in osamosvajanjem Slovenije. Prelom s prejšnjo ureditvijo je bil predvsem v tem, da je nastop več strank in političnih usmeritev na volitvah zahteval pravno ureditev načina razdelitve mandatov ter uvedbo nekaterih novih volilnih institutov. Tudi pravno varstvo volilne pravice je v novih razmerah postalo precej pomembnejše in ga je bilo treba temu ustrezno večinoma dograditi, čeprav je v marsičem še vedno pomanjkljivo. Na drugi strani pa je bilo precej prvin prejšnje pravne ureditve, kar velja seveda glede volilne organizacije in tehnike, *mutatis mutandis* povsem uporabnih tudi v novih razmerah, zaradi česar so bile ustrezno uporabljene tudi v novi volilni zakonodaji. Za razvoj volilnega prava je vse bolj pomembna sodna praksa, še zlasti ustavnosodna.

Volilno pravo Slovenije po vsem povedanem tvori skupek vseh pravnih pravil, ki predpisujejo ravnanje udeležencev v volitvah. Temeljna ureditev volitev je določena že v ustavi, natančneje pa so volilna pravila določena v zakonih. Od ustave iz leta 1991 dalje so predpisi, ki urejajo volitve bolj ali manj enaki kot v drugih sodobnih ustavnih ureditvah. To so ustava, mednarodni sporazumi, zakoni, podzakonski akti in sodne odločbe, poleg tega pa tudi predpisi Evropske unije. V zadnjem četrtnem stoletju se je volilno pravo uveljavilo tudi kot posebna pravna disciplina v okviru ustavnega prava,

čprav je pravna literatura na tem področju še vedno precej redka (Grad, 2004: 109).

3 Ustava

3.1 Splošno

Zaradi svojega pomena se šteje volilni sistem za pomemben del ustavnega sistema. Ustavni temelj volilnega sistema v sodobnih demokratičnih državah je načelo suverenosti ljudstva in iz njega izhajajoče načelo demokratičnosti.

Urejanje volitev v sodobnih ustavah je dokaj različno, saj se ustave med seboj precej razlikujejo, ne samo glede vsebine, temveč tudi glede obsega ureditve ter glede njene podrobnosti. Večina ustav je dokaj splošna ter prepušča podrobnejšo ureditev volilnega sistema zakonu.¹⁰ Tak ustavni pristop ima seveda svoje politične razloge, saj je volilni sistem z zakoni lažje spreminjati in ga tako prilagajati političnemu položaju in sporazumu med strankami. S tega vidika je to dobro, vendar pa ima tudi slabo plat, kajti prav zaradi večje prožnosti je možno z zakonom spremeniti volilni sistem tako, da ustreza trenutno vladajoči večini.¹¹ To zlasti velja za sisteme delitve poslanskih mandatov.

Praviloma so v ustavi urejena najpomembnejša pravila volilnega prava, kajti vrsta vprašanj volilnega prava spada v okvir ustavne materije. Gre zlasti za vprašanja v zvezi z volilno pravico in načinom oblikovanja temeljnih državnih organov, predvsem predstavniškega telesa. Sodobne ustave urejajo volilno pravico med drugimi ustavnimi pravicami in temeljnimi svoboščinami, praviloma pa tudi v zvezi s posamičnimi državnimi organi, ki se volijo neposredno, kar velja zlasti za parlament. V sodobnih ustavnih ureditvah se volilna pravica praviloma šteje za temeljno politično pravico.

Navadno sodobne ustave določajo tudi način volilnega oblikovanja temeljnih državnih organov. To velja predvsem za volitve parlamenta, glede katerih ustave navadno določajo, da so neposredne na podlagi splošne, enake in svobodne volilne pravice s tajnimi volitvami. Nekatere ustave določajo tudi nekatera bolj podrobna vprašanja v zvezi z volitvami, pogoje za pridobitev funkcije ter mandatno dobo. Vsekakor so vsa vsebinska vprašanja v zvezi z volitvami po svoji naravi ustavna materija, saj gre za oblikovanje temeljnih državnih organov. Glede tega, koliko podrobno pa so ta vprašanja urejena neposredno v ustavi, se ustave med seboj precej razlikujejo, kar velja tudi za druga področja ustavnega urejanja. Še precej bolj se ustave razlikujejo glede urejanja volilnega sistema v ožjem pomenu, torej sistema delitve mandatov.

Tako kot tudi sicer ustavna ureditev Združenega kraljestva odstopa od drugih sodobnih ureditev, ker nima pisane ustave, velja to tudi za ustavno ureditev volitev. Sedanja ureditev je posledica zgodovinskega razvoja, v katerem je bilo sprejetih več ustavnih dokumentov ter zakonov.

Volitve so bile med sodobnimi ustavami najprej urejene v ustavi ZDA kot prvi sodobni ustavi. Seveda so najpomembnejše prav volitve na zvezni ravni, in sicer volitve predsednika ZDA in volitve članov Kongresa. Tako je v okviru 1. člena ustave, ki je namenjen predstavnikiškemu telesu (Kongresu) in v katerem so urejena vsa najpomembnejša vprašanja položaja tega telesa, v drugem razdelku določen tudi način volitev in volilna pravica pri volitvah v Predstavnikiški dom, v tretjem ista vprašanja glede Senata, v četrtem in petem razdelku pa so urejena še nekatera druga vprašanja v zvezi z oblikovanjem in volitvami obeh domov Kongresa. Vprašanja v zvezi z volitvami predsednika ZDA pa so urejena v 2. členu ustave. Ustava je glede teh volitev določila samo pogoje za izvolitev, torej pasivno volilno pravico, vsa preostala vprašanja v zvezi z aktivno volilno pravico pa je v celoti prepustila v ureditev zveznim državam, ki so ta vprašanja uredile zelo različno. Te ureditve so bile podobne kot v Evropi in so omejevale volilno pravico z različnimi cenzusi. Vendar je tudi zvezna ustava nekajkrat posegla v volilno pravico. Resda prvič šele leta 1870 (XV. amandma), pozneje pa še nekajkrat (Grad, 2006: 213 in 214). Vsi ti zvezni amandmaji so z enotno ureditvijo različnih vprašanj volilne pravice na zvezni ravni posledično seveda omejili zakonodajno pristojnost držav na volilnem področju.

Tudi francoska ustava ureja nekatera vprašanja volitev temeljnih državnih organov, v tem okviru pa načela za izvolitev obeh domov, položaj poslanca in poslanski mandat, podrobnejšo ureditev pa prepušča posebnemu organskemu zakonu. Nekatera med temi vprašanji so tudi taka, ki so sicer navadno urejena v ustavi, kot so zlasti število članov enega in drugega doma, trajanje mandatne dobe kot tudi način volitev ter volilna pravica.

Tudi veljavna nemška ustava (Temeljni zakon ZRN) iz leta 1949 v 38. členu vsebuje temeljna pravila o volitvah in volilni pravici pri volitvah Zveznega zbora.¹² Prav tako tudi nova švicarska ustava (iz leta 1999) vsebuje dokaj podrobne določbe o oblikovanju zvezne skupščine in obeh njenih domov.

3.2 Slovenska ustavna ureditev

Volilno pravo v Republiki Sloveniji izhaja iz temeljnih načel ustavne ureditve, ki se naslanja na načela sodobnih demokratičnih ustavnih ureditev. Gre predvsem za načelo ljudske suverenosti, načelo neposredne demokracije in načelo posredne (predstavnikiške) demokracije, ki se izraža v političnem predstavnikištvu, seveda pa tudi za načelo pravne države, ki zahteva, da se vsa temeljna načela sodobne demokratične države udejanjajo v skladu ustavo in zakonom.

Taka usmeritev ustavne ureditve izhaja že iz temeljnih načel ustave, vsebovanih v splošnih določbah ustave. Tako je že v 1. členu ustave določeno, da je Slovenija demokratična republika, v drugem odstavku 3. člena pa, da ima v Sloveniji oblast ljudstvo, ki jo izvršuje neposredno in pa z volitvami. S temi določbami je določeno

načelo volilnosti nosilcev temeljnih oblastnih funkcij, ki je razčlenjeno in uresničeno v ustavnih določbah o volilni pravici in o oblikovanju posamičnih temeljnih državnih organov, podrobneje urejeno pa v ustrezni zakonodaji.

Tako kot druge sodobne ustave tudi naša ustava vsebuje temeljno ureditev volitev temeljnih državnih organov, ki je primerljiva z drugimi sodobnimi ustavnimi ureditvami, čeprav seveda tudi tukaj velja, da so ureditve med seboj podobne, ne pa enake. Ustava posebej ureja volilno pravico v poglavju o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (43. člen). »Volilna pravica je splošna in enaka. Vsak državljan, ki je dopolnil 18 let, ima pravico voliti in biti voljen. Zakon lahko določi, v katerih primerih in pod katerimi pogoji imajo volilno pravico tujci«. Ta določba je nedvomno univerzalna, saj določa pogoje za pridobitev (aktivne in pasivne) volilne pravice, ki praviloma veljajo za volitve vseh organov, ki se po ustavi, zakonu ali drugem (avtonomnem) predpisu volijo.

Ustava določa za ustavne organe, ki se volijo neposredno, tudi temeljna načela, ki opredeljujejo volilno pravico. Tako kot v drugih državah s parlamentarno demokracijo so najpomembnejše volitve prav parlamentarne volitve, torej volitve v Državni zbor kot splošno predstavniško telo. Te volitve so urejene v 80. členu ustave, ki določa, da se poslanci volijo s splošnim, enakim, neposrednim in tajnim glasovanjem. Ustava posebej določa, da se v Državni zbor izvoli po en poslanec italijanske in madžarske narodne skupnosti. Končno pa določa tudi, da volilni sistem ureja zakon, ki ga sprejme Državni zbor z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev. Pač pa ustava nič ne ureja volitev v državni svet, temveč to v celoti prepušča zakonu. Ni se opredelila niti glede vprašanja, ali naj bodo volitve neposredne ali posredne, kar je za položaj ustavnega organa zelo pomembno. Namesto tega je ustava določila, da organizacijo državnega sveta uredi poseben zakon (96. člen).

Volilni sistem za volitve v Državni zbor v ožjem pomenu, torej delitev mandatov, je bil prvotno urejen samo na zakonski ravni, od leta 2000 dalje pa je določena že v ustavi (v novem petem odstavku 80. člena). Slednja določa tudi, da se poslanci Državnega zbora (razen seveda poslancev narodnih skupnosti) volijo po načelu sorazmernega predstavnštva ob štiriodstotnem volilnem pragu za vstop v Državni zbor, pri čemer imajo volivci odločilen vpliv na dodelitev mandatov kandidatom.

Ustavna ureditev je seveda temeljna, ne pa popolna, zato za svoje uresničevanje potrebuje tudi podrobnejšo zakonsko ureditev. Ustavno urejanje ima prednosti in tudi slabosti, kajti ustavna ureditev »zabetonira« volilni sistem, kar je lahko dobro, lahko pa tudi slabo. Pri nas je ta učinek le delen, saj je za sprejem zakona o volilnem sistemu potrebna enaka (dvotretjinska) večina kakor za sprejem spremembe ustave. Slednje velja tako glede volilnega sistema pri volitvah v Državni zbor (80. člen Ustave) kot tudi pri volitvah v Državni svet (98. člen Ustave).

Določbe o volitvah predsednika republike vsebuje 103. člen ustave. Najpomembnejše med njimi so: »Predsednik republike se izvoli na neposrednih, splošnih in tajnih volitvah. Za predsednika republike je kandidat izvoljen z večino veljavnih glasov. Za predsednika republike je lahko izvoljen le državlján Slovenije.« Poleg teh določb vsebuje ustava še več drugih, ki se neposredno ali posredno nanašajo na volilno materijo.

Volitve poslancev iz Slovenije v Evropski parlament pa ne temeljijo na ustavi, temveč na pravnem redu Evropske unije, kajti pravna podlaga Evropskega parlamenta ni v ustavnem pravu držav članic, temveč v mednarodnih sporazumih, ki tvorijo pravo Unije.

4 Mednarodni sporazumi

Mednarodno določanje demokratičnih volilnih standardov je seveda zelo splošno, saj so volitve eden najpomembnejših atributov državne suverenosti. Tako Splošna deklaracija človekovih pravic določa le, da je volja ljudstva temelj javne oblasti, izražati pa se mora v občasnih in poštenih volitvah. Podrobneje pa je volilna pravica določena v Mednarodnem paktu o državljanskih in političnih pravicah (25. člen), po katerem mora imeti vsak državlján pravico voliti, biti voljen na periodičnih, resničnih, splošnih, enakopravnih in tajnih volitvah, ki zagotavljajo volivcem svobodno izražanje volje.

Tudi Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Evropska konvencija o človekovih pravicah) oziroma njen prvi protokol zavezuje države pogodbenice, da zagotovijo poštene volitve predstavnškega telesa. Tretji člen prvega protokola namreč določa, da se države zavezujejo, da bodo v razumnih časovnih presledkih izvajale svobodne in tajne volitve, ki bodo zagotovile svobodno izražanje volje ljudstva pri izbiri zakonodajnih teles. Na tej podlagi je Evropsko sodišče za človekove pravice sprejelo več odmevnih sodb, v njihovem okviru pa razvilo temeljna načela, ki odločilno vplivajo tudi na judikaturu sodišč držav članic.

Čeprav nima pravno obvezujoče veljave, je zelo pomemben tudi Zakonik dobre prakse v volilnih zadevah (angl. *Code of Good Practice in Electoral Matters*), ki ga je sprejela Evropska komisija za demokracijo skozi pravo, znana tudi kot Beneška komisija, in na katerega se pogosto sklicuje zlasti Evropsko sodišče za človekove pravice. V zakoniku je zbrana evropska ustavna dediščina na področju volitev, ki jo sestavljajo temeljna načela volitev, torej splošna, enaka, svobodna, tajna in neposredna volilna pravica, čemur dodaja še načelo periodičnosti volitev.

Pomemben vpliv na pravno ureditev volitev ima tudi ustavna ureditev Evropske unije, ki volilno pravico ureja tako v Lizbonski pogodbi kot tudi v Listini temeljnih pravic Evropske unije.¹³ Volilno pravico pri volitvah v Evropski parlament in pri občinskih volitvah v državah članicah namreč razteza tudi na državljane Evropske unije, torej državljane držav članic Unije. Pri tem gre za pravico voliti (aktivna volilna pravica) in

biti voljen na volitvah v Evropski parlament (pasivna volilna pravica). Glede na razmerje med pravnim redom Evropske unije in pravnimi redi držav članic ta ureditev pomembno vpliva na pravno ureditev teh volitev v državah članicah.

V naši ustavni ureditvi so mednarodne pogodbe uvrščene med Ustavo in zakone. V 8. členu Ustave je namreč določeno, da morajo biti zakoni in drugi predpisi v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno, kar pomeni, da z ratifikacijo in objavo postanejo del našega notranjega pravnega reda.

5 Zakon

5.1 Splošno

Ustava praviloma ureja temeljna vprašanja v zvezi s predstavniškim telesom, druga vprašanja pa prepušča v ureditev nižjim pravnim aktom, zlasti zakonu, deloma pa tudi podzakonskim aktom. Zakoni so praviloma (poleg ustave) najpomembnejši vir državne ureditve kot celote, ki podrobneje urejajo ustavno materijo. To je potrebno zato, ker je ustava praviloma zelo splošna, kar velja tudi za ustavno ureditev državne organizacije, znotraj tega pa tudi za volilni sistem. Zato ustava sama ne more urediti vseh vprašanj volilnega sistema, temveč ostaja še veliko vprašanj, ki jih mora urediti zakon, pri čemer je njegova naloga predvsem razčlenjevati ustavne določbe, razen seveda, če mu ustava naroča drugače.

Najobsežnejši in z vsebinskega vidika celo najpomembnejši pravni vir volilnega sistema v posamezni državi so zato praviloma zakoni, manj pomembna, zlasti tehnična vprašanja pa so lahko urejena tudi v aktih, nižjih od zakona. Zakon običajno ureja vsa pomembnejša vprašanja volitev, od načina razdelitve mandatov (ki ponekod spada v okvir ustavne materije) pa do volilnega postopka, organizacije volitev in volilne tehnike. Zakone, ki urejajo volilni sistem, imenujemo običajno volilni zakoni, skupek teh zakonov pa volilna zakonodaja.

Običajno urejajo vprašanja v zvezi z volitvami kar navadni zakoni. Nekatere ustave pa poznajo poseben pravni akt bodisi ustavnega pomena (na primer italijanska ustava daje to funkcijo ustavnemu zakonu), bodisi gre za zakon posebnega pomena, kot to velja za organski zakon v francoski ustavni ureditvi (Perenič, 2004: 258).¹⁴

Zakon je še posebej pomemben v ustavni ureditvi Združenega kraljestva, ki nima pisane ustave (Grad, 2006: 26). To še zlasti velja za volilne zakone iz 19. stoletja, ki so pomembno vplivali tudi na druge države. Toda tudi v drugih državah, ki imajo pisane ustave, zakon pomeni vsebinsko najpomembnejši pravni vir volilnega prava.

5.2 Slovenska ureditev

Tudi v naši ureditvi zakoni urejajo ustavna vprašanja, ki jih ni uredila že ustava. Vendar so ti zakoni v enakem položaju kot drugi zakoni. Naša ureditev torej ne pozna posebnih (organskih ali podobnih) zakonov. Tudi sprejemajo se zakoni, ki urejajo vprašanja ustavnega pomena, praviloma enako kot drugi zakoni, čeprav za nekatere med njimi velja izjema, da se sprejemajo na zahtevnejši način, in sicer z višjo večino. Tako določa ustava v četrtem odstavku 80. člena, da volilni sistem za volitve poslancev Državnega zbora ureja zakon, ki se sprejme z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev Državnega zbora, torej z absolutno kvalificirano večino, ki je enaka večini, potrebni za sprejem ustavne spremembe.¹⁵ Z enako večino se sprejema tudi zakon, ki ureja volitve v Državni svet (prvi odstavek 98. člena Ustave). Drugi taki zakoni se sprejemajo enako kot vsi drugi zakoni, torej z večino opredeljenih glasov navzočih poslancev.

Zakoni, ki tvorijo del državne ureditve, torej bolj ali manj posegajo tudi v ustavno materijo. To je odvisno predvsem od tega, koliko so ta vprašanja urejena že z ustavo in koliko je prepuščeno prostora za zakonsko ureditev. Znotraj tega pa je treba pri zakonski ureditvi upoštevati naravo in funkcije organa ter ustavno določena razmerja do drugih državnih organov.

Volilna zakonodaja je zgrajena tako, da so posebej urejene volitve v Državni zbor ter posebej v Državni svet, poseben zakon pa ureja volitve predsednika republike. Posebej je z zakonom urejena evidenca volilne pravice in posebej določa zakon volilne enote za izvedbo volitev. Posebej je z zakonom urejena tudi volilna kampanja. Pomembna vprašanja za volitve ureja tudi zakon o političnih strankah, ne sicer neposredno, posredno pa kar pomembna vprašanja.

Osrednji zakon v okviru volilne zakonodaje je zakon o volitvah v Državni zbor, ki celovito ureja vsa vprašanja volitev v Državni zbor. Zakoni, ki urejajo volitve drugih ustavnih organov, se naslanjajo in sklicujejo na ta zakon ter urejajo posebej samo tista vprašanja, ki se nanašajo na specifičnosti volitev posameznega organa. S tega vidika velja subsidiarna uporaba zakona o volitvah v Državni zbor za vse volitve drugih državnih organov, kar določajo zakoni, ki urejajo te volitve.

Temeljni del volilnega prava Slovenije tvorijo pravna ureditev volitev Državnega zbora kot splošnega predstavniškega telesa, dalje volitev Državnega sveta kot predstavništva posebnih družbenih interesov in volitev predsednika republike. Te volitve bi lahko šteli za politične državne volitve. V ta okvir bi spadale tudi volitve visokih državnih in javnih funkcionarjev, ki jih voli Državni zbor, začnši s predsednikom in podpredsedniki Državnega zbora, predsednikom vlade, ustavnimi sodniki itd. Poleg tega lahko štejemo za del volilnega prava tudi pravno ureditev lokalnih volitev ter volitev v Evropski parlament. Pravna ureditev vseh teh volitev je pravna podlaga volilnega sistema Slovenije. Posebno mesto v volilnem sistemu imajo lokalne volitve, ki

so tako po obliki kot tudi po vsebini zelo podobne državnim volitvam, vendar imajo nekaj posebnosti, ki zahtevajo tudi njihovo posebno obravnavo.

V okvir volilnega sistema državnih volitev pa bi lahko šteli tudi nepolitične volitve, torej volitve nekaterih drugih organov v okviru državne oblasti, kot so na primer Sodni svet, personalni sveti pri sodiščih in podobno, pa tudi vse druge volitve, tako v javni kot tudi v zasebni sferi. Gre zlasti za volitve organov zavodov, gospodarskih javnih služb ter gospodarskih subjektov. Temeljna volilna načela, ki izražajo demokratično naravo volitev, morajo – *mutatis mutandis* – seveda veljati tudi za te volitve.

Volitve v Državni zbor so urejene z zakonom o volitvah v Državni zbor in v zakonu o določitvi volilnih enot za volitve poslancev v Državni zbor, poleg tega pa še zlasti v zakonu o evidenci volilne pravice in v zakonu o poslancih, volilna kampanja pri teh volitvah pa je urejena v zakonu o volilni in referendumski kampanji. Volitve v Državni svet so urejene v zakonu o državnem svetu, ki poleg volitev ureja tudi organizacijo Državnega sveta. Volitve predsednika republike so urejene v zakonu o volitvah predsednika republike. Lokalne volitve ureja zakon o lokalnih volitvah, volitve poslancev iz Slovenije v Evropski parlament pa zakon o volitvah poslancev iz Republike Slovenije v Evropski parlament.

Zakonodaja, ki ureja volitve temeljnih ustavnih organov, je bila sprejeta leta 1992, ko je bilo to nujno zaradi vzpostavitve novih ustavnih organov, ki jih je uvedla Ustava. Zanimivo pri tem pa je, da je ta pravna ureditev vse doslej komajda kaj spremenjena.

6 Podzakonski akti

Nekatera podrobnejša vprašanja so navadno urejena tudi v podzakonskih aktih vlade oziroma ministrstev, zlasti notranjega ministrstva, v katerega pristojnost tradicionalno spadajo vprašanja organizacije volitev in volilne tehnike. Vendar je treba ugotoviti, da je drugače kot pri drugih pravnih panogah podzakonsko urejanje na tem področju razmeroma nepomembno in neobsežno, saj gre za tako pomembne in občutljive zadeve, da so skoraj v celoti urejene v zakonu. Sicer pa sta obseg in vsebina podzakonskega urejanja volitev odvisna od organizacije volitev, torej predvsem od tega, kateri organi so dolžni izvajati volilno zakonodajo, torej voditi volitve in skrbeti za njihovo zakonitost.¹⁶

Podzakonskih aktov s tega področja je pri nas precej manj kot v drugih državah, kar velja zlasti za predpise ministrstva za notranje zadeve, ki drugje večinoma pomenijo dokaj pomemben in obsežen vir volilnega prava. To je posledica zgodovinskih okoliščin, zaradi katerih pri nas to ministrstvo pri volitvah še zdaleč nima tako pomembne vloge, kot to velja v državah z daljšo demokratično tradicijo. Naloge, ki jih ima drugje pristojno ministrstvo, v naši ureditvi opravlja ministrstvo le v majhnem delu, predvsem tradicionalno vodi evidenco volilne pravice. V največjem delu jih namreč opravlja Državna volilna komisija, ki je po zakonu zadolžena, da skrbi za enotno

uporabo volilne zakonodaje in za zakonitost volitev nasploh. V tem okviru izdaja komisija navodila in druge akte, ki imajo na podlagi zakona obvezno moč nasproti volilnim organom in drugim udeležencem volitev. S tega vidika je Državna volilna komisija pomemben tvorec volilnega prava.

7 Sklepi

1. Zaradi pomena za vzpostavitev in delovanje državne oblasti so volitve pravno urejene. Volilno pravo je zato eden najpomembnejših delov pravnega temelja demokratičnega oblikovanja državne oblasti. Pravno urejanje volitev je še zlasti delikatno zaradi izjemne občutljive vsebine urejanja, kajti volilni predpisi praviloma odločilno vplivajo na razdelitev politične moči v državi, pa tudi na delovanje države kot celote. Pravna ureditev volitev se od države do države precej razlikuje, kar je predvsem posledica različnega zgodovinskega razvoja in tradicije. Volilni sistemi se tudi pogosto spreminjajo, kar je navadno posledica spremenjenih političnih okoliščin, redkeje pa posledica razumske presoje. Vendar pa v sodobnih ureditvah veljajo neki nepisani standardi, zaradi katerih so te razlike manjše, kot bi kazalo na prvi pogled. Pravzaprav je precej večja razlika med dejanskim uresničevanjem pravne ureditve kot med samimi pravnimi ureditvami.

2. Pravna ureditev volitev v Sloveniji, ki je omogočila prve večstrankarske volitve leta 1990, je pomenila vsebinski prelom s prejšnjo ureditvijo in se približala drugim demokratičnim ureditvam po svetu. Čeprav je bila prejšnja ureditev vsebinsko gledano bistveno drugačna, pa je bila v organizacijskem in tehničnem delu dokaj primerljiva z drugimi ureditvami. Prelom s prejšnjo ureditvijo je bil predvsem v tem, da je nastop več strank in političnih usmeritev na volitvah zahteval pravno ureditev načina razdelitve mandatov ter uvedbo nekaterih novih volilnih institutov. Temeljna pravna ureditev volitev je določena že v ustavi, natančneje pa so volilna pravila določena v zakonih in le v manjšem obsegu v podzakonskih aktih.

Opombe / Notes:

¹ Take tendence so vse močnejše v zadnjih desetletjih, pri čemer je treba omeniti kot posebej prelomen dogodek, ko je o volilnem izidu v tekmi za mesto predsednika ZDA (Bush in Gore) dokončno odločilo sodišče, kar je bilo pred tem vedno nepredstavljivo, saj so se volitve odvijale na temelju tradicionalne fair play.

² O taki problematiki obširno razpravlja Borut Šinkovec (2010).

³ O vlogi ustavnega sodišča pri zagotavljanju zakonitosti volitev poglobljeno razpravlja Jadranka Sovdat (2013: 147–153).

⁴ Glede tega so znamenite zlasti odločitve nemškega ustavnega sodišča o volilnem pragu.

⁵ Tako kot druge pravne panoge ima tudi volilno pravo dvojno naravo, torej ga je treba razumeti kot skup predpisov, ki urejajo volitve, hkrati pa tudi kot eno od razmeroma samostojnih pravnih panog, ki preučuje volitve. Kadar pojmujeemo volilno pravo kot skup predpisov, torej kot

pozitivno pravo, ga lahko imenujemo tudi volilni sistem ali volilni red. O sistemizaciji prava in pravnih panogah glej Pavčnik (2011: 428–445).

⁶ Tam je namreč državna oblast organizirana na dveh ravneh, na ravni zvezne države in na ravni zveznih (federalnih) enot. Zato ima praviloma vsaka oblast svoje organe, tako zakonodajne kot tudi izvršilne in sodne. V zvezni državi praviloma obstajata tudi dva volilna prava, in sicer volilno pravo federacije ter volilno pravo federalne enote.

⁷ Na primer francoski Code Électoral.

⁸ Ta je po svojem mestu v hierahiji pravnih aktov pravni akt z največjo veljavo v pravnem redu države. Več o tem Kaučič, 2016: 565.

⁹ Obdobje pred drugo svetovno vojno je bili zaznamovano s centralizmom unitarne države, v katerem Slovenija ni imela nobenega državnopravnega značaja in zato tudi nobene zakonodajne funkcije.

¹⁰ Volilni sistem tukaj razumemo v širšem pomenu, torej v vseh prvinah, ne samo kot sistem delitve mandatov. Glede opredelitve volilnega sistema glej Grad (2004: 31–33).

¹¹ Iz novejšega časa je znan predvsem francoski primer. Čeprav ima Francija že zelo dolgo sistem absolutne večine, je bil leta 1985 za takratne parlamentarne volitve uveden proporcionalni volilni sistem, ki pa je bil že po enem letu vnovič nadomeščen s prejšnjim sistemom (Perenič, 2004: 264).

¹² Zvezni svet namreč ni neposredno voljen.

¹³ Volilno pravico so do Maastrichtske pogodbe znotraj posamezne države članice imeli samo državljani države in ne tudi državljani drugih držav članic. Ta pogodba pa je uvedla državljanstvo Evropske unije in določila, da ima državljan vsake države članice, ki prebiva v drugi državi članici, pravico voliti in pravico kandidirati na volitvah v državi svojega prebivališča in to pod enakimi pogoji, kot veljajo za državljane te države.

¹⁴ Za ustavne in organske zakone je značilno, da se v formalnem pogledu štejejo za zakon, vsebinsko pa jih štejejo za del ustave (v materialnem pomenu), ker urejajo ustavno materijo. Ti zakoni se običajno razlikujejo od navadnih zakonov tudi po tem, da se sprejemajo po zahtevnejšem postopku kot drugi zakoni.

¹⁵ Tako večino je ustava ohranila, čeprav je bil z ustavnim zakonom iz julija 2000 z ustavo neposredno določen volilni sistem (sistem delitve mandatov in volilni prag), zaradi česar je ta ustavna določba postala nepotrebna in po nepotrebem otežuje manj pomembne spremembe Zakona o volitvah v Državni zbor, take torej, ki se nanašajo zgolj na organizacijska in tehnična vprašanja volitev.

¹⁶ Med pravne vire volilnega prava lahko štejemo tudi poslovnik parlamenta, zlasti v delu, v katerem ureja vprašanja v zvezi z volilno funkcijo parlamenta.

Literatura / References:

Biscaretti di Ruffia, P. (1974) *Introduzione al diritto costituzionale comparato*. Milano.

Delperee, F. (1998) *Le contentieux electoral*. Pariz: PUF.

Grad, F. (1998) *Lokalna demokracija (organizacija in volitve)*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije.

Grad, F. (2004) *Volitve in volilni sistem*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, str. 31–33.

Grad, F., Kristan, I. & Perenič, A. (2006) *Primerjalno ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.

Grad, F., Kaučič, I. & Zagorc, S. (2016) *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.

- Ihl, O. (1996) *Le vote*. Pariz.
- Mackenzie, W. J. M. (1958) *Free Elections*. London: George Allen & Unwin.
- Masclat, J. C. (1992) *Le droit des elections politique*. Pariz: PUF.
- Nohlen, D. (1992) *Izborna pravo i stranački sustav*. Zagreb: Školska knjiga.
- Pavčnik, M. (2011) *Teorija prava*. Ljubljana: GV Založba, str. 428–445.
- Sartori, G. (1994) *Comparative Constitutional Engineering (An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes)*. New York: New York University Press.
- Sovdat, J. (2013) *Volilni spor*. Ljubljana:GV Založba, str. 147–153.
- Šinkovec, B. (2010) *Odločbe ustavnega sodišča kot pravni vir (doktorska disertacija)*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.

Postopek ponovnega odločanja o zakonu po vetu državnega sveta *de lege ferenda*

DUŠAN ŠTRUS

Povzetek Državni svet je drugi dom slovenskega parlamenta, a je v Ustavi urejen pomanjkljivo. Podnormirana ni samo ustavna, temveč tudi zakonska ureditev Državnega sveta. Na ustavni in zakonski ravni med drugim niso urejena niti razmerja med obema domovoma slovenskega parlamenta. Nastalo pravno praznino zapolnjuje Poslovnik Državnega zbora. V tem, notranjem aktu Državnega zbora, je urejen tudi postopek ponovnega odločanja, ki namesto odločanja o zakonu določa le ponovno glasovanje o njem. Državni zbor torej zgolj ponovno glasuje o zakonu, ne more pa njegove vsebine spremeniti, čeprav Državni svet večinoma ne nasprotuje zakonu v celoti, ampak le posameznim zakonskim rešitvam. Taka ureditev postopka ponovnega odločanja postavlja poslance pred dve slabi odločitvi: bodisi sprejeti zakon s slabo rešitvijo ali pa zavrniti celoten zakon zaradi ene slabe rešitve. Sprememba poslovniške ureditve, ki bi omogočila spremembo zakona v okviru postopka ponovnega odločanja, bi torej pripomogla ne samo k večji kakovosti sprejete zakonodaje, ampak tudi k možnosti rešitve grožnje za razpis referendumu.

Ključne besede: • zakonodajni postopek • veto • postopek ponovnega odločanja • referendum • državni svet

NASLOV AVTORJA: Dr. Dušan Štrus, Državni svet Republike Slovenije, Šubičeva 4, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: dusan.strus@ds-rs.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.4 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The Procedure of Reconsideration of a Law After a Veto of the National Council *De Lege Ferenda*

DUŠAN ŠTRUS

Abstract The National Council is the second chamber of the Slovenian Parliament, yet its regulation is inadequate both at the constitutional and the statutory level. The relationship between the National Assembly and the National Council is regulated at neither of the two levels. Rather, it is regulated only in the National Assembly's Rules of Procedure. The same act also determines the procedure for the reconsideration of a statute. However, no actual reconsideration of the statute is provided for. The statute is simply put to a revote. The National Assembly can only adopt or reject the statute following the National Council's veto, but it cannot amend it in accordance with the Council's proposals. The Council usually opposes only a few provisions, not the statute as a whole. Hence, the National Assembly is caught between two poor alternatives: either pass a statute that obviously contains certain loophole or reject it due to only one inappropriate solution. A new procedure for the reconsideration of a statute that would allow amending the statute following the National Council's veto would surely result in better legislation and could resolve the threat of a referendum.

Keywords: • legislative procedure • veto • reconsideration of the law • referendum • the National Council

CORRESPONDENCE ADDRESS: Dušan Štrus, Ph.D., National Council of the Republic of Slovenia, Šubičeva 4, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: dusan.strus@ds-rs.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.4 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Konec leta 2016 smo praznovali 25. obletnico sprejema Ustave Republike Slovenije. Takrat je Slovenija demokratično sprejela svoj temeljni akt, v katerem je uredila temeljne demokratične ureditve. S sprejemom Ustave iz leta 1991 sta na področju zakonodajne veje oblasti v Republiki Sloveniji nastali dve instituciji, in sicer Državni zbor ter Državni svet, s čimer smo uvedli asimetrični dvodomni sistem. O položaju prvega doma – Državnega zbora – v slovenskem ustavnem sistemu niso bila nikoli sprožena vprašanja, teorija in praksa pa sta imeli precej več dela z drugim domom, Državnim svetom (Ribičič, 2001: 135; Grad, 2000: 141–142). Nejasnosti o položaju Državnega sveta so posledica nastanka Državnega sveta in njegove podnormiranosti v Ustavi pa tudi položaja drugega doma nasploh, kar je najbolje ponazoril Ribičič (2000) v svoji knjigi *Podoba parlamentarnega desetletja na prelomu tisočletja*:

»Prvi dom, predstavniška zbornica, telo, v katerem se sprejemajo zakoni in postavlja vlada, ni sporen. Brez njega ne gre. Drugače je z drugim domom. Je dopolnilo prvega, je dodatna komplikacija sistema, dodaten strošek, je nekaj, kar gre vladi in prvemu domu na živce, predvsem pa je brez njega mogoče shajati. Zato je razprava o drugem domu vedno odprta, vedno se najdejo njegovi nasprotniki, ki ga ukinjajo, in pristaši, ki ga želijo uvesti, ohraniti in/ali okrepiti. Sam spadam k slednjim« (str. 53).

Ribičič se je v svojem obsežnem znanstvenem opusu veliko ukvarjal s slovenskim dvodomnim sistemom in s tem pripomogel k umestitvi Državnega sveta v slovenski ustavni sistem, ter nadaljnjemu razvoju te ustavne institucije, tudi pri novi ureditvi postopka ponovnega odločanja o zakonu.

2. Skopa in neprimerna ustavna ter zakonska ureditev Državnega sveta in njegovih pristojnosti

2.1 Pomanjkljiva ureditev položaja Državnega sveta

Že v fazi sprejemanja Ustave so obstajali različni predlogi o naravi slovenskega zakonodajnega telesa. Eden od predlogov je določal enodomno predstavniško telo, pri čemer bi bil del enodomnega telesa izvoljen na drugačen način in bi predstavljal lokalne in regionalne interese. Šlo bi torej za korekcijo volilnega sistema za tisti del parlamenta, ki bi predstavljal lokalne in regionalne interese (Igličar, 1991: 332). Drugi predlog je vseboval idejo, da mora poleg prvega doma obstajati drugi dom, ki naj v parlamentarno odločanje vnaša drugačne poglede in predstavlja delodajalce in delojemalce, pokrajinsko sestavo družbe, profesionalne sloje ipd. (Bučar, 1991: 673). Gre za idejo vzpostavitve drugega doma po vzoru bavarskega Senata. Tretji predlog je vseboval idejo zbora pokrajin kot »poldoma«, ki bi se po vzoru norveškega modela¹ izločil v poseben pokrajinski zbor pri obravnavi nekaterih vprašanj (Kaučič, 1991: 679; Kristan,

1991: 7). Obstajali so tudi predlogi, da bi dvodomnost v Sloveniji uvedli na podlagi izkušenj drugih domov v tujini, na primer Franciji, Španiji in Italiji (Grad, 1991: 676).

Z Ustavo je bila sprejeta rešitev, ki predvideva dve instituciji na zakonodajnem področju ter zgolj iniciativno, svetovalno ter odločilno funkcijo Državnega sveta. Ta različica ureditve dvodomnosti je bila dogovorjena tik pred sprejetjem Ustave. Zgledovala se je po ureditvi dvodomnosti na Bavarskem, interesna sestava pa naj bi zajemala predstavnštvo interesne organiziranosti, ki pa v času sprejemanja Ustave večinoma še ni bila vzpostavljena. Torej je bila logična posledica take ureditve, da je bila ustavna ureditev dvodomne parlamentarne ureditve, predvsem ureditve Državnega sveta, zelo skopa in nedorečena.

Tudi teorija poudarja, da naša Ustava nekatera vprašanja v zvezi s predstavniškim telesom in druga vprašanja državne ureditve ureja precej skopo, ponekod pa celo pomanjkljivo. Ustava tudi ni povsem uravnotežena, saj so nekateri deli državne ureditve urejeni manj podrobno kot drugi. To velja predvsem za Državni svet, ki je urejen precej manj podrobno kot drugi državni organi, zlasti v primerjavi z Državnim zborom (Grad, 2013: 24–25). Ustavodajalec je v Ustavi lapidarno uredil ne samo postopke v zvezi z Državnim svetom, kot je postopek ponovnega odločanja, ampak tudi zakonodajni postopek v celoti.²

Sam postopek ponovnega odločanja je v Ustavi urejen zelo nenavadno, saj ustava v dveh odstavkih 91. člena ureja dve povsem različni vprašanji. V prvem odstavku ureja razglasitev zakona (t. i. promulgacijo), v drugem pa postopek ponovnega odločanja o zakonu oziroma t. i. odločilni veto Državnega sveta.³ Državni svet lahko v sedmih dneh od sprejetja zakona in še pred njegovo razglasitvijo zahteva, da Državni zbor o njem še enkrat odloča. Po izglasovanju veta v Državnem svetu se zakonodajni postopek vrne v Državni zbor, ki ponovno odloča o zakonu. Pri ponovnem odločanju mora za sprejem zakona glasovati večina vseh poslancev, razen če Ustava za sprejem obravnavanega zakona določa večje število glasov. Ponovna odločitev Državnega zbora je dokončna.

2.2 Neustrezna ureditev rokov odločilnega veta, referendum in promulgacije

Največ težav pri urejanju institutov odločilnega veta in promulgacije, pa tudi referendum, ki bo obravnavan v nadaljevanju, je ureditev njihovih rokov. Nenavadno je, da Ustava ureja pristojnost veta Državnega sveta s časovno omejitvijo v členu, ki govori o razglasitvi zakonov. Gre za dva povsem različna instituta. Sedemdnevni rok Državnega sveta za vložitev veta je najdaljši možni rok znotraj osem dnevnega roka, ki ga ima za razglasitev zakona na voljo Predsednik republike. V ustavah drugih držav časovna omejitev vložitve veta ni zajeta v rok za razglasitev zakona, ki ga ima na voljo šef države, ampak začne rok za razglasitev zakona teči šele po tem, ko je zakon sprejet v obeh domovih.

Prekrivanje teh dveh rokov posledično pomeni tudi različno določanje roka za razglasitev zakona, ki je na voljo Predsedniku republike. Če Državni svet na zakon ne vložil odločilnega veta, se osemdnevni rok Predsednika republike izteče brez prekinitve, vendar pa je vanj vključen tudi sedemdnevni rok Državnega sveta za vložitev odločilnega veta. Predsedniku republike za razglasitev zakona v tem primeru ostane samo en dan. Če Državni svet na zakon vložil odločilni veto, pa se osemdnevni rok za podpis zakona pomakne na konec »druge« odločitve Državnega zbora. V tem primeru ima predsednik republike za razglasitev zakona na voljo osem dni in ne le enega dneva.

Rok za vložitev odločilnega veta pa ni edini rok, ki teče znotraj roka za razglasitev zakona. Tudi rok za vložitev pobude za razpis zakonodajnega referendumu je treba vložiti v sedmih dneh od sprejema zakona, kar pomeni, da se ti roki na eni strani prekrivajo, na drugi pa dopolnjujejo. Sedemdnevni rok za vložitev veta in zahteve za razpis referendumu ter osemdnevni rok za promulgacijo zakona začeta teči sočasno. Vendar lahko Državni svet najprej vložil veto in Državni zbor mora ponovno odločati o zakonu. Če Državni zbor ponovno sprejme zakon, pa začeta zopet teči sedemdnevni rok za vložitev pobude za razpis referendumu in osemdnevni rok za razglasitev zakona. Če je vložena zahteva za razpis referendumu in zakon na referendumu ni zavržen, pa začne Predsedniku republike že tretjič teči rok za podpis zakona.

Kot že navedeno, ustavna ureditev 91. člena povzroča težave pri sočasnem teku rokov za sprejem odločilnega veta, za izvedbo zakonodajnega referendumu in za razglasitev zakona, zato bi bilo v prihodnje dobro premisliti o spremembi te ustavne ureditve. Ustavno ureditev bi bilo treba spremeniti tako, da bi bil po sprejemu zakona določen rok za vložitev odločilnega veta Državnega sveta, po preteku tega roka bi začel teči dodaten rok za vložitev pobude za zakonodajni referendum in šele nato rok za razglasitev zakona, s čimer bi preprečili sočasen tek vseh rokov.

2.3 Neustrezna ureditev odločilnega veta

Zakonodajni postopek torej ni končan vse dotlej, dokler ne preteče sedemdnevni rok za vložitev veta, saj Državni svet z odločilnim vetom posega v zakonodajni postopek. Zahteva Državnega sveta za ponovno odločanje pomeni odložitev odločitve Državnega zbora o sprejemu zakona. Državni zbor je dolžan o zakonu ponovno odločati in šele po ponovnem odločanju, ko je zakon sprejet ali zavržen, je zakonodajni postopek končan. Glede na pravno posledico odločilnega veta je do izteka roka za njegovo vložitev odločitev Državnega zbora o sprejemu zakona pogojna.

Ustavno ureditev, ki ureja postopek ponovnega odločanja, bi bilo treba izločiti iz določbe, ki ureja razglasitev zakona. Veto, ki je zdaj povsem prepuščen poslovniški ureditvi, je izredno pomemben ustavni institut in posledično potrebuje samostojen člen v okviru ustavnih določb o zakonodajnem postopku. Ustava bi morala vsebovati vsaj

temeljne določbe o zakonodajnem postopku in njegove ureditve ne bi smela v celoti prepuščati Poslovniku Državnega zbora.

Razmerja med obema domovoma bi morala biti ustrezno urejena ne samo na ustavni, ampak tudi na zakonski ravni. Potreben bi bil sprejem posebnega zakona o ureditvi razmerij med obema domovoma, saj ta zdaj na ustavni ravni niso zadostno urejena. Na ravni zakonodaje so urejeni le nekateri vidiki razmerij med obema domovoma v Zakonu o Državnem svetu (ZDSve),⁴ in je področni zakon, ki prvenstveno ureja volitve in ureditev Državnega sveta. V zakonu o razmerjih med obema domovoma bi bilo treba celovito urediti odnose med njima, poslovniški ureditvi pa prepustiti samo podrobno ureditev zakonodajnega postopka pred Državnim svetom.

Zaradi pomanjkljive ustavne in zakonske ureditve veta Državnega sveta je postopek za vložitev veta trenutno urejen v Poslovniku Državnega zbora. Ob tem lahko ugotovimo, da tako pomembno omejevanje delovanja Državnega zbora v zakonodajnem postopku, kot ga predstavlja institut odločilnega veta, ni ustrezno urejen v Ustavi, čeprav gre za pomembno ustavno materijo. Ker tudi ZDSve tega vprašanja ni uredil, je moral to urediti Poslovnik Državnega zbora, ki pa je po svoji temeljni naravi vendarle akt, ki ureja notranje poslovanje Državnega zbora. Z vidika razmerja med ustavnima organoma je zato problematično, da tako pomembno vprašanje razmerij med dvema državnima organoma ureja poslovnik enega od njiju, ne da bi imel drugi organ na njegovo vsebino kakršenkoli vpliv (Grad, 2013: 166–167).

Poslovnik Državnega zbora določa celoten postopek ponovnega odločanja in vsaka sprememba tega postopka zahteva spremembo Poslovnika, ki se spreminja z relativno dvotretjinsko večino (94. člen Ustave). V Državnem zboru trenutno poteka postopek spreminjanja Poslovnika Državnega zbora in prav zato je eden od predlogov tudi ta, da se institut ponovnega odločanja popravi kar v Poslovniku, v katerem je bil urejen do zdaj. Taka ureditev z vidika ustavnopravne stroke (Grad, Ribičič in Štrus, 2017: 4) ni najboljša, vendar je najverjetnejša, saj tako sprememba Ustave kot tudi ustrezna zakonska ureditev nista niti na dnevnem redu sej Državnega zbora niti v političnem programu vladajoče koalicije.

3 Postopek ponovnega odločanja *de lege ferenda*

Temeljno vprašanje pri ureditvi ponovnega sprejemanja zakona je, ali je ustrezno, da se pri ponovnem odločanju samo ponovno glasuje o zakonu, ne pa tudi ponovno vsebinsko obravnava zakon. Smisel odločilnega veta leži v omogočanju kritičnega pogleda Državnega sveta na sprejeti zakon. Prav to mu trenutna poslovniška ureditev onemogoča. Razlog za tako ureditev naj bi bil v tem, da so poslanci že v rednem postopku dodobra obravnavali zakon in si izoblikovali stališče do njega. To je sicer res, vendar takrat pred seboj še niso imeli stališč Državnega sveta, ker pa lahko Državni svet

v skladu z Ustavo le odloži sprejem zakona, Državni zbor v postopku ponovnega odločanja ne more razpravljati o razlogih za veto Državnega sveta. Taka ureditev vzbuja dvome ne samo o smislu odločilnega veta, temveč delno zanika celo smiselnost obstoja Državnega sveta, kajti rezultat tako urejenega ponovnega sprejemanja zakona na podlagi odločilnega veta vodi samo do podaljševanja zakonodajnega postopka, ne pa do izboljšanja vsebine zakona. Prav slednji je temeljni smisel odločilnega veta (Grad, 2013: 167; Kristan, 1997: 108–115).

Ureditev v zvezi s ponovno obravnavo zakona v Poslovniku Državnega zbora je bila napadena tudi pred Ustavnim sodiščem (Odločba US, št. U-I-84/96, 1996). Ustavno sodišče je pri presoji ustavnosti napadenih poslovniških določb ugotovilo, da so skladne z Ustavo, razen določb, ki so se nanašale na nujni (v času ustavne presoje imenovan hitri postopek) in skrajšani postopek. Glede drugih napadenih določb pa je menilo, da niso bile v neskladju z Ustavo, predvsem zato, ker Ustava ne določa načina, po katerem naj se izvede ponovni postopek in posledično dopušča različne možnosti poslovniške ureditve (Grad, 2013: 167–168).

Ustavno sodišče je odločilo, da je poslovniška ureditev postopka ponovnega odločanja v avtonomiji Državnega zbora. Po mnenju Ustavnega sodišča Ustava od Državnega zbora ne zahteva, da ponovno odloča o spornem delu zakona, temveč da ponovno odloča o zakonu (kot celoti). Iz obrazložitve odločbe izhaja, da Ustavnemu sodišču ni bilo treba obravnavati vprašanja, ali bi bilo skladno z Ustavo, če bi poslovnik drugače uredil ponovno odločanje o zakonu po odločilnem vetu.⁵ Ustavno sodišče je tako jasno navedlo, da bi bila drugačna ureditev ponovnega odločanja možna, vendar mu tega ni bilo treba obravnavati. Iz tega izhaja njegovo stališče, da je mogoče postopek ponovnega odločanja urediti na drugačen način, ki bi bil prav tako skladen z Ustavo, saj slednja ne določa natančnega načina njegove ureditve, temveč to prepušča poslovniški ureditvi. Ustavno sodišče je še navedlo, da Ustava sploh ne določa, da ima Državni svet pravico vlaganja amandmajev k zakonom. Pristojnost Državnega sveta, da predlaga Državnemu zboru sprejem zakonov, ne vključuje tudi pristojnosti vlaganja amandmajev, saj gre za dve različni dejanji v zakonodajnem postopku. Državni zbor ima pravico, da avtonomno uredi vprašanje, kdo lahko vlaga amandmaje, s katerimi se spreminja zakonski predlog.

Odklonilno ločeno mnenje k tej odločbi je podala ustavna sodnica Milojka Modrijan. Po njenem mnenju poslovniška določba, da Državni zbor v primeru odločilnega veta Državnega sveta lahko samo ponovno glasuje o zakonu, ni zadostna za uresničitev ustavne določbe o »ponovnem odločanju« o zakonu. Torej pojem »glasovanje« ne ustreza pojmu »odločanje« iz drugega odstavka 91. člena Ustave. Ponovno glasovanje brez razprave zožuje odločilni veto na formalnost in s tem omejujoče posega v ustavni položaj Državnega sveta. Ustavne pristojnosti Državnega sveta (97. člen) in njegova sestava (nosilci socialnih, gospodarskih, poklicnih in lokalnih interesov) zahtevajo temu

ustrezno razlago besedila iz 91. člena Ustave, da Državni zbor o zakonu »ponovno odloča«. Državni zbor mora po njenem mnenju o zakonu ne le ponovno glasovati (oziroma kot se je izoblikovala praksa, da imajo poslanci pred glasovanjem pravico tudi obrazložiti svoj glas), ampak tudi razpravljati. Poslovnik bi moral Državnemu svetu dopustiti amandmaje tudi k zakonom, glede katerih sam ni predlagatelj. Državni svet bi tako aktivno sodeloval v zakonodajnem postopku, kar pomeni, da bi tako neposredno uveljavljal interese nosilcev, ki jih predstavlja po Ustavi.

Strinjam se z navedenim odklonilnim ločenim mnenjem ustavne sodnice Modrijanove. Izraza glasovanje, ki ga je pri ponovnem odločanju določil poslovnik, in odločanje, ki ga določa Ustava, ne moreta biti soznačna. Postopek sprejemanja odločitev je sestavljen iz več faz, ki obsegajo prepoznavanje problema, določanje ciljev, iskanja rešitev in oblikovanje alternativ, vrednotenje alternativ in končno izbiro ene od njih. Glasovanje je na drugi strani le tehnično opravilo končne faze odločanja, torej ožji, končni del procesa odločanja.

O tem, kaj pomeni ustavni izraz »ponovno odločanje« in ali je ureditev v poslovniku, ki ne dovoljuje razprave pri ponovnem odločanju o zakonu, ustavna, sta svoja mnenja predstavila tako Ustavno sodišče kot tudi teorija.⁶ Kot že navedeno je leta 1999 Ustavno sodišče odločilo, da ni ovir, ki bi poslovniku preprečevale, da Državni zbor v primeru veta spremeni določbo, zaradi katere je veto vložen. Teorija pa je že pred odločitvijo Ustavnega sodišča opozarjala, da bi bilo predlaganje amandmajev k zakonu v postopku ponovnega odločanja o zakonu razumna in racionalna rešitev.⁷ Poslovnik Državnega zbora je po mnenju teorije (Grad, 2000: 265) celo pomanjkljiv, ker ne dopušča delne (amandmajske) spremembe zakona na podlagi vloženega veta. Veljavna ureditev je močno omejujoča in škodljiva z vidika prizadevanj za večjo kakovost zakona. Marsikateri predlog Državnega sveta bi bil namreč upoštevan že med zakonodajnim postopkom, tako da bi do veta prišlo v manj primerih (Ribičič, 2001: 133). Verjetno bo v Državnem zboru postopno dozorelo tudi spoznanje o koristnosti spreminjanja zakona na podlagi veta, saj bi Državni zbor tako lahko preprečil marsikatero težavo (nekonsistentnost zakona, predlogi za spremembo zakona, ustavni spori itd.). Igljčar (2007: 492–494) meni, da veljaven način ureditve ponovnega odločanja o zakonu onemogoča morebitno iskanje kompromisnih rešitev ali izboljšav zakonskega predloga. Ker v tej fazi tudi poslanci Državnega zbora zakona ne morejo več spreminjati z amandmaji in ker teh Državni svet ne more predlagati niti ob ponovnem odločanju niti v prejšnjih fazah zakonodajnega postopka, je s tem vloga Državnega sveta močno omejena.

Kot že navedeno, je Ustava pri urejanju zakonodajnega postopka prepustila Državnemu zboru avtonomno urejanje svojega Poslovnika. Postopek ponovnega odločanja je Državni zbor uredil v Poslovniku zelo omejujoče, brez možnosti razprave na seji Državnega zbora in brez možnosti spreminjanja zakona. Pet let⁸ po sprejemu novega

Poslovnika Državnega zbora, v letu 2002, je obstajala ureditev, da je Državni zbor pri ponovnem odločanju opravil tudi razpravo o vetu Državnega sveta. Sprememba Poslovnika, s katero je bila leta 2007 odvzeta možnost razprave v postopku ponovnega glasovanja o zakonu, je bila del obsežnih poslovninskih sprememb v letu 2007 in sploh ni bila obrazložena. Poslanci so jo kljub temu sprejeli, zato danes znova velja ureditev, kakršna je obstajala že od sprejema prvega Poslovnika Državnega zbora iz leta 1993, in sicer da Državni zbor le ponovno glasuje o zakonu. Državni zbor torej sploh ne more odpreti razprave v postopku ponovnega odločanja o zakonu, zaradi česar člani Državnega zbora v ta namen izrabljajo institut obrazložitve glasov, kjer predstavijo svoje poglede na veto Državnega sveta.

V postopku ponovnega odločanja bi morale biti urejeno, da Državni svet predlaga amandmaje v vetu in Državni zbor odloča o njih na seji Državnega zbora. Državni zbor bi z odločitvijo o amandmajih in na koncu o zakonu v celoti dokončno sprejel odločitev, na katero ne bi bilo mogoče več vložiti veta. Taka ureditev ne bi bila izvedbeno zapletena in zamudna, ravno nasprotno, potekala bi hitro in – kar je bistveno – omogočala bi rešitve, ki bi zagotovile višjo kakovost zakona.

Končno je treba poudariti, da bi taka sprememba postopka ponovnega odločanja v Državnem zboru zahtevala tudi spremembo načina dela Državnega sveta, ko bi odločal o predlogu veta. S to spremembo Poslovnika Državnega zbora bi spodbudili Državni svet, da namesto veta na celoten zakon konkretizira svoje nasprotovanje k posameznim zakonskim rešitvam in v vetu navede predloge amandmajev. Torej ne samo Državni zbor, ampak tudi Državni svet bi moral prilagoditi pravno ureditev notranjega delovanja z ustrezno spremembo postopka v Poslovniku Državnega sveta.

Poleg tega je v tem delu primerno vnovič opozoriti, da je predlagana sprememba Poslovnika Državnega zbora ustrezna tudi zato, ker je Državni svet s spremembo Ustave iz leta 2013 izgubil pristojnost, da zahteva razpis zakonodajnega referenduma. Toda pomembnejša od vprašanja, kaj pomeni sprememba za Državni svet, je ugotovitev, da gre za spremembo Poslovnika Državnega zbora, ki lahko vodi do tvornejšega sodelovanja Državnega zbora in Državnega sveta pri sprejemanju kakovostnejše zakonodaje. Pomembno je tudi, da poslanke in poslanci Državnega zbora ne bi bili več soočeni z dvema slabima rešitvama (sprejeti zakon s pomanjkljivostmi ali zavrniti celotni zakon), temveč bi se jim odprla tretja možnost, ki bi pred sprejemom zakona omogočila odpravo sporne določbe, kateri nasprotuje veto Državnega sveta.

4 Postopek ponovnega odločanja kot rešitev v primeru grožnje s pobudo za razpis referendumu

Referendum je ena od oblik neposredne demokracije in ima v Ustavi pomembno mesto. Referendum je v Ustavi opredeljen precej široko.⁹ Tudi zahteva po dvotretjinski relativni večini za sprejem zakona, ki ureja referendum, izraža velik pomen, ki ga Ustava pripisuje temu institutu. Ustavno sodišče pri interpretaciji zakonske izvedbe te ustavne pravice upošteva to izhodišče, kar pomeni, da ne uporablja restriktivnega pristopa in v dvomu razlaga ter uporablja zakonsko ureditev *in favorem* pravici do referendumu.

Ustavodajalec je leta 2013 spremenil ustavno ureditev referendumu, tako da lahko zahteva razpis referendumu le še 40.000 volilcev, ne pa več tudi tretjina poslancev in Državni svet. Ne glede na to spremembo pa Državni zbor do danes še ni spremenil zakonske ureditve, čeprav mu ustavni zakon to nalaga v roku enega leta od uveljavitve ustavne spremembe (Uradni list RS, št. 47/13 in 2013), zato se Zakon o referendumu in o ljudski iniciativi (ZRLI)¹⁰ še vedno smiselno uporablja.

Ustava ne določa roka za vložitev zahteve za razpis referendumu. Ker pa gre za referendum o uveljavitvi zakona, je to treba storiti še pred objavo in uveljavitvijo zakona. Zato ZRLI v 11. členu ureja, da je treba pobudo za razpis referendumu vložiti v sedmih dneh po sprejemu zakona. Pobudnik zahteve mora v sedmih dneh po sprejemu zakona obvestiti o svoji pobudi predsednika Državnega zbora. Pobuda mora vsebovati opredeljeno zahtevo, predpisane formalne in vsebinske zahteve in mora biti podprta s podpisi najmanj dva tisoč petsto volivcev. Rok za zbiranje podpisov volivcev za podporo zahtevi je petintrideset dni. Zahteva volivcev se lahko vložijo najpozneje v sedmih dneh po preteku roka za zbiranje podpisov volivcev.

Državni zbor mora v primeru vložene pobude oziroma zahteve za razpis referendumu zadržati objavo zakona. V primeru vložitve pobude za razpis naknadnega referendumu Državni zbor zakona ne sme poslati v objavo dokler teče postopek z referendumom. Zadržanje objave zakona je pomembna pravna posledica vložene zahteve oziroma pobude za naknadni zakonodajni referendum. Le s tem, da se prepreči objava zakona do dokončanja referendumskega postopka (in posledično prepreči tudi uveljavitev zakona), se lahko zagotovi učinkovitost naknadnega zakonodajnega referendumu kot oblike neposrednega odločanja volivcev o zavrnitvi zakona. Pri naknadnem, zakonodajnem referendumu volivci namreč odločajo o zakonu, ki ga je sprejel zakonodajalec, za njegovo uveljavitev pa so potrebni še razglasitev, objava in potek vakacijskega roka. Naknadni, razveljavitveni, zakonodajni referendum bi izgubil svoj smisel, če bi bil pred njegovo izvedbo zakon že uveljavljen. Zahteva za razpis naknadnega referendumu namreč pomeni zahtevo, da o tem, ali naj zakon, ki ga je sprejel zakonodajalec, obstoji ali ne, dokončno odloči ljudstvo samo, neposredno. Obstoj konkretnega zakona je torej

odvisna od volje volivcev, od njihovega glasovanja, odločanja na referendumu in ne več le od glasovanja poslancev kot predstavnikov ljudstva v zakonodajnem organu. Dr. Leonid Pitamic v tej zvezi govori o »ljudskem vetu« (Pitamic, 1927: 80). Zakon, ki ni bil potrjen na referendumu, ni nastal, ga ni. Gre za izraz načela ljudske suverenosti, po katerem ima oblast ljudstvo, ki lahko – če se ne strinja s svojimi izvoljenimi predstavniki, prek katerih izvršuje oblast posredno – samo prevzame nazaj svojo izvorno pravico, da odloča o javnih zadevah. Odločitev na referendumu neposredno s strani volivcev ima močnejšo veljavo od odločitve njihovih izvoljenih predstavnikov in od volje volivcev je odvisna dokončna odločitev o tem, ali bo nek zakon nastal ali ne (Odločba US, št. U-I-104/01, 2001).

Glede teka rokov za vložitev veta, pobude oziroma zahteve za razpis referendumu in razglasitve zakona je Ustavno sodišče že odločalo leta 2001. Ta odločitev Ustavnega sodišča (Odločba US, št. U-I-104/01, 2001) je, ne glede na drugačno ustavno in poslovniško ureditev v tistem času, še danes aktualna. Ustavno sodišče je ugotovilo, da sta potem, ko Državni zbor s predpisano večino zakon sprejme, za dokončen sprejem zakona dve oviri (in ne ena, kot je to določal Poslovnik Državnega zbora): možnost odložilnega veta Državnega sveta in možnost naknadnega zakonodajnega referendumu. Če Državni svet vloži odložilni veto, mora Državni zbor ponovno odločati o zakonu in takrat lahko zakon z zahtevano strožjo večino sprejme ali pa ne. Poslovnik Državnega zbora upošteva to možnost kot »oviro« za razglasitev zakona: šele potem, ko Državni svet sporoči, da ne bo obravnaval zakona (torej tudi ne bo vložil odložilnega veta), oziroma če Državni svet vloži odložilni veto šele potem, ko Državni zbor pri ponovnem odločanju zakon sprejme, se zakon pošlje v razglasitev.

To pomeni, da zakon že po »prvem« odločanju v Državnem zboru ni sprejet, saj je v primeru odložilnega veta Državni zbor v enakem položaju, kot je bil pred »prvim« odločanjem o predlogu zakona v celoti. V trenutku, ko je vložen odložilni veto, torej ni več gotovo (podobno kot pred »prvim« glasovanjem o zakonu), ali bo dosežena potrebna večina in ali bo zakon sprejet ali ne. Za sprejem zakona v Državnem zboru v primeru vložitve odložilnega veta je torej mogoče šteti le sprejem zakona na podlagi ponovnega, torej »drugega« glasovanja. Ko je vložen odložilni veto in Državni zbor sprejme zakon pri ponovnem odločanju, rok za vložitev pobude teče od dne, ko je zakon pri ponovnem odločanju Državnega zbora na podlagi vloženega odložilnega veta sprejet.¹¹

Smisel naknadnega, zakonodajnega referendumu je, da volivci odločajo o potrditvi ali zavrnitvi konkretnega zakona, ki ga je Državni zbor že sprejel in za katerega je torej gotovo, da bi – če ne bi bilo referendumu – bil uveljavljen. Če bi sprejeli razlago, da je treba pobudo oziroma zahtevo za razpis naknadnega zakonodajnega referendumu vložiti v vsakem primeru v roku sedmih dni od »prvega« sprejema zakona, potem bi postala v primeru, da je bil v tem roku vložen tudi odložilni veto, taka pobuda oziroma zahteva

nesmiselna. Res je, da lahko Državni zbor po odločilnem vetu zakon le ponovno sprejme v celoti, v nespremenjenem besedilu, in torej volivci ter predlagatelji referendumu že lahko poznajo vsebino zakona, ki naj bi bil sprejet. Volivci torej res vedo, kakšen naj bi bil zakon, vendar – kar je bistveno – ne vedo, ali bo tak zakon sploh sprejet ali ne. Razlaga, da se rok za vložitev pobude oziroma zahteve za razpis naknadnega zakonodajnega referendumu tudi v primeru vloženega odločilnega veta šteje od »prvega« sprejema zakona v Državnem zboru dalje, z vidika Ustave ni sprejemljiva tudi zaradi ustavno opredeljenega položaja Državnega sveta.

To tudi pomeni, da mora biti – upoštevajoč veljavno ureditev zakonodajnega referendumu v zakonu kot izpeljavo ustavne pravice do referendumu – v vsakem primeru (bodisi, da je zakon sprejet pri »prvem« glasovanju v Državnem zboru in ni vložen veto, bodisi da je vložen veto in je zakon sprejet po ponovnem glasovanju) pobuda oziroma zahteva za razpis referendumu vložena v sedmih dneh po sprejemu zakona. Če je Državni svet sprejel odločilni veto, pa mora biti pobuda za referendum vložena v sedmih dneh od »drugega« sprejema zakona v Državnem zboru. Če je vložena pobuda ali zahteva za referendum po »prvem« sprejemu zakona, nato pa v roku tudi odločilni veto, potem pobuda ali zahteva za referendum postane brezpredmetna, saj mora Državni zbor ponovno odločati o zakonu in do takrat ni jasno, ali zakon bo sprejet ali ne. Le če je zakon sprejet pri ponovnem odločanju, lahko pooblaščen predlagatelj vložijo zahtevo oziroma pobudo. Od njihove volje je odvisno, ali jo bodo (ponovno) vložili ali ne.¹² Novela Zakona o referendumu in o ljudski iniciativi¹³ je to odločbo Ustavnega sodišča tudi uzakonila. S tem je bil odpravljen vsak dvom glede začetka teka roka za vložitev pobude oziroma zahteve za razpis naknadnega referendumu.

Omenjena odločba Ustavnega sodišča je aktualna še danes, tudi pri morebitni spremembi postopka ponovnega odločanja. To pomeni, da bi pobuda ali zahteva za referendum postala brezpredmetna, če bi se v postopku ponovnega odločanja zakon spremenil. Nova poslovniška ureditev postopka ponovnega odločanja, po kateri bi Državni svet lahko predlagal tudi amandmaje k zakonu, bi omogočila, da bi bilo možno popraviti zakon tudi potem, ko bodo pobudniki že »grozili« z vložitvijo pobude za razpis referendumu in s tem z odložitvijo razglasitve in uveljavitve zakona. Postopek ponovnega odločanja bi v takem primeru omogočal popravo zakona tako, da se referendumski pobudniki po ponovnem odločanju o zakonu ne bi odločili za vložitev pobude, saj bi bil zakon popravljen in ne bi bilo več razloga za vložitev take pobude. Sprememba postopka ponovnega odločanja se tako kaže kot ena od možnih rešitev v primeru grožnje z referendumom, kar je dodatna varovalka v sistemu zavor in ravnovesij v ustavnem sistemu države.

5 Sklep

Po četrto stoletja od njenega sprejema bi bila Ustava potrebna prenove, zlasti v delu, ki ureja Državni svet. Glede na nastanek Državnega sveta je razumljiva skopa ureditev te institucije s strani ustavodajalca. Po 25 letih bi lahko v Ustavi celoviteje uredili drugi dom parlamenta, ustavno uredili vsaj temelje volitev in popravili ustavno ureditev veta. Ustavopravno korektno bi bilo tudi, da bi temeljna razmerja med obema institucijama zakonodajne veje oblasti uredili v zakonu o razmerjih med Državnim zborom in Državnim svetom. Zdaj je manjši del teh razmerij urejenih v ZDSve, v Zakonu o poslancih (ZPos)¹⁴ pa takih določb ni. Pomanjkanje ustavnih in zakonskih določb, ki bi urejale razmerja med obema ustavnima institucijama, tako ureja notranji akt enega od zakonodajnih domov, Poslovnik Državnega zbora. Ta ima, prav zaradi določb o zakonodajnem postopku in določb o razmerjih z drugimi državnimi organi, deloma tudi naravo zakona.

Žal so zamisli, navedene v prejšnjem odstavku, tudi po 25 letih od sprejema Ustave še vedno politično nerealne. V tem mandatu ni politične volje, da bi Državni zbor spremenil in dopolnil ustavno ureditev Državnega sveta ali sprejel ustrezno zakonsko ureditev. Ustavna ureditev Državnega sveta je sicer doživela pomembno spremembo, ko so ob prenovi referendumske ureditve leta 2013 Državnemu svetu odvzeli pristojnost zahtevati razpis referendumov. Poleg tega je bil leta 2012 v ustavnorevidijski postopek vložena predlog za ukinitve Državnega sveta, ki pa ga Državni zbor ni sprejel (Predlog za začetek postopka za spremembe Ustave Republike Slovenije z osnutkom Ustavnega zakona, EPA: 267 – VI, UZ90,91,93,96-101).

Državni zbor zelo težko sprejme spremembe zakonske ureditve Državnega sveta, kaj šele da bi se lotil ureditev razmerij med obema domovoma. Na to kaže tudi število novel, ki so bile sprejete glede spremembe ureditve ZDSve. Ta je bil spremenjen le enkrat, pa še to v ključnem delu prostiustavno.¹⁵ Državni zbor ni sprejel ne ureditve odložilnega veta v ta zakon, ne spremembe ureditve nadomestila izgubljenega zasluzka.¹⁶ Zakon je tako na področju volitev kot tudi na področju organiziranosti in razmerij do Državnega zbora ostal nespremenjen. Poleg tega omenjenega zakona ni sprejel Državni zbor, ampak Skupščina Republike Slovenije v letu 1992, ne da bi delegati takrat vedeli, kakšna bo organiziranost interesnih organizacij v Sloveniji. Slednje je še dodaten razlog, da bi morali tako ustavno kot tudi zakonsko ureditev Državnega sveta prenoviti.

Trenutno poteka v Državnem zboru postopek za spremembo Poslovnika Državnega zbora, s katerim bi spremenili postopek ponovnega odločanja in s pomočjo možnosti amandmiranja zakona popravili morebitno slabo zakonsko ureditev. Taka sprememba Poslovnika Državnega zbora bi lahko pripomogla h kakovosti sprejete zakonodaje in omogočila rešitve v primeru grožnje referendumov.

Končno je treba poudariti, da je sprememba postopka ponovnega odločanja potrebna tudi zato, da se ohrani »dodatna varovalka« v sistemu zavor in ravnovesij. Po letu 2013, ko je Državni svet izgubil pristojnost zahtevati razpis referendumu, je pravilno, da bi vsaj dodelali njegovo pristojnost odložilnega veta, če mu že ne dodamo druge pristojnosti, ki bi lahko vsaj delno nadomestila zahtevo za razpis referendumu. Težko si je namreč predstavljati, da v Sloveniji šibimo institucijo, ki je že tako ali tako šibka v primerjavi z drugimi domovi v Evropi.

Opombe / Notes:

¹ Norveška je imela od leta 1814 do leta 2009 urejeno modificirano enodomnost norveškega parlamenta. Norveški parlament (Storting) se je po svoji izvolitvi razdelil na dva dela, Odelsting in Lagting. Slednji je opravljal vlogo drugega doma in opozarjal na napake »prvega doma«.

² Ustava v 88. členu določa le načelo večfaznosti zakonodajnega postopka, vendar je še ta prepuščena odločitvi Državnega zbora. Ustava določa visoko stopnjo avtonomije Državnega zbora pri sprejemanju zakonov, saj lahko ta s Poslovníkom od načela večfaznosti zakonodajnega postopka tudi odstopi. Za tako odločitev Državnega zbora pa Ustava ne določa nobenega merila. Dejansko določa le kvorum in minimalno večino za sprejemanje zakonov, upravičence za vložitev predloga zakona ter obvezno razglasitev in objavo sprejetega zakona, vse drugo pa je prepuščeno ureditvi v Poslovníku Državnega zbora, ki ga mora Državni zbor sprejeti z dvotretjinsko večino navzočih poslancev. Več o tem glej Grad, 2013: 236.

³ Ustava ureja veto še v tretjem odstavku 97. člena, v katerem so našteje pristojnosti Državnega sveta.

⁴ Uradni list RS, št. 44/92 in nasl.

⁵ Ustavnemu sodišču ni bilo treba obravnavati vprašanja, ali bi bilo skladno z Ustavo, če bi poslovnik določil, da lahko Državni zbor v primeru zavrnitve zakona pri ponovnem glasovanju odloči, da se zakon na primer vrne v drugo obravnavo oziroma da se lahko spreminja z amandmaji. Več o tem glej Odločba US, št. U-I-84/96.

⁶ Odločanje je proces, ki je sestavljen iz več dejanj, med katerimi je glasovanje samo zadnje dejanje. Glej Kristan, 1998: 180. Teorija je dvomila o pravilnosti ureditve, da Državni zbor v postopku ponovnega odločanja o zakonu samo glasuje o zakonu in o njem ne razpravlja. Tako Grad, 2000: 265; Kristan, 1997: 112.

⁷ Tako Kristan (1997: 113), ki navaja, da taka ureditev ni bila sprejeta predvsem zaradi stališča nekaterih poslancev in pravnikov, ki niso hoteli priznati dvodomnosti.

⁸ Taka ureditev je obstajala od leta 2002 do spremembe Poslovníka v letu 2007 (Uradni list RS, št. 64/2007).

⁹ Glej 90. člen Ustave Republike Slovenije.

¹⁰ Uradni list RS, št. 26/07 – ZRLI-UPB2 in 47/13.

¹¹ Pri obravnavi te zadeve Ustavno sodišče ni presojalo, ali bi bila tudi kakšna drugačna zakonska ureditev tega vprašanja v skladu z Ustavo, ker to ni bilo predmet tega postopka. Ustavno sodišče se torej s tem ni opredelilo do vprašanja, kakšna zakonska izvedba ustavne pravice do referendumu (vključno z določbo, ki ureja rok za vložitev pobude oziroma zahteve) bi bila v skladu z Ustavo. Več o tem glej Odločba US, U-I-104/01 z dne 14. junija 2001, Uradni list RS, št. 45/2001 in 52/2001.

¹² Drugačna razlaga določb o teku roka bi zakonodajni referendum (ki je predviden kot fakultativni) približala značilnostim obligatornega referendumu – ki ga veljavna ureditev

referenduma v zakonu kot izpeljava ustavnih določb o referendumu in sodelovanju pri upravljanju javnih zadev ne pozna –, saj bi to pomenilo, da se že pred sprejemom zakona v Državnem zboru z gotovostjo vé, da bo v primeru sprejema zakona o tem zakonu izveden še referendum.

¹³ Uradni list RS, št. 59/2001.

¹⁴ Uradni list RS, št. 48/92 in nasl.

¹⁵ Gre za spremembo 43. člena ZDSve, s katero je Državni zbor uvedel nepoklicno funkcijo predsednika (in podpredsednika) Državnega sveta. Glej Uradni list RS, št. 76/05. Za spremembo te protiustavne ureditve sta bili potrebni dve odločbi Ustavnega sodišča (odl. US, št. U-I-332/05, Uradni list RS, št. 94/07, in odl. US, št. U-I-248/08-15, Uradni list RS, št. 95/09).

¹⁶ Nadomestilo izgubljenega zaslужka je bilo spremenjeno z ureditvijo plačila za opravljanje funkcije v nov 13.a člen Zakona o funkcionarjih v Državnih organih (ZFD, Uradni list RS, št. 21/13). Slednji je bil sprejet z navadno večino in je razveljavil določbo o nadomestilih v ZDSve, ki se spreminja z absolutno dvotretjinsko večino.

Literatura / References:

- Bučar, F. (1991) Preoblikovanje slovenskega državnega zbora, *Teorija in praksa*, 28(5-6).
- Grad, F. (1991) Nekateri vidiki položaja drugega doma predstavniškega telesa, *Zbornik znanstvenih razprav*.
- Grad, F. (2000) *Parlament in vlada*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Grad, F. (2013) *Parlamentarno pravo*, Ljubljana: GV Založba.
- Grad, F., Ribičič, C. & Štrus, D. (2015) *Spremembe Poslovnika Državnega zbora glede ponovnega odločanja o zakonu na podlagi veta Državnega sveta*, Ljubljana: Inštitut za ustavno pravo,.
- Grad, F., Ribičič, C. & Štrus, D. (2016) *Nekatero dileme v zvezi s spremembami Poslovnika Državnega sveta glede ponovnega odločanja o zakonu*, Ljubljana: Inštitut za ustavno pravo,.
- Grad, F., Ribičič, C. & Štrus, D. (2017) *Spremembe in dopolnitve Poslovnika Državnega sveta v zvezi z vetom Državnega sveta ter spremembe in dopolnitve Poslovnika Državnega zbora v zvez s postopkom ponovnega odločanja*, Ljubljana: Inštitut za ustavno pravo,.
- Igličar, A. (2007) Vpliv političnih aktov in Poslovnika Državnega zbora na zakonodajo, *Pravnik*, 62(9–10).
- Igličar, A., (1991) Slovenski parlament kot zakonodajalec, *Teorija in praksa*, 28(3-4).
- Kaučič, I. (1991) Teritorialno predstavništvo v novem slovenskem parlamentu, *Teorija in praksa*, 28(5-6).
- Kristan, I. (1991) *Ustavno sodišče in parlament*, *Zbornik znanstvenih razprav*.
- Kristan, I. (1997) Odložni veto državnega sveta, III. strokovno srečanje pravnikov s področja javnega prava, str. 107–118.
- Kristan, I. (1998) Dvodomnost in zastopanost regionalnih interesov, *Regionalizem v Sloveniji*, Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list RS.
- Pitamic, L. (1927) *Država*, Ljubljana: Družba sv. Mohorja, v izdaji Ljubljana: Cankarjeva založba, 1996.
- Ribičič C., (2000) *Podoba parlamentarnega desetletja*. Ljubljana: samozaložba.
- Ribičič, C. (2001) *Dvodomnost, VII. dnevi javnega prava*.
- Štrus, D. (2002). *Odložilni veto Državnega sveta Republike Slovenije*, *Pravnik*, 57(4-5).

Tranzicija, demokratizacija in institucionalizacija demokracije: Je asimetrična federacija še aktualna v Evropi?

MITJA ŽAGAR

Povzetek V osemdesetih in v devetdesetih letih prejšnjega stoletja so v Sloveniji in svetu potekale intenzivne razprave o demokraciji, demokratizaciji, tranziciji in institucionalizaciji demokracije ter o prihodnjih trendih razvoja. To je bil čas optimizma, upanja in velikih pričakovanj, ki se niso uresničila. V ta kontekst spadajo razprave o asimetričnem federalizmu in modelu asimetrične federacije, ki se je v Sloveniji oblikoval kot alternativa centralističnim vizijam razvoja jugoslovanske federacije, vendar ga v danem razmerju političnih sil ni bilo mogoče uresničiti in je ostal le teoretični model. Občasno, na primer v času razprav o prihodnosti integracijskih procesov in (novi) ustavi za Evropo, se je zanimanje za federalizem in model asimetrične federacije okrepilo, prisotno pa je tudi v razmišljanjih o Evropi različnih hitrosti. Prispevek predstavlja, zakaj so razmišljanja o demokratizaciji, institucionalizaciji demokracije, federalizmu in asimetrični federaciji aktualna v drugem desetletju enaindvajsetega stoletja ter kakšne odgovore na ključna vprašanja tega časa lahko ponudijo.

Ključne besede: • institucionalizacija demokracije • demokratizacija • tranzicija • federalizem • asimetrična federacija

NASLOV AVTORJA: Dr. Mitja Žagar, znanstveni svetnik, Inštitut za narodnostna vprašanja, Erjavčeva 26, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: mitja.zagar@guest.arnes.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.5 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Transition, Democratisation and Institutionalisation of Democracy: Is Asymmetric Federation Still Relevant in Europe?

MITJA ŽAGAR

Abstract In 1980s and 1990s, in Slovenia and globally there were intense discussions on democracy, democratization, (democratic) transition(s) and institutionalization of democracy. These times were full of optimism, hope and great expectations that have not materialized. In this context, asymmetric(al) federalism and the model of asymmetrical federation developed in Slovenia as an alternative to centralistic development of the Yugoslav federation were discussed. However, political elites in some republics, federal politicians and institutions rejected this option. Consequently, the model of asymmetrical federation could not be implemented and remained a theoretical model. Occasionally, e.g., in discussions on the future of European integration and (new) Constitution for Europe, the interest in asymmetrical federalism increased and remained relevant in discussions on Europe of different speed(s). This chapter discusses relevance of concepts of democracy, institutionalization of democracy, federalism and asymmetrical federalism in the 2010s and their capacity to address key questions of the time.

Keywords: • institutionalization of democracy • democratization • transition • federalism • asymmetric federation

CORRESPONDENCE ADDRESS: Mitja Žagar, Ph.D., Researcher, Institut for Ethnic Studies, Erjavčeva 26, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: mitja.zagar@guest.arnes.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.5 ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor

Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Namesto uvoda

Začenjam na začetku. S profesorjem dr. Cirilom Ribičičem sva se spoznala leta 1980, ko sem začel študirati na Pravni fakulteti ljubljanske univerze (takrat Univerzi Edvarda Kardelja) in je bil eden od mojih profesorjev pri predmetu Ustavno pravo – ob profesorici dr. Majdi Strobel in profesorju dr. Ivanu Kristanu. Ustavno pravo me je zanimalo. Razprave smo po predavanjih in vajah pogosto nadaljevali v njihovem kabinetu. Srečevali smo se v različnih fakultetnih telesih (na primer v svetu letnika, statutarni komisiji fakultete, tudi v osnovni organizaciji ZKS¹), v katerih sem bil predstavnik študentov. Še pred koncem študijskega leta smo s številnimi profesorji in asistenti, ki so nam predavali ali so vodili vaje, postali prijatelji. Tisti časi so bili, če jih primerjamo z današnjimi, drugačni: študenti med sabo, toda tudi študenti in profesorji smo bili bolj povezani, tovariški in solidarni, manj formalni, bolj angažirani in mogoče bolj odgovorni. Tovarištvo in prijateljstvo med profesorji in asistenti ter študenti nista pomenila, da bi učitelji in asistenti študentom pri preverjanju znanja popuščali in (po)gledali »skoz prste«. Prav nasprotno, ker bi me bilo sram, če na izpitu pri tovarišu in/ali prijatelju ne bi znal odgovoriti na vsa vprašanja, sem študiral za izpite več, kot bi sicer ... na izpit sem šel šele takrat, ko sem bil prepričan vase in v svoje znanje.

Naš letnik in generacija študentov sta bila nekaj posebnega, saj je tisto leto prvič večina fantov morala pred študijem na služenje vojaškega roka. Zato so v prvem letniku našega študija (pozneje smo dobili nekaj sošolcev) v predavalnicah sedele skoraj same študentke ter ob njih nekaj sošolcev, ki so nam iz različnih razlogov služenje preložili ali jim vojaškega roka ni bilo treba služiti. V letniku smo se razumeli, lepo sodelovali in si pomagali. Tisti, ki smo študij vzeli resno, smo postali aktivno jedro letnika, v katerem so se rojevale zanimive zamisli in pobude. Zato so jim profesorji in asistenti prisluhnili. O našem letniku na Pravni fakulteti nekaj pove dejstvo, da nam je uspelo – ob podpori Cirila Ribičiča in nekaterih njegovih kolegov ter širše ob podpori ZSMS,² klubov OZN³ in SZDL⁴ – prepričati generala Kocjana, ki je predaval predmet Obramba in zaščita, da smo namesto (takrat obveznega) obrambnega dneva z obrambnim usposabljanjem na fakulteti organizirali mirovni dan z mirovno manifestacijo, ki je dobro odmevala v širši javnosti, na njej pa je spregovoril takratni predsednik RK SZDL Mitja Ribičič.⁵

Čeprav smo z nosilci predmeta Ustavno pravo že med letom postali prijatelji, naju je s profesorjem Cirilom Ribičičem zblížal izpit ob koncu leta. Zanimivo razpravo, ki sva jo začela ob zadnjem izpitnem vprašanju, sva nadaljevala nekaj let. Mislim, da je bila prav ta razprava pravi začetek najinega intenzivnega strokovnega sodelovanja v naslednjih letih. Omenjeno izpitno vprašanje je bilo: Kako je (bilo) mogoče skladno z ustavo spremeniti Ustavo SFRJ? Odgovoril sem, da se skladno z ustavnimi določbami ustava lahko spreminja z ustavnimi amandmaji, sprejetimi po ustavno revizijskem postopku. To je bil odgovor, ki so ga takrat učitelji ustavnega prava pričakovali od svojih študentov. Povedanemu sem dodal še, da je ustavo mogoče spremeniti tudi tako, da se

nadomesti z novo ustavo, ki je v pravni državi sprejeta po veljavnem ustavnorevidijskem postopku. Profesor je poslušal, nekaj zamrmral in prikimal. Jaz pa sem še nadaljeval, da je v specifičnih okoliščinah, če se vzpostavi nova oblast s prevratom ali revolucijo, ustavo mogoče tudi ukiniti ali jo nadomestiti z novo ustavo, ki v tem primeru ni nujno sprejeta po ustavnorevidijskem postopku, kot ga je določala prej veljavna ustava. Profesor se je zamislil, odkimal ter komentiral, da je to (verjetno) mogoče, ni pa demokratično in skladno z načeli pravne države. »Kar zadeva izpitno vprašanje,« je dodal in nadaljeval: »veljavna jugoslovanska ustava tega ne predvideva.« Ko je vpisal izpitno oceno v moj indeks, se je zasmel in rekel, da se bova po opravljenem izpitu tikala ter v najini komunikaciji (tako osebno kot tudi v javnosti) uporabljala osebni imeni. Ta dogovor še velja, zato bom tudi v nadaljevanju prispevka uporabljal le njegovo osebno ime.

Sodelovanje na različnih projektih in področjih ter prijateljevanje sva s Cirilom nadaljevala ves čas mojega dodiplomskega študija in pozneje, ko je bil moj mentor pri magisteriju (Žagar, 1987) in doktoratu (Žagar, 1990). Še več, zaradi njega sem se zaposlil na Skupščini SRS in Marksističnem centru Centralnega komiteja ZKS.⁶ Ko sem bil pripravnik na republiški skupščini in pozneje, ko sem delal na MC CK ZKS, je bil Ciril moj nadrejeni v službi. Med aktivnostmi in projekti, pri katerih sva sodelovala, omenjam sodelovanje v procesu nastajanja predhodnih študij in v razpravah o posameznih segmentih kritične analize delovanja političnega sistema socialističnega samoupravljanja, sodelovanje in strokovno delo v procesu spreminjanja jugoslovanske in slovenske republiške ustave, razprave o družbeni in ekonomski krizi, o demokraciji in demokratizaciji, o civilni družbi in političnem (strankarskem in nestrankarskem) pluralizmu v osemdesetih in devetdesetih letih prejšnjega stoletja, študije, strokovne in znanstvene posvete ter okrogle mize in javne razprave MC CK ZKS o teh tematikah, zlasti pa najino sodelovanje pri nastajanju (volilnega) programa Stranke demokratične prenove – ZKS z naslovom *Evropa zdaj!* (1989), pri različnih strokovnih vprašanjih v času tranzicije in osamosvajanja Slovenije ter pri nastajanju nove slovenske ustave.

Menim, da je bilo za slovensko pravno stroko pomembno najino sodelovanje na področju raziskovanja demokracije, politične participacije in parlamentarizma, sodobnega federalizma, urejanja odnosov med federalnimi enotami v federacijah ter etničnih odnosov v večetničnih družbah in zlasti federacijah. Te tematike sem raziskoval za magisterij in doktorat. Zlasti tesno sva sodelovala v procesu pisanja moje doktorske disertacije, katere obseg se je stalno povečeval, ko sem na predlog članov komisije dodajal nove, takrat aktualne segmente besedila o centralizaciji, decentralizaciji in demokraciji. Ko sem pregledoval gradivo, ki sem ga zbral ob pisanju disertacije, in zapiske o razpravah, ki sva jih imela s Cirilom, sem ugotovil, da so najine takratne razprave o demokraciji in federalizmu aktualne še danes. Zato sem se odločil, da v svojem prispevku pišem o demokraciji, (demokratični) tranziciji in demokratizaciji, institucionalizaciji demokracije, federalizmu in asimetrični federaciji ter predstavim

svoja razmišljanja o njihovi aktualnosti danes. Preden se lotim aktualnih tem, je prav, da na kratko predstavim vsebino in okoliščine nastajanja svojega doktorata. V disertaciji sem razvil teoretični model asimetrične federacije, ki je bil ena od strokovnih podlag za slovenske predloge v razpravah o reformah političnega sistema jugoslovanske federacije, za katere je takrat slovensko politično vodstvo menilo, da so nujne. Slovenske predloge za reforme, ki so predvidevale decentralizacijo, so v nekaterih republikah (zlasti v Srbiji in Črni gori) in v zveznih institucijah zavrnili. Zato je model asimetrične federacije v jugoslovanskem kontekstu ostal le teoretični model. V nekaterih državah (na primer Belgiji, Italiji, Rusiji in Španiji, tudi v Južni Afriki in Kanadi) so o modelu asimetrične federacije govorili v kontekstu strokovnih in političnih razprav o ustavnih reformah, decentralizaciji in razvoju političnega sistema v teh okoljih. Razmišljali so o možnem uveljavljanju posameznih elementov modela, saj za uvedbo celotnega modela nikjer ni bilo potrebnega političnega in družbenega konsenza. Podobno je bilo v razpravah o federalizmu in možni uporabi modela asimetrične federacije v procesih evropskih integracij. Kljub temu se je kot možna alternativa v razpravah o reformah in razvoju evropskih integracij omenjala tudi možnost uporabe posameznih elementov modela asimetrične federacije – zlasti v razmišljanjih o Evropi različnih hitrosti.

2 Demokracija, institucionalizacija demokracije in njeno zlorabljanje

V drugi polovici osemdesetih let so v Jugoslaviji⁷ in v svetu, tako na vzhodu kot tudi na zahodu, potekale živahne strokovne in javne razprave o demokraciji, tranziciji, demokratičnih reformah in demokratizaciji. (Glej na primer Chilcote, 1990; Przeworski, 1991; Rizman, 2006; Szoboszlai, 1991 in 1992; Štrajn, 1995; itd.) Aktivisti (sprva mladinski, pozneje tudi tisti, ki so oblikovali zametke opozicije), intelektualci (omenjam pisatelje in pesnike) in raziskovalci v Sloveniji smo se vključevali v javne in strokovne razprave doma in v svetu ter pisali o aktualnih vprašanjih. Zato so nas vabili na različne mednarodne politične, strokovne in znanstvene konference ter predavanja in okrogle mize v zlasti v Evropi in v Severni Ameriki. Vključevali smo se v mednarodne mreže strokovnjakov in institucij, ki so proučevale oblike in tipe demokracije, demokratizacijo in demokratične tranzicije. Ko so v nekaterih evropskih, afriških in azijskih državah razmišljali o reformah političnega sistema, so nas (po)vabili, da smo sodelovali v razpravah. Z nami so poleg strokovnih in znanstvenih krogov ter institucij želeli sodelovati različni akterji civilne družbe, ki so aktivno sodelovali v procesih demokratizacije in demokratične tranzicije v posameznih okoljih in so bili njihovi pomembni dejavniki. Zato smo njihovo vlogo v družbenih in političnih procesih proučevali in hkrati sodelovali v njihovih aktivnostih ter ob tem ugotavljali, da je, ko gre za človekove pravice in demokracijo ter njihovo uveljavljanje, pogosto nemogoče ločiti vloge raziskovalca in družbenega aktivista. Tudi s Cirilom sva se o teh temah pogovarjala in o nekaterih pisala ter sodelovala v reformnih procesih v Sloveniji (glej na primer: Ribičič, 2016; Ribičič in Tomac, 1989; Žagar, 2005).

Demokracija je bila ena od osrednjih tem najinih pogovorov. Demokracijo najsplošneje opredelimo kot oblast in vladavino ljudstva,⁸ če upoštevamo etimološki izvor in razvoj pojma demokracija.⁹ Zgodovinski nastanek in začetke demokracije avtorji, ki pišemo o demokraciji, njeni vsebini in naravi ter o njenem zgodovinskem razvoju,¹⁰ tako kot (naj)širša javnost povežemo z uveljavitvijo in razvojem antične atenske demokracije. Njen sodobni razvoj povežemo z razvojem (demokratske) politične misli in teorije v zadnjih treh stoletjih, z razvojem ustavnih demokracij in uveljavljanjem demokracije v (nacionalnih) državah ter s krepitvijo težen ljudi po politični participaciji, da skladno z veljavnim pravnim redom kot državljani sodelujejo v demokratskih političnih procesih. To drži, kadar govorimo o politični demokraciji, ki jo lahko opredelimo kot specifično obliko družbenega in političnega organiziranja in odločanja v (nacionalnih) državah, za katero je značilna formalizirana (torej pravno urejena in varovana) politična participacija državljanov v procesih (demokratskega) političnega odločanja. Vendar je politična demokracija le specifični in razmeroma ozek segment demokracije, če nanjo gledamo širše in upoštevamo vse njene razsežnosti in vsebine. Demokracijo je mogoče in tudi treba uveljaviti na vseh področjih družbenega življenja.¹¹ Težnje in potrebe posameznikov ter specifičnih skupin (ki se oblikujejo na različne načine in po različnih merilih v svojih okoljih) po vključenosti, pripadnosti, varnosti, solidarnosti in sodelovanju v skupnosti, vključno s sodelovanjem v procesih odločanja bistveno starejše od držav (kot specifičnih oblik in institucij družbenega organiziranja in oblasti), ki so se kot (proto) države v zgodovini pojavile pred kakšnimi dvanajstimi tisočletji. Če težnje in potrebe po vključenosti, sodelovanju in pripadnosti, pa tudi želje, da pripomoremo k obstoju, razvoju in dobrobiti naših skupnosti, ki jim »pripadamo«,¹² opredelimo kot temeljne človekove potrebe in se strinjamo, da predstavljajo bistvene vsebine demokracije v najširšem pomenu, bi lahko sklepali, da so prvi zametki demokracije, ki omogočajo participacijo članov skupnosti v procesih odločanja, verjetno stari (skoraj) toliko kot človeštvo in (človeška) družba.

Kot pravnik naju je s Cirilom zanimala institucionalizacija demokracije: pravno urejanje delovanja demokratskih institucij, njihovih pristojnosti in njihovega sodelovanja ter demokratskih procesov. Strinjala sva se, da je za uveljavljanje in uspešno delovanje demokracije poleg njene institucionalne in formalne razsežnosti, torej demokratskih institucij, njihovega delovanja ter pravno določenega in formaliziranega procesa (postopka) političnega odločanja, ključna njena vsebina. Pomembni segmenti tako formalne demokracije kot tudi njene vsebine so opredelitev ljudstva, ki je v večini držav še vedno vezana na državljanstvo posameznikov, načela demokracije, načini vključevanja in sodelovanja ljudi, ki imajo pravico sodelovati v političnem odločanju, postopki in načini odločanja ter potrebna večina za sprejem odločitev. V sodobnih družbah, ki jih lahko glede na velikost in strukturo njihovega prebivalstva označujemo kot velike, razslojene in zapleteno strukturirane družbe, postajajo ključna vprašanja, koga in kako vključiti v procese odločanja ter kako oziroma s kakšno večino se odločitve sprejemajo. Če je sprva za državljanske in politične

pravice veljalo, da so vezane na državljanstvo države, v kateri se uresničujejo, v zadnjih desetletjih opažamo težnje in zahteve, da bi v procese demokratičnega političnega odločanja vključili poleg državljanov tudi posameznike, ki sicer nimajo državljanstva, vendar zakonito trajno bivajo v državi ter s svojim delom, davki in drugimi dajatvami prispevajo k njenemu razvoju in družbeni blaginji. Posameznike brez državljanstva, vendar z zakonitim statusom v državi, v državah, ki so se za tako prakso odločile, vključujejo v demokratične politične procese v lokalni samoupravi in jim zagotavljajo volilno pravico na lokalni ravni. Ta razvoj, čeprav še vedno omejen, bistveno spreminja koncept in dojemanje ljudstva ter tudi koncept in naravo državljanstva, če ga razumemo kot pravni status posameznika in podlago za sodelovanje ljudi v demokratičnih procesih političnega odločanja. Zato se v evropskem kontekstu razvija kot teoretska (in vsaj v omejenem obsegu formalna) podlaga za politično participacijo ljudi koncept aktivnega demokratičnega državljanstva, ki ga promovira tudi Svet Evrope. Ta koncept, ki omogoča tudi vključevanje nedržavljanov s stalnim bivališčem v državi, spodbuja vse posameznike, ki živijo v posameznem okolju in imajo pravico, da sodelujejo v demokratičnih političnih procesih, da se v te procese aktivno vključijo in sodelujejo v demokratičnem političnem odločanju. Za uspešno udeležanje aktivnega demokratičnega državljanstva je ključno uspešno in inkluzivno vseživljenjsko državljansko izobraževanje (in vzgoja), ki bi moralo vključevati kar največ posameznikov, idealno kar vse, ki v posameznih okoljih živijo, ter bi moralo obsegati tako formalne kot tudi neformalne oblike in načine izobraževanja v vseh okoljih in na vseh ravneh. (Spajić-Vrkaš & Žagar, 2012)

Sprva je veljalo, da demokratično večinsko odločanje omogoči enostavni večini sodelujočih, ki imajo v posameznem kontekstu pravno utemeljeno pravico do participacije, da tudi le z enim samim glasom večine demokratično sprejme vsako odločitev, sodobno pojmovanje demokracije pa se je bistveno spremenilo. Tako bi lahko zdaj demokracijo strnjeno lahko opredelili kot: (a) vladavino omejene večine, ki zagotavlja varstvo in pravice manjšin, (b) v kateri obstajajo pravno urejeni in varovani mehanizmi, institucije in postopki demokratične participacije, med katerimi so tudi volilni postopki in mehanizmi, (c) ter v kateri obstajajo predstavniki mehanizmi odločanja, ki se skladno s pravnim sistemom oblikujejo na podlagi pluralnih demokratičnih volitev (na primer Sartori, 1987: 30–31).

Vsebinsko demokracije opredeljujejo predvsem njena načela in teme, ki se obravnavajo in o katerih se odloča v demokratičnih mehanizmih, institucijah in postopkih skladno z veljavnim pravnim redom. Glede na področja in ključne vsebine lahko shematično govorimo o politični demokraciji, ekonomski demokraciji (vključno z industrijsko oziroma delavsko) in družbeni (socialni) demokraciji, pri čemer nekateri ekonomsko in družbeno demokracijo opredeljujejo kot nepolitično demokracijo. Nekateri razlikujejo med vsebinsko (oziroma dejansko) in formalno demokracijo ter tako poudarjajo bistveni pomen vsebine demokracije in celovitega uresničevanja demokratičnih načel (na primer

Bobbio, 1987 in 2005). Odkar se s Cirilom pogovarjava o demokraciji, se strinja, da je vsebina zanjo vsaj tako bistvena, kot so pomembne njene formalne, organizacijske in proceduralne razsežnosti. Ugotavlja, da je za posameznike, specifične skupine in skupnosti ter njihove interese, ki jih želijo uresničiti, vsebina verjetno najpomembnejša razsežnost demokracije. Brez vsebine demokracije tudi njene normativne podlage, organizacijski okviri in strukture ter postopki nimajo pravega smisla. To stališče poudarjam tudi kot družbeni aktivist, ko se zavzemam za človekove pravice in uveljavljanje demokracije.

V času (demokratske) tranzicije smo ugotavljali, da so obstoj političnega pluralizma, ki se izraža v strankarskem pluralizmu, vladavina prava in pravna država, človekove pravice in svobode,¹³ načela enakopravnosti in enakosti (zlasti enakosti pred zakonom), pravičnosti in solidarnosti ter obstoj in delovanje svobodnega trga potrebni in tudi nujni predpogoji za obstoj, delovanje in razvoj demokracije. Z uvajanjem ideologije, ki je s formalno uvedbo večstrankarskega političnega sistema zamenjala dotedanje ideologije – v Jugoslaviji samoupravno socialistično ideologijo, v državah vzhodnega bloka pa ideologijo »realnega socializma«, ki so ga na zahodu poimenovali komunizem –, se je v državah v tranziciji širilo prepričanje, da demokracija ne more obstajati brez političnega pluralizma, zasebne lastnine in kapitalističnega gospodarstva. Ob tem poudarjam, da demokracija ne pomeni le specifičnih oblik in načel družbenega organiziranja in vladavine ljudstva ter dejanskega delovanja demokratičnega sistema in njegovih institucij, ampak hkrati tudi ideal (zlasti idealni model družbenega in političnega organiziranja), specifično politično (in družbeno) filozofijo in ideologijo ter specifične tipe politik, pa tudi družbena in politična gibanja, asociacije in organizacije, ki se zavzemajo za demokracijo.

Demokracija ni idealna in družbeno nevtralna oblika družbenega in političnega organiziranja, ki sama po sebi zagotavlja dejansko enakopravnost, enakost in pravičnost ter polno (prostovoljno) vključenost ljudi v demokratične politične procese in odločanje. Politične ideologije in na njih temelječe politike, politična oblast, pravna pravila, ki jih oblikujejo, sprejemajo in uveljavljajo pristojne institucije (nacionalnih) držav in tudi mednarodnih integracij, kot je Evropska unija, ter kapitalistično tržno gospodarstvo, ki temelji na (skoraj absolutni) pravici do zasebne lastnine in generira ekonomsko in družbeno neenakost, razlikovanje in razslojevanje, prav tako niso družbeno nevtralne kategorije in pojavi. Zgodovinski razvoj, zlasti v preteklih desetletjih, kaže, da so te kategorije učinkovito orodje in (predvsem) izraz interesov vladajočih razredov, predvsem najbogatejših, ki (čedalje bolj) obvladujejo gospodarstvo, bogastvo in njegovo distribucijo globalno in v posameznih državah. Zato raziskovalci in javnost ugotavljamo, da smo ljudje, ki naj bi bili nosilec ljudske suverenosti v demokratičnih sistemih in so nam formalno zagotovljeni vključevanje, participacija, enakopravnost in enakost, vse bolj v ekonomskem in političnem smislu izključeni ali vsaj marginalizirani ter nimamo skoraj nobenega vpliva na politično odločanje in sprejemanje drugih

družbeno pomembnih odločitev. Čeprav te odločitve formalno sprejemajo pristojne demokratične institucije, ugibamo, da so jih prej sprejeli v centrih moči zunaj institucij sistema ali da so vsaj na njihovo oblikovanje bistveno vplivali posamezni nosilci politične in ekonomske moči. Ugotavljamo, da državljeni, ki plačujemo davke, plačujemo javne storitve in službe tudi za bogate in vplivne posameznike ter korporacije, ki izrabljajo veljavno zakonodajo, da znižajo plačevanje svojih davkov ali se jim celo izognejo z različnimi davčnimi olajšavami in s poslovanjem v davčnih oazah. Paradoksalno je, da v večini družb z davki in prispevki manj premožni prispevamo več (v deležu svojih dohodkov in absolutno) k financiranju skupnih in splošnih stroškov v domačem okolju kot najbogatejši, ki tako postajajo še bogatejši, saj tudi bogati uporabljajo javne in državne službe ter storitve. Vplivni in bogati vplivajo na zakonodajo in politike ter jih prikujejo tako, da jim kar najbolj ustrezajo in jim ni treba pravično prispevati k družbeni blaginji in razvoju. Vendar jim celo to ni dovolj; plačevanju svojih davkov ter dejanskih družbenih, okoljskih in ekonomskih stroškov svojega delovanja in poslovanja v domačih okoljih se pogosto izogibajo še z davčnimi utajami in prevarami ter z drugimi protipravnimi ravnanji. Da bi povečali svoje bogastvo, kršijo veljavno zakonodajo.

Izkušnje razvoja zadnjih desetletij so potrdile, da kapitalizem in tržno gospodarstvo nista potrebna in nujna predpogoja za obstoj in razvoj demokracije, ampak sta, če nista ustrezno pravno regulirana in omejena, mogoče s pravo demokracijo, ki naj bi omogočala enakopravno participacijo vseh pravno upravičenih, celo nezdružljiva, saj povzročata, pospešujeta in povečujeta družbene razlike, monopole, razslojevanje, izključevanje, diskriminacijo in marginalizacijo pomembnih segmentov prebivalstva ter omogočata koncentriranje ekonomske, politične in družbene moči peščice najbogatejših in drugih privilegiranih na račun nepriviligirane večine.

Ker smo aktivisti, raziskovalci in snovalci novega demokratičnega večstrankarskega sistema v času tranzicije v Sloveniji študirali zgodovinski razvoj demokracije in njeno uresničevanje v praksi v posameznih okoljih in zgodovinskih obdobjih, smo se zavedali, da sta demokratizacija in demokracija krhka in negotova družbena procesa, pa tudi da delovanje in razvoj demokratičnega sistema in njegovih institucij zahtevata nenehen boj in trajno angažiranje vseh relevantnih akterjev,¹⁴ ki sodelujejo v demokratičnih procesih oziroma so si izborili možnost in pravico do participacije v demokratičnih procesih in političnem odločanju. Formalni obstoj demokracije in sklicevanje nanjo v določenem okolju in času še ne pomenita, da so demokratični sistemi vključujoči (inkluzivni) in odprti za sodelovanje vseh. Tisti, ki so v posameznih zgodovinskih obdobjih izključeni, si morajo sami izboriti svojo vključitev in pravice, da so jih vladajoči sloji in razredi pripravljeni vključiti. Tudi za demokracijo in demokratične sisteme namreč velja, kot sta ugotavljala že Marx in Weber, da so predvsem orodje oblasti in vladanja vladajočih slojev, ki zagotavlja uresničevanje njihovih interesov, kadar se jim zdi to potrebno tudi z izključevanjem in/ali marginalizacijo drugih.

V optimizmu druge polovice osemdesetih in v devetdesetih letih prejšnjega stoletja si polni idealov in navdušenja nad demokracijo nismo predstavljali, da se bodo globalno in v posameznih okoljih razmere tako hitro in korenito spremenile ter poslabšale. Kot je pokazal razvoj Slovenije v četrto stoletja njene samostojnosti, smo pri uveljavljanju večstrankarskega političnega sistema naivno ponovili nekatere napake ideologov političnega sistema socialističnega samoupravljanja, ki so zasnovali sistem za stabilne in optimalne družbene razmere ter za idealne ljudi, ki ga v praksi ni bilo mogoče uresničiti. Ko smo v procesu tranzicije in osamosvajanja opazovali nesebičnost ljudi in njihovo pripravljenost, da prispevajo k uspešnosti in razvoju slovenske države, smo upali, da bo tako tudi v prihodnje. Računali smo, da bodo ljudje pošteni, moralni in samokritični, nesebični in solidarni, da bodo aktivno sodelovali v demokratičnih procesih in se bodo pripravljali žrtvovati za dobrobit, stabilnost in razvoj Slovenije. Enotnost iz časa osamosvajanja in pridruževanja EU je kmalu izginila, omenjene vrednote pa so se razkrajale. Če bi ljudje, še zlasti ključni posamezniki in vodilni v gospodarstvu, ki jih postavlja politika in/ali jih podpira (posamezna) politična stranka, ter politiki ohranili in razvijali te vrednote, kriza verjetno ne bi bila tako globoka, pa tudi končala bi se prej. Pošteni, moralni, odgovorni in samokritični politiki ter vodilni v javnih in državnih institucijah in podjetjih bi morali odstopiti, ko storijo večje ali celo usodne napake ter so vpleteni (ali so obtoženi, da so vpleteni) v politične in ekonomske škandale, vključno s koruptivnim ravnanjem. Menim, da bi morali, zato da bi uveljavili najvišje moralne standarde, odstopiti in se (vsaj začasno) umakniti iz javnega življenja tudi takrat, ko menijo, da niso krivi za omenjena dejanja, dokler ne dokažejo svoje nedolžnosti in/ali ne-vpletenosti. Kadar ne bi odstopili in se ne bi umaknili sami, bi moral ustrezno ukrepati sam sistem, kot so to storili na primer na Islandiji z objektivno in politično odgovornimi za bančni zlom, ki so bili obsojeni na sodiščih. Očitno je pri nas drugače; drugače kot v državah, v katerih so uveljavljeni najvišji moralni standardi in odgovornost, pa razmišljajo in se obnašajo tudi ključni politični in gospodarski akterji. V Sloveniji večina tistih, ki so (objektivno in politično) odgovorni za krizo, niti ne razmišlja o odstopu ali vsaj začasnem umiku iz političnega življenja ter iz javnega in državnega sektorja, čeprav v času pred krizo in med njo niso ustrezno in učinkovito delovali in ukrepali. To zagotovo velja za predsednike in člane vlad v času pred krizo in med njo, ki pri svojem delu niso bili uspešni, ter za nosilce ključnih funkcij v bančnem sistemu in institucijah ter v gospodarstvu, ki so pri svojem delu zagrešili večje napake. V času, ko se umaknejo iz političnega življenja ter javnega in državnega sektorja, lahko izzive in priložnosti za delo ti posamezniki najdejo v zasebnem sektorju, v katerem lahko s svojim uspešnim delom prispevajo k družbeni blaginji in razvoju. Oblastne in vodilne strukture, ki so med krizo in tudi po njej mirno spremljale siromašenje in izginjanje srednjega razreda ter povečanje revščine, bi morale priznati svojo objektivno odgovornost, da ljudje tudi po okrevanju po najhujši krizi še ne občutijo izboljšanja in niso socialno varnejši. Očitno slovenski volivci ne znamo kaznovati tistih, ki ne uresničijo obljubljenega ter, kadar so na funkcijah, ne delujejo optimalno in v interesu vseh ... ali morda preprosto nimamo prave izbire in ustreznih alternativ.

Za uspešen prihodnji razvoj demokracije v Sloveniji bi bilo treba uveljaviti moralno, politično, civilno in tudi kazensko odgovornost nosilcev političnih funkcij in vodilnih v javni in državni sferi, ki bi vključevala sankcije za neuspešne politike ter neuspešno opravljanje voljenih in imenovanih funkcij, za napačno in tudi neoptimalno delovanje institucij političnega sistema, državnih in javnih institucij ter služb in gospodarskih subjektov. Hkrati bi bilo treba uvesti stimulacije, ki bodo spodbujale in nagrajevale uspešno in kar najoptimalnejše ravnanje in delo. Predvsem bi morali ustvariti pogoje, da bi se za politično delovanje ter za vstop na politično prizorišče in opravljanje političnih funkcij odločali tudi najkakovostnejši kadri in strokovnjaki, ki bi lahko na posameznih področjih največ pripomogli k dobremu delovanju sistema in uspešnemu razvoju.

3 Federalizem in asimetrična federacija v kontekstu evropskih integracij

Prepričan federalist sem bil v času obstoja jugoslovanske federacije, zagret in prepričan federalist pa ostajam tudi v kontekstu evropskih povezav. Zato spremljam in raziskujem sodobni federalizem ter njegovo zgodovinsko evolucijo. Zlasti me zanimajo teritorialna in funkcionalna delitev pristojnosti in oblasti ter sodelovanje med federacijo in federalnimi enotami, procesi centralizacije in decentralizacije, pa tudi odnosi med centrom in periferijo (glej na primer, Žagar 1990 in 2005). Ta vprašanja so aktualna v razpravah o vlogi in položaju Slovenije v evropskih integracijskih procesih ter o prihodnjem razvoju Evropske unije.

Glede na razmerje moči – po mojem mnenju, žal – ni realna federalna opcija razvoja EU. Pri urejanju odnosov in razmerij med državami članicami ter pri opredeljevanju funkcij in pristojnosti evropskih institucij pa bi lahko uporabili posamezne elemente modela asimetrične federacije, da bi pravno uredili različen položaj in želje članic glede pristojnosti, ki bi jih uresničevale na ravni integracije. Uporaba posameznih segmentov modela asimetrične federacije omogoča, da države opredelijo obseg funkcij in pristojnosti, pa tudi njihovega uresničevanja in financiranja v različnih krogih.¹⁵ Tako se najprej dogovorijo za skupne funkcije in pristojnosti, ki jih vse želijo uresničevati na ravni EU in pri katerih so popolnoma enakopravne. Za preostale funkcije in pristojnosti pa se države članice – z oblikovanjem nekakšnih »menijev«, iz katerih izbirajo in oblikujejo zase najprimernejše kombinacije – dogovorijo glede na svoje želje in interese, katere države in katere funkcije bodo enakopravno uresničevale na ravni integracije. Z dogovori opredelijo, katere države in kako bodo sodelovale pri uresničevanju posameznih funkcij in pristojnosti, ki jih te članice prenesejo na evropske institucije, pa tudi kako bo potekalo odločanje o njih. Za te dodatne funkcije in pristojnosti EU praviloma velja, da jih financirajo tiste države, ki v posameznem krogu oziroma pri posamezni funkciji ali pristojnosti sodelujejo, kot nujni korektiv, zlasti kadar bi v posameznih krogih sodelovalo več manj razvitih in revnejših držav članic, pa bi bilo treba uveljaviti tudi načelo solidarnosti (na primer Žagar, 2012).

Tudi uveljavljanje takih rešitev in morebitna uvrstitev Slovenije v skupino držav, ki bi se povezovale v EU z največjo hitrostjo, ne spreminja dejstva, da Slovenija zlasti z vidika zahodnoevropskih (starih) članic ostaja – čeprav so jo včasih hvalili kot zgledno »učenko« – ena od perifernih evropskih držav. S članstvom v evropski povezavi v posameznih segmentih Slovenija pridobiva, hkrati pa tudi ostaja odvisna od razvitejših članic, ki lažje in uspešneje uveljavljajo svoje interese, in zlasti od Nemčije. Poleg tega lahko ugotovimo, da je prihodnost EU in njenega razvoja precej manj gotova, kot se je zdelo še pred nekaj leti.

Opombe / Notes:

¹ Zveza komunistov Slovenije – ZKS.

² Zveza socialistične mladine Slovenije – ZSMS.

³ Organizacija klubov Organizacije Združenih narodov Slovenije – klubi OZN.

⁴ Socialistična zveza delovnega ljudstva – SZDL, natančneje je šlo v tem primeru za podporo Republiške konference SZDL ter njenih odborov za mednarodne odnose in za pomoč narodnoosvobodilnim gibanjem.

⁵ Oče profesorja Cirila Ribičiča.

⁶ Marksistični center Centralnega komiteja ZKS – MC CK ZKS.

⁷ V Sloveniji so se razprave in proces demokratizacije začeli nekaj let prej. Glej na primer: Žagar (1988).

⁸ Zlasti pogosto navajajo tradicionalno Jeffersonovo opredelitev, da je demokracija »vladavina ljudstva, ki jo ljudstvo uresničuje za ljudstvo« (angl. *the rule of the people, by the people, for the people*).

⁹ Moderni pojem demokracija je izpeljanka (staro)grške besede *demokratia*, ki izhaja iz dveh korenskih pomenov: *demos* (ljudstvo) in *kratein* (vladati). V antični atenski demokraciji je to pomenilo oblast svobodnih moških državljanov, med katerimi je obstajala formalna politična enakost, vsi preostali prebivalci pa so bili izključeni. V 16. stoletju je v angleščino in (takrat ali pozneje) v večino (sodobnih) evropskih jezikov beseda prišla iz francoske besede *democratie*, ki je nastala iz omenjenega starogrškega pojma oziroma korena. (Glej na primer Held, 1989: 13.)

¹⁰ Glej na primer: Barber (1984 in 1998); Beyme, von (2002); Bobbio (1987, 1995 in 2005); Butler in drugi (2016); Dahl (1982, 1989, 1998 in 2006); Held (2000 in 2016); Lijphart (1999); Lipset (1981); Sartori (1987, 2000 in 2008); idr.

¹¹ Različni avtorji opredeljujejo različne tipe, vrste in oblike demokracije. Ko gre za različna področja življenja, na katerih se demokracija uveljavlja, kaže poleg politične demokracije omeniti zlasti še industrijsko, ekonomsko in socialno demokracijo.

¹² Te skupnosti vključujejo ožje in velike družine, različne skupine in širše skupnosti, ki nastanejo in se oblikujejo v različnih zgodovinskih obdobjih in situacijah, pa tudi države in zlasti v novejšem obdobju tudi mednarodne povezave, organizacije in integracije, s katerimi se identificiramo.

¹³ Za celovito uresničevanje in razvoj demokracije so poleg političnih pravic državljanov, ki jih lahko štejemo kot neposredno formalno podlago in izraz politične demokracije, prav tako ključne tudi osebne pravice in svoboščine, ekonomske in socialne pravice, vključno s pravico do zasebne lastnine, ki so jo v tranzicijskih časih še posebej poudarjali, kulturne in izobraževalne

pravice ter tudi nove generacije človekovih pravic, kot so na primer pravice do miru, razvoja, naravnih bogastev, zdravega in varnega okolja.

¹⁴ Med relevantnimi akterji delujoče demokracije omenjam najprej aktivne ozaveščene in informirane posameznike, za katere države praviloma zahtevajo, da morajo biti njihov državljeni, da bi pridobili svoje državljanske in politične pravice, različne oblike njihovega družbenega in političnega organiziranja, med katerimi je treba posebej poudariti vlogo političnih strank in njihovih vodstev, družbenih gibanj in drugih akterjev civilne družbe ter različnih oblik interesnega organiziranja, vključno s sindikati. Poleg teh kaže omeniti še medije in celotne sisteme (javnega oziroma množičnega) informiranja v posameznih okoljih, vzgojne in izobraževalne institucije ter sisteme, pa tudi institucije političnega sistema in sploh vlogo države.

¹⁵ O tem sem podrobneje pisal v Žagar, 2005.

Literatura / References:

- Barber, B. R. (1984) *Strong democracy: Participatory politics for a new age*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.
- Barber, B. R. (1998) *A passion for democracy: American essays*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Beyme, K. von (2002) *Parliamentary democracy: Democratization, destabilization, reconsolidation, 1789–1999*. Basingstoke, New York: Palgrave Macmillan.
- Bobbio, N. (1987) *The future of democracy: A defence of the rules of the game*. Oxford: Polity Press.
- Bobbio, N. (1995) *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi.
- Bobbio, N. (2005) *Liberalism and democracy*. (Translated by Martin Ryle and Kate Soper.) London, New York: Verso.
- Butler, J., Didi-Huberman, G., Bourdieu, P., Badiou, A., Khiari, S. & Rancière, J. (2016) *What is a people?* (Introduction by Bruno Bosteels; conclusion by Kevin Olson; translated by Jody Gladding.) New York: Columbia University Press.
- Chilcote, R. H. (1990) *Transitions from dictatorship to democracy: Comparative studies of Spain, Portugal, and Greece*. New York: Crane Russak.
- Dahl, R. A. (1982) *Dilemmas of pluralist democracy, Autonomy vs. control*. New Haven, London: Yale University Press.
- Dahl, R. A. (1989) *Democracy and Its Critics*. New Haven, London: Yale University Press.
- Dahl, R. A. (1998) *On democracy*. New Haven, London: Yale University Press.
- Dahl, R. A. (2006) *A preface to democratic theory*. (Expanded edition.) Chicago, London: University of Chicago Press.
- Evropa zdaj! (1989) 11. kongres ZKS, Ljubljana, 22.–23. 12. 1989. Ljubljana: Centralni komite Zveze komunistov Slovenije.
- Held, D. (1989) *Modeli demokracije*. Ljubljana: Univerzitetna konferenca ZSMS, Knjižnica revolucionarne teorije.
- Held, D. (2000) *Political theory and the modern state: Essays on state, power and democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Held, D. (2016) *Models of democracy* (3rd edition, reprinted). Cambridge, Malden, MA: Polity.
- Lijphart, A. (1999) *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven, London: Yale University Press.

- Lipset, S. M. (1981) *Political man: The social bases of politics*. (Expanded edition) Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Przeworski, A. (1991) *Democracy and the market: Political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- Ribičič, C. (2016) *Med pravom in pravičnostjo: Sto in en utrinek (2. natis)*. Ljubljana: IUS Software, GV založba (Itagraf).
- Ribičič, C. in Tomac, Z. (1989) *Sončne in senčne strani federacije*. Ljubljana: Komunist.
- Rizman, R. (2006) *Uncertain path: Democratic transition and consolidation in Slovenia*. College Station, Tex.: Texas A&M University Press.
- Sartori, G. (1987) *The Theory of Democracy Revisited: Part One: The Contemporary Debate; Part Two: The Classical Issues*. Catham, New Jersey: Catham House Publishers.
- Sartori, G. (2000) *Pluralismo, multiculturalismo e estranei: Saggio sulla società multi-etnica*. (2a ed.) Milano: Rizzoli.
- Sartori, G. (2008) *La democrazia in trenta lezioni*. (A cura di Lorenza Foschini.) Milano: Mondadori.
- Spajić-Vrkaš, V. & Žagar, M. (2012) *Civic education in South-Eastern Europe: education and training for human rights and active democratic citizenship*. V Benedek, W. (ur.). *European yearbook on human rights 2012*. Antwerpen: Intersentia / Dunaj: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, str. 401–416.
- Szoboszlai, G., ur. (1991) *Democracy and political transformation: theories and East-Central European realities*. Budimpešta: Hungarian Political Science Association.
- Szoboszlai, G., ur. (1992) *Flying blind: Emerging democracies in East-Central Europe*. Budimpešta: Hungarian Political Science Association.
- Štrajn, D., ur. (1995) *Meje demokracije – Zbornik: Refleksije prehoda v demokracijo*. Ljubljana: Liberalna akademija, (MatFormat).
- Žagar, M. (1987) *Družbenopolitični zbori v delegatskem skupščinskem sistemu (magistrska naloga)*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Žagar, M. (30. 12. 1988) *Zgodba o demokraciji in političnem pluralizmu: O političnem pluralizmu nasploh in o njegovih možnostih pri nas danes, v bližnji in daljši prihodnosti*. Dnevnik, 11–14.
- Žagar, M. (1990) *Sodobni federalizem s posebnim poudarkom na asimetrični federaciji v večnacionalnih državah (doktorska disertacija)*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Žagar, M. (2005) *The collapse of the Yugoslav federation and the viability of asymmetrical federalism*. V Ortino, S., Žagar, M. & Mastny, V. (ur.). *The changing faces of federalism: institutional reconfiguration in Europe from East to West, (Europe in change)*. Manchester, UK: Manchester University Press, str. 107–133.
- Žagar, M. (2012) *The future of federalism in Europe and globally*. V: Palermo, F. in drugi (ur.). *Globalization, technologies and legal revolution: The impact of global changes on territorial and cultural diversities, on supranational integration and constitutional theory: liber amicorum in memory of Sergio Ortino, (Schriftenreihe der Europäischen Akademie Bozen, Bereich "Minderheiten und Autonomien", Bd. 21)*. Baden-Baden: Nomos, str. 345–369.

Ustavnopravni koncept finančne avtonomije občin – med Scilo in Karibdo

NEJC BREZOVAR

Povzetek Lokalnim skupnostim je pri urejanju lastnih zadev priznana določena stopnja avtonomije. Slednja je še posebej omejena na področju t. i. finančne avtonomije, saj občine del sredstev za izvajanje nalog dobivajo iz državnega proračuna, poleg tega so z Ustavo RS in zakoni omejene pri predpisovanju lastnih davkov in dajatev. Pri določanju višine (so)financiranja iz državnega proračuna je država zavezana izpeljati postopek posvetovanj in prisluhniti stališčem predstavnikov oziroma združenj občin. Država odgovarja za stabilnost javnih financ, kar zahteva širši javni interes, in ima v teh postopkih končno besedo, kar priznava tudi praksa Ustavnega sodišča RS. Dodatno bi lahko v prihodnosti finančno avtonomijo omejila in postopke določanja višine sofinanciranja otežila tudi razdrobljenost predstavništev (združenj) občin, v katerih bodo zastopani interesi različnih občin (navadnih in mestnih), ki se vedno ne prekrivajo.

Ključne besede: • lokalna samouprava • finančna avtonomija • združenja občin • ustavno sodišče • solidarnost

NASLOV AVTORJA: Dr. Nejc Brezovar, državni sekretar, Ministrstvo za javno upravo, Tržaška cesta 21, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: nejc.brezovar@gmail.com.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.6 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Constitutional Concept of Municipality Financial Autonomy – Between Scylla and Charybdis

NEJC BREZOVAR

Abstract Local authorities are recognized a certain degree of autonomy in managing their own affairs. The latter is particularly limited in the field of the so-called financial autonomy as part of the funds relocated for performing their tasks is received from the state budget. The Slovenian Constitution and laws also restrict local authorities in prescribing their own taxes and levies. In determining the amount of (co)financing from the state budget, it is obligatory to carry out the consultation process and to exchange the views with local authorities and their associations regarding the amount of financing. The state, on the other hand, is responsible for the stability of public finances, required by a wider public interest, and in these procedures it has the power to make a final decision, which is recognized by the practice of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia. In the future, the financial autonomy could also be limited by procedures determining the amount of (co)financing, because of the fragmentation of representative bodies (associations) of municipalities which will represent the interests of different municipalities (ordinary and urban) that do not always overlap.

Keywords: • local self-government • financial autonomy • municipality associations • constitutional court • solidarity

CORRESPONDENCE ADDRESS: Nejc Brezovar, Ph.D., State Secretary, Ministry of Public Administration, Tržaška cesta 21, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: nejc.brezovar@gmail.com.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.6 ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor

Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Prispevek je namenjen razpravi o vprašanjih, povezanih z lokalno samoupravo, s katerimi se je prof. dr. Ciril Ribičič v svojem strokovnem in političnem življenju pogosto srečeval, na te teme pa sva imela veliko zanimivih razprav. Bil je nosilec predmeta Lokalna samouprava na Pravni fakulteti in Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani, predsednik Komisije za lokalno samoupravo Državnega zbora RS. Ob tem je ustvaril bogat opus znanstvenih in strokovnih del s področja lokalne samouprave. Slednja iz zgodovinskih, ideoloških in drugih razlogov pri urejanju lastnih zadev uživa delno avtonomijo. Koncept avtonomije je bil poznan že v stari Grčiji. Korena besede avtonomija sta *autos* in *nomos* in bi v dobesednem prevodu pomenila stanje, ko je nekdo »sam svoj zakonodajalec«. To pomeni, da lahko sprejema odločitve brez potrebe po pridobitvi soglasja ali dovoljenja nadzornega organa. V prispevku bom argumentiral ustavno sprejemljivost razumevanja finančnega vidika avtonomije lokalne samouprave v Sloveniji, ki avtonomijo relativizira. Najnovejše odločitve Ustavnega sodišča RS¹ o potrebi po upoštevanju širšega makroekonomskega stanja in stabilnosti javnih financ pri (so)financiranju lokalnih skupnosti s strani državnega proračuna pritrjujejo temu razumevanju in hkrati odpirajo nekatera vprašanja, ki lahko povzročijo dodatno oženje finančne avtonomije lokalne samouprave, če bodo ostala nenاسlovljena.

2 Avtonomija lokalnih skupnosti

Država je najbolj samoupravna entiteta, ker ima moč, da svoje odločitve vsili drugim na njenem ozemlju. Preostale entitete, ki na ozemlju neke države uživajo določeno stopnjo samouprave ali avtonomije, to uživajo praviloma z izrecno podelitvijo posebnega statusa s strani države. Že Pitamic (1927) je trdil, da občine ne uživajo naravnih pravic, ki bi jih naredile nedotakljive v razmerju do ustave ali zakona, temveč uživajo tiste pristojnosti, ki jih nanje prenese država s svojo zakonodajo (Vlaj, 2002). Z nastankom lokalnih skupnosti in poznejšo normativno ureditvijo njihovega položaja jim je bila pridržana določena stopnja avtonomije in tako je nastala lokalna samouprava. Evropska listina lokalne samouprave (MELLS)² v svoji preambuli omenja, da graditev Evrope po načelih demokracije in decentralizacije oblasti zahteva obstoj lokalnih oblasti z demokratično postavljenimi telesi odločanja in z veliko stopnjo avtonomije glede njihovih pristojnosti, ki pa je omejena z veljavno zakonodajo.³ Ustava Republike Slovenije (Ustava RS) poudari avtonomijo (samoupravnih) lokalnih skupnosti, ko opredeli delovno področje občin kot tiste zadeve, ki jih občina lahko ureja samostojno in ki zadevajo samo prebivalce občine, s čimer omeji zakonodajalca, da z zakonom ureja področja oziroma zadeve, ki se dotikajo le prebivalcev občine.⁴ Popolna ali absolutna avtonomija je nemogoča tam, kjer obstaja neki neposreden odnos med državo in neko institucijo oziroma področjem. Na istem ozemlju ne moreta obstajati dve suvereni oblasti, dva avtonomna družbena (pod)sistema.

2.1 Omejena finančna avtonomija lokalne samouprave

Lokalna samouprava brez zadostnih finančnih virov je le fasada, saj ne more opravljati s strani države zakonsko naloženih (izvirnih) nalog in pristojnosti (Vlaj, 2004: 213). Nepremostljiva ovira popolni finančni avtonomiji občin je financiranje iz državnega proračuna, saj je to precej odvisno od vsakokratnega zakonodajalca. Fiskalna avtonomija občin je eden ključnih konceptov fiskalne decentralizacije, saj je posledica vsake oblike decentralizacije vzpostavitve določenega obsega avtonomije na področju, ki se decentralizira (Bird, 1993). Pomemben kazalnik stopnje finančne avtonomije občin je razmerje med lastnimi in drugimi prihodki občin – višje je razmerje, večja je avtonomija (Psycharis in Zoi, 2016: 266). Modernjši pristopi so bolj zapleteni in ločeno preučujejo finančno avtonomijo na strani prihodkov (Blöchliger & King, 2006) in na strani odhodkov (Bell, Ebel, Kaiser & Rojchaichainthorn, 2006). Lokalna finančna avtonomija je opredeljena tudi kot obseg nadzora, ki ga imajo lokalni predstavniki (funkcionarji in uradniki) nad odločitvami v fiskalnih zadevah, za katere (politično in pravno) odgovarjajo. Običajno gre za omejen obseg (Pagano, 2015: 81 in 86).

2.2 Intervencija države kot krepitev avtonomije lokalnih skupnosti

V nasprotju s prevladujočim razumevanjem avtonomije kot področjem omejene intervencije države, Shanske (2014: 13, 24 in 31) zagovarja, da lahko intervencije s strani države avtonomijo lokalnih skupnosti celo povečajo. Če jim država na primer omeji možnost svobodne izbire ukrepov na področjih, na katere lokalne skupnosti nimajo (zadostnega) vpliva, z njimi nimajo potrebnih izkušenj ali o njih niso zadosti informirane (na primer okoljski in komunalni standardi, slabo in neomejeno zadolževanje), jim tako omogoči »preživetje« in možnost izbire boljših ukrepov srednje- in dolgoročno, kar na koncu krepi njihovo avtonomijo. Možno je varno pluti med Karibdo (nerodno zakonodaja) in Scilo (zanašanje le na lokalno politiko in prosti trg). Država s svojimi intervencijami tako osvobodi (in omeji) občine sprejemanja odločitev, ki se jim lahko izognejo in jih ni treba sprejeti.

3 Sistemska ureditev financiranja slovenske lokalne samouprave

Ustava RS določa, da se občine financirajo iz lastnih virov ob upoštevanju načela solidarnosti, na način, da država pomaga manj razvitim občinam. Finančna avtonomija občin ima podlago v Ustavi RS ob upoštevanju, da nadzor nad zakonitostjo (in strokovnostjo) dela občin⁵ ter njihovim finančnim poslovanjem izvršuje država s svojimi institucijami, s čimer omejuje njihovo finančno avtonomijo.⁶ Nekatere analize, ki sicer opozarjajo na raznolikost ureditve in posebnosti lokalne samouprave v državah članicah Evropske unije (EU), uvrščajo stopnjo finančne avtonomije občin v Sloveniji med najnižjimi v EU (Cigu & Oprea, 2017).

Občine morajo biti sposobne samostojno urejati lokalne zadeve, zadovoljevati potrebe in interese lokalnega prebivalstva, odločati o zadevah iz lastne pristojnosti – za vse to je potrebna finančna avtonomija (Šmidovnik, 1995: 130–132). Ta pomeni možnost občin, da samostojno razporejajo (zadostna) zbrana sredstva v svojih proračunih glede na ugotovljene potrebe – torej da uživajo fiskalno avtonomijo – vendar je sposobnost občin, da predpisujejo lastne davke in dajatve, nujno omejena oziroma le delna (Oplotnik, 2003). Ustavna podlaga za fiskalno avtonomijo občin je tudi v poglavju o javnih financah, ki med drugim določa, da se lokalne skupnosti financirajo s pridobivanjem sredstev »za uresničevanje svojih nalog z davki in z drugimi obveznimi dajatvami ter s prihodki od svojega premoženja« ter da lahko »predpisujejo davke in druge dajatve ob pogojih, ki jih določata Ustava in zakon« (146. člen Ustave RS). Posledično ne morejo originarno predpisati davčnih ali drugih dajatev na svojem območju zaradi odvisnosti od izrecnega pooblastila države, saj se lahko davčne obveznosti določijo le z zakonom. Zakonodajalcu pri izbiri načinov financiranja lokalne samouprave pripada razmeroma široko polje proste presoje, ki pa ni neomejeno. Zakonodajalec mora področje lokalne samouprave urejati previdno. Tako ne sme arbitrarno in samovoljno posegati v jedro njihovega ustavno zagotavljenega (avtonomnega) položaja (Vlaj, 2011: 1310).

Ustavno sodišče je večkrat⁷ ocenilo, da je slovenski sistem financiranja občin skladen z MELLIS in Ustavo RS. Finančna sredstva, namenjena izvajanja nalog lokalnih skupnosti, morajo biti sorazmerna z obsegom nalog ob upoštevanju že omenjenega načela solidarnosti med občinami. Javni prihodki občin, s katerimi zagotavljajo financiranje svojih izvirnih nalog,⁸ so sestavljeni iz lastnih prihodkov, izračuna primerne porabe in finančne izravnave. Predvsem lastni prihodki imajo močan atribut finančne avtonomije (Brezovnik & Oplotnik, 2003: 54–57). Eden od kazalcev stopnje finančne avtonomije občin je obseg samofinanciranja. Čim več je samofinanciranja s strani občin za izvajanje njihovih nalog, toliko večja je njihova finančna avtonomija. Za ugotovitev obsega so pomembna sredstva iz državnega proračuna, ki pomenijo sredstva finančne izravnave ter so razlika med izračunano primerno porabo občine in njenimi lastnimi prihodki. Kolikor višja je izračunana primerna poraba od lastnih prihodkov občin, toliko večja je potreba po finančni izravnavi iz državnega proračuna in toliko manjša je finančna avtonomija občin. Do popolne finančne avtonomije bi prišlo, če bi bili lastni prihodki občin enaki oziroma bi presežali izračunano primerno porabo (Brezovnik, Oplotnik & Finžgar, 2014: 43–44).

Konceptualne spremembe v sistemu financiranja občin, ki veljajo še danes, je prinesel leta 2007 sprejeti Zakon o financiranju občin (ZFO-1).⁹ Prejšnji sistem financiranja občin, ki je veljal od uveljavitve sistema lokalne samouprave v Sloveniji leta 1995, je bil urejen nekonsistentno in je pripomogel k oblikovanju občin, ki nimajo zadostnih sredstev za obstoj in razvoj, kar je ogrožalo njihovo avtonomijo (Ribičič, 2001). Problematika sistema financiranja občin je izhajala predvsem iz nesorazmernosti porazdelitve finančnih virov po občinah, kar je oslabilo njihovo finančno avtonomijo,

finančni viri lokalnih skupnosti pa tudi niso bili v sorazmerju z nalogami, ki sta jih občinam nalagali zakonodaja in Ustava RS. Sistem je tako povzročal pretirano odvisnost od države (bilo je več odvisnosti od financiranja s strani države, povzročal je veliko administrativnih ovir) in posledično izgubo dela avtonomije, kar je bilo večinoma odpravljeno z uveljavitvijo ZFO-1.

Prihodnji kazalci razvoja sistema financiranja lokalne samouprave, ki temelji na krepitvi avtonomije, izhajajo tudi iz Strategije razvoja lokalne samouprave v Republiki Sloveniji 2020,¹⁰ ki kot eno od šestih ključnih točk predvideva razvoj finančne avtonomije občin. Strategiji sledijo predlogi izboljšav obstoječega modela izračuna povprečnine z upoštevanjem podatkov o dejanskih stroških, kjer je to mogoče, s čimer bi se približali načelom finančne avtonomije občin.¹¹ Drugi vidik, ki spada v zagotavljanje zmanjševanja stroškov občinam in krepitev njihove finančne avtonomije, je odprava administrativnih ovir in stroškov občin s strani države.¹²

4 Vpliv Ustavnega sodišča RS¹³ na opredelitev vlog nosilcev oblasti in združenj občin na obseg finančne avtonomije občin

Ustavno sodišče je s svojimi odločitvami večkrat vsebinsko poseglo v sistem financiranja občin na način, da je opredelilo ustavne okvire finančne avtonomije občin. V prvi meritorni odločbi U-I-24/07¹⁴ po uveljavitvi ZFO-1 je tako obširno opredelilo ustavne zahteve v odnosu do financiranja občin. Stališče sodišča je, da Ustava RS vzpostavlja zahtevo po sistemu financiranja, ki občinam omogoča samostojno opravljanje lokalnih zadev ter zadovoljevanje potreb in interesov njihovih prebivalcev, za kar sta »neogibno potrebni finančna sposobnost in avtonomnost občine«, česar zakonodajalec ne sme ogrožati.¹⁵ Ustava vzpostavlja dolžnost države, da občinam zagotavlja zadostne lastne finančne vire za financiranje njihovih izvršnih pristojnosti, kar je skladno z načelom subsidiarnosti (MELLS). Od zadostnih finančnih virov (tako lastnih kot tudi tistih iz državnega proračuna) je odvisna stopnja avtonomnosti lokalne skupnosti in posledično njene samoupravnosti.¹⁶ Zakonodajalec je pri postavljanju okvira in sistema financiranja lokalne samouprave omejen s tem, da mora vzpostaviti sistem, ki bo občinam omogočal izvajanje njihovih nalog in države nasproti občinam ne bo postavil v prevladujoč položaj. Da ne poseže pretirano na področje, ki je ustavno pridržano v urejanje občinam, mora spoštovati načelo samoomejevanja. Poleg tega mora pri vsakokratnem (pre)oblikovanju sistema njihovega financiranja spoštovati zahtevo po financiranju občin (tudi) iz lastnih virov ter načeli sorazmernosti in solidarnosti.¹⁷ Aktivnejšo vlogo in intervencije države v sistem financiranja občin legitimirajo že omenjene omejene možnosti samofinanciranja občin. Vloga je opazna predvsem v postopku določanja obsega sredstev financiranja primerne porabe in določanja višine povprečnine (finančna izravnava).¹⁸ Pri tem je treba upoštevati dejstvo, da prerazporejena proračunska sredstva večajo odvisnost občin od države oziroma

državnega proračuna in postavljajo občine v pasiven položaj, kar ni skladno z ustavno zahtevo po finančni avtonomiji občin.¹⁹

Pomemben vidik financiranja občin je tudi dopustnost vzpostavitve sistema, ki vključuje solidarnost med občinami, ki je namenjena izravnavi objektivnih razlik med njimi, kot pomoč razvojno šibkejšim občinam in zagotovitvi dobrin vsem prebivalcem države, neodvisno od občine, v kateri prebivajo. Tako ne poznamo le prenosov sredstev iz državnega proračuna v občinske, temveč tudi prerazporeditve lastnih sredstev občin med občinami. Slednje so sicer same odgovorne za uresničevanje lokalne samouprave in izvajanje njenih nalog. Aktivno si morajo prizadevati za izboljšanje gospodarskega položaja, izkoriščanja možnosti črpanja različnih sredstev itd. V nasprotnem primeru bi neaktivnost nekaterih občin zaradi načela solidarnosti pomenila neupravičeno breme za tiste občine, njihovo gospodarstvo in prebivalstvo, ki se trudijo v smeri razvoja. Prerazporejanje lastnih sredstev med posameznimi občinami ob ustvarjenih presežkih lastnih virov nad izračunano primerno porabo, upoštevajoč načeli socialne države in solidarnosti, ne pomeni protiustavnega posega v finančno avtonomijo občin.²⁰ Dopustno prerazporejanje sredstev nakazuje na to, da je treba avtonomijo razumeti kot relativno tudi med občinami samimi. Poseg v finančno avtonomijo občin je zaradi prerazporejanja večji v bolj razvitih občinah, ki se jim »odvzame« del prihodkov od dohodnine, ki presega izračunano primerno porabo. Država je v času nižjih prihodkov občin iz državnega proračuna (ustavno dopustno) povečala stopnjo solidarnosti med občinami na račun posega v finančno avtonomijo bolj razvitih občin, tako da je z zakonom, ki ureja izvrševanje proračuna, določila, da (bolj razvitim) občinam, katerih prihodki od dohodnine presegajo izračunano primerno porabo, pripada dohodnina le do izračunane primerne porabe.²¹

V postopkih, ki določajo višino finančnih sredstev, namenjenih občinam, te zastopajo njihova združenja. Ustavno sodišče je zato v odločbi poudarilo tudi funkcionalno prvino samoupravnosti, ki je v tem, da lahko občine in njihova združenja izrazijo mnenje, predstavijo stališče in sodelujejo pri reševanju vprašanj, pripravi in sprejemu zakonodaje, ki zadevajo lokalno samoupravo in izvajanja njihovih nalog, kot so finančna vprašanja in dodelitev prerazporejenih finančnih virov.²² Sodelovanje združenj občin ima nepogrešljivo vlogo pri izmenjavi informacij, ki pripomorejo k pripravi kakovostnih predpisov. Dolžnost države je, da se z občinami posvetuje in prisluhne njihovim argumentom in stališčem. Katera stališča bodo prevladala v tako raznoliki družini občin kot skupna, pa je stvar njihove avtonomije.

V zadevi U-I-1/11,²³ ki se nanaša na vprašanje ustavnosti ZIPRS1112²⁴ in postopka določanja povprečnine, s katerim Vlada sama določa višino povprečnine in jo predlaga v sprejem Državnemu zboru, je Ustavno sodišče ponovilo nekaj že predstavljenih stališč iz odločbe U-I-24/07, ki je bila izdana v zvezi z vprašanjem ustavnosti Zakona o financiranju občin v delu, ki dopušča prerazporejanje sredstev občin v primeru presežkov lastnih virov nad primerno porabo, kar je bilo ugotovljeno, da ni v neskladju

z Ustavo. Novost je opredelitev vloge Vlade in zakonodajalca pri določanju povprečnine. Ustavno sodišče je zavzelo stališče, da v odnosu do finančne avtonomije ne obstaja popolna avtonomija lokalne samouprave v razmerju do države, ki ji z zakoni postavlja okvir. Država namreč nosi širšo odgovornost za fiskalno stabilnost celotne države in ne zgolj posamične občine, iz česar izhaja, da lahko tudi samostojno določi višino povprečnine tudi v primeru, ko ni sklenjen dogovor z združenji občin, pod pogojem, da upošteva morebitne višje stroške zaradi novih nalog, ki jih je občinam naložila zakonodaja. Dopustnost samostojnega določanja povprečnine utemljuje dejstvo, da Vlada odgovarja za izvrševanje državnega proračuna kot instrumenta »pri izvajanju večletne makroekonomske politike, katere cilj je zagotavljanje stabilnih javnih financ ter pospeševanje gospodarskega in družbenega razvoja«. ²⁵ Ustavno sodišče je poudarilo, da je treba v postopku priprave in pozneje sprejema državnega proračuna »poleg realnih potreb občin upoštevati tudi makroekonomsko gospodarsko in fiskalno stanje v državi ter zahtevo po konsistentnem in dolgoročno stabilnem sistemu javnofinančnih odhodkov« in si prizadevati za »fiskalno stabilnost ter trajen in stabilen narodnogospodarski razvoj, ki je v interesu države kot celote«. ²⁶

V zagotavljanju demokratičnosti postopkov odločanja na državni ravni v vseh zadevah, ki zadevajo položaj občin, vključno s finančno avtonomijo, so pomemben deležnik združenja občin. Pod njihovim okriljem občine predstavljajo in uveljavljajo lastne lokalne interese, ki jih nato združenja, kot usklajena skupna, predstavljajo in zastopajo navzven, praviloma v odnosu do države. Zakon o lokalni samoupravi določa, da sta tako Vlada kot tudi Državni zbor v postopkih priprave in pozneje sprejema zakonodaje ter drugih predpisov, ki zadevajo pristojnost, delovanja, koristi, financiranje in položaj občin, dolžna omogočiti občinam in njihovim združenjem ustrezno sodelovanje v postopkih in pridobiti njihovo mnenje o predlogih. ²⁷ Združenjem občin mora biti tako omogočeno tudi sodelovanje v postopkih določanja predloga višine povprečnine tako, da predstavijo svoje videnje, mnenja in stališča. ²⁸ Če do sklenitve dogovora o višini ne pride, je pravica in dolžnost Vlade, da v javnem interesu to (argumentirano) stori sama. Nesklenitev dogovora ni nič nenavadnega, saj imajo Vlada in občine pogosto različne poglede, pričakovanja in cilje (prve širše, druge ožje) ekonomske in javnofinančne (fiskalne) politike. Če bi bila Vlada brez dogovora pri predlaganju proračuna onemogočena, bi to pomenilo, da ima (ne)sklenitev dogovora moč absolutnega veta – povzročila bi najmanj zamudo pri sprejemanju državnega proračuna. Negativne posledice bi čutili ne le državljanke in državljani, temveč tudi občine same pri sprejemanju lastnih proračunov, kar bi imelo negativen vpliv na njihovo finančno avtonomijo in uresničevanje nalog lokalne samouprave. ²⁹ Država bi postala talec ožjih lokalnih interesov. Za zaščito finančne avtonomije občin je v tem primeru celo potrebna avtoritarna odločitev Vlade in zakonodajalca pri določanju višine povprečnine.

V najnovejši zadevi U-I-150/15³⁰ so združenja občin zatrjevala, da kar tri četrtine občin prejema »dotacije« od države, kar jih postavlja v podrejen položaj. Ustavno sodišče je

poudarilo, da se skladno z zakonsko ureditvijo financiranja občin kar nekaj davkov šteje kot lastni davčni vir, namenjen delovanju občin, na primer del (54 odstotkov) dohodnine, davek na nepremičnine, na vodna plovila, na promet nepremičnin, na dediščine in darila ter na dobitke od klasičnih iger na srečo.³¹ Že sprejeto stališče Ustavnega sodišča je, da »občine skupaj z državo delijo odgovornost za vodenje ekonomske in fiskalne politike v Republiki Sloveniji, tudi z vidika varčevanja sredstev javne porabe«.³² Problem bi nastal ob nespoštovanju načela sorazmernosti »med prihodki občin, tudi tistimi, ki imajo vir v ugotovljeni primerni porabi, ter stroški izvrševanja nalog iz njihove izvirne pristojnosti v posameznem proračunskem letu,«³³ vendar bi moralo biti to nesorazmerje realno izkazano, da bi lahko govorili o protiustavnem posegu v finančno avtonomijo občin s strani države. Ne smemo spregledati spremembe 148. člena (proračun) Ustave, »ki za pripravo proračunov države od leta 2015 narekuje uporabo načela srednjeročne uravnoteženosti proračunov države brez zadolževanja«,³⁴ kar se je prvič uporabilo za pripravo proračuna za leto 2015. Izpodbijan je bil tudi del Zakona o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2016 in 2017 (ZIPRS1617),³⁵ ki je gospodarsko močnejšim občinam »odvzel« del dohodnine, ki bi presegal izračunano primerno porabo, s katero so običajno te občine lahko vsaj v delu prosto razpolagale.³⁶ To posega v finančno avtonomijo gospodarsko močnejših občin, vendar poseg upravičujejo načela socialne države in solidarnosti.³⁷

S finančno avtonomijo občin je posredno povezano tudi stališče Ustavnega sodišča o pridobitvi statusa reprezentativnosti Združenja mestnih občin Slovenije (ZMOS), ki po veljavnem Zakonu o lokalni samoupravi (ZLS) ni bila mogoča.³⁸ Mestne občine imajo že po Ustavi poseben status, čeprav opravljajo pravzaprav enake naloge kot »navadne« občine.³⁹ Praviloma gospodarsko bolj razvite mestne občine bi morale imeti možnost oblikovanja lastnega reprezentativnega združenja, prek katerega bi zastopale svoje interese, saj so drugače postavljene v neenakopraven položaj z »navadnimi« občinami. Zakonodajalec razume združenja kot prostovoljne organizacije, v okviru katerih bi občine medsebojno usklajevale in zastopale interese, ki se nanašajo na njihov položaj, zlasti pri oblikovanju predpisov ter financiranju.⁴⁰ Oblikovanje novega reprezentativnega združenja bo lahko imelo celo negativne posledice na sodelovanje združenj občin pri določanju višine povprečnine in dodatno otežilo sklenitev dogovora med Vlado in združenji. Interesi mestnih občin se namreč razlikujejo od interesov preostalih združenj, v katerih bodo navadne občine. To bo ob neenotnosti in pomanjkanju soglasja navznoter (med združenji oziroma občinami) oslabilo njihov položaj v razmerju do države in posledično njihovo finančno avtonomijo. Lastnosti mestnih občin so, da so praviloma bolj razvite, gosteje poseljene in so praviloma solidarne s preostalimi manj razvitimi občinami. Zaradi različnih lastnosti bodo imela lahko v prihodnosti združenja različna stališča o ključnih vprašanih finančne avtonomije občin, kot so določitev povprečnine, ugotovitev primerne porabe občin, primeren obseg sredstev ter finančna in solidarnostna izravnava. Združenja bi morala nastopiti s poenotenimi in usklajenimi stališči ali pa bi morala vsaj oblikovati neko krovno predstavništvo vseh (treh) združenj (angl. *umbrella association*), ki bi enotno in

bolj učinkovito nastopalo v razmerju do države. K temu jih je pozvala Vlada RS v Strategiji razvoja lokalne samouprave 2020.⁴¹

5 Sklepne ugotovitve

Finančna avtonomija občin je ogrožena tako v razmerju navzven oziroma v odnosu do države, ki zagovarja širši javni finančni interes, kot tudi v razmerjih navznoter, med samimi združenji in občinami, ki imajo različne (finančne) interese in so lahko oslABLJENA zaradi nezmožnosti zavzemanja enotnih stališč v odnosu do vprašanj finančne narave. Vsakokratni obseg finančne avtonomije občin je tako ujet med dve grozeči nevarnosti – že omenjeno državo kot suvereno oblastjo na nekem ozemlju, ki skrbi za širši javni interes, in občinami kot predstavnicami lokalnih interesov. Pretiranemu približevanju enim in drugim interesom – od zagovarjanja absolutne finančne avtonomije do zanikanja njenega obstoja – se je treba izogniti.

Ustavno sodišče si nenehno prizadeva pluti med Scilo kot stanjem, v katerem se občinam priznava popolna finančna avtonomija, in Karibdo, kot stanjem, v katerem si država jemlje popoln nadzor nad politiko financiranja lokalne samouprave. Ustavno sodišče, ki ima vlogo aktivnega tvorca vsebine finančne avtonomije lokalne samouprave, se je večkrat postavilo bližje širšemu javnemu finančnemu interesu države v razmerju do občin na račun omejitve njihove finančne avtonomije, saj je dolžnost države skrbeti za širšo gospodarsko in finančno stabilnost države, kar zahteva širok javni interes, ki ima prednost pred ožjimi lokalnimi interesi.⁴² Zato priznava odločilno vlogo Vladi kot predlagatelju in Državnemu zboru kot zakonodajalcu, da v primeru nedoseženega soglasja z združenji glede finančnih vprašanj (na primer višina povprečnine) enostransko posežeta v sistem financiranja lokalne samouprave z vsakokratnimi zakoni, namenjenimi izvrševanju državnega proračuna.

To je močan signal, da so državni organi vseh treh funkcij oblasti tisti, ki prek ustavnih in zakonskih določb oblikujejo temelje vsebine (omejene) finančne avtonomije lokalne samouprave. Ob reguliranju tem, povezanih z lokalno samoupravo, pa imajo slednji predvsem postopkovno dolžnost omogočiti predstavniskim združenjem občin predstavitev njihovih stališča in mnenj ter na njihove navedbe argumentirano odgovoriti. Po drugi strani se pojavi (notranji) problem združenj pri argumentiranju in zagovarjanju stališč v smeri večje finančne avtonomije lokalne samouprave, če občine ne bodo ustanovile krovnega združenja za zastopanje lastnih (skupnih) finančnih interesov. Posamezna združenja ali občine se bodo znašle med dvema nevarnostma: eno zunanjo, tj. državo, ki bo kot zunanja sicer nevarnejša in torej Karibda, druga nevarnost pa bo notranja, in to bo nezmožnost zastopanja ter zavzetja enotnih stališč med samimi občinami (Scila), ki bi jih lahko zastopala v finančnih zadevah v razmerju do države, da bi ohranila visoko stopnjo finančne avtonomije. Občine bodo podobno kot Odisej verjetno lažje plule mimo Scile ali se z njo soočile, če bodo le dovolj močne, da bodo

spoznale skupne interese tako raznolikih občin in enotno (argumentirano) nastopile proti državi. V nasprotnem primeru bo že tako oslABLJENA finančna avtonomija občin podvržena še dodatnim pritiskom od znotraj. Občine in združenja se bodo morala za mirno plostvo in ohranitev finančne avtonomije zavedati načela: *Communitate valemus*.

Opombe / Notes:

¹ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-150/15-25 z dne 10. novembra 2016.

² Evropsko listino lokalne samouprave (MELLS) je z zakonom ratificirala tudi Republika Slovenija (Uradni list RS – MP, št. 15/96, 19. oktober 1996) in je tudi eden ključnih dokumentov, na katerih je utemeljena lokalna samouprava v Sloveniji.

³ MELLS večkrat pojasni potrebo po delovanju na podlagi in v mejah veljavnih in ustavnih določb, ko govori o pojmu lokalne samouprave (3. člen), področju dejavnosti lokalne samouprave (4. člen), upravnem nadzoru (8. člen) in finančnih virih (9. člen).

⁴ Podrobneje o razmerju med državo in lokalno samoupravo Jerovšek, 1994: 45–54.

⁵ Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 in 75/16; členi 138 do 144 so namenjeni temeljnim določbam o lokalni samoupravi.

⁶ Računsko sodišče RS kot samostojen in neodvisen državni organ, opredeljen s 150. členom (Računsko sodišče) Ustave RS in Zakonom o Računskem sodišču (ZRacS-1, Uradni list RS, št. 11/01 in 109/12 Zakon o računskem sodišču (Uradni list RS, št. 11/01 in 109/12)), revidira poslovanje uporabnikov javnih sredstev, vsako leto pa mora izrecno revidirati pravilnost poslovanja ustreznega števila mestnih in drugih občin.

⁷ Odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-150/15-25 z dne 10. novembra 2016, U-I-24/07-66 z dne 4. oktobra 2007 in U-I-1/11-15 z dne 25. maja 2011, ki bodo podrobneje predstavljene v nadaljevanju.

⁸ Izvirne naloge so določene v 21. členu Zakona o lokalni samoupravi (ZLS, Uradni list RS, št. 100/05 – uradno prečiščeno besedilo z dne 10. novembra 2005).

⁹ Zakon o financiranju občin (ZFO-1, Uradni list RS, št. 123/06, 57/08 in 36/11).

¹⁰ Vlada RS je strategijo sprejela septembra 2016. Dostopna je na:

http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/SOJ/2016/Strategija_LS_2020/12_SRL_S_1692016_vlada.pdf, (10. 1. 2017).

¹¹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2005)1 of the Committee of Ministers to member states on the financial resources of local and regional authorities, Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2005 at the 912th meeting of the Ministers' Deputies.

¹² Realizacija, konkretni ukrepi in statistika so dostopni na:

<http://www.enotnazbirkaupkov.gov.si/javno-financni-prihranki-obcin> (12. 1. 2017).

¹³ Pri predstavitvi ustavnosodne presoje, se bom osredotočil na odločitve Ustavnega sodišča, ki so bile sprejete po uveljavitvi Zakona o financiranju občin (ZFO-1, Uradni list RS, št. 123/06, 57/08 in 36/11) leta 2007.

¹⁴ U-I-24/07 z dne 4. oktobra 2007, Uradni list RS, št. 101/07.

¹⁵ Prav tam, točka 14 in 17.

¹⁶ Prav tam, točka 15.

¹⁷ Prav tam, točka 23.

¹⁸ Več o tem v 11. (naloge, katerih stroški se upoštevajo za ugotovitev primerne porabe občine) in 12. členu (povprečnina) Zakona o financiranju občin (ZFO-1).

¹⁹ U-I-24/07 z dne 4. oktobra 2007, Uradni list RS, št. 101/2007, točki 24 in 28.

²⁰ Prav tam, točki 30 in 32.

²¹ Ti posegi so bili najhujši prav v letih, ko je bila povprečnina najnižja (2015–2017), saj so zakoni o izvrševanju proračuna določali, da občinam, pri katerih prihodki od dohodnine presegajo primerno porabo, ti prihodki pripadajo samo do višine primerne porabe, kar naj bi se spremenilo v letu 2018, ko naj bi občinam, pri katerih prihodki od dohodnine, ki presegajo primerno porabo, ti prihodki pripadli do višine primerne porabe, nad višino primerne porabe pa le do polovice razlike med primerno porabo in prihodki od dohodnine. Glej 55. člen Zakona o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2017 in 2018, Uradni list RS, št. 80/16.

²² U-I-24/07 z dne 4. oktobra 2007, Uradni list RS, št. 101/07, točke 43–46.

²³ U-I-1/11 z dne 25. maja 2011, Uradni list RS, št. 45/11.

²⁴ Zakon o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2017 in 2018, Uradni list RS, št. 80/16.

²⁵ U-I-1/11 z dne 25. maja 2011, točka 24.

²⁶ Prav tam, točka 30. Podobno rešitev je najti tudi v predlogu novele ZFO-1.

²⁷ 94. člen Zakona o lokalni samoupravi, Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 76/08, 79/09, 51/10, 40/12 – ZUJF, 14/15 – ZUUJFO in 76/16 – odl. US.

²⁸ Poslovnik Vlade Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 43/01, 23/02, 54/03, 103/03, 114/04, 26/06, 21/07, 32/10, 73/10, 95/11, 64/12 in 10/14, v 8.b členu (sodelovanje javnosti) določa tudi, da mora vsak predlog zakona vsebovati presojo finančnih posledic za državni proračun in druga javno finančna sredstva z načinom zagotovitve, navodila za izvajanje Poslovnika Vlade RS pa od 16. maja 2016 v 8. točki določajo obvezno predstavitev sodelovanja z združenji občin, če predpis oziroma gradivo vpliva na pristojnosti, delovanje ali financiranje občin, obseg, v katerem so bili predlogi in pripombe upoštewane, ter ključne pripombe in predlogi, ki se niso upoštevali, s čimer se v praksi krepi uresničevanje ustavnega in zakonskega načela sodelovanja.

²⁹ U-I-1/11 z dne 25. maja 2011, točka 26.

³⁰ U-I-150/15, z dne 10. novembra 2016, Uradni list RS, št. 76/16.

³¹ ZFO-1, 6. člen (lastni davčni viri).

³² U-I-150/15, točka 36 in U-I-1/11, točka 30.

³³ Prav tam, točka 41.

³⁴ Prav tam, točka 42.

³⁵ Uradni list RS, št. 96/15, 46/16 in 80/16 – ZIPRS1718.

³⁶ Sprejeti Zakon o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2017 in 2018 (Uradni list RS, št. 80/16) v 55. členu (omejitev sredstev nad primerno porabo) predvideva omilitev tečasne odločbe tako, da »prihodki iz dohodnine pripadajo do višine [izračunane] primerne porabe, nad višino primerne porabe pa le do polovice razlike med primerno porabo in prihodki od dohodnin«.

³⁷ U-I-150/15, točka 50.

³⁸ Sedmi odstavek 86.a člena ZLS določa, da »Združenje lahko pridobi lastnost reprezentativnosti. Reprezentativno je združenje, v katerega je včlanjenih najmanj 30 % občin.«. Od 212 občin v Sloveniji jih ima le 11 status mestne občine. Trenutno sta tako reprezentativni le dve združenji: Združenje občin Slovenije (ZOS) in Skupnost občin Slovenije (SOS).

³⁹ Glej 141. člen Ustave RS (mestna občina).

⁴⁰ U-I-150/15, točka 58 in Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o lokalni samoupravi (EPA 456-III), Poročevalec DZ, št. 21/02 z dne 4. marca 2002, strani 25 in 31.

⁴¹

Dostopno

na:

http://www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/SOJ/2016/Strategija_LS_2020/12_SRLS_1692016_vlada.pdf (20. 1. 2017).

⁴² O vplivu ustavnosodne presoje na fiskalne politike glej tudi Kantorowicz J, *Judges as Fiscal Activists: Can Constitutional Review Shape Public Finance?*, DANUBE: Law and Economics Review, vol. 5, Issue 2, str. 79-104.

Literatura / References:

- Bird, R. M. (1993) Threading the fiscal labyrinth: some issues in fiscal decentralization, *National Tax Journal* 46 (2).
- Brezovnik, B. & Oplotnik, Ž. J. (2012) An Analysis of the Applicable System of Financing the Municipalities in Slovenia, *Lex Localis – Journal of Local Self-Government*, 10(3).
- Brezovnik, B., Oplotnik, Ž. J. & Finžgar, M. (2014) *Financiranje slovenskih občin*. Maribor: Lex Localis, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila.
- Blöchliger, H. & King, D. (2006) *Less Than You Thought: The Fiscal Autonomy of Sub-Central Governments*, OECD Economic Studies 43. Pariz: Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj.
- Cigu, E. & Oprea, F. (2012) Method of Determining the Degree of Autonomy of the Administrative-Territorial Units, *Journal of Public Administration, Finance and Law* 1.
- Kantorowicz, J. (2014) *Judges as Fiscal Activists: Can Constitutional Review Shape Public Finance?*, DANUBE: Law and Economics Review 5(2).
- Oplotnik, Ž. J. (2003) Fiskalna decentralizacija, *Lex Localis* 1.
- Pola, G. (ur.) (2015) *Principles and Practices of Fiscal Autonomy – Experiences, Debates and Prospects*, Ashgate Publishing.
- Pitamic, L. (1927, ponatis 1996) *Država*, Ljubljana.
- Psycharis, Y. & Zoi, M. (2016) Decentralization and local government fiscal autonomy: evidence from the Greek municipalities, *Environment and Planning C, Government and Policy* 34.
- Ribičič, C. (2001) *Spremembe Ustave RS: spremembe Ustave na področju lokalne samouprave*, *Podjetje in delo*, 6-7.
- Ribičič, C. (2013) *Združevanje občin*, *Pravna praksa*, 38.
- Shanske, D. (2014) *Local Fiscal Autonomy Requires Constraints: The Case For Fiscal Menus*, *Stanford Law & Policy Review* 25(1).
- Šmidovnik, J. (1995) *Lokalna samouprava*. Ljubljana: Cankarjeva založba, .
- Šturm, L. (ur.) (2002) *Komentar Ustave RS*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije.
- Šturm, L. (ur.) (2011) *Komentar Ustave RS – dopolnitev A*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije.
- Vlaj, S. (2004) *Lokalna samouprava – Teorija in praksa*. Ljubljana Fakulteta za upravo Univerze v Ljubljani.

Načelo obdavčitve po ekonomski sposobnosti kot primarni ustavnopravni temelj za davčne norme finančne narave

BOŠTJAN KORITNIK & JERNEJ PODLIPNIK

Povzetek Načelo plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti je temeljno načelo, ki v sodobnih davčnih sistemih zagotavlja pravično obdavčitev. Na tem načelu morajo temeljiti davčni predpisi fiskalne narave v Sloveniji, čeprav to neposredno ne izhaja iz nobene ustavne določbe. Odstopi od tega načela so mogoči, vendar pa morajo zanje obstajati stvarni in utemeljeni razlogi, ki izhajajo iz narave stvari. Zakonodajalec mora tako utemeljiti vsak odstopa od tega načela.

Ključne besede: • obdavčitev • davki • plačevanje davkov po ekonomski sposobnosti • pravno načelo

NASLOV AVTORJA: Boštjan Koritnik, asistent, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: bostjan.koritnik@pf.uni-lj.si. dr. Jernej Podlipnik, docent, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: podlipnikov@gmail.com.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.7 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The Ability-To-Pay Principle as a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature

BOŠTJAN KORITNIK & JERNEJ PODLIPNIK

Abstract Ability-to-pay principle is a fundamental principle guaranteeing just taxation in the modern tax systems. All tax laws and rules of fiscal nature in Slovenia must be based on this principle, regardless of the fact that no constitutional provision with such demand exists. Exceptions from the named principle are only possible if there are real and founded reasons for such exceptions, deriving from the matter of things. Consequently, the legislator is obliged to argument any possible deviation from this principle.

Keywords: • taxation • taxes • ability-to-pay principle • legal principle

CORRESPONDENCE ADDRESS: Boštjan Koritnik, Teaching Assistant, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: bostjan.koritnik@pf.uni-lj.si.
Jernej Podlipnik, Assistant Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: podlipnikov@gmail.com.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.7 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Načelo plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti (angl. *ability-to-pay principle*; nem. *Leistungsfähigkeitsprinzip*, it. *il principio di capacità contributiva*, fr. *le principe de la capacité contributive*, srb. *princip sposobnosti plaćanja poreza na ekonomskoj moći*, hrv. *načelo sudjelovanja u podmirenju javnih rashoda u skladu s gospodarskim mogućnostima*) je temeljno načelo, ki v sodobnih davčnih sistemih zagotavlja pravično obdavčitev, kadar gre za davčne norme s fiskalno vsebino, zato je pravzaprav nenavadno, da je tema v slovenski pravni publicistiki bolj ali manj prezrta. To vrzel skuša vsaj deloma zapolniti ta članek, v katerem obravnava izvedbo tega načela v slovenski ustavni ureditvi in morebitne odstopne od temu načelu sledeče ureditve. V prvem razdelku tako opredeliva davčno pravičnost kot enega temeljnih postulatov vsake sodobne davčne ureditve. Merilo primerjave je v okviru načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti, ki ga obravnava v tretjem razdelku, zmožnost plačila (ekonomska, gospodarska sposobnost). V nadaljevanju opraviva tudi analizo ustavnopravne podlage in zakonske izvedbe, ki sicer v posameznih primerih lahko tudi odstopa od temeljnega načela, vendar morajo biti ti odstopi utemeljeni.

2 Davčna pravičnost

Pravičnost je temeljna pravna vrednota, ki se ukvarja z vprašanjem, kako naj bodo dobrine in bremena razdeljena in izravnana med pravnimi subjekti (Pavčnik, 2013). Ekonomisti in družbeni filozofi že 200 let razpravljajo o vprašanju, kako najbolje zagotoviti načelo davčne pravičnosti. Gre za etično (moralno) vprašanje, kako naj bodo pri davkih bremena razdeljena. Davčna pravičnost zahteva, da so bremena enakomerno porazdeljena med pravne subjekte (Englisch, 2014). To je splošno sprejet ustavni koncept v državah članicah Evropske unije (Lang in Englisch, 2006). V državah, ki temeljijo na vladavini prava (načelo pravne države), je načelo pravičnosti neposredno povezano z načelom enakosti pred zakonom, kajti to načelo je eno od glavnih, ki udejanja načelo pravičnosti (Šturm, 2006). Načelo enakosti pred zakonom pa zagotavlja tudi 14. člen Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), 1. člen 12. Protokola k EKČP in 20. člen Listine EU o temeljnih pravicah.

Vprašanje pa je, kaj je merilo pravičnosti oziroma enakosti pred zakonom v davčnem pravu. Kdaj lahko rečemo, da je davčno breme pravično porazdeljeno med pravne subjekte. Kaj je torej merilo porazdelitve davčnega bremena, da je mogoče govoriti o pravični razdelitvi? Pravo je glede tega vprašanja prevzelo ideje (ekonomskih) mislecev, kot so Tomaž Akvinski, John Locke, Thomas Hobbes, Adam Smith, Jean-Jacques Rousseau, Charles de Montesquieu in John Stuart Mill, pri čemer je zanimivo, da je ekonomska znanost zaradi nezmožnosti merjenja osebnih okoliščin opustila idejo o pravičnosti kot enem od glavnih elementov dobrega davčnega sistema, ampak se je osredinila na druge elemente, predvsem nevtralnost in učinkovitost (Englisch, 2014).

Pravo je zgodovinsko prevzelo koncepta, razvita v ekonomski doktrini, in sicer načelo ekvivalence (angl. *benefit principle*; nem. *Äquivalenzprinzip*) in načelo ekonomske sposobnosti (Birk, Desens, Tappe, 2014). Po prvem od načel, ki v nadaljevanju ne bo podrobneje obravnavano, kajti v nekaterih redkih primerih nadomešča poglavitno načelo plačila davkov po ekonomski sposobnosti, je treba davke plačevati kot nadomestilo za koristi, ki jih oblast zagotavlja pravnim subjektom (Tiley in Loutzenhisser, 2012) oziroma nadomestilo stroškov, ki jih ti povzročajo skupnosti, na primer okolju (Lang in Englisch, 2006).¹ Pri davkih že po definiciji sicer ni mogoče govoriti o neposrednem plačilu za konkretne koristi oziroma o stroških, zato velja to načelo razumeti v smislu posrednega plačevanja za koristi oziroma stroške. To načelo se uporablja predvsem pri plačevanju davkom podobnih dajatev, kot so takse in prispevki za socialno varnost, uporabno pa je tudi za nekatere davke, kot so okoljski davki (Seer, Hey, Montag, Englisch, Hennrichs, 2013), pa tudi davki na posamezne oblike premoženja (na primer nepremičnine), ki jih je težko utemeljiti z načelom plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti (Mijatović, 2004), sploh če je davčna osnova bruto vrednost premoženja, ki ne upošteva morebitnih obstoječih obveznosti v zvezi s pridobivanjem tega premoženja (na primer pravni lastnik nepremičnine še ni v celoti plačal).²

3 Pomen načela plačila davkov po ekonomski sposobnosti

Po načelu plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti naj vsak subjekt prispeva k financiranju skupnih potreb glede na svojo sposobnost za plačilo (ekonomska, gospodarska sposobnost). Merilo primerjave (*tertium comparationis*) za davčno pravičnost (enakost pred zakonom) po tem načelu je torej zmožnost plačila.

Drugače kot pri ekonomski znanosti, ki je zagovarjala tako imenovano subjektivno različico plačila davkov po ekonomski sposobnosti,³ pravna znanost uporablja tako imenovano objektivno različico plačila davkov po ekonomski sposobnosti (Englich, 2014). Zmožnost plačila davkov je izražena v denarnih enotah (objektivno), s čimer se je pravna znanost izognila ugotavljanju subjektivne žrtve, kar je bil razlog, zakaj je ekonomska znanost opustila uporabo načela obdavčitve po načelu ekonomske sposobnosti. Na drugi strani pa je zaradi te poenostavitve obravnavano načelo izgubilo del svoje prepričljivosti pri utemeljevanju načela enakosti. Še vedno je prepričljiv kazalec horizontalne pravičnosti, pomen tega načela za vertikalno pravičnost pa je minimalen. To je treba poudariti še zlasti za vprašanje določanja davčnih stopenj (Englich, 2014). Čeprav je treba različno ekonomsko sposobne subjekte različno davčno obravnavati, pa vendar ni jasno, kolikšno naj bo to razlikovanje. Načelo, po katerem vsak subjekt plača v skladu s svojo zmožnostjo, pa naj bi zagotavljalo tudi manj izogibanja plačilu davkov, saj bi vsak intimno menil, da plačuje toliko, kolikor je prav, da prispeva.

B. Koritnik & J. Podlipnik: Načelo obdavčitve po ekonomski sposobnosti kot primarni ustavnopravni temelj za davčne norme finančne narave

Pomen načela za ustavno pravo je precejšen, kajti povzeto je tudi v 13. člen francoske Deklaracije o pravicah človeka in državljana (1789): »Za vzdrževanje javnih oblasti in za stroške uprave je nujno skupno prispevanje, ki mora biti enakomerno porazdeljeno med vse, ob upoštevanju njihovih možnosti.« Še danes pa podobne določbe vsebujejo številne ustave držav, na primer Italije, Francije, Hrvaške in Srbije (Popović, 2014),⁴ vendar to načelo velja tudi v državah, v katerih ustavna materija take določbe nima, na primer v Nemčiji (Englisch, 2011).

Načelo plačevanja davka po ekonomski sposobnosti ima v davčnem pravu primerljiv pomen, kot ga ima načelo zasebne avtonomije (avtonomija volje) v civilnem pravu.⁵ Gre torej za večpomensko in abstraktno načelo, ki se podrobneje konkretizira skozi načela, ki veljajo za posamezne davke (na primer objektivno in subjektivno neto načelo), splošne davčne pravne norme, pravno prakso in pravno znanost. Načelo plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti pa se v nekaterih primeri tudi povsem »umakne« alternativnim načelom (na primer načelu ekvivalence), podobno kot načelo zasebne avtonomije v civilnem pravu ne velja absolutno (Seer idr., 2013).

V zvezi z načelom plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti je pomembno opozoriti na vprašanje, ali to načelo zahteva progresivno obdavčitev, torej tako obdavčitev, po kateri subjekti z višjo ekonomsko sposobnostjo ne plačujejo le več davkov v absolutnem znesku, temveč tudi v relativnem znesku. Še bolj natančno, ali morajo biti subjekti, ki imajo višjo ekonomsko sposobnost, obdavčeni po višji (efektivni) davčni stopnji, kot osebe z nižjo davčno sposobnostjo, ker tako zahteva načelo enakosti v davčnem pravu ob upoštevanju različnosti položajev. Mnenja davčne teorije⁶ o tem vprašanju so se spreminjala in še danes niso povsem poenotena, kljub temu pa po večinskem stališču aktualne nemške in avstrijske davčne teorije progresivna davčna lestvica ni posledica plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti glede na njeno objektivno koncepcijo,⁷ saj ta zahteva proporcionalno obdavčitev, temveč je utemeljena s socialno pravičnostjo, ki izvira iz načela socialne države (Beiser, 2016). Njen namen je prerazdelitev premoženja (Seer idr., 2013).⁸ Na drugi strani pa načelo obdavčevanja po ekonomski sposobnosti progresivne obdavčitve ne prepoveduje (Englisch, 2014).

Iz dosedanjih izvajanj še ni razvidno, kako se ugotovi ekonomsko sposobnost posameznega subjekta. Kazalniki ekonomske sposobnosti za potrebe obdavčenja so dohodek, potrošnja in premoženje (Jelčić, Lončarić-Horvat, Šimović, Arbutina & Mijatović, 2008).⁹ Vsak davek obremenjuje vsakega od naštetih kazalnikov, kajti davek na dohodek ne zmanjšuje le razpoložljivega dohodka, ampak zmožnost potrošnje, davek na potrošnjo pa ne zmanjšuje le potrošnje, ampak razpoložljiv dohodek.¹⁰ Vsak davek seveda zmanjšuje premoženje (Seer idr., 2013), saj davek pomeni poseg v premoženjsko sfero subjekta brez neposrednega povračila. To pomeni, da določitev kazalnika ekonomske moči, ki naj bo obdavčen, pravzaprav določa le časovno točko, v kateri je

treba davek plačati. Zakonodajalci ustavno niso vezani na to, kateri kazalnik ekonomske moči morajo izbrati, običajno pa izberejo vse tri. Gre za t. i. davčni pluralizem (Jelčič, 2011). Glede na že omenjeno objektivno različico načela plačevanja davka po ekonomski sposobnosti na ekonomsko sposobnost ne vplivajo biološke ali družbene danosti posameznika, zaradi katerih bi bil bolj ali manj sposoben ustvarjati premoženje, ampak uresničitev te sposobnosti, ki se kaže predvsem v višini dohodka, premoženja in potrošnje.

Odstop od plačevanja davka po ekonomski sposobnosti je možen, vendar mora biti utemeljen z ustavnimi argumenti. V demokratični in odprti družbi pravni red namreč ne more biti monističen (tj. da bi temeljil le na enem načelu), ampak bo upošteval različna etična načela, ki so lahko tudi v medsebojnem nasprotju. Pri preučevanju, ali bi bil v posameznem primeru odstop od načela upravičen, je treba najprej izvesti test legitimnosti in strogi test sorazmernosti. Pri tem velja opozoriti, da možna izguba davčnih prihodkov ne more sama na sebi opravičiti legitimnega interesa za odstop od načela. Poudariti pa še velja, da je v teoriji sicer preprosto zahtevati upoštevanje posebnosti vsakega posameznega primera, vendar pa je to težko uresničiti. Zavezancev in obdavčljivih transakcij je namreč v praksi toliko, da mora imeti davčna zakonodaja nekatere poenostavitve, saj se v nasprotnem primeru spoštovanje načela sicer teoretično zagotavlja na normativni ravni, v praksi pa zaradi zahtevnosti preverjanja prihaja do njegovih kršitev (Lang in Englisch, 2006).

4 Ustava republike slovenije

Ustavnopравни temelj za obdavčitev sta pri nas določbi 146. in 147. člena Ustave Republike Slovenije. V skladu s 146. členom Ustave RS so davki temeljni vir za pridobivanje sredstev za uresničevanje nalog države, 147. člen Ustave RS pa določa, da država z zakonom predpisuje davke, lokalne skupnosti pa predpisujejo davke ob pogojih, ki jih določata ustava in zakon.¹¹ S tem je opredeljena fiskalna suverenost države, tj. pristojnost zakonodajalca za uvedbo davka ter za določitev njegovih značilnosti, kot sta na primer davčni zavezanec in davčna stopnja.¹² Ustava vsebuje tudi načelo enakosti pred zakonom, in sicer v 14. členu. Iz ustavne ureditve torej izhaja, da je treba spoštovati načelo enakosti pred zakonom, vendar na davčnem področju Ustava RS ne določa neposredno, da bi bilo merilo enakosti ekonomska sposobnost, temveč repušča zakonodajalcu, da določi merilo enakosti sam.

Čeprav Ustava RS ne vsebuje izrecne zahteve po spoštovanju načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti, pa je po razlagi Ustavnega sodišča RS to načelo temeljno načelo davčnega prava tudi v Sloveniji. V 13. točki obrazložitve odločbe U-I-9/98 z dne 16. aprila 1998 je navedlo, da »[z]ahteva po davčni enakosti zato ni izčrpana že z ustavno dopustnostjo zakonodajalčevega cilja, ampak zakonodajalcu nalaga, da davčno breme porazdeli kolikor mogoče enakomerno. Tako določbo je vsebovala že francoska

deklaracija o človekovih in državljanskih pravicah iz leta 1789. Skupni prispevek, neogibno potreben za delovanje javne oblasti in stroške uprave, mora biti enakomerno porazdeljen med vse državljane v razmerju z njihovimi možnostmi (13. člen). Iz opisanega sledi, da ima zakonodajalec pri izbiri davčnega predmeta in pri določitvi davčne osnove in davčne stopnje širok prostor presoje, da pa mora enkrat sprejeto odločitev nato dosledno – z vidika enakosti v obremenitvi – izpeljati.« To svoje stališče je Ustavno sodišče RS v daljšem obdobju in različnih sestavah večkrat ponovilo,¹³ zato gre za ustaljeno stališče ustavnosodne prakse.

Eno od načel, na katerih temelji obdavčitev dohodkov, ki je izpeljano iz načela plačila davka po ekonomski sposobnosti, je tudi tako imenovano neto (čisto) načelo (Doralt, Ruppe in Ehrke-Rabel, 2011). Gre za to, da je lahko obdavčljiv le čisti oziroma neto dohodek (Škof idr., 2007), dohodek, ki ostane po odbitku (objektivnih ali subjektivnih) postavk, ki so potrebne za pridobivanje dohodka. Praviloma je pri obdavčitvi dohodkov fizičnih oseb (dohodnina) govora o subjektivnem in objektivnem neto načelu. Obe je Ustavno sodišče RS v svoji sodni praksi že obravnavalo, vendar odločitve ni utemeljilo na kršitvi načela plačila davkov po ekonomski sposobnosti, temveč na drugih določbah. V odločbi U-I-77/94 z dne 1. decembra 1994 je (po vsebini) obravnavalo objektivno neto načelo in navedlo, da se z dohodnino kot obliko davka na dohodek fizičnih oseb obremenjuje dohodek, ki pomeni povečanje premoženja davčnega zavezanca, zaradi česar stroški (dohodki) ne smejo biti obdavčeni, toda to odločitev je utemeljilo s sklicevanjem na načelo pravne države (2. člen Ustave), ne s sklicevanjem na plačilo davkov po ekonomski sposobnosti.¹⁴ Podobno Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-19/94 z dne 14. novembra 1996 tudi kršitve subjektivnega neto načela ni utemeljilo z načelom plačevanja davka po ekonomski sposobnosti, ampak s sklicevanjem na kršitev 53., 55. in 56. člena Ustave RS. Ko je presojalo dohodninsko ureditev, je ugotovilo, da višina olajšave za vzdrževane družinske člane (otroke) ni zadostna za pokritje izdatkov za preživljanje. Obravnavani primeri, ki jih je Ustavno sodišče RS ocenilo kot neskladne z Ustavo RS, so iz obdobja, preden je Ustavno sodišče RS prvič odločilo, da je treba Ustavo RS razlagati tako, da velja načelo plačila davka po ekonomski sposobnosti. Zato je rešitve poiskalo v drugih določbah Ustave RS, saj je očitno »po občutku« ugotovilo, da zakonska ureditev nasprotuje duhu Ustave RS.

Na področju obdavčitve z davkom na potrošnjo je Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-188/99 z dne 20. septembra 2001 v 9. in 10. točki obrazložitve pojasnilo, da se ekonomska sposobnost meri »skozí višino opravljenega prometa«. Pri izvajanju sicer uporablja pojem »davčna sposobnost«, kar se ne zdi najprimernejše, saj se ta pojem uporablja za opredelitev davčnega zavezanca, kajti davčna sposobnost je posebna vrsta sposobnosti, ločena od sposobnosti po civilnih predpisih (Seer idr., 2014). Na drugi strani velja poudariti, da je, čeprav pri davku na dodano vrednost osebe, ki so identificirane za namene tega davka, davka ne nosijo – po pričakovanju zakonodajalca ga prevalijo na končnega potrošnika (v širšem smislu)¹⁵ –, za načelo plačevanja davka

po ekonomski sposobnosti bistvena ekonomska sposobnost končnega potrošnika, ne pa identificiranega davčnega zavezanca (Englisch, 2014). Zato se zdi prepričljivejša argumentacija, ki jo Ustavno sodišče RS prav tako podaja, da je oprostitvev obračunavanja in plačevanja davka na dodano vrednost utemeljena z nesorazmerno visokimi administrativnimi stroški za zavezance z nižjim obsegom prometa in davčno upravo. Ne gre torej za vprašanje različnosti obravnave, ki bi bila utemeljena z načelom plačevanja davka po ekonomski sposobnosti, temveč za odstop od tega načela iz administrativnih razlogov.

Iz zapisanega jasno izhaja, da je plačilo davkov po ekonomski sposobnosti temeljno načelo, na katerem morajo temeljiti davčni predpisi fiskalne narave v Sloveniji, pa čeprav to neposredno ne izhaja iz nobene ustavne določbe. Seveda po drugi strani ni mogoče trditi, da odstopi od tega načela niso dopustni, vendar pa morajo zanje obstajati stvarni in utemeljeni razlogi, ki izhajajo iz narave stvari. Eden takih, ki ni prestal ustavnega testa, je nekdanji peti odstavek 113. člena Zakona o dohodnini. Ustavno sodišče RS se v odločbi U-I-147/12 z dne 29. maja 2013 sicer ni izrecno sklicevalo na načelo plačila davka po ekonomski sposobnosti, je pa primerjalo prav dohodkovni položaj (tj. ekonomsko sposobnost) delovnih migrantov s preostalimi dohodninskimi zavezanci (20. točka obrazložitve) in ugotovilo, da razlogi, s katerimi se je opravičevala posebna davčna olajšava (odstop od plačila davka po ekonomski sposobnosti za delovne migrante), niso stvarni in razumni.

Zdi se, da je v ZDoh-2 še ena podobna določba, ki je vprašljiva z vidika načela, obravnavanega v tem članku. V 111. členu ZDoh-2 je namreč predpisana »redna« splošna olajšava in še dve »dodatni« splošni olajšavi, do katerih so upravičeni zavezanci z nižjim zneskom skupnih dohodkov, ki spadajo v letno dohodnino. Sprejem splošne olajšave v dohodninski sistem zahteva načelo plačevanja davka po ekonomski sposobnosti, kajti minimalni stroški, potrebni za lastno preživljanje, ne smejo biti obdavčeni (Jochum, 2012). Gre za uresničitev tako imenovanega subjektivnega neto načela, ki je izpeljano iz načela obdavčitve po ekonomski sposobnosti. Pri določitvi zneska pa mora država zagotoviti, da pokrije vse življenjske stroške, in sicer tako, da določi znesek, ki je za vse zavezance neobdavčen, pri čemer mora biti ta tolikšen, da te stroške pokrije. Znesek splošne olajšave torej po naravi stvari ne more biti odvisen od višine dohodkov, ker je to v nasprotju z njegovim smislom. Veljavna ureditev tudi na druge načine posega v načelo plačevanja davka po ekonomski sposobnosti, saj so meje za pridobitev »dodatnih« olajšav določene tako, da preseganje cenzusa za 1 cent povzroči izgubo celotne »dodatne« olajšave, s tem pa več tisoč evrov višjo davčno osnovo, posledično pa tudi precej višjo obdavčitev.¹⁶

5 Sklep

Plačilo davkov po ekonomski sposobnosti je torej temeljno načelo, na katerem morajo temeljiti davčni predpisi fiskalne narave v Sloveniji, čeprav to neposredno ne izhaja iz nobene ustavne določbe. Odstopi od tega načela so mogoči, vendar pa morajo zanje obstajati stvarni in utemeljeni razlogi, ki izhajajo iz narave stvari. To načelo mora upoštevati zakonodajalec pri sprejemanju davčnih določb fiskalne narave ter se v primeru odstopa od njega potruditi, da utemelji, zakaj je ta potreben. Za »dodatni« splošni olajšavi je bilo v tem članku prikazano, da sta sporni z vidika načela plačevanja davka po ekonomski sposobnosti oziroma z vidika subjektivnega neto načela, ki je izpeljano iz njega. To pa ni edini aktualni problem, kajti nedavno je v strokovni javnosti¹⁷ veliko prahu dvignila tudi sodna odločitev,¹⁸ ki je potrdila odločitev davčnih organov, da naknadna vplačila v družbo z omejeno odgovornostjo ne povečujejo nabavne vrednosti poslovnih deležev (kapitala). Tudi v tem primeru se zdi, da gre za kršitev načela plačevanja davka po ekonomski sposobnosti, ki je konkretizirano v že omenjenem objektivnem neto načelu. Upava, da bo k povečanju zavedanja o pomenu načela plačevanja davka po ekonomski sposobnosti pri sprejemanju zakonodaje in njeni uporabi pripomogel tudi ta članek, ki je lahko tudi dobra iztočnica za nadaljnje razprave na to temo, ki jih v slovenskem okolju žal primanjkuje.

Opombe / Notes:

¹ Nekateri avtorji razlikujejo plačilo davka glede na koristnost in plačilo davka glede na stroške (stroškovno načelo). Razlika med njima je v tem, da naj bi po prvi davke plačevali glede na koristi, ki jih imajo od njih, po drugi pa glede na stroške, ki nastajajo (Grassi, 2015).

² Na primer nadomestilo za uporabo stavbnega zemljišča je tak davek na posamezno vrsto premoženja, ki temelji na načelu ekvivalence, kar izhaja tudi iz stališč Ustavnega sodišča RS. Glej na primer odločbo U-I-357/98 z dne 15. marca 2001, 9. točka obrazložitve, v kateri je Ustavno sodišče RS obravnavalo povezavo med dodatno ugodnostjo in z njo povezanimi dodatnimi bremenmi.

³ Gre za tako imenovano teorijo enake žrtve, po kateri naj bi bili različni subjekti obdavčeni tako, da bi utrpeli enako žrtev oziroma izgubo blaginje (Stanovnik 2004).

⁴ Pri taki ureditvi se postavlja vprašanje, ali ustave omejujejo zakonodajalca, da bi sprejel davčni zakon, ki ne bi temeljil na načelu plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti. Odgovor je po Alexyu (2010) pritrđen, kajti (ustavna) načela so vselej nekakšne optimizacijske zahteve, ki naj se jih zasleduje glede na dejanske in pravne zmožnosti. Te možnosti pa lahko omejujejo tudi druga načela, ki se jim lahko nakloni večjo težo v posameznem primeru oziroma tudi tako da posamezno načelo popolnoma izgubi veljavnost.

⁵ Osnovno o zasebni avtonomiji v civilnem (zasebnem) pravu (Juhart, Možina, Novak, Polajnar-Pavčnik in Žnidaršič Skubic, 2016).

⁶ Nemško Zvezno ustavno sodišče je v zadevi 2 BvF 1/57 z dne 24. junija 1958 odločilo, da naj bi bila progresivna davčna stopnja del horizontalne pravičnosti, vendar tega svojega stališča pozneje ni ponovilo.

⁷ Se je pa neposredna progresivna obdavčitev utemeljevala s subjektivno koncepcijo načela plačevanja davka po ekonomski sposobnosti.

⁸ Opozoriti pa velja, da ima zakonodajalec sicer pristojnost predpisati progresivno obdavčitev, vendar pa ta ne sme biti arbitrarno določena, ampak mora biti višja obremenitev sorazmerna ugotovljeni različnosti položajev (odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-357/98 z dne 15. marca 2001, 9. točka obrazložitve, U-I-46/05 z dne 11. januarja 2007, 7. točka obrazložitve, U-I-313/13 z dne 21. marca 2014, 58. in 64. točka obrazložitve, sicer krši načelo enakosti pred zakonom glede prerazdeljevanja).

⁹ Stanovnik (2004) poudarja, da je vprašljivo, ali so za ugotavljanje ekonomske sposobnosti najprimernejši realizirani dohodki, potrošnja in premoženje, kajti v idealnih pogojih bi bilo namreč treba meriti sposobnost subjekta, da pridobiva dohodek, ne pa realizacija te sposobnosti.

¹⁰ Z drugimi besedami to pomeni, da davek na dohodek obdavčuje potencialno možnost potrošnje, davek na potrošnjo pa obdavčuje dejansko potrošnjo (Schenk in Oldman, 2007).

¹¹ Drugače kot pri danes veljavni ureditvi je jugoslovanska ustava iz leta 1974 v 195. členu določala, da naj davki temeljijo na načelu plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti.

¹² Sklep US RS, št. U-I-244/98 z dne 17. junija 1999, 3. točka obrazložitve.

¹³ Na primer odločbe U-I-10/98 z dne 22. aprila 1999, 5. točka obrazložitve, U-I-18/11 z dne 19. januarja 2012, 9. točka obrazložitve in U-I-313/13 z dne 21. marca 2014, 44. točka obrazložitve, sklep U-I-244/98 z dne 17. junija 1999, 3. točka obrazložitve.

¹⁴ Enaka je tudi utemeljitev odločbe U-I-296/95 z dne 27. novembra 1997, 11. točka obrazložitve.

¹⁵ Podrobneje o tem Terra in Kajus (2011).

¹⁶ Podrobneje o tem Podlipnik (2016).

¹⁷ Na primer Kocbek (2017).

¹⁸ Sodba Upravnega sodišča I U 1248/2015 z dne 8. novembra 2016.

Literatura / References:

Adams, C. (2001) *For Good and Evil – The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. Druga izdaja. Lanham: Madison Books.

Alexy, R. (2010) *The Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Beiser, R. (2016) *Steuern*. Štirinajsta izdaja, Dunaj: Facultas.

Birk, D., Desens, M. & Tappe, H. (2014) *Steuerrecht*. Sedemnajsta izdaja, Heidelberg: C. F. Müller.

Doralt, W., Ruppe, H. G. & Ehrke-Rabel, T. (2011) *Grundriss des österreichischen Steuerrechts*. Druga knjiga. Šesta izdaja, Dunaj: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Englisch, J. (2011) The Impact of Human Rights on Domestic Substantive Taxation – the German Experience. V G. Kofler, M. Póiares Maduro & P. Pistone (ur.), *Human Rights and Taxation in Europe and the World* (str. 285–302). Amsterdam: IBFD.

Englisch, J. (2014) Ability to Pay in European Tax Law. V Cécile Brokelind (ur.), *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law* (str. 439–464). Amsterdam: IBFD.

Grassi, C. M. (2015) Status and Impact of the Ability to Pay principle in the ECJ's Case Law Concerning Tax Benefits based on Personal and Family circumstances. Centre for European Studies Univerze z Lundu.

Jelčić, B. (2011) *Porezi – opći dio*. Zagreb: Visoka škola Libertas.

B. Koritnik & J. Podlipnik: Načelo obdavčitve po ekonomski sposobnosti kot primarni ustavnopravni temelj za davčne norme finančne narave

- Jelčić, B., Lončarić-Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H. & Mijatović, N. (2008) *Financijsko pravo i financijska znanost*. Zagreb: Narodne novine.
- Jochum, H. (2012) *Grundfragen des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Juhart, M., Možina, D., Novak, B., Polajnar-Pavčnik, A. & Žnidaršič Skubic, V. (2016) *Uvod v civilno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Kocbek, M. (2017) *Naknadna vplačila v kapital – pravna analiza in obdavčitev pri prodaji poslovnih deležev fizičnih oseb*. Ljubljana: SirIus.
- Lang, J. & Englisch, J. (2006) A European Legal Tax Order Based on Ability to Pay. V A. Amatucci (ur.), *International Tax Law* (str. 251–335). Aalphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Mijatović, N. (2004) *Oporezivanje imovine s posebnim osvrtom na oporezivanje nasljedstva i darova*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Pavčnik, M. (2013) *Teorija prava*. Četrta izdaja, Ljubljana: GV Založba.
- Podlipnik, J. (2016) *Ustreznost splošne dohodninske olajšave*. Pravna praksa, št. 38/2016, str. 6–8.
- Popović, D. (2014) *Poresko pravo*. Enajsta izdaja, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Schenk, A. & Oldman, O. (2007) *Value Added Tax: a comparative approach*. New York: Cambridge University Press.
- Seer, R., Hey, J., Montag, H., Englisch, J. & Hennrichs, J. (2013) *Steuerrecht*. Enaindvajseta izdaja, Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Stanovnik, T. (2004) *Javne finance*. Tretja izdaja, Ljubljana: Ekonomska fakulteta.
- Škof, B., Wakounig, M., Tičar, B., Jerman, S., Kopal, A. & Ferčič, A. (2007) *Davčno pravo*. Maribor: Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Davčno-finančni raziskovalni inštitut.
- Šturm, L. (ur). (2010) *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije.
- Terra, B. & Kajus, J. (2011) *Introduction to European VAT*. Amsterdam: IBDF.
- Tiley, J. & Loutzenhiser (2012) *Revenue Law*. Sedma izdaja, Oxford in Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a).
- Zakon o dohodnini – ZDoh-2 (Uradni list RS, št. 13/11 – uradno prečiščeno besedilo, 9/12 – odl. US, 24/12, 30/12, 40/12 – ZUJF, 75/12, 94/12, 52/13 – odl. US, 96/13, 29/14 – odl. US, 50/14, 23/15, 55/15 in 63/16).

CONSTITUTIONAL LAW CHALLENGES IN THE 21ST CENTURY
LIBER AMICORUM CIRIL RIBIČIČ
M. Žgur, N. Kogovšek Šalamon & B. Koritnik



II. Človekove pravice in ustavna demokracija

Evropska unija in Evropska konvencija o človekovih pravicah: preplet varstva človekovih pravic

SAŠA ZAGORC

Povzetek Avtor obravnava vse bolj dinamičen odnos več nacionalnih in nadnacionalnih normativnih in sodnih sistemov. Na podlagi Ribičičevega »evropskega trikotnika« je glavnina prispevka namenjena preverjanju, ali bi lahko bile človekove pravice v evropskem pravnem prostoru v nekaterih primerih kršene zaradi sistemsko pogojenih pomanjkljivosti v izrazito kompleksni soodvisnosti sodnih gremijev in specifične pravne narave nadnacionalnih entitet, še zlasti Evropske unije. V članku je prek predstavitve zgodovinskega razvoja človekovih pravic in relevantne sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice ter Sodišča Evropske unije ocenjen tudi obseg vzajemnega oplemenitenja in bogatenja pri varstvu človekovih pravic. Slovenski komentarji teh vprašanj za zdaj še niso uspeli analizirati onkraj normativnih in institucionalnih okvirjev, ta prispevek pa ponuja skromen poskus pomagati nacionalnim sodnikom k bolj prilagojenemu in poglobljenemu razumevanje ključne sodne prakse, saj so prav oni tisti, ki jih veže multipla obveznosti spoštovanja. Zavedajoč se finančnih, organizacijskih in drugih dejavnikov, ki ovirajo delo nacionalnih sodnikov, avtor opozarja, da jih neprijazno okolje lahko vodi v skušnjava, da pri odločanju odmislijo evropsko razsežnost.

Ključne besede: • človekove pravice • EKČP • Evropska unija • Sodišče Evropske unije • sodna praksa • ekvivalenčnost

NASLOV AVTORJA: Dr. Saša Zagorc, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: sasa.zagorc@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.8 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The European Union and the European Convention on Human Rights: Interweaving Human Rights Protection

SAŠA ZAGORC

Abstract The author addresses an ever-dynamic relationship between several national and supranational normative and jurisprudential systems. Starting from Ribičič's elaboration of the »European Triangle«, the main line of the contribution intends to verify if human rights in the European legal space might be violated in certain circumstances due to the systemic flaw in highly complex inter-dependence of judicial environments and specific legal nature of supranational entities, in particular of the European Union. By observing the historical dynamics, this article also assesses the extent of cross-fertilization and mutual enrichment in protecting human rights through respective case law of the European Court of Human Rights and Court of Justice of the European Union. While the Slovenian commentaries have failed so far to extend the analysis beyond the normative and institutional structure, this piece offers a modest attempt to assist national judges with a more tailor-made and profound understanding of the relevant case law as they are the ones that are quite strictly bound to respect a multiple obligation of loyalty. Being wary of financial, organisational and other factors that hinder the work of national judges, the author warns that the unfavourable environment might tempt judges to lose sight of the European dimension in the decision-making process.

Keywords: • human rights • ECHR • European Union • Court of Justice of European Union • case law • equivalence

CORRESPONDENCE ADDRESS: Saša Zagorc, Ph.D., University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: sasa.zagorc@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.8 ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor

Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Profesor Ciril Ribičič, katerega izbirni predmet Evropsko pravo človekovih pravic sem nasledil kot nosilec na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, se dodobra zaveda večrazsežnosti varstva človekovih pravic v evropskem prostoru. Ta pojav, ki se čedalje bolj uveljavlja, še zlasti z uveljavitvijo Lizbonske pogodbe in s procesom pristopa Evropske unije (EU) k Evropski konvenciji o človekovih pravicah (EKČP), je poimenoval »evropski trikotnik« (Ribičič, 2010: 109–125), drugi pa so ga poimenovali »evropski pravni prostor« (Huomo-Kettunen, 2013: 47). Z njim ne opisuje samo razmerja med nosilnimi pravnimi akti (ustava države, EKČP in Listina EU o temeljnih pravicah), ampak tudi razmerje med trojico sodišč (najvišje sodišče države, Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) in Sodišče Evropske unije (SEU)). Ugotavlja, da ta razmerja niso in verjetno tudi nikoli ne bodo povsem zakoličena. Menim, da v Ribičičevem prispevku ni najbolj bistvena gola opredelitev posameznih razmerij (»stranic«) v tem trikotniku, temveč intuitivna teza, ki jo slikovito primerja z Bermudskim trikotnikom, in sicer da lahko zaradi kompleksnosti takih razmerij pride do kršitev človekovih pravic, ki niso naključne, ampak sistemsko pogojene zaradi posebne pravne narave posameznih entitet, zlasti pa Evropske unije. V prispevku se sicer ne odmakne s posameznih stranic osnovnega trikotnika, zaradi česar ni zagrizel v dva pomembna vidika. Prvič, zaradi poudarka na ustavnopravne vidike in Ustavno sodišče spregleda, da evropski trikotnik primarno in najbolj intenzivno vpliva na delo sodnikov rednih sodišč (Martinico, 2012: 107–132). In drugič, v skrajnih in najbolj kompleksnih primerih so ti sodniki soočeni z dolžnostjo poznavanja »vseh stranic« hkrati in interakcije ter vzvodov med njimi. V prispevku želim njegovo za slovenske razmere pionirsko delo dopolniti prav s tem.

2 Nova stvarnost slovenskega sodnika (in drugih akterjev)

Več pravnih aktov za varstvo človekovih pravic ne pomeni samo dodatne utrditve idealnega oziroma idealiziranega položaja posameznika v mednarodnem pravnem redu – v tej luči je treba razumeti misel, da človekove pravice služijo za »*rassembler et non à diviser, à unir et non à désunir*« (Tulkens, Callewaert, 2002: 219) –, ampak tudi postavlja pripravljavce in izvrševalce domače zakonodaje, zlasti sodnike, pred zelo resna pravna, včasih pa tudi moralna vprašanja (Alkema, 2009: 1–19). Tako se morajo sodniki pri svojem delu v primeru pravnih praznin, nejasnih ali celo nasprotujočih si določb oziroma pri tehtanju med posameznimi priznanimi vrednotami pogosto zateči v razlago ustavnih in mednarodnih pravnih aktov ter iz njih sledeče sodne prakse. S tem se seveda krepí sodnikova dolžnost spoštovanja (angl. *obligation of loyalty*) in zagotavlja vpetost v neotipljivi in dokaj pomensko odprti sistem globalnega varstva človekovih pravic, pri čemer omenjena obveznost ni samo dvojna (Leczykiewicz, 2013), ampak je celo multipla (Martinico, 2012: 107). Na eni strani imamo šablonsko predstavo kontinentalnega – gotovo pa nekdanjega socialističnega – sodnika, ki zatrjuje,

da za svoje delo ne potrebuje nič več kot le zakonske določbe, na katere aplicira temeljne razlagalne metode, nova stvarnost za slovenskega sodnika pa je drugačna. Pri uporabi zakona mora sodnik upoštevati tudi Listino, koncepte temeljnih ekonomskih svoboščin v EU, zatem v okviru Sveta Evrope zlasti EKČP in nekatere druge zavezujoče konvencije, v mednarodnem prostoru pa predvsem oba splošna mednarodna pakta, konvencijo o statusu beguncev in konvencijo o otrokovih pravicah. Pri tem pa je treba opozoriti na sodnikovo dolžnost in usmeritev, da pozna predvsem sodno prakso ključnih sodišč.

Osnovna hierarhična – kolikor so zares taka – razmerja med mednarodnim pravom, pravom Evropske unije in nacionalnim pravnim redom so že kolikor toliko utrjena v zavesti tako študentov prava kot tudi tistih iz prakse (na primer obsežno in dosledno sklicevanje na sodno prakso ESČP in SEU s strani ustavnega sodišča). Vendar pa je za zdaj še premalo zavedanja o heterarhičnih oziroma prirejenih razmerjih, to je tistih, pri katerih jasne hierarhije ni oziroma ni polno sprejeta bodisi zaradi konceptualnih zadržkov, kot je recimo ustavni pluralizem, bodisi zaradi drugačnega temeljnega namena varstva človekovih pravic v posameznih naddržavnih entitetah (Avbelj, 2011: 744–763; Huomo-Kettunen, 2013: 47–65). Razumevanje takih razmerij, ki so že po sami definiciji bolj fluidna, je pomembno ne samo zato, da na primer bolje poznamo razmerje varstva človekovih pravic v Evropski uniji glede na EKČP, ampak tudi ker vpliva na vsakdanje delo sodnika pri zapletenih primerih.

3 Relativna komplementarnost

Ker je očitno heterarhičen in trenutno najbolj dinamičen, je smiselno predvsem osvetliti kompleksen odnos Evropske unije do najbolj znanega regionalnega instrumenta za varstvo človekovih pravic, EKČP. Čeprav nastala v dveh vzporednih pravnih sistemih, se pota unije in EKČP vse bolj križajo. V skladu z Wittgensteinovo tezo o nujnosti skupnega izhodišča (Wittgenstein, 2009) oziroma »*simultaneous commitment to a certain shared framework of co-existence*« (Avbelj & Komarek, 2012: 4), da bi sploh lahko smiselno razpravljali o obstoječih razlikah preučevanih naddržavnih tvorb in institucij, uvodoma ponavljam, kar je vsem samoumevno. Tako Svet Evrope kot tudi Evropska unija sta namreč mednarodni organizaciji, katere članstvo je pretežno enako (vse članice EU so države podpisnice EKČP in predstavljajo skoraj 60 odstotkov držav Sveta Evrope), njihov nastanek je bil večinoma pogojen s trpko izkušnjo in preseganja spopadov ter zagotavljanja miru (Bates, 2010). Sistema že po naravi stvari ne delujeta vsak k sebi, ampak sta institucionalno povezana prek držav članic in tudi črpati iz istorodnega vrednostnega okvira. Oba glavna nosilca sodne oblasti se želita postaviti v podoben vodilni oziroma avtoritativni položaj,¹ ki ga Ackerman opisuje, sicer za ustavo, kot »*culturally significant symbol*« (Ackerman, 1996: 6). Nekateri sicer zatrjujejo, še pred desetletjem Tulkens in Callewaert (2007), da sta si oba sistema »bolj ali manj tuja«, zato je bolj posrečeno govoriti o relativni komplementarnosti dveh vzporednih

pravnih sistemov. Nekdanji predsednik ESČP poudarja »proces vzajemnega oplemenitenja« (Bratza, 2013: 167).

Ta komplementarnost vplivanja je prav tako vzajemna in tudi dinamična, saj zahteva ustrezno normativno, institucionalno in pravovarstveno prilagajanje obeh entitet druge drugi. Tako se preplet regionalnega varstva človekovih pravic razteza od izrecne omembe EKČP v primarnih aktih Evropske unije do skupnih neformalnih sestankov sodnikov in ekspertov obeh sodišč o skupnih perečih vprašanjih. Jasno je, da se vpliv iz Strasbourgja ne izčrpa zgolj z zavezo o pristopu k EKČP, ampak prežema delo celotne Evropske unije. Po drugi strani pa tudi Evropsko sodišče za človekove pravice ne sme zanemariti stvarnosti, da je 28 konvencijskih strank povezanih v dinamično naddržavno tvorbo, ki pomembno in vse bolj posega na občutljiva pravna, politična, ekonomska in socialna področja, v okviru katerih lahko prihaja do posegov v človekove pravice, in je hkrati »kristalizacija soglasja večine držav podpisnic EKČP« (Bratza, 2013: 168).

Čeprav je razvidno na več ravneh, tako normativni kot tudi pri institucionalnem in praktičnem sodelovanju sodnikov in sodišč, da se zasleduje želja po čim večji usklajenosti, določena napetost vendarle obstaja in ostaja. K temu pretežno pripomore nelinearen razvoj varstva človekovih pravic v Evropski uniji, zato bo v nadaljevanju slednjemu namenjeno največ pozornosti.

4 Sodišče Evropske unije kot sodišče za človekove pravice ali kaj drugega

Evropska unija ima v temeljnih aktih zapisano vrednostno izhodišče, da spoštuje človekove pravice (2. člen Pogodbe o Evropski uniji), ki ga je v najbolj izostreni obliki poudarilo kot enega nosilnih v združeni zadevi *Kadi in Al Barakaat*.² Na prvi pogled se zdi, da so postale človekove pravice, z blagoslovom SEU, ultimativna mantra oziroma metapravilo znotraj Evropske unije in navzven, še zlasti zaradi zelo trdnega stališča do recepcije aktov mednarodnega prava, kar pa je izzvalo precejšnje začudenje in kritiko (Hendry, 2014: 63–76). Tudi nekateri vidni predstavniki sodišč niso skrivali drugačnih pogledov. Poskusimo slikovito prikazati to nelagodnost s pomočjo treh stališč nekdanjega predsednika SEU Vassiliosa Skourisa. Spoštovani sodnik (Skouris, 2005: 323–333) že pred uveljavitvijo Lizbonske pogodbe, vsaj implicitno, ni pristal na tezo o izključni vlogi SEU kot varuha človekovih pravic:

»Zatorej, če bi že iskal zrcalno podobo Sodišča Evropske unije v nacionalnih pravnih redih, se najverjetneje sam ne bi oziral proti ustavnim, temveč vrhovnim sodiščem. Verjamem, da je najbolj točna opredelitev Sodišča, da je hibrid, ki izvršuje tako funkcije vrhovnega kot ustavnega sodišča.«

Stališče je nato deloma omilil leta 2009 v slavnostnem nagovoru na slovenskem Ustavnem sodišču (Skouris, 2009: 9), pri čemer pa je bolj kot nosilni namen sodišča izpostavil enakovredno raven varstva pred obema nadnacionalnima sodiščema:

»Ne glede na pristop [k EKČP], vse dokler sodelovanje in medsebojno spoštovanje med luksemburškim in strasbourškim sodiščem ostaja trdno, ni strahu pred dvema vsebinsko drugačnima standardoma varstva človekovih pravic v Evropi.«

V zelo izpostavljenem govoru na kongresu FIDE (Skouris, 2014) pa je zelo jedrnato strnil svoj pogled na namen delovanja Sodišča Evropske unije:

»Sodišče Evropske unije ni sodišče človekovih pravic [*human rights court*], je vrhovno sodišče Evropske unije.«

Iz tega lahko razberemo več zamisli. Prvič, dojemanje najvišje sodne instance Evropske unije se spreminja, deloma nedvomno zaradi spremenjenega pravnega reda v zadnjem desetletju, deloma pa tudi še bolj ostro zastavljene paradigme o pomenu avtonomnosti pravnega reda Evropske unije in načela *effet utile* prava Evropske unije. Drugič, SEU seveda ščiti človekove pravice, toda te niso metapravilo obstoja, ampak eno od konkurirajočih konceptov in splošnih načel Evropske unije. Zato je nujno, da SEU odmerja domet človekovih pravic, če bi bila ogrožena druga temeljna načela EU (Besselink, 2014). Tretjič, temeljni nalogi obeh sodišč, tako luksemburškega kot tudi strasbourškega, se deloma prekrivata, vendar nista identični. Četrtič, enostranska ravnanja katerekoli strani, ki puščajo v nemar interese druge strani, lahko vodijo k različnim standardom varstva človekovih pravic in s tem k zmanjšanju pravne varnosti in jasnosti oziroma koherentnosti pravnega reda. Slednje je razvidno že iz odzivov na sprejem Protokola št. 16 k EKČP glede posebnega preliminarne svetovalnega mnenja za najvišja sodišča podpisnice konvencije (Callewaert, 2014; Gabrič, 2014) in dokaj neposrečeno mnenje SEU 2/13 o skladnosti osnutka pristopne pogodbe Evropske unije k EKČP.³ In navsezadnje, preizpraševanje sodniške identitete je tudi izkaz miselnih premis sodnikov, ki nam povedo, kako se sistem samodefinira (Lah, 2009: 7).

5 Zgodovinski oris varstva človekovih pravic v Evropski uniji

Zaveza Evropske unije k spoštovanju človekovih pravic ima pestro zgodovino. Če na kratko povzamemo, začeni tako rekoč iz nič, je bila nato kot splošno pravno načelo izoblikovana v okviru sodnega sistema. Zatem človekove pravice izrecno dobijo status primarnega prava z Lizbonsko pogodbo in ga utrdijo s polno uveljavitvijo Listine EU o temeljnih pravicah. V nadaljevanju bom predstavil položaj človekovih pravic v Evropski uniji razvojno, in sicer skozi tri faze.

5.1 Formativna faza skozi izoblikovanje komunitarnega splošnega pravnega načela

Kot izhaja iz zadev *Stork*⁴ in *Geitling*,⁵ Sodišče že od vsega začetka ni bilo naklonjeno ideji, da bi moralo biti komunitarno pravo v skladu s človekovimi pravicami, zapisanimi

v ustavnem redu držav članic. Prav tako se sodišče izogiba odgovoru, kakšen pa je, če sploh, pomen človekovih pravic v Evropski skupnosti. Šele z zadevo *Stauder*⁶ se vzpostavi splošno pravno načelo v Evropski skupnosti. To pomeni, da je postalo pravni vir evropskega prava in tudi razlagalno merilo. Z zadevo *Internationale Handelsgesellschaft*⁷ pride do pomembnega preloma, saj se nadgradi pomen splošnega načela v luči načela primarnosti evropskega prava. Ne samo, da človekove pravice zavezujejo, ampak so tudi pomemben del evropskega prava, ki velja tudi za ceno nasprotovanja nacionalnim določbam o človekovih pravicah. V zadevi *Nold*⁸ se je sodišče prvič ozrlo k drugim mednarodnim pravnim aktom varstva človekovih pravic, predvsem tistim, katerih podpisnice so države članice Evropske skupnosti, in njihov pomen opredelilo kot »smernice, ki jim moramo slediti v okviru komunitarnega prava«. V zadevi *Hauer*⁹ je Sodišče prvič izrecno omenilo EKČP, saj je razumelo pravico do zasebne lastnine kot del komunitarnega prava v skladu s stališči, ki so skupna ustavnim redom držav članic, ki pa so prav tako odsev pravice iz Protokola 1 k EKČP. Omenjeno stališče je pravzaprav še zdaj vsebinsko enako opredeljeno v 6. členu Pogodbe o Evropski uniji. V zadevi *Hauer* se tudi nakaže še danes pomembno stališče, da je treba človekove pravice in njihove omejitve v Evropski uniji razumeti v luči ciljev splošnega, javnega, interesa (angl. *objectives of common interest*), ki ga zasleduje ta skupnost. V zadevi *Johnston*¹⁰ je Sodišče izrecno potrdilo poseben pomen Evropske konvencije o človekovih pravicah. Iz sodne prakse SEU prav tako izhaja, da je spoštovanje človekovih pravic pogoj za zakonitost aktov EU¹¹ in da v Skupnosti niso dopustni ukrepi, ki niso združljivi s spoštovanjem človekovih pravic.¹² In, navsezadnje, države članice ne smejo kršiti človekovih pravic, ko izvršujejo zakonodajo EU ali ravnajo v skladu s pravom EU.¹³

Zdaj so človekove pravice, kot jih zagotavlja EKČP, opredeljene v pravnem redu Evropske unije, kot splošno pravno načelo tudi na normativni ravni, in sicer v tretjem odstavku 6. člena Pogodbe o Evropski uniji.

5.2 Normativna faza: lastni katalog človekovih pravic

S pravnega vidika, zlasti predvidljivosti in jasnosti normativnih podlag, je bilo za pričakovati, da si mora Evropska unija prej ali slej oblikovati lastni katalog človekovih pravic in svoboščin. Čeprav je že Enotna evropska listina v preambuli omenjala zavezo spoštovanja človekovih pravic, je enako, vendar na normativni ravni, opredelila šele Pogodba o Evropski uniji iz Maastrichta (drugi odstavek člena F). Pomembneje je, da se je kmalu po ustanovitvi Evropske unije ideja o nujnosti oblikovanja bodisi lastnega kataloga človekovih pravic in svoboščin bodisi pristopa k že veljavnim mednarodnim sporazumom tako okreplila, da je bil v letih 1994–1995 pripravljen prvi osnutek pristopne pogodbe k EKČP. To je tudi razumljivo, saj je Evropska unija izrazito posegla v polje politično občutljivega sodelovanja prek okvirov ekonomske zveze in je zavoljo legitimnosti lastnega delovanja nujno potrebovala pravovarstveni mehanizem na najvišji

ravni. Sodišče je bilo nato vprašano o osnutku pristopnega sporazuma Evropske unije k EKČP in je izdalo mnenje 2/94, v katerem je zapisalo, da ni pravne podlage v tedaj obstoječih primarnih aktih Evropske unije. Za kaj takega bi bilo torej treba sprejeti izrecne pravne podlage.

Evropska unija, kot vemo, še ni pristopila k Evropski konvenciji o človekovih pravicah, vendar je postopoma vendarle prišla do zavezujočega in lastnega kataloga človekovih pravic in svoboščin, Listine EU o temeljnih pravicah, ki ji je bila z Lizbonsko pogodbo dana pravna veljavnost primarnega prava. Listina je res celovit in obsežen pravni akt, katerega vsebina pravic se razteza od osebnostnih, procesnih, političnih, ekonomskih do socialnih pravic, vendar je njena dejanska veljava okrnjena zaradi vrste omejitev. Tako se z določbami Listine nikakor ne smejo širiti pristojnosti Unije, opredeljene v Pogodbah. Listina ne velja za vsa oblastna ravnanja organov držav članic, ampak le za tista, s katerimi se izvršuje pravo Evropske unije. Prav tako se uresničujejo pravice, ki jih priznava ta Listina in jih urejajo določbe Pogodb, v skladu s pogoji in v mejah, opredeljenih v teh pogodbah.

Kljub sistemskim slabostim je možno zaznati tudi dobre rešitve, ki črpajo iz ustaljene prakse drugih sodišč. Tako sta bili EKČP in njena obsežna sodna praksa za pripravljavce Listine nedvomno navdih, ki tudi odseva v 52. in 53. členu Listine. V prvem od teh členov je opredeljena identitetna klavzula, s čimer se zlasti zagotavlja konsistentnost med obema aktoma. Torej, kolikor ta listina vsebuje pravice, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z EKČP, sta vsebina in obseg teh pravic enaka kot vsebina in obseg pravic, ki ju določa navedena konvencija. Določeno je tudi načelo minimalnega varstva konvencijskih pravic v pravu Evropske unije, in sicer identitetna klavzula ne preprečuje širšega varstva po pravu Unije. V 53. členu je dodana še varnostna klavzula (fr. *clause de sauvegarde*), in sicer se nobena določba te listine ne sme razlagati kot omejevanje ali zoževanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki jih na njihovem področju uporabe priznavajo pravo Unije, mednarodno pravo in mednarodni sporazumi, katerih pogodbenica je Unija ali vse države članice, predvsem Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter ustave držav članic.

5.3 Institucionalna faza: vpetost v mednarodni pravni prostor

Proces vpenjanja sistema varstva človekovih pravic Evropske unije v sistem drugih mednarodnih gremijev je poln vzponov in padcev, zato je treba poudariti vprašanje pristopa EU k EKČP in nekatere dileme, ki jih je bolj ali manj uspešno razgrnilo SEU v Mnenju 2/13. Od uveljavitve Lizbonske pogodbe obstaja posebna pravna podlaga v 6. členu PEU za pristop Evropske unije k EKČP, s katero pa se ne smejo spremeniti njene pristojnosti, določene v primarnem pravu. Pristop Evropske unije ni predviden k drugim konvencijam Sveta Evrope, tako da te ostajajo kot del mednarodnega prava človekovih pravic le smernica pri uporabi prava Evropske unije.

Eden od namenov pristopa EU k EKČP je med drugim tudi razbremeniti države odgovornosti za ravnanja, ki dejansko izvirajo iz prava Evropske unije, kjer pa ne morejo več polno uveljavljati svoje nacionalne suverenosti.

Protiutež povsem jasni zavezi k pristopu je opredeljena že s protokolom št. 8 Lizbonske pogodbe, ki ima enako pravno veljavnost kot Pogodbi. Ta med drugim določa, da mora sporazum o pristopu vsebovati določbe za ohranitev posebnih značilnosti Unije in prava Unije ter zagotoviti, da pristop ne vpliva niti na pristojnosti Unije in njenih institucij niti na posebni položaj držav članic v razmerju do EKČP in niti na 344. člen PDEU.¹⁴ Pristop k EKČP je torej pogojen s pravnim sistemom, ki ima posebne značilnosti, ustavni okvir in lastna temeljna načela, posebej dodelan institucionalni okvir in zaključeno celoto pravnih pravil.

Vzrokov, zakaj je SEU odreklo soglasje pristopnemu sporazumu, je deset (Morano-Foadi & L. Vickers, 2015). Sodišče v obrazložitvi ne trdi, da so ovire za njegovo skladnost s primarnim pravom in temeljnimi koncepti EU nepremostljive, ampak največkrat uporabi frazo, da v njem ni zadostnih varovalk za ohranitev posebnega položaja prava EU, zato pristop k EKČP (še) ni mogoč. Obravnavali bomo le tiste tri argumente sodišča, ki so najtesneje povezani s položajem ESČP in EKČP.

Prvič, najpogostejši je argument ogrožitve polne, avtonomne, učinkovite in praktične uporabe prava Evropske unije. Tako se je SEU ustrašilo uveljavitve 53. člena konvencije, ki dopušča višje varstvo pravic v državah podpisnicah, kot jih predvideva konvencija. Pa čeprav ima tudi Listina EU podobno določbo v 53. členu. ESČP po naravi stvari razume to določbo absolutno, saj pazi le na minimalne konvencijske standarde, že zadeva *Melloni*¹⁵ pa nam razkrije, da v nekaterih primerih, ko je prišlo do enotne ureditve nekega vprašanja v Evropski uniji, po mnenju SEU ne sme biti tako.

Drugič, argument ogrožitve avtonomije prava Evropske unije je Sodišče poudarilo tudi glede tveganj, ki jih prinaša protokol 16 k EKČP, h kateremu Unija sicer ne bo pristopila in tudi še ne velja. V tem protokolu je predvideno postavljanje zahtev po svetovalnem mnenju o razlagi in uporabi konvencijskih pravic. SEU ocenjuje, da bi lahko države z zatekanjem v Strasbourg mimo luksemburškega sodišča ogrozile avtonomijo pravnega reda Evropske unije.

Tretjič, pristop Evropske unije k EKČP bi lahko ogrozil spoštovanje načela medsebojnega zaupanja glede spoštovanja človekovih pravic med državami članicami Evropske unije, zlasti na področju svobode, varnosti in pravice. Iz sodne prakse ESČP je razvidno (na primer *M.S.S. proti Grčiji in Belgiji*¹⁶ in *Tarakhel proti Švici*¹⁷), da sodišče ne okleva od držav zahtevati presojo individualnih okoliščin, če ocenjuje sistem druge države za disfunkcionalen oziroma da ima sistemske težave. To pa je bilo v

ostrem nasprotju z dolgo veljavno prakso SEU, naj na primer omenim le dve zelo sporni zadevi, in sicer *NS in ME*¹⁸ ter zlasti *Abdullahi*,¹⁹ v katerih so sodniki dejali, da lahko samo sistemske težave preprečijo predajo prosilca za mednarodno zaščito drugi državi. Ker bi se morale države medsebojno preverjati, bi bilo po mnenju sodišča ogroženo medsebojno zaupanje držav. SEU je svoje stališče prilagodilo šele v zadevi *C. K. in drugi*.²⁰

Komentarji na omenjeno mnenje Sodišča so bili zelo pesimistični, celo cinični, nekateri so vsaj poskušali razvozlati, kateri racionalni razlogi so oziroma bi lahko Sodišče vodili k tako ostremu negativnemu mnenju. Tako je bilo izraženo začudenje, kako se je Sodišče Evropske unije s to zadevo prelevilo iz Davida, ki ga je krasila pokončna zavezanost človekovim pravicam v odmevni zadevi *Kadi in Al Barakaat*, v Goljata, ki ni pripravljeno prisluhniti klicu človekovih pravic (Barnard, 2015).

6 Tleči konflikt

Prav okoliščina, da je SEU predvsem vrhovno sodišče in preprečuje ogrožanje praktične uporabe prava Evropske unije, lahko trči ne samo v nacionalne standarde varstva človekovih pravic, kot v zadevi *Melloni*, ampak lahko (posredno) posega še dlje, tudi v konvencijske standarde. EKČP se namreč uporablja za vsa dejanja in opustitve držav podpisnic, ne glede na to, ali in kdaj so postale članice Evropske unije, in ne glede na to, ali uporabljajo pravo Evropske unije ali ne. Operativno gledano pa je sodna praksa ESČP vpeta v obrazložitve sodb SEU, pri čemer je pogosto stališče, da je treba sekundarne akte EU razlagati v luči spoštovanja človekovih pravic, kot jih opredeljuje EKČP.²¹

Konflikt med unijskim in konvencijskim varstvom, vse dokler se ne zgodi pristop EU k EKČP, je zgolj posreden in tli. Storgaard napetost pripisuje tudi »formalni fasadi SEU v luči samozadostnosti temeljnih pravic, s katero lahko zakamuflira, da so vsebinske obrazložitve glede varstva človekovih pravic v skladu s konvencijskimi standardi« (Storgaard, 2015: 515). Preko pleč držav članic, ki morajo hkrati izpolnjevati minimalne standarde konvencijskega varstva in se podrediti *effet utile*, avtonomnosti in primarnosti prava Evropske unije, se pogosto poskuša volka nasiti in kozo ohraniti celo. Na področjih družbenega urejanja, na katerih se konvencijsko in unijsko varstvo ne prekrivata, je razmejitev in posledično tudi heterarhičnost odnosov med obema sodiščema dovolj jasna in premočrtna. Poveden je razmeroma istočasen sprejem v odločanje in končna odločitev v zadevah *Grogan*²² in *Open Door*²³ glede obveščanja javnosti o zakonitem splavu v Združenem kraljestvu.

Težave je mogoče zaznati pri tistih področjih družbenega urejanja, ki se tudi vsebinsko prekrivajo oziroma prepletajo, kar potrjuje tudi sodna praksa. Zlasti juridizacija področja svobode, varnosti in pravice, s čimer je SEU dobilo pristojnost nadzora nad

zelo občutljivimi načini poseganja v človekove pravice, kot so pravica do mednarodne zaščite, prepoved dvojnega kaznovanja, omejitve pri izročanju drugih državi, načelo *non-refoulement*, družinske pravice, zlasti v razmerjih do otrok, in tako dalje, je zajadrala tudi na tradicionalna področja, ki jih obravnava tudi strasbourško sodišče. Ker obe sodišči izhajata iz podmene, da sta v okviru svojih pristojnosti zadnji, pri čemer SEU ni glavni cilj varstvo človekovih pravic, lahko pride in občasno tudi pride do nasprotujočih si odločitev obeh sodišč.

Tipičen primer tlečega konflikta je znana zadeva *Melloni*, v katerem je bilo ključno, da je varstvo pravice do poštenega sojenja za primer nenavzočnosti po španski ustavi višje kot varstvo, ki ga zagotavlja pravo Evropske unije prek Evropskega naloga za prijetje in predajo. Sodišče je v skladu z uveljavljeno doktrino primarnosti in načelom učinkovitosti odločilo, da je v primerih take kolizije na področjih prava EU, za katerih učinkovitost je njegova enotna uporaba nujna, raven varstva v skladu s 53. členom Listine taka, kot jo zagotavlja Listina, in ne višja. Posledica tega je nižja raven varstva pravic v državah članicah, vendar pa je to na nekaterih področjih prava EU neizogibno, saj bi bila sicer njegova učinkovitost v bistvenem delu okrnjena. Kot pravi Besselink, zadeva *Melloni* je ponovni poskus preobrazbe načela primarnosti v polno supremacijo prava Evropske unije v razmerju do ustav držav članic preko okvirjev iz zadeve *Costa v. ENEL*. Ta zadeva je bila nekoč emancipatorna z načelom primarnosti pravic, ki jih lahko posameznik neposredno uveljavi na podlagi prava Evropske unije, zdaj pa na podlagi tega načela kršijo pravice zaradi nujnosti medsebojnega zaupanja med državami članicami Evropske unije (Besselink, 2014). Posledično si Sodišče prisvaja, sicer zelo osporavano, pristojnost, da odloča o uporabljivosti ustav držav članic, kljub dokaj jalovim poskusom upiranja ustavnih sodišč temu *in abstracto*.

Odločitev nacionalnega sodišča, ki zvesto sledi sodbi SEU, inherentno pomeni povečano tveganje, da bi z znižanjem ustavnega varstva prišlo do kršitve minimalnih standardov varstva konvencijskih pravic. Ključno je torej, ali je sekundarna zakonodaja Evropske unije v skladu s konvencijskimi minimalnimi standardi. Pripravljalci aktov Evropske unije temu vprašanju sicer namenjajo ogromno pozornosti. Z vidika sodnega varstva pa zadošča, da Sodišče Evropske unije na načelni, abstraktni ravni ugotovi skladnost sekundarnega pravnega akta z EKČP. Torej, čeprav zgolj na abstraktni ravni, je vendarle prišlo do simbolne podreditve pravnega reda Evropske unije pravnemu redu EKČP.

Toda zadnjo besedo ima v praksi skoraj vedno SEU, še zlasti če do postopka pred ESČP sploh ne pride. Kaj pa če domnevna žrtev vendarle sproži postopek pred ESČP, kjer zatrjuje kršitev konvencijskih pravic z ravnanji oziroma opustitvami držav članic, ki imajo pravno podlago v pravu Evropske unije?

ESČP načeloma zagovarja režim medsebojnega spoštovanja in zaupanja, s katerim je skozi sodno prakso (*Bosphorus*,²⁴ *Michaud*,²⁵ *M.S.S.*, *Povse*²⁶ n *Avotiņš*²⁷) oblikovalo zadržke do polne presoje ravnanj toženih držav, ki temeljijo na pravu Evropske unije. Tako se dejansko ESČP samoomeji na vsebinsko presojo zgolj tistih ravnanj in opustitev države, ki so najočitnejša.

Doktrina ekvivalenčnega varstva je bila sodišču znana že pred zadevo *Bosphorus*. V zadevi *M & Co. proti Nemčiji*²⁸ je namreč poudarilo, da prenos pristojnosti na mednarodno organizacijo ni v nasprotju s konvencijo, če imajo temeljne pravice znotraj te organizacije enakovredno varstvo. Nekatera nosilna stališča iz zadeve *Bosphorus* so postala ustaljena, in sicer:

- države podpisnice se ne morejo v celoti razbremeniti spoštovanja konvencijskih obveznosti zgolj s sledenjem obveznostim kot članica mednarodne organizacije, na katero so prenesle del svojih pristojnosti;
- če mednarodna organizacija spoštuje temeljne pravice, tako glede vsebinskih varovalk kot tudi mehanizmov, s katerimi zagotavlja njihovo spoštovanje, in ESČP to ocenjuje kot enakovredno (angl. equivalent), ne pa identično, torej zadošča že primerljivo, velja domneva, da se država ni odmaknila od konvencijskih standardov, kadar le izvršuje pravne obveznosti, ki izvirajo iz članstva v mednarodni organizaciji;
- sodišče lahko spremeni svojo stališče o ekvivalenčnosti glede na morebitne spremembe v okviru varstva temeljnih pravic; glede na to, da je bila med primeroma *Bosphorus* in *Avotiņš* uveljavljena še Listina EU o temeljnih pravicah, ki ima status primarnega prava, je domneva a fortiori okrepljena;
- država ostane odgovorna za vsa ravnanja, ki ne spadajo v krog njenih mednarodnih obveznosti, še zlasti če ima diskrecijo pri izvrševanju teh obveznosti;
- domneva ekvivalenčnosti je ovrgljiva, če bi bilo konvencijsko varstvo glede na konkretne okoliščine primera očitno pomanjkljivo (angl. manifestly deficient). Načelo medsebojnega zaupanja in mednarodnega sodelovanja se mora v takem primeru umakniti EKČP kot 'constitutional instrument of European public order' na področju človekovih pravic;
- ratio domneve ekvivalenčnosti je torej v odvrnitvi dileme, s katero se sooči država podpisnica konvencije zaradi prenosa dela svoje suverenosti na mednarodno organizacijo in nespremenljive zaveze za spoštovanje konvencijskih pravic.

ESČP torej priznava, da je mehanizem varstva temeljnih pravic v Evropski uniji, če se uresniči v največji možni meri, primerljiv s konvencijskim varstvom, še zlasti glede na položaj in pristojnosti SEU in kljub dejstvu, da je individualni dostop na tem sodišču znatno zožen kot dostop do strasbourškega sodišča. Kar malce komično je, da strasbourško sodišče ocenjuje položaj luksemburškega sodišča kot primerljivega varovalca ustavnega javnega reda na evropskih tleh, sami sodniki pa se te oznake zelo otepajo.

V zadevi *Michaud proti Franciji* je ESČP jasneje opredelilo oba kriterija, s katerima država lahko izkaže »zavezane roke« pri izvrševanju prava EU: odsotnost polja prostega odločanja pri uporabi prava Evropske unije s strani držav članic, s čimer je predvsem naredilo splošno distinkcijo med uredbami in direktivami, ki pa ni povsem vodotesna. Drugi pogoj pa zahteva izrabo »polnega potenciala« nadzornih mehanizmov, ki jih ponuja pravo Evropske unije, zlasti postopek predhodnega vprašanja.

V konkretnem primeru domneva ni bila vzpostavljena, saj je francoski Državni svet zavrnil postavitev predhodnega vprašanja, hkrati pa je imela Francija možnost izbire, kako bo direktivo prenesla v notranji pravni red.

Velja še tudi na kratko opozoriti, zakaj domneva ekvivalenčnosti ni bila vzpostavljena vsaj za Belgijo v zadevi *M.S.S. proti Belgiji in Grčiji* kljub dolžnosti uporabe Dublinske uredbe o določitvi pristojne države za presojo prošnje za mednarodno zaščito. Po tej uredbi imajo namreč države, v kateri se prosilec za azil nahaja, upravičenje uporabiti t. i. klavzulo o suverenosti, in s tem preprečiti, da bi bil prosilec vrnjen v državo, v kateri bi mu bile kršene temeljne pravice. To pomeni, da imajo razmeroma odprto polje odločanja pri uporabi prava EU.

Rezultat zadeve *Avotiņš* je bil še posebej pričakovan, saj je marsikdo postavljal pod vprašaj nespremenjeno uporabo *Bosphorus* domneve ekvivalenčnosti po izdaji mnenja št. 2/13; z drugimi besedami, prišlo je do pomembnega vpliva na pravno polje varstva človekovih pravic (Bergé, 2016).

Bistvo primera se je nanašalo na sklep latvijskih sodišč o izvršitvi sodbe ciprskega sodišča, na podlagi katere bi moral pritožnik plačati dolgovani znesek, ki je bil pogodbeno dogovorjen s ciprskim podjetjem. Težava je bila v tem, da pritožnik ni bil seznanjen s postopkom pred ciprskimi sodišči zaradi domnevno napačno vročene sodne pošiljke na latvijski naslov. Latvijska sodišča so odločala upoštevaje tedaj veljavno uredbo Bruselj I. Sodišče doktrine *Bosphorus* ni spremenilo in je presenetljivo, glede na okoliščine primera, štelo varstvo dolžnikovih pravic po unijskem pravu za ekvivalenčno vsaj minimalnim konvencijskim standardom. Natančna analiza primera, zlasti pa ločeno mnenje sodnika Saja, nakazuje resnost konkretne dileme, kako opravičiti omejitev pravice do sodnega varstva in enakosti orožij. ESČP je poudarilo kot ključno, da pritožnik pred latvijskimi sodišči ni uveljavljal nekaterih očitkov zoper napačno uporabo uredbe Evropske unije in jih je bilo zato tudi ESČP prekludirano upoštevati.

Zadeva *Avotiņš* odstopa od strogega standarda iz zadeve *Michaud*, ko pravi, da je treba drugi pogoj za uveljavitev doktrine *Bosphorus* razumeti brez pretiranega formalizma in z upoštevanjem posebnosti nadzornega mehanizma v Evropski uniji. Ne bi služilo nobenemu koristnemu namenu pri uporabi doktrine *Bosphorus*, če bi od domačih sodišč zahtevali sprožitev postopka predhodnega vprašanja v vseh primerih brez izjeme,

vključno s tistimi primeri, v katerih ni pristnega in resnega problema v zvezi z varstvom temeljnih pravic v pravu Evropske unije, ali v tistih primerih, ko je SEU že natančno opredelilo, kako naj se določbe prava Evropske unije uporabljajo na način, ki je skladen s temeljnimi pravicami.

7 Sklep

Kaj večrazsežnost varstva človekovih pravic pomeni za delo domačih sodnikov in praktikov? V prispevku obravnavana sodna praksa je svojevrstna in izstopa iz okvirjev, zato na prvi pogled namiguje, da je sodniki pri svojem delu ne bodo pogosto potrebovali. S tem se ne morem strinjati. Šele zavedanje o kompleksnosti, zatem pa še ponotranjenje temeljnih vzvodov v »evropskem trikotniku« sodniku omogoča, da sploh zazna zahtevnost primera, ki ga ima pred sabo. Sprotno učenje ni mogoče oziroma je prepozno.

Sodnikov angažma v takih primerih ni preprost. Soočen je že s paradoksom, in sicer da več pravnih aktov za varstvo človekovih pravic povzroča več težav. *Less is more*, toda ni se mogoče izmuzniti resničnosti več nadnacionalnih pravno-političnih tvorb z različnimi nameni in poglobljenostjo medsebojnega sodelovanja, kljub skupnemu vrednostnemu izročilu. Sodnikova naloga je, da skozi labirint pravnih aktov izostri pravni in vrednostni okvir, na katerem potem sloni odločitev v konkretnem primeru. Sodnik se lahko tudi odloči za drugo pot – preprostejšo, toda napačno –, da se ne zmeni za težavnost primera. Z drugimi besedami, zanika ali spregleda obstoj »evropskega trikotnika«, primer dojema zgolj kot daljico med nacionalnim in konvencijskim pravom človekovih pravic oziroma med nacionalnim pravom in pravom Evropske unije. Še huje, če se evropske razsežnosti sploh ne zaveda.

Zato večrazsežnost varstva človekovih pravic najprej zahteva več skrbnosti sodnikov pri spremljanju sodne prakse najvišjih sodišč in nadnacionalnih gremijev, kljub finančnim, časovnim in organizacijskim omejitvam njihovega dela. Opozorila ne veljajo le za sodnike. Še posebej praktiki morajo biti previdni, da na primer z opustitvami pri uveljavljanju stališč glede napačne uporabe prava Evropske unije ne zavržejo tudi sicer prepričljivih argumentov pred ESČP.

Po drugi strani pa sodna praksa najvišjih sodišč v Evropi lahko sodnikom nudi varstvo pred pogosto neutemeljenimi napadi in očitki političnega odločanja.

Dolgoročno pa gre vsaj za relativno krepitev predvidljivosti pravnega reda ne glede na državne meje v Evropi in soustvarjanje ustavnih temeljev evropskega javnega reda ne oziraje se na občasne ovire.

Opombe / Notes:

- ¹ Glej na primer sodbo ESČP v zadevi *Bosphorus* in sodbo SEU v zadevi *Costa v. E.N.E.L.*
- ² Sodba Sodišča Evropske unije, združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P, *Kadi in Al Barakaat*, z dne 3. septembra 2008.
- ³ Mnenje Sodišča Evropske unije 2/13 z dne 18. decembra 2014.
- ⁴ Sodba Sodišča EGS v zadevi 1/58 *Stork*, z dne 4. februarja 1959.
- ⁵ Sodba Sodišča EGS v zadevi 2/56 *Geitling*, z dne 20. marca 1957.
- ⁶ Sodba Sodišča EGS v zadevi 29/69 *Stauder*, z dne 12. novembra 1969.
- ⁷ Sodba Sodišča EGS v zadevi 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, z dne 17. decembra 1970.
- ⁸ Sodba Sodišča EGS v zadevi 4/73 *Nold* z dne 14. maja 1974.
- ⁹ Sodba Sodišča EGS v zadevi 44/79 *Hauer* z dne 13. decembra 1979.
- ¹⁰ Sodba Sodišča EGS v zadevi 222/84 *Johnston* z dne 15. maja 1986.
- ¹¹ Mnenje Sodišča ES v zadevi 2/94 z dne 28. marca 1996.
- ¹² Sodba Sodišča ES v zadevi C-112/00 *Schmidberger* z dne 12. junija 2003.
- ¹³ Sodba Sodišča EGS v zadevah 46/87 in 227/88 *Hoescht* z dne 21. septembra 1989.
- ¹⁴ Člen 344 PDEU določa: »Države članice se obvezujejo, da bodo spore glede razlage ali uporabe Pogodb reševale le na načine, določene v Pogodbah«.
- ¹⁵ Sodba Sodišča EU v zadevi C-399/11 *Melloni* z dne 26. februarja 2013.
- ¹⁶ Sodba ESČP v zadevi *M.S.S. proti Grčiji in Belgiji*, št. 30696/09 z dne 21. januarja 2011.
- ¹⁷ Sodba ESČP v zadevi *Tarakhel proti Švici*, št. 29217/12 z dne 4. novembra 2014.
- ¹⁸ Sodba Sodišča EU v združeni zadevi C-411/10 in C-493/10 *N.S. in M.E.* z dne 21. decembra 2011.
- ¹⁹ Sodba Sodišča EU v zadevi C-394/12 *Abdullahi* z dne 10. decembra 2013.
- ²⁰ Sodba Sodišča EU v zadevi C-578/16 *PPU C. K. in drugi proti Republiki Sloveniji* z dne 16. februarja 2017.
- ²¹ Na primer sodba Sodišča ES v zadevi C-413/99 *Baumbast* z dne 17. septembra 2002.
- ²² Sodba Sodišča EGS v zadevi C-159/90 *Grogan* z dne 4. oktobra 1991.
- ²³ Sodba ESČP v zadevi *Open Door and Dublin Well Woman proti Irski*, št. 14234/88 z dne 29. oktobra 1992.
- ²⁴ Sodba ESČP v zadevi *Bosphorus proti Irski*, št. 45036/98 z dne 30. junija 2005.
- ²⁵ Sodba ESČP v zadevi *Michaud proti Franciji*, št. 12323/11 z dne 6. decembra 2012.
- ²⁶ Sklep ESČP v zadevi *Povse proti Avstriji*, št. 3890/11 z dne 18. junija 2013.
- ²⁷ Sodba ESČP v zadevi *Avotiņš proti Latviji*, št. 17502/07 z dne 23. maja 2016.
- ²⁸ Odločba Evropske komisije za človekove pravice o dopustnosti pritožbe v zadevi *M. & Co. proti Zvezni Republiki Nemčiji*, št. 13258/87 z dne 9. februarja 1990.

Literatura / References:

- Ackerman, B. (1996) *The Rise of World Constitutionalism*. Yale Law School Legal Scholarship Repository. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ylsop_papers (31. 3. 2017).
- Alkema, E. A. (2009) *Channelling International Law into the Domestic Legal Order – Some Practices and Constitutional Problems*. Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law, H. J. Snijders & S. Vogenauer (ur.). München: Sellier European Law Publishers, str. 1–19.
- Avbelj, M. (2011) *Supremacy or Primacy of EU Law—(Why) Does it Matter?* *European Law Journal* (2011) 6, str. 744–763.
- Avbelj, M. & Komarek, J. (2012) *Introduction*. *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. M. Avbelj & J. Komarek (ur.). Oxford: Oxford University Press, str. 1–10.
- Barnard, C. *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining*. <http://eulawanalysis.blogspot.si/2015/02/opinion-213-on-eu-accession-to-echr.html> (23. 4. 2017).
- Bates, E. (2010) *The Evolution of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Bergé, J. S. (2016) *Avotins ou le calme qui couve la tempête*. <http://www.gdr-elsj.eu/2016/05/26/cooperation-judiciaire-civile/avotins-ou-le-calme-qui-couve-la-tempete/> (31. 3. 2017).
- Besselink, L. (2014) *The ECJ as the European “Supreme Court”: Setting Aside Citizens’ Rights for EU Law, Supremacy*, URL: <http://verfassungsblog.de/ecj-european-supreme-court-setting-aside-citizens-rights-eu-law-supremacy/> (1. 4. 2017).
- Bratza, N. (2013) *The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment*. *The Court of Justice and the Construction of Europe*. A. Rosas, E. Levits & Y. Bot (ur.). Haag: T.M.C. Asser, str. 167–181.
- Callewaert, J. (2014) *Protocol 16 and the autonomy of EU law: Who is threatening whom?* <http://europeanlawblog.eu/2014/10/03/protocol-16-and-the-autonomy-of-eu-law-who-is-threatening-whom/> (30. 3. 2017).
- Gabrič, U. (2014) *Primerjava predhodnega vprašanja pred Sodiščem Evropske unije in Evropskim sodiščem za človekove pravice, diplomatska naloga*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Hendry, J. (2014) *Kadi in sight of autopoiesis. Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*. M. Avbelj, F. Fontanelli & G. Martinico (ur.). Oxford: Routledge, str. 63–76.
- Huomo-Kettunen, M. (2013) *Heterarchical Constitutional Structures in the European Legal Space*. *European Journal of Legal Studies* (2013) 1, str. 47–65.
- Lah, I. (2009) *Odnos med Svetom Evrope in Evropsko unijo na področju varovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, diplomatska naloga*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Leczykiewicz, D. *Melloni and the future of constitutional conflict in the EU*. <https://eutopialaw.com/2013/05/23/melloni-and-the-future-of-constitutional-conflict-in-the-eu/> (31. 3. 2017).
- Martinico, G. (2012) *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe*. New York: Routledge.

- Morano-Foadi, S. & Vickers, L. (ur.) (2015) *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*. Oxford: Hart.
- Ribičič, C. (2010) *Človekove pravice in ustavna demokracija*. Ljubljana: Študentska založba.
- Skouris, V. (2005) The position of the European Court of Justice in the EU legal order and its relationship with national constitutional courts. *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2005), str. 323–333.
- Skouris, V., Sprejetje zavezujočega kataloga pravic za Evropsko unijo: Je sožitje treh vzporednih sistemov varstva temeljnih pravic mogoče?, slavnostni govor, Ustavno sodišče Republike Slovenije, 18. december 2009. <http://www.us-rs.si/media/09-12-18.-vassilios.skouris.-govor.pdf> (30. 3. 2017).
- Skouris, V. (2014) govor na plenarnem zasedanju, FIDE Congress, København.
- Storgaard, L. H. (2015) EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR. *Human Rights Law Review* (2015) 3, str. 485–521.
- Tulkens, F. & Callewaert, J. (2002) *Le point de vue de la Cour européenne des droits de l’homme. La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, son apport à la protection des droits de l’homme en Europe*. J.-Y. Carlier & O. de Schutter (ur.). Bruselj: Bruylant, str. 219–239.
- Wittgenstein, L. (2009) *Philosophical Investigations*. Hoboken: Wiley-Blackwell.

Državljeni, ujeti v Brexit, Evropska konvencija o človekovih pravicah in politični konstitucionalizem

SAMO BARDUTZKY

Povzetek Prispevek obravnava vprašanje usode državljanov, ki so se ob referendumski odločitvi, da Združeno kraljestvo (ZK) izstopi iz EU, znašli v negotovem pravnem položaju. Niti ZK niti EU nista ponudili enostranske zaveze, da se položaj državljanov v smislu pravice do bivanja, dela, socialnih storitev itn. ne bo spremenil. Vprašanje pravnega položaja teh državljanov bo tako del pogajanj med ZK in EU. Stališče, zastopano v prispevku, je, da obstajajo trdni pravni argumenti, ki zahtevajo tako od ZK kot tudi EU27, da spoštujeta pravico državljanov, ujetih v Brexit, do zasebnega in družinskega življenja po 8. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah. Pri tem prispevek opozarja zlasti na sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevah, nastalih na pogoriščih nekdanjih skupnih držav. Opozori pa tudi na drugačen pravni položaj osebe, ki se »zbudi v drugi državi«, v primerjavi s splošnejšim konceptom »migranta« in na precedenčno vrednost zadeve Kurić in drugi proti Sloveniji.

Ključne besede: • Brexit • izstop države članice iz Evropske unije • pravica do zasebnega in družinskega življenja • Evropska konvencija o človekovih pravicah • izbrisani • državljanstvo • politični konstitucionalizem

NASLOV AVTORJA: Dr. Samo Bardutzky, docent, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: samo.bardutzky@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.9 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Citizens Affected by Brexit, the European Convention of Human Rights and Political Constitutionalism

SAMO BARDUTZKY

Abstract This chapter addresses the issue of the destiny of those citizens who found themselves in a legal limbo when the United Kingdom (UK) electorate voted to leave the EU. Neither the UK nor the remaining EU States (EU27) have so far offered unilateral assurances that the position of those citizens will not change (residence rights, access to work, social services, etc.), leaving the issue to the negotiations. A firm legal argument can be made in favour of respect for the ECHR Article 8 rights of the citizens, affected by Brexit. The chapter discusses European Court of Human Rights case-law related to disintegration of countries, especially *Kurić and Others v. Slovenia*. It also draws attention to the difference between the legal situation of a person that »goes to bed in one country, and wakes up in another one« compared to the more general concept of a »migrant«.

Keywords: • Brexit • withdrawal from the European Union • right to family and private life • European Convention on Human Rights • the Erased • citizenship • political constitutionalism

CORRESPONDENCE ADDRESS: Samo Bardutzky, Ph.D., University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: samo.bardutzky@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.9 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2016 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

K temu, da v zborniku, posvečenem sedemdesetletnici prof. dr. Cirila Ribičiča, objavim ta prispevek, sta me vodila dva razmisleka. Prvič, prof. Ribičič budno spremlja britansko kritično razpravo o sodbah Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), zlasti kadar so te vsaj na videz v konfliktu z izidi demokratičnih procesov na Otoku (na primer *Hirst proti Združenemu Kraljestvu*). Ta kritična razprava pa je teoretsko tesno povezana prav s političnim konstitucionalizmom, ki ga v tem prispevku z Brexitom povežem tudi sam. Drugič, slavljenec je večkrat poudaril pomen ustavnosodne presoje Ustavnega sodišča o kršitvah Ustave na škodo izbranih. Odločbo v zadevi U-I-246/02 iz leta 2003, pri kateri je tudi sam sodeloval kot sodnik Ustavnega sodišča (in ki gradi na odločbi v zadevi U-I-284/94 iz leta 1999) je izpostavil kot eno od »sedem veličastnih« odločb Ustavnega sodišča RS, izdanih med leti 1977 in 2009 (Ribičič, 2009). Prispevek pa razmišlja o precedenčni vrednosti sodbe iz nadaljevanja sodne poti izbranih (*Kurić in drugi proti Sloveniji*).

V prispevku razmišljam namreč o usodi državljanov¹ Združenega kraljestva (ZK), ki prebivajo v preostalih državah članicah Evropske unije (EU27), in državljanih EU27, ki prebivajo v ZK.² Z odločitvijo na referendumu 23. junija 2016, da ZK izstopi iz Evropske unije (EU), je postal njihov položaj negotov. Ali bodo po koncu postopka, predvidenega v 50. členu Pogodbe o Evropski uniji, imeli še pravico ostati v državi, v kateri prebivajo, bodo imeli tam še pravico delati in dostop do javnih storitev? Ocenjuje se, da je takih državljanovskupaj približno pet milijonov (Mantouvalou, 2016) – gre torej za številko, ki ustreza celotnemu prebivalstvu ene manjših držav članic EU. Zaradi negotovosti položaja, v katerem so se znašli, sem državljanje EU27 v ZK in državljanje ZK v EU27 poimenoval »državljeni, ujeti v Brexit«.

2 Usoda državljanov, ujetih v Brexit, kot prevladujoče politično vprašanje?

Do danes so prevladovala politična razsežnosti tega vprašanja, pravna pa ostaja v ozadju. Vzrok za to je, da so voditelji ZK po referendumu zavrnilo možnost, da bi državljanom EU27 v ZK dali enostranska zagotovila, da bodo ohranili svoj status tudi po izstopu ZK iz EU. Prav nasprotno: nekateri ministri vlade ZK, denimo novi »poreferendumski« minister za mednarodno trgovino Liam Fox, so tudi javno opisovali položaj državljanov EU27 v ZK kot močno »pogajalsko karto« v prihajajočem napornem procesu izstopa (Elgot, 2016). Kot nekakšno kompromisno rešitev se je britanska prva ministrica Theresa May nato zavzela za to, da bi dogovor o položaju teh državljanov izvzeli iz glavnih pogajanj in ga sklenili že prej. To možnost so evropski voditelji zavrnilo (Cowburn, 2016).

Na to, da položaj prizadetih državljanov ni le »pogajalski žeton« (angl. *bargaining chip*) in da odločitev ne more biti zgolj politična, so nekateri komentatorji sicer opozarjali,

sklicujoč se predvsem na Evropsko konvencijo o človekovih pravicah (EKČP) in pravico do zasebnega in družinskega življenja (8. člen) (White, 2016; Mantouvalou, 2016). Vendar razen Odbora Doma lordov prevladujoča razprava med političnimi akterji pravne razsežnosti tega problema sploh ni zaznala (House of Lords, 2016).

V času, ko sem oddajal to besedilo, je ZK v skladu z določbo 50. člena Pogodbe o Evropski uniji že obvestilo Evropski svet o svoji nameri izstopiti iz EU. To je vlada ZK storila na podlagi Zakona o notifikaciji Evropske unije o izstopu, ki je bil promulgiran 16. marca 2017.³ V postopku sprejemanja tega zakona v Domu prostakov⁴ je bil sicer predlagan amandma, s katerim bi se zavarovale pravice državljanov EU27, da ostanejo, vendar je bil ta zavrnjen. Celo ob vetu Doma lordov so lordi v spodnji dom poslali signale, da naj ob vnovičnem odločanju poslanci vendarle sprejmejo amandma, ki bi položaj državljanov EU27 izvil iz pogajanj med ZK in EU27. Zahteve so bile zavrnjene. Ne glede na to, da so v razpravi opozorili celo na Idija Amina, ki je izgnal Azijce iz Ugande, pa je na koncu vendarle prevladalo zagotovilo vlade, da bo položaj državljanov, ujetih v Brexit, »prioriteta« (Asthana & O'Carroll, 2017).⁵

Kot moj prispevek k razpravi o pravni razsežnosti tega vprašanja želim opozoriti na slovensko izkušnjo z geopolitičnimi spremembami, ki prizadenejo državljane, živeče na določenem ozemlju, in posledični pravni razplet takega problema. Razpad Jugoslavije in s tem nastanek države Slovenije ter pravno razsežnost posameznih težav, ki se s tem pojavijo, želim uporabiti kot paradigmatični primer geopolitičnih sprememb s posledicami za pravni status na prizadetih ozemljih živečih posameznikov. V začetku devetdesetih let prejšnjega stoletja je namreč s tektonskimi spremembami v svetovni politiki prišlo tudi do sprememb v državnih tvorbah in nastanka novih držav, na primer na ozemlju nekdanje Zveze sovjetskih socialističnih republik (ZSSR) in nekdanje Socialistične federativne republike Jugoslavije (SFRJ).

3 Državljan, ujeti v Brexit, in Evropska konvencija o človekovih pravicah

S posledicami teh sprememb za pravni status posameznika se je srečalo tudi ESČP. Pred tem je sodišče sicer že uspešno razširilo domet pravic iz 8. člena EKČP na pravice migrantov (glej na primer sodbo v zadevi *Moustaquim proti Belgiji*).⁶ Vendar pa menim, da ne gre zanemariti temeljne razlike med aplikacijo pravice do zasebnega življenja na – po eni strani – situacijo, v kateri je migrant, torej nekdo, ki je dejavno prešel državne meje, se preselil in nato stkal osebne in družbene vezi v okolju, v katerem se je naselil, in – po drugi strani – situacijo, v kateri so se meje ali pa kar celotne države spremenile tako rekoč »čez noč«, ljudje pa so se (nekoliko karikiram, ne pa preveč) zjutraj zbudili v novo pravno resničnost.

Dora Kostakopoulou in Anastasia Tataryn (2017) sta prav Brexit in posledice, ki jih prinaša državljanom, ki so se (ali pa se bodo) nekega jutra zbudili v napačni državi,

zajeli v teoretski okvir, s katerim razložita, kako »pogojujoči dogodki« (angl. *conditioning events*), ki se dogajajo v politiki ali v mednarodnih odnosih, ljudi, ki so subjekti pravnega sistema, pretvarjajo v objekte pravnega sistema. Če je v dejavnem prehajanju migranta ali migrantke čez meje še vsaj nekaj subjektivitete (vemo seveda, da marsikdo državo zamenja, ker tako rekoč nima nobene izbire – vendar to presega okvir te razprave), pa v drugi primerjani situaciji subjektivitete ni. Če je bila, se je izražala v političnih procesih, referendumih ali volitvah, ki so vodili do »pogojujočega dogodka«, kot na primer glasovanje na referendumu o Brexitu. Prav referendum o Brexitu pa je zaradi izključujoče določenega kroga referendumskih upravičencev dober primer pogojujočega dogodka, na katerega množica prizadetih državljanov s svojim glasom niti ni mogla vplivati.

ESČP se je s pravnimi posledicami usodnih državnopravnih sprememb srečalo v odmevni zadevi *Slivenko proti Latviji*. Pritožniki, ruski državljani, so morali Latvijo zapustiti, čeprav je Latvija sprejela zakonodajo, ki je uredila status državljanov nekdanje ZSSR. Zanje so namreč veljale norme posebne pogodbe, po kateri so morali Latvijo zapustiti pripadniki nekdanje sovjetske vojske in njihove družine. Pomembno je, da je ESČP v tej zadevi prepoznalo pomen »omrežja osebnih, družbenih oziroma družabnih in ekonomskih razmerij, iz katerih sestoji zasebno življenje vsakega posameznika« v kontekstu geopolitičnih sprememb kot »pogojujočega dogodka«. ⁷ V sodbi v zadevi *Slivenko* je tako ESČP razvilo avtonomno varstvo človekovih pravic dolgotrajnim rezidentom v tuji državi (Thym, 2014: 115).

Nedvomno je odločitev v zadevi *Slivenko proti Latviji* pomemben argument za pravno razsežnost vprašanja statusa državljanov, ki jih je prizadel Brexit, in zarek upanja za to skupino ljudi. Opozoriti velja, da je bila odločitev vendarle sprejeta v nekoliko specifičnem kontekstu, saj predmet presoje ESČP ni bila na splošno latvijska zakonodaja, ki je urejala status državljanov drugih federalnih enot ZSSR, temveč posebna ureditev za vojaške osebe. To je odprlo dodatna, občutljiva vprašanja varnosti države in vprašanje nujnosti posega v pravico postavilo kot trenje med pravicami posameznika in interesom skupnosti. Vse to pa so okoliščine, ki v primeru Brexita niso podane. Dodati pa velja, da lahko govorimo tudi o tem, da se je avtonomno varstvo človekovih pravic dolgotrajnih rezidentov po sodbi v zadevi *Slivenko* razvilo v razmeroma avtonomen pravni institut, ki je med drugim pripeljal tudi do zakonodajne harmonizacije v okviru Evropske unije. ⁸

Slednje je samo po sebi sicer pozitiven korak, v okviru razprave o položaju državljanov, ki jih je prizadel Brexit, pa se je za potrebe tega prispevka treba zavedati, da je ESČP prepoznalo že tudi močnejši pravni status in posledično potrebo po še višji ravni zaščite pravic posameznikom, ki jim je bilo poseženo v pravice iz 8. člena EKČP zaradi pogojujočega dogodka. Poseči je treba po odločbi iz zadeve *Kurić in drugi proti*

Sloveniji, v kateri je ESČP odločilo o kršitvah pravic oseb, ki so bile po osamosvojitvi Slovenije izbrisane iz registra stalnega prebivalstva.⁹

Med dvema pogojujočima dogodkoma, tj. razpadom SFRJ na eni in izstopom ZK iz EU na drugi strani je namreč mogoče vzpostaviti določeno analogijo. Kakor v EU sta tudi v SFRJ obstajali vzporedni državljanstvi – eno na ravni federacije, drugo pa na ravni konstitutivne federalne enote (republike). Seveda je treba upoštevati, da se situaciji razlikujeta, saj moramo za suvereno državo pred razpadom vendarle šteti SFRJ in ne njene konstitutivne federalne enote, pri EU pa je prav nasprotno. V okviru EU je tudi nesporno, da ima državljanstvo Unije drugotni značaj, saj ga je mogoče pridobiti le s pridobitvijo državljanstva države članice.¹⁰ V okviru SFRJ je bilo to vprašanje bolj zapleteno. Uživanje »državljskih, ekonomskih, socialnih in celo političnih pravic« je bilo v ureditvi SFRJ vezano na stalno prebivališče.¹¹ Hkrati pa je bila po drugi strani pridobitev in registri državljanstev v poznejših fazah zgodovine SFRJ bolj ali manj v pristojnosti republik (Štikš, 2010: 8).¹²

Zato so za razpravo o državljanih, ujetih v Brexit, pomembne ugotovitve tretje sekcije ESČP iz sodbe, izdane leta 2010, ko še ni bilo slutiti, da bo čez nekaj let ena od članic tik pred tem, da zapusti EU:

Pomembno je upoštevati, da pred letom 1991 pritožniki v Slovenijo niso prišli kot tujci, pač pa so se tam naselili kot državljani SFRJ in prijavili stalno prebivališče na enak način kot državljani tedanje Socialistične republike Slovenije [...] V trenutku »izbrisa« 26. februarja 1992 so pritožniki tako imeli močnejši status prebivalca kot dolgotrajni priseljenci, katerih status je zavarovan v številnih državah pogodbenicah, in tudi v primerjavi s tujci, ki so želeli v državo vstopiti ali v njej ostati po zgolj kratkem časovnem obdobju.¹³

Menim, da je položaj državljanov EU, ki so pred Brexitom prišli v ZK, in državljanov ZK, ki so pred Brexitom prišli v katero od držav EU27, primerljiva s položajem pritožnikov v zadevi *Kurić*. Tudi zanje ne moremo trditi, da so prišli kot tujci, saj so prišli kot državljani EU in s tem z »močnejšim statusom prebivalca«, kot to velja za dolgotrajne rezidente in druge tujce iz tretjih držav.

Iz tega sledi ugotovitev, da bodo zaradi obstoječe in dobro razvite prakse ESČP, za katero bi lahko celo trdili, da se odziva na posledice, ki jih imajo »pogojujoči dogodki« za pravne subjekte, ZK in EU27 v pogajanjih močno omejeni s pravno razsežnostjo vprašanja položaja državljanov, ki prebivajo bodisi v ZK bodisi v EU27.

Težava pa je v tem, da ta ugotovitev sloni na predpostavki, da bo EKČP še naprej veljala tako za EU27 kot tudi za ZK. Še pred nekaj leti bi se ustavnemu pravniku tak stavek težko zapisal.

4 **Negotova prihodnost vloge EKČP v procesu izstopa Združenega kraljestva iz Evropske unije**

Spomladi leta 2017, ko nastaja ta zapis, pa je žal treba računati z možnostjo, da bo v prihodnjih fazah urejanja razmerij med ZK in EU27 položaj EKČP bistveno drugačen oziroma bodo pravice iz EKČP na pogajalska stališča obeh strani vplivale bistveno manj. Tu seveda ne govorim o EU27. Čeprav se v celinski Evropi v zadnjem času krepi skeptičen (ponekod pa tudi odkrito sovražen) odnos do Evropske unije in njenih institucij ter tudi pozivi k izstopu posameznih držav članic iz Unije, pa nisem zasledil, da bi se v katerikoli državi EU27 slišali tudi pozivi k izstopu iz regionalnega sistema varstva človekovih pravic oziroma odpovedi EKČP. Upam si trditi, da tudi če se taki pozivi pojavljajo, je to na robu političnega prostora, ne pa med uveljavljenimi, parlamentarnimi strankami.

V ZK je situacija popolnoma drugačna. Državo vodi oseba, za katero je Virginia Mantouvalou (2016) jedrnato pripomnila, da »ni nikakršen prijatelj EKČP« (»*Theresa May is no friend of the ECHR*«). Tri mesece pred dnevom referendumu o Brexitu je Theresa May, takrat ministrica za notranje zadeve, sicer pa uradno zagovornica britanskega članstva v EU, izjavila, da bi moralo ZK ne glede na odločitev na referendumu o članstvu v EU odpovedati EKČP (Asthana & Mason, 2016). Kot kandidatka za voditeljico Konservativne stranke po odstopu Davida Camerona, ki je sledil referendumu, se je Mayeva temu stališču sicer odpovedala, in to iz pomenljivega razloga: ker za tak korak ni bilo podpore v parlamentu (Elgot & Mason, 2016). Decembra 2016 so se nato pojavile informacije, da Mayeva načrtuje nastopiti na splošnih (parlamentarnih) volitvah leta 2020 z obljubo, da bo ZK odpovedalo EKČP (Wagner, 2016). Pripomniti velja, da uživajo politične odločitve, ki jih je bila zmogovita stranka pred volitvami vključila v svoj program (angl. *manifesto*), v britanskem ustavnem pravu poseben položaj. T. i. Salisbury-Addisonova doktrina namreč zakone, sprejete v Domu prostakov, ki implementirajo politične smernice iz strankinega programa, ščiti pred vetom v Domu lordov (Turpin & Tomkins, 2007: 643).

Za zdaj ni znano, ali so te informacije točne in ali je ZK res na poti izhoda iz sistema EKČP, pri ustvarjanju katerega je bila zelo dejavna (Torrance, 2011). Nobena skrivnost ni, da Theresa May pri svojem nasprotovanju EKČP v britanski politiki ni osamljena. Zlasti v vladajoči Konservativni stranki je očitno precej nelagodja v zvezi z obveznostmi, ki jih ima ZK po EKČP. Leta 2014 je ta stranka napovedala, da bo odpravila Zakon o človekovih pravicah (*Human Rights Act* – HRA) (Protecting Human Rights in the UK, 2014: 4). Tega je leta 1998 sprejel parlament z laburistično večino in z njim v domače pravo »prelik« pravice iz EKČP ter jim dal učinek tudi pred nacionalnimi sodišči.¹⁴ Konservativci želijo HRA nadomestiti z novo Britansko listino pravic in odgovornosti (*British Bill of Rights and Responsibilities*). Zakonodajna reforma naj bi preprečila, da bi bila EKČP »zavezujoča za Vrhovno sodišče ZK« in da

bi lahko EKČP »od ZK zahtevala, da spremeni svojo zakonodajo«. ESČP bi postalo le »posvetovalno telo« (Protecting Human Rights in the UK, 2014: 5).¹⁵

Pri nasprotovanju konservativcev HRA in pravnim učinkom, ki jih ta zakon ustvarja za konvencijske pravice, gre za specifično razumevanje vloge človekovih pravic v pravnem in ustavnem sistemu. S poenostavljeno formulo bi lahko ugotovili, da nasprotniki HRA in zagovorniki ideje o *British Bill of Rights* ne nasprotujejo človekovim pravicam, torej konceptu skupka pravic, ki po eni strani ščitijo zasebno sfero posameznika pred posegi oblasti in po drugi strani državljanu zagotavljajo možnost, da sodeluje v demokratičnih procesih odločanja. Nasprotujejo pa predvsem ideji, da lahko na podlagi teh človekovih pravic sodišče – tako državno kot tudi naddržavno ali mednarodno – omejuje zakonodajno vejo oblasti pri sprejemanju splošnih pravil, s katerimi se urejajo razmerja v družbi.

5 Državljeni, ujeti v Brexit, in politični konstitucionalizem

V projektu Britanske listine pravic in odgovornosti so sledi političnega konstitucionalizma. V pričakovanjih, ki jih ima britanska politika do reforme prava človekovih pravic, je zaslediti zamisel, da je ljudem sicer treba priznati človekove pravice, da pa iz tega ne sledi, da so te pravice hierarhično nadrejene drugim pravnim pravilom. Prej jih je treba razumeti tako, da lahko glede njihovega obsega in pomena v družbi pride do razumnih nesoglasij.¹⁶ Vendar pa bodo za politične konstitucionaliste ta razumna nesoglasja bolje rešena v okviru demokratičnih oziroma političnih procesov odločanja (tj. v parlamentu).¹⁷ Sodišča se namreč štejejo kot manj primerna za podajanje odgovorov na vprašanja o razlagi človekovih pravic, to pa zlasti zato, ker nikakor ne morejo v enaki meri obravnavati vseh članov družbe enako. Le tisti člani družbe, ki postopek sprožijo, imajo možnost pred sodiščem navajati argumente, s tem pa tudi vplivati na končni izid iskanja odgovora na vprašanje, ki je širše družbeno pomembno (Bellamy, 2011: 91–92; Bellamy, 2007: 12).¹⁸

Za politični konstitucionalizem je prednost odločanja v parlamentu pred sodnim odločanjem tako v tem, da odločanje v parlamentu »preseže samovoljnost rešitve«, po kateri imajo dostop do postopka, v katerem se razlaga človekove pravice, le bolj ali manj naključno izbranih nekaj posameznikov.¹⁹ Preseže pa jo prav z zanašanjem na mehansko odločanje večine. Če prevlada odločitev in s tem določeno razumevanje človekove pravice, ki ga zagovarja večina volivcev, lahko preglasovani zagovorniki drugačnega razumevanja »ohranijo svoje dostojanstvo«, zmagovalci namreč nimajo nič bolj prav od njih, le številčno jih je bilo v konkretnem primeru več (Bellamy, 2007: 14).

Že Bellamy opozori, da služi politični konstitucionalizem več namenom. Šele v novejšem času se je v literaturi razvila normativna razsežnost političnega konstitucionalizma, s tem pa tudi politični konstitucionalizem kot smer politične ali

ustavne filozofije. Pred tem je politični konstitucionalizem služil pretežno kot opis ali v najboljšem primeru razlaga britanskega političnega sistema (Bellamy, 2011, 89–90). K temu velja dodati, da v tem prispevku nekako razpravljam o obeh funkcijah političnega konstitucionalizma. Po eni strani z njim pojasnujem nelagodje konservativnih politikov ob nadzoru, ki ga ima nad britanskim zakonodajalcem ESČP, po drugi strani pa želim ta pojav tudi ovrednotiti iz vidika normative razsežnosti političnega konstitucionalizma.

V zvezi s tema »dvema obrazoma« političnega konstitucionalizma pa je treba dodati še, da je mogoče prepoznati različne razloge, ki moralno utemeljujejo ali pa so razlog za politični konstitucionalizem. Zlasti se zdi, da je razlog, iz katerega se politiki obrnejo k političnemu konstitucionalizmu, nekoliko drugačen, verjetno predvsem bolj rudimentaren, od razlogov in utemeljitev, ki so jih razvili misleci političnega konstitucionalizma (mislim pa zlasti na Bellamyja, na katerega delo se opiram v tem prispevku). Postavimo lahko tezo, da je privlačnost političnega konstitucionalizma za politike zlasti v tem, da politični konstitucionalizem zavrača obveze (angl. *commitments*) kot bistveno prvino ustavnosti.

Pravni konstitucionalizem, ki ustavnost vidi zlasti v moči prava, da v sedanjosti vsebinsko omeji politično odločanje demokratične večine oziroma posamezna vprašanja v celoti izvzame iz političnega odločanja, to počne v imenu obvez, ki so bile v preteklosti sprejete v obliki hierarhično višjega prava – ustave (Rubenfeld, 2001). Tako pojmovanje je pogosto ponazorjeno s prisposodbo o Odiseju, ki se priveže na jambor, preden se njegova barka približa nevarnemu in zapeljivemu petju Siren. S temi vezmi Odisej prepreči, da bi v prihodnosti sprejel nevarne odločitve.²⁰

Če lahko normativni razsežnosti Bellamyjevega političnega konstitucionalizma sledimo vse do posameznika, zlasti izvira iz dostojanstva preglasovanega posameznika v zmagi večine nad manjšino, pa se zdi politični konstitucionalizem politikov predvsem pragmatičen. Politični konstitucionalizem v svoji skrajni obliki politike namreč povsem odrešuje dvojne zvestobe, na eni strani volilnemu telesu, na drugi pa ustavnim oziroma tudi mednarodnim obvezam, zaradi katerih bi morali kdaj sprejeti tudi nepriljubljene odločitve. Politični konstitucionalizem politikov, prisoten v britanski politiki, lahko pojasni ne le nasprotovanje EKČP, temveč tudi nasprotovanje članstvu v EU, izraženo na referendumu (s pomenljivim sloganom iz kampanje *Take Back Control* oziroma »Povrnimo si nadzor«), in nekatera stališča, ki jih je bilo slišati v javni razpravi med referendumom in notifikacijo namere izstopiti po 50. členu PDEU.

Težava je v tem, da poenostavljeni, pragmatični politični konstitucionalizem politikov seveda še zdaleč ni tako moralno ali pa normativno prepričljiv, kot je to morda mogoče trditi za Bellamyjevo zvrst političnega konstitucionalizma filozofov. Slednji namreč iz enega svojih ključnih normativnih izhodišč, tj. dostojanstva posameznika, udeleženca demokratičnih procesov in naslovnika pravnih norm, dokaj dosledno izpelje tudi

omejitve, ki jih je treba postaviti večinskemu odločanju. Po Bellamyjevem stališču je namreč vendarle dopustno (ali pa celo treba) zagotoviti kavtele pravnega konstitucionalizma, vključno z ustavnosodno kontrolo itn., v primerih, ko gre za položaj skupin, ki imajo »majhno ali pa sploh nobene sposobnosti, da bi se vključili v politični proces, hkrati pa grozijo tem manjšinam široko razširjeni predsodki med prebivalstvom in med izvoljenimi predstavniki, po drugi strani pa v sodstvu teh predsodkov ni« (Bellamy, 2007: 21–22).²¹

K temu je treba dodati naslednje: ustavnosodna kontrola znotraj domačega ustavnega sistema na eni strani in nadzor institucij mednarodnih ali nadnarodnih organizacij in tvorb sta z vidika politikov – političnih konstitucionalistov zelo podobnega značaja. Pri obeh gre za nezaželeno obvezo, ki stoji na poti uresničevanja volje ljudstva. Na bregu filozofov – političnih konstitucionalistov pa pravzaprav umanjka prepričljivo pojasnilo, kako spraviti med sabo načelno priseganje na prevlado večinskega odločanja na eni strani in nujno potrebno možnost države, da se navzven, v razmerju do drugih držav, zaveže k spoštovanju določenih pravil, pri čemer bodo lahko te obveze tudi omejile nasprotno večinsko voljo ljudstva.²²

Očrtana argumenta sta izziv za politični konstitucionalizem oziroma za njegovo sposobnost utemeljiti prevlado večinske odločitve nad pravicami državljanov, ujetih v Brexit. Prvič, zato ker so bili slednji opazno izključeni iz procesa političnega odločanja (tj. niso imeli pravice glasovati na referendumu). To seveda načeloma velja za državljane EU27, ki prebivajo v ZK, saj nimajo splošne volilne pravice v ZK.²³ Velja pa tudi za veliko število državljanov ZK, ki že več kot petnajst let živijo v EU27.²⁴ Seveda gre prav pri teh skupinah državljanov za osebe, ki jih bo izstop ZK iz EU najverjetneje najbolj prizadel. Posledično lahko trdimo, da so razlogi, ki politične konstitucionaliste – filozofe vodijo do tega, da priznajo, da je treba odločanje večine dopolniti s kavtelami pravnega konstitucionalizma, podani tudi v našem primeru. Drugič, ker je v primeru zavez, ki si jih dajo države med sabo, učinkovitost takih zavez najlažje zagotoviti z vzpostavitvijo mehanizma, ki mora biti neodvisen od vseh udeleženih strank. Z vzpostavitvijo takega mehanizma se lahko vsaka stranka (denimo mednarodne pogodbe za varstvo človekovih pravic) zanese na to, da tudi druge stranke pogodbo spoštujejo. To pa je še dodatni razlog, da se zavzamemo za močan element pravnega konstitucionalizma v odločanju o pravnem položaju državljanov, ujetih v Brexit.

6 Sklep

Prispevek odpre vprašanje usode državljanov, ki so se ob referendumski odločitvi, da Združeno kraljestvo izstopi iz EU, znašli v negotovem pravnem položaju. Kljub poudarjanju, da je ureditev položaja te skupine oseb prioriteta, pa sta do danes obe strani (ZK in EU27) ravnali pragmatično. Nobena od njiju se ni zavezala, da se položaj državljanov v smislu pravice do bivanja, dela, dostopa do socialnih storitev itn. ne bo

spremenil. Položaj državljanov, ujetih v Brexit, ostaja del pogajanj o prihodnjem razmerju med ZK in EU.

Prispevek gradi tezo, da je taka situacija večinoma nesprejemljiva, saj obstajajo trdni pravni argumenti, ki zahtevajo tako od ZK kot tudi EU27, da spoštujeta pravico državljanov, ujetih v Brexit, do zasebnega in družinskega življenja. Pri tem prispevek opozarja zlasti na precedenčno vrednost sodb ESČP v zadevah, nastalih na pogoriščih nekdanjih skupnih držav (SFRJ in ZSSR). Opozori pa tudi na drugačen pravni položaj osebe, ki se »zbudi v drugi državi« v primerjavi s splošnejšim konceptom »migranta«.

Ker pa v političnem ozračju v ZK ne najdemo le močnega nasprotovanja članstvu v EU, temveč tudi »podvrženosti« EKČP, je za tezo prispevka tvegano, da preprosto domneva, da bo tako EU27 kot tudi ZK v procesih gradnje novega razmerja zavezovala EKČP. Tako je treba kratko nameniti pozornost tudi prekarnosti vloge, ki jo ima EKČP v prihodnosti v ZK. Zlasti je tu mogoče prepoznati politični konstitucionalizem kot tisto razumevanje prava in politike, ki je na neki način lastno tako nasprotovanju članstvu v EU kot tudi skepsi do EKČP in nadzorne vloge ESČP. Toda politični konstitucionalizem filozofov, denimo Richarda Bellamyja, ni enak političnemu konstitucionalizmu politikov. Slednji je bistveno bolj pragmatičen. Zlasti pa prvi tudi priznava lastne omejitve in se po potrebi zateče tudi h kavtelam pravnega konstitucionalizma. Prav iz teh omejitev izhaja tudi zahteva, postavljena v tem prispevku: ne glede na morebitno siceršnjo normativno privlačnost političnega konstitucionalizma je vprašanje pravnega položaja državljanov, ujetih v Brexit, tako vprašanje, da zahteva odločilno vlogo prava, in sicer prava človekovih pravic.

Posledično je treba kot nevzdržno zavrniti možnost, da bo o pravnem položaju državljanov, ujetih v Brexit, odločeno kot še o enem od političnih vprašanj, ki jih bodo voditelji EU27 in ZK rešili za pogajalsko mizo. Trdim celo, da je pravna razsežnost vprašanja pravnega položaja državljanov, ujetih v Brexit, tako močna, da bi morali obe strani ne glede na ravnanje druge strani nemudoma dati zaveze državljanom, ki prebivajo na tem ozemlju. Na prvi pogled morda prepričljiv, na »zdravi pameti« sloneč argument, da bi si s tem poslabšali pogajalsko pozicijo, je treba popolnoma zavrniti kot ne-argument. Prav tako kot bi morali v Sloveniji leta 1992, da bi se v prihodnosti izognili trpljenju in negotovosti tisočev posameznikov, na koncu pa še obsodbi na ESČP, zavrniti vse argumente, ki so jih imeli tisti, ki so ljudi izbrisali iz registra stalnih prebivalcev.

Na strani EU27 sta – ali pa bi vsaj morala biti – torej EKČP in pravica do zasebnega in družinskega življenja torej močnejša argumenta. Ker tudi ta prispevek pišem iz zornega kota EU27, naj zapišem, da se mi zdi povsem sprejemljivo tudi, da bi EU27 dala enostranske zaveze, čeprav bi ostala v tem sama oziroma na britanski strani ne bi bilo recipročnega odziva. Pravzaprav tradicija pravnega konstitucionalizma to od EU27 terja

še celo bolj. Pa čeprav je ZK tisto, ki zapušča skupen projekt, in je zato, kot bi rekli sami Britanci, »žogica na njegovem delu igrišča«, bi od tistih držav EU27, ki se ponašajo z močnimi, pravno učinkovitimi ustavami, upravičeno pričakovali, da bi glasno zahtevale, da naj se enostranske zaveze do pravic državljanov ZK v EU27 sprejmejo bodisi na ravni EU27 ali pa jih bi enostransko razglasile kar same.

Opombe / Notes:

¹ Kot odziv na pripombo urednikov zbornika želim posebej poudariti, da tudi ko v nadaljevanju besedila (pa tudi v naslovu prispevka) pišem le o »državljanih« oziroma o »posameznikih«, mislim s tem tako na moške in ženske, da pa sem zaradi omejitve dolžine prispevka uporabljal le moško obliko.

² Daljšo različico tega razmišljanja sem pripravil za projekt Centra za raziskave v ekonomskem, finančnem in davčnem pravu (Centro de Investigação em Direito Europeu Economico, Financeiro e Fiscal) Univerze v Lizboni, in ki bo v angleškem jeziku leta 2017 pri založbi Palgrave MacMillan izšla kot poglavje The position of EU citizens in the UK and of the UK citizens in the EU27 post-Brexit: between law and political constitutionalism v monografiji "After Brexit: Consequences for the European Union" (ur.) Nazaré da Costa Cabral, José Renato Gonçalves in Nuno Cunha Rodrigues.

³ European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017, Ch. 9.

⁴ Uporabljam prevoda Leonida Pitamica za angleška naziva House of Commons in House of Lords.

⁵ Glej tudi Garner, 2017.

⁶ Sodba ESČP v zadevi Moustaquim proti Belgiji, št. 12313/86.

⁷ Sodba velikega senata ESČP v zadevi Slivenko proti Latviji, št. 48321/99, točka 124.

⁸ Glej Direktivo Sveta 2003/109/ES z dne 25. novembra 2003 o državljanih tretjih držav, ki so dolgotrajni rezidenti (UL EU L 016, 23. januar 2004, str. 44).

⁹ ESČP, zadeva Kurić in drugi proti Sloveniji, št. 26828/06. Sodba tretje sekcije z dne 13. julija 2010 in sodba velikega senata z dne 26. junija 2012.

¹⁰ Vendar pa glej sodbo Sodišča Evropske unije v zadevi C-135/08 Janko Rottmann proti Svobodni državi Bavarski z dne 2. marca 2010.

¹¹ Kurić, sodba tretje sekcije, točka 25.

¹² Glej tudi Kurić, sodba tretje sekcije (točka 207), v kateri je ESČP ugotovilo, da je s sprejemom Zakona o državljanstvu SRS leta 1976 primarno vlogo zveznega državljansta prevzelo republiško državljanstvo.

¹³ Kurić, sodba tretje sekcije, točka 357. Navajam po prevodu sodbe v slovenščino, kot je objavljen v Pravno-informacijskem sistemu Republike Slovenije (www.pisrs.si).

¹⁴ Human Rights Act, Ch. 42 (1998). Turpin & Tomkins, 2007: 270.

¹⁵ Tukaj se bom izognil razpravi o različnih scenarijih zakonodajne reforme prava človekovih pravic v ZK, tudi vprašanju, ali je sprejetje Britanske listine pravic v obliki, v kateri jo obljublja dokument Protecting Human Rights in the UK, sploh na kakršenkoli način smiselno brez hkratnega odstopa od EKČP. Nekaj o tem v razmišljanju Marka Elliota (2014).

¹⁶ O zamisli »reasonable disagreement« v tem sobesedju glej tudi Waldron, 2001.

¹⁷ Ta, najosnovnejša premisa političnega konstitucionalizma je razvita v znanem predavanju profesorja Johna Griffitha iz leta 1979 (Griffith, 1979).

¹⁸ Seveda bi lahko razpravljali tudi o tem, koliko ta argument erodira v sistemu, v katerem ustavnosodno presojo opravlja ustavno sodišče, kjer lahko abstraktno presojo sprožijo tudi privilegirani predlagatelji kot denimo poslanska manjšina ali zgornji dom parlamenta.

¹⁹ Vsaj v Bellamyjevem razumevanju političnega konstitucionalizma je tudi senca dvoma glede naključnosti tistih, ki imajo na koncu možnost prispevati argumente v okviru sodnega postopka: »[B]ecause the law is a more restricted forum than legislatures, with entrenched bills of rights favoring the status quo, strong constitutional review has a tendency to favor the privileged over the unprivileged« (Bellamy, 2011: 92).

²⁰ Sajo, 1999; Elster, 2000; kritika Waldron, 2001.

²¹ Bellamyjeva primera za take skupine sta Romi in prisilci za azil. Drugačno stališče zastopa Mark Tushnet (2013: 2260), po katerem še tako majhna skupina, ki uživa volilno pravico, lahko za svojo volilno podporo iztrži tudi zaščito močnejše politične skupine. Izjeme so le tako imenovane skupine »parij« (po najnižji kasti), s katerimi noče nihče sodelovati. Vendar pa tudi Tushnet predpostavlja, da bodo marginalne skupine kljub vsemu uživale volilno pravico – ta predpostavka pa tu ni podana.

²² Pri čemer mislimo praviloma na časovno neujemanje večinske volje po vsebini.

²³ Izjema so državljani Cipra, Malte in Irske, ki bivajo v ZK; ti namreč uživajo splošno volilno pravico kot državljani držav Commonwealtha.

²⁴ Ti namreč v skladu z določbami Zakona o ljudskem predstavnstvu (Representation of the People Act) začasno izgubijo volilno pravico v ZK. Glej Ziegler, 2015.

Literatura / References:

- Asthana, A. & Mason, R. (2016) 'UK must leave European convention on human rights, says Theresa May', The Guardian, 25. april 2016, <https://www.theguardian.com/politics/2016/apr/25/uk-must-leave-european-convention-on-human-rights-theresa-may-eu-referendum>.
- Asthana, A. & O'Carroll, L. (2017) Lords urge Tories to back Brexit bill amendment on EU citizens, The Guardian, 2. marec 2017.
- Bellamy, R. (2007) 'Political Constitutionalism'. School of Public Policy Working Paper Series 26.
- Bellamy, R. (2011) 'Political constitutionalism and the Human Rights Act'. International Journal of Constitutional Law 9(1), str. 86–111.
- Conservatives (2014) Protecting Human Rights in the UK: Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws, https://www.conservatives.com/~media/files/downloadable%20Files/human_rights.pdf
- Cowburn, A. (2016) 'Brexit: Theresa May's call for deal on EU migrant rights 'blocked by Angela Merkel'. The Independent, 29. november 2016, <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-theresa-may-angela-merkel-eu-migrants-deal-a7445261.html>.
- Elgot, J. (2016) 'Liam Fox: EU nationals in UK one of 'main cards' in Brexit negotiations', The Guardian, 4. oktober 2016, <https://www.theguardian.com/politics/2016/oct/04/liam-fox-refuses-to-guarantee-right-of-eu-citizens-to-remain-in-uk>.
- Elgot, J. & Mason, R. (2016) 'Theresa May launches Tory leadership bid with pledge to unite country' The Guardian, 30. junij 2016,

- <https://www.theguardian.com/politics/2016/jun/30/theresa-may-launches-tory-leadership-bid-with-pledge-to-unite-country>.
- Elliot, M. (2014) David Cameron promises a “British Bill of Rights”. And what, exactly, does that mean? Public Law for Everyone Blog, <https://publiclawforeveryone.com/2014/10/01/david-cameron-promises-a-british-bill-of-rights-and-what-exactly-does-that-mean/>.
- Elster, J. (2000) *Ulysses Unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Garner, Oliver: After Article 50 and Before Withdrawal: Does Constitutional Theory Require a General Election in the United Kingdom Before Brexit?, *VerfBlog*, 2017/3/24, <http://verfassungsblog.de/after-article-50-and-before-withdrawal-does-constitutional-theory-require-a-general-election-in-the-united-kingdom-before-brexit/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170324-113244>.
- Griffith, J. (1979) *The Political Constitution*. *Modern Law Review* (42)1.
- House of Lords, European Union Committee (2016) *Brexit: acquired rights*. 10th Report of Session 2016-17, HL Paper 82 (14. december 2016).
- Kostakopoulou, D. & Tataryin, A. (2017) *Homo objectus, homo subjectus and Brexit*. V: Fahey, E. & Bardutzky, S. (ur.) *Framing the Subjects and Objects of Contemporary EU Law*. Cheltenham: Edward Elgar (v pripravi).
- Mantouvalou, V. (2016) ‘EU Citizens as Bargaining Chips’ *Uk Constitutional Law Blog* 14. julij 2016, <https://ukconstitutionalaw.org/2016/07/14/virginia-mantouvalou-eu-citizens-as-bargaining-chips/>.
- Ribičič, C. (2009) *Veličastnih sedem: Cvetnik odločb slovenskega ustavnega sodišča 1977–2009*, *Revus* 11/2009.
- Rubinfeld, J. (2001) *Time and Government: A Theory of Constitutional Self-Government*. Yale University Press.
- Sajó, A. (1999). *Limiting government: An introduction to constitutionalism*. Central European University Press.
- Štiks, I. (2010) ‘A Laboratory of Citizenship: Shifting Conceptions of Citizenship in Yugoslavia and its Successor States’. *CITSEE Working Paper Series* 2010/02, http://www.citsee.ed.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0009/108828/179_alaboratoryofcitizenshipshiftingconceptionsofcitizenshipinyugoslaviaanditssucces.pdf.
- Thym, D. (2014) ‘Residence as De Facto Citizenship? Protection of Long-Term Residence Under Article 8 ECHR’. V: Ruth Rubio-Marín (ur.): *Human Rights and Immigration*. Oxford: Oxford University Press.
- Torrance, M. (2011) *Maxwell Fyfe and the origins of the ECHR*, 19. september 2011, <http://www.journalonline.co.uk/Magazine/56-9/1010095.aspx>.
- Turpin, C. & Tomkins, A. (2007). *British government and the constitution: Text and materials*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tushnet, M. (2013) *The Relation Between Political Constitutionalism and WeakForm Judicial Review*, *German Law Journal* (14)12.
- Wagner, A. (2016) ‘Theresa May Plans UK Withdrawal From European Convention on Human Rights – Report, Human Rights Views, News and Info, 28. december 2016, <http://rightsinfo.org/theresa-may-plans-uk-withdrawal-human-rights-convention-reports/>
- Waldron, J. (1998). *Precommitment and disagreement*. *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (ur. Alexander, L.).

- White, M. (2016) 'When can EU citizens be expelled from the UK after Brexit? The Human Rights Dimension', 4. oktober 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.si/2016/10/when-can-eu-citizens-be-expelled-from.html>
- Ziegler, R. (2015) 'The 'Brexit' Referendum: We Need to Talk about the (General Election) Franchise' U.K. Const. L. Blog, 7. oktober 2015, <http://ukconstitutionallaw.org>.

Ustavna demokracija in problem izbrisa iz registra stalnega prebivalstva: izzivi in perspektive

NEŽA KOGOVŠEK ŠALAMON

Povzetek Paradoks reševanja problema izbrisa iz registra stalnega prebivalstva je v tem, da rešitev težav še nikoli ni bila tako blizu in hkrati tako daleč. Več kot je narejenega v smeri poprave krivic, manj možnosti je, da bi bil problem kdaj celovito naslovljen. Storjeni koraki so premajhni, da bi lahko odpravili posledice ali kompenzirali škodo, ki je bila z izbrisom povzročena. Vsak storjeni korak še nekoliko zmanjša verjetnost za celostno obravnavo posledic izbrisa, saj problemu odvzame ostrino, kopičenje manjših mehanizmov za popravo krivic pa daje vtis, da se problem rešuje. Hkrati položaj zahteva veliko več napora za prikaz, da problem še vedno obstaja, le da postaja vse bolj neviden. V luči tega paradoksa prispevek obravnava odprta vprašanja statusov in odškodnin, ki jih naslavlja odprti primeri pred Ustavnim sodiščem RS in Evropskim sodiščem za človekove pravice.

Ključne besede: • ustavno sodišče • izbris • temeljne pravice • poprava krivic • Evropsko sodišče za človekove pravice

NASLOV AVTORJA: Dr. Neža Kogovšek Šalomon, Mirovni inštitut - Inštitut za sodobne družbene in politične študije, Metelkova 6, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: neza.kogovsek@mirovni-institut.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.10 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Constitutional Democracy and the Problem of Erasure from the Registry of Permanent Residents: Challenges and Perspectives

NEŽA KOGOVŠEK ŠALAMON

Abstract There is a paradox in resolving the erasure: the complete resolution of the problem has never been so close and yet never so distant. The more is done to remedy the injustices, the lesser the possibilities for a comprehensive solution. The steps taken are too small to be able to eliminate the consequences or compensate for the damages caused with the erasure. Each step diminishes the probability for a comprehensive dealing with the problem as it reduces its edginess, while at the same time the proliferation of these measures makes it seem as if the problem is being resolved. The situation requires additional effort to show that the problem still exists, while the latter is only becoming less visible. In light of this paradox the paper deals with the issues of erased people's statuses and compensations stemming from pending cases before the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

Keywords: • constitutional court • the erasure • fundamental rights • remedies • European Court of Human Rights

CORRESPONDENCE ADDRESS: Neža Kogovšek Šalamon, Ph.D., Peace Institute - Institute for Contemporary Social and Political Studies, Metelkova 6, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: neza.kogovsek@mirovni-institut.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.10 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2016 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

V prispevku obravnavam aktualne vidike problema izbrisa iz registra stalnega prebivalstva, ki ostaja vse do danes – in kot kaže, bo tako ostalo tudi v prihodnje – nepopolno rešen. Tema odpira pomembna pravna vprašanja, tako s področja mednarodnega prava (v katere dokumente mednarodnopravnega varstva je država posegla z izbrisom) in upravnega prava (z vidika pristojnosti upravnih organov in postopkov, s katerimi je bil izveden), predvsem pa z vidika ustavnopravne teorije, razmerij med posameznimi vejami oblasti in položaja Ustavnega sodišča v ustavnopravnem ustroju. Raziskovanje v teh smereh je bilo izvedeno že drugje,¹ zato se ta prispevek osredinja predvsem na analizo nedavnega ustavnopravnega in mednarodnega dogajanja na področju izbrisa in njegovih posledic.

Izbor teme izbrisa iz registra stalnega prebivalstva za prav ta jubilejni zbornik je povsem samoumeven. Ne le, da je profesor Ribičič leta 2003 kot ustavni sodnik sodeloval pri pripravi odločbe, s katerim je Ustavno sodišče Ministrstvu za notranje zadeve Republike Slovenije s prepričljivo utemeljitvijo naložilo izdajo dopolnilnih odločb izbrisanim prebivalcem za nazaj (torej od dneva izbrisa dalje do ureditve statusa), temveč je tudi sam v članku, ki ga je leta 2009 objavil v reviji *Revus* o sedmih veličastnih odločbah Ustavnega sodišča, to odločbo označil za najpomembnejšo. Svojo ugotovitev je utemeljil z argumentom, da gre za odločbo, ki jo je bilo Ustavno sodišče zmožno sprejeti, čeprav ji je večina prebivalcev ostro nasprotovala, in jo primerjal z drugimi sorodnimi odločbami drugih ustavnih sodišč.² Ugotoviti je torej mogoče, da Ustavno sodišče s to odločbo ni sledilo namenu biti všečno, temveč je izpolnilo svojo protivečinsko funkcijo. Ta je v primerih, ko odpovedo vsi drugi imunski sistemi ustavne in družbene ureditve, kakor se je zgodilo v primeru izbrisa ter njegovega reševanja, bistvena za uresničevanje temeljnih človekovih pravic, še zlasti načela enakosti pred zakonom in prepreždi diskriminacije.³

2 Ozadje

Izbris iz registra stalnega prebivalstva, ukrep, ki so ga leta 1992 brez pravne podlage izvedle oblasti takrat nedavno osamosvojene Republike Slovenije, je pomenil nezakonit odvzem pravnega statusa 25.671 posameznikom in posameznicam.⁴ Odvzem statusa je bil izvršen arbitrarno, prek samovoljne⁵ razlage 81. člena Zakona o tujcih iz leta 1991,⁶ ki je začel veljati na prvi dan samostojnosti nove države. Ta določba je dokaj široko opredeljevala zgolj, da se bo za osebe, ki ne bodo sprejete v državljanstvo Republike Slovenije, z dnem preteka določenih rokov začel uporabljati Zakon o tujcih. Kaj bo to konkretno pomenilo za ljudi, za katere bo postala relevantna, kakšen status bodo imeli, če sploh kakšen, in kaj se je od njih pričakovalo, določba ni opredeljevala. Razlago, da so si po tej določbi morali ljudje svoj status urediti na novo, je dodala državna uprava sama, konkretno Ministrstvo za notranje zadeve.

Ustavno sodišče je šele sedem let pozneje, leta 1999, izbris prvič razglasilo za nezakonit ukrep⁷ ter zakonodajalcu naložilo sprejetje predpisa, ki bo izbrisanim – ime zanje se je takrat šele počasi začelo uveljavljati – omogočil vnovično pridobitev statusa. Tista odločba je v javnosti ostala neopažena, pa tudi izvršena je bila razmeroma hitro, čemur so botrovala prizadevanja Republike Slovenije za članstvo v Evropski uniji. Za Unijo je bila zahteva, da ima vsaka nova članica nadzor nad gibanjem in prebivanjem svojega prebivalstva, visoko na politični agendi, k čemur je spadala tudi majhna toleranca do velikega števila oseb brez urejenega statusa na ozemlju držav kandidatk. Evropska komisija je v času pogajanj Slovenijo na to dejstvo vztrajno opozarjala in podatki so kazali, da bi bili ukrepi za izredno legalizacijo statusa neregularno prebivajočih oseb sprejeti, tudi če odločbe Ustavnega sodišča iz leta 1999 ne bi bilo. Slednji je tako precej pred potekom roka, ki ga je postavilo Ustavno sodišče, sledil sprejem Zakona o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic SFRJ v Republiki Sloveniji (ZUSDDD).⁸

V nasprotju s prvo odločbo Ustavnega sodišča, ki je sistemsko posegla v stanje na področju izbrisa, vendar ni vzbudila velikega zanimanja javnosti, pa je druga sistemska odločba, izdana v letu 2003, sprožila pravi politični, pravno-normodajni in družbeni vihar.⁹ Postala je predmet skrajne politizacije, oblikovano pa je bilo celo neke vrste alternativno ustavno sodišče oziroma ustavno sodišče v senci, sestavljeno iz vidnih pravnikov, ki se z odločbo sodišča vsebinsko niso strinjali (M. Hot, 2004: 21). Sledilo je za ustavno demokracijo skrajno problematično sedemletno obdobje, ko je ta odločba ostala neizvršena. Zaradi brezupa in pomanjkanja vere v sistem slovenske ustavne ureditve, ki ga je stanje vztrajnega preziranja odločbe Ustavnega sodišča povzročilo, so se prizadeti vmes odločili obrniti na Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP). Vnovična zamenjava oblasti je privedla do tega, da je bila odločba sodišča iz leta 2003 za tem le izvršena: vsi upravičenci so prejeli dopolnilne odločbe, s katerimi so dobili priznan status za nazaj, z novelo iz leta 2010,¹⁰ ki je dopolnila prej omenjeni zakon iz leta 1999, pa so bile dopolnjene tudi možnosti za ureditev pravnega statusa za izbrisane in dodani nekateri drugi manjši ukrepi za popravilo krivic. Ko je veliki senat ESČP izdal še pilotno sodbu v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji*,¹¹ je bil k naboru ukrepov dodan še zadnji ključni element – možnost povračila škode, povzročene z izbrisom, ki je do tedaj veljala za popoln tabu v slovenski javnosti, politiki in tudi pravni stroki.¹²

3 Stanje danes in perspektive za nadaljnjo odpravo posledic kršitev

V času izdaje druge odločbe Ustavnega sodišča iz leta 2003 je imelo po podatkih MNZ od vseh izbrisanih približno 12.000 oseb urejen status – pridobili so bodisi državljanstvo bodisi dovoljenje za stalno prebivanje. Z odločbo Ustavnega sodišča iz leta 2003 je bil rok za vlaganje prošnje po ZUSDDD vnovič odprt, izdanih dovoljenj pa je bilo zaradi politične situacije in še naprej ozke opredelitve izbrisanih, upravičenih do povrnitve statusa, zelo malo. Po sprejemu novele Zakona o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic SFRJ v Republiki Sloveniji (ZUSDDD-B) je bilo vloženih prošenj spet

nekoliko več. Na dan 31. januarja 2016 je bilo na Ministrstvu za notranje zadeve evidentiranih 1.907 prošelj za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje po ZUSDDD-B. Od tega je bilo v obdobju od uveljavitve ZUSDDD-B (24. julij 2010) do izteka roka (24. julij 2013) vloženi 1.778 prošelj za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje po ZUSDDD-B, v obdobju od 25. julija 2013 do 31. januarja 2016 (torej po izteku osnovnega roka) pa je bilo vloženi 129 prošelj za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje po ZUSDDD-B. Od tega so 1.608 prošelj vložili izbrisani iz registra stalnega prebivalstva, 70 prošelj so vložili otroci izbrisanih, 229 prošelj pa so vložili državljani drugih republik nekdanje SFRJ, ki niso bili izbrisani.¹³

Na osnovi teh prošelj so upravne enote do 31. januarja 2016 izdale 259 dovoljenj za stalno prebivanje, od tega 217 izbrisanim, 16 otrokom izbrisanih in 26 drugim, ki jim zakon to omogoča. Število zavrženih, zavrženih prošelj in ustavljenih postopkov je bilo v enakem obdobju skupaj 1.395. Te statistike kažejo, da je v zadnjih letih status pridobilo le majhno število ljudi, kar pomeni, da ima danes kljub navedenim ukrepom, ki so stanje nekoliko omilili, urejen status še vedno le približno polovica izbrisanih,¹⁴ za preostale pa problem izbrisa že iz statusnega vidika ostaja nerazrešen. Glede na to, da je bilo znatno število možnih pravnih poti že izčrpano, v tem trenutku tudi ni videti, da bi se reševanje tega izziva na statusnem področju lahko nadaljevalo.

Paradoks reševanja problema izbrisa je v tem, da rešitev težav še nikoli ni bila tako blizu in hkrati tako daleč. Več kot je narejenega v smeri poprave krivic, manj možnosti je, da bi bil problem kdaj celovito naslovljen. Bistvo je namreč v tem, da so storjeni koraki resnično majhni, premajhni, da bi lahko odpravili ali vsaj za silo kompenzirali škodo, ki je bila z izbrisom povzročena. Hkrati pa vsak storjeni korak še nekoliko zmanjša verjetnost za celostno – pravno, ekonomsko, politično, simbolno in – če hočete – tudi psihosocialno obravnavo posledic izbrisa. Vsak, pa čeprav minimalen ukrep, namreč problemu še nekoliko dodatno odvzame ostrino, zamegli njegovo jasnost, ga relativizira. Kopičenje manjših, skorajda neznatnih mehanizmov, s katerimi naj bi bile krivice naslovljene, tako daje vtis, da se problem rešuje, položaj pa zatem zahteva veliko več prizadevanj za prikaz, da problem še vedno obstaja, le da postaja vse bolj neviden.

Primer, ki dobro ponazori ta problem, je denimo vložitev pritožbe pred ESČP leta 2006, ki je šest let pozneje rezultirala v sodbi velikega senata ESČP v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji*. Leta 2006 je skupina posameznikov in posameznic, ki so obupali nad slovensko državno ureditvijo in politično kulturo, zaradi katere se je ignoranca do odločbe Ustavnega sodišča iz leta 2003 lahko nemoteno nadaljevala, brez vsakršnih posledic, našla italijansko odvetniško družbo (Lana Lagostena Bassi), ki je bila pripravljena brezplačno zastopati izbrisane pritožnike. Odvetniki so aktivistom in aktivistkam naročili, naj zberejo čim več primerov in jih natančno popišejo. Na podlagi petdesetih zbranih primerov potencialnih pritožnikov so odvetniki izbrali enajst

najhujših, torej takih, pri katerih je imel izbris najbolj daljnosežne in grozovite posledice – brezdomstvo, življenje v razmerah, ki so spominjale na suženjstvo, večletna prisilna ločitev staršev od otrok, hude zdravstvene posledice zaradi nezdravljenih bolezni (vključno s karcinomom), deportacije iz Slovenije, tudi v države, v katerih pritožniki prej sploh še niso bili. Prav vsi pritožniki, ki so bili izbrani za vključitev v tožbo, so bili taki, ki jim še ni uspelo doseči ureditve pravnega statusa. Obstajala je namreč bojazen, da če stanje, popisano v pritožbi, ne bo dovolj hudo in če problema in posledic izbrisa ne bo mogoče zares plastično prikazati s skrajno uničenimi življenji, pritožba zaradi pravne zapletenosti okoliščin izbrisa ne bo prepričljiva. Potreba po tem, da glede na množico 51.300 pritožb, ki jih je leta 2006 prejelo ESČP v obravnavo,¹⁵ odvetniki poskrbijo, da njihova izstopa in pritegne pozornost sodnikov, sili v skrajne ukrepe, kot je bil ta – v selekcijo primerov na način, da tisti manj hudi za dokazovanje svoje pravne upravičenosti niso bili dovolj dobri in so bili zato izločeni.

Eden od razlogov za tako ravnanje je 8. člen Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), ki opredeljuje pravico do varstva zasebnega in družinskega življenja. Ta določba je osrednji pravni temelj obravnave izbrisa pred ESČP. Za izkazovanje kršitve tega člena je namreč med drugim treba izkazati, da je bil ukrep, s katerim je država posegla v zasebno in družinsko življenje, nesorazmeren glede na cilj, ki ga je zasledovala, ki je bil v nadzoru nad vstopom in prebivanjem tujcev.¹⁶ Z izbrisom so nato nastale hude posledice za vse prizadete s tem ukrepom, toda ker nekatere posledice niso bile tako otipljive, še zlasti pa so z vnovično pridobitvijo statusa navidezno izginile, je bilo za uspeh pritožbe nujno poudariti tiste, pri katerih ni ostalo dosti dvomov glede resnosti in skrajnosti. Za ponazoritev – če je oseba status pridobila nazaj, čeprav šele po desetih letih prebivanja brez njega, se je njen položaj navidezno uredil in veliko težje je bilo prikazati, vsaj v primerjavi z ljudmi, ki so bili še vedno brez statusa in v že opisanih težkih življenjskih razmerah, da so posledice še vedno tu in da kršitve samo s podelitvijo statusa niso bile odpravljene.

3.1 Narava odškodninske sheme

Primerjava položaja iz leta 2006 z današnjim to ugotovitev le še dodatno potrdi. Ker je bilo nekaj ukrepov že sprejetih, se položaj ne zdi več tako zapleten, resen in potreben naslovitve. Na podlagi tistih zakonskih možnosti, ki so doslej obstajale (ZUSDDD iz leta 1999, njegova novela iz leta 2010, sprememba Zakona o državljanstvu Republike Slovenije iz leta 2002, sprejeta pod prisilo Evropske komisije in redne določbe vsakokratnih predpisov o priseljevanju – zakonov o tujcih), je doslej približno polovici oseb uspelo vnovič pridobiti pravni status. Vsi ti so tudi upravičeni do simbolne odškodnine, dostopne na podlagi odškodninske sheme, ki jo je Ministrstvo za notranje zadeve pripravilo na podlagi sodbe v zadevi *Kurić*.¹⁷ S tem predpisom so oblasti izbrisanim osebam dale na voljo tudi nekaj manjših socialnih ugodnosti, kot je denimo

možnost kandidiranja za neprofitno stanovanje pod enakimi pogoji, kot veljajo za slovenske državljane.

Vse to skupaj torej daje vtis, da je vendarle nekaj bilo narejenega. Toda pogled z druge strani pokaže, da številni vidiki osnovnega problema ostajajo nenaslovljeni. Novela Zakona na področju urejanja statusov iz leta 2010 (ZUSDDD-B) je, kot sem pokazala, denimo omogočila pridobitev dovoljenja za stalno prebivanje le peščici dodatnih oseb, poleg tistih, ki so status pridobile do takrat. Pogoji za pridobitev dovoljenja po tem zakonu so bili še bolj zapleteni kot dotlej. Predpis je vseboval dovoljene izjeme, v primeru katerih so bili ljudje do povrnitve statusa upravičeni tudi, če so bili iz upravičenih razlogov odsotni iz Slovenije, na primer zaradi izгона, ki je bil posledica izbrisa. Toda tudi če jim je uspelo dokazati upravičeno odsotnost, je ta veljala samo za prvih pet let izbrisa, za nadaljnjih pet let pa samo, če ravnanja osebe kažejo, da se je v tem času poskušala vrniti (četrti odstavek 1.č člena ZUSDDD-B). Kako razlagati odsotnost za preostala leta (nad deset), iz zakona ni razvidno, prav tako ne, kaj storiti, če se je oseba poskušala vrniti v prvih petih letih svoje odsotnosti, v nadaljnjih petih letih pa ne. Ti nemogoči, nesmiselni in verjetno protiuustavni pogoji, namenjeni zavračanju prošenj za povrnitev statusa, prav tako kažejo na naravo ukrepov, ki jih težko označimo za celovite.

Nadaljnji problem, ki kaže na pomanjkljivo odpravo kršitev, je, da so po odškodninski shemi, sprejeti po izdaji sodbe ESČP v zadevi *Kurić*, do odškodnine upravičeni samo tisti, ki so si uredili pravni status. To pomeni, da ima približno polovica izbranih dostop do obeh osnovnih mehanizmov poprave krivic – statusa in odškodnine, druga polovica pa do nobenega. Tisti, ki odškodnino pridobijo, do nje ne morejo dostopati, če so v osebnem stečajju¹⁸ ali če imajo dolgove iz naslova davčnih dajatev. Zakon o davčnem postopku (ZDavP-2)¹⁹ namreč v 159. členu, ki ureja izvzetje denarnih prejemkov iz davčne izvršbe, ne navaja odškodnine za izbris iz registra stalnih prebivalcev v RS.²⁰

Upravičenci lahko odškodnino na poenostavljen način (pred upravnim organom v upravnem postopku) uveljavljajo le na osnovni ravni, določeni v minimalnem pavšalnem znesku na mesec življenja brez vsakršnega statusa (50 evrov mesečno). Preostali navzgor omejeni znesek (do dvakratnika osnovne odškodnine, torej dodatnih sto evrov mesečno) pa lahko uveljavljajo le v sodnem postopku. V slednjem morajo škodo tudi dokazati. To sicer ne bi smelo biti problematično, saj je materialno škodo mogoče izkazati že z nedostopnostjo socialne pomoči, do katere bi bila upravičena oseba s stalnim prebivališčem v Sloveniji, ki ne bi imela nobenih drugih dohodkov (tej logiki je sledilo tudi ESČP v sodbi v zadevi *Kurić*). Tu je še možnost dokazovanja preostale škode, razen izgube zaposlitve in nezmožnosti odkupa družbenega stanovanja, na kateri pa izbris iz registra stalnega prebivalstva ni vplival.²¹

Upravičenci sodne postopke uporabljajo le redko. V upravnem postopku je odškodnine doslej zahtevalo 7.689 ljudi, od katerih so ugodili v 5.490 zadevah, torej manj kot polovici vseh upravičencev, za nadaljnje uveljavljanje v sodnem postopku pa se odloča zelo malo ljudi – vloženih je bilo le 67 tožb.²² Med pomembnejšimi razlogi je strah pred sodnimi stroški. Tudi v primeru oprostitev sodnih taks in *pro bono* zastopanja je namreč tožnik v primeru izgube tožbe dolžan plačati sodne stroške nasprotne stranke, torej države. To deluje kot močan odvračalni dejavnik, zaradi katerega se večina ljudi zadovolji z osnovno odškodnino, ki je glede na škodo, ki je bila povzročena, nerazumno nizka.

Na problem omejitve odškodnine na določen najvišji znesek je bilo že opozorjeno Ustavno sodišče, pred katerim trenutno potekajo štirje postopki za oceno ustavnosti zgornje omejitve odškodnine na trikratnik osnovnega zneska, določenega z odškodninsko shemo.²³ Gre za pavšalno odškodnino, namenjeno delnemu povračilu tako premoženjske kot tudi nepremoženjske škode nerazdelno.

Kakšna bi lahko bila odločitev Ustavnega sodišča o tem vprašanju? Do odgovora lahko pridemo prek drugih odločitev Ustavnega sodišča v primerih omejevanja odškodnin. V eni taki zadevi je Ustavno sodišče odločilo, da z zgornjo omejitvijo odškodnine za nepremoženjsko škodo na 5.000 evrov, določeno v Zakonu o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (ZVPSBNO),²⁴ zakonodajalec ni nerazumno določil načina uresničevanja pravice do sodnega varstva navedene pravice.²⁵ Ustavno sodišče je poudarilo, da je zakonodajalec v tem zakonu poleg najvišje določene odškodnine zaradi kršitve te pravice uredil še več drugih ukrepov (na primer pisna izjava Državnega pravobranilstva, da je bila stranki kršena ta pravica, pospešitvena pravna sredstva ali objava sodbe), s katerimi se lahko odpravi kršitve pravic v skladu s 15. členom Ustave, poleg tega pa odškodnina za nematerialno škodo v teh primerih pomeni zgolj sekundarno varstvo – primarno naj bi stranka namreč lahko poskrbela za uresničevanje te pravice s pospešitvenimi pravnimi sredstvi, in če bi sojenje še vedno trajalo nerazumno dolgo, naj bi prišla v poštev odškodnina.

S primerjavo teh okoliščin lahko opazimo nekatere razlike med obema primeroma omejevanja škode na maksimalni znesek. Pri ZVPSBNO gre za zgornjo omejitev povračila *nepremoženjske* škode, pri odškodninski shemi pa gre za zgornjo omejitev povračila *vsakršne* škode, premoženjske in nepremoženjske. Hkrati gre pri odškodninski shemi za izbrisane za primarno in ne za sekundarno varstvo. Odškodnina je namenjena izbrisanim z namenom povračila škode za nazaj, drugi ukrepi, določeni v odškodninski shemi, pa so dopolnilni, usmerjeni v lajšanje življenja v prihodnosti in ne morejo nadomestiti odškodnine. Problem statusov v preteklosti je bil sicer naslovljen z izdajo dopolnilnih odločb, s katerimi je bil ljudem, ki so si status že uspeli urediti, ta priznan tudi za nazaj, vendar imajo dopolnilne odločbe zgolj simbolni pomen. Izbrisani posamezniki torej nimajo na voljo nobenega drugega sredstva za povračilo

premoženjske in nepremoženjske škode, še zlasti če ta bistveno presega omejitve na trikratnik osnovne pavšalne odškodnine, določene v shemi. Ti vidiki bi Ustavno sodišče morda lahko napeljali k temu, da bi v primeru omejevanja odškodnine v odškodninski shemi za izbrisane sprejelo drugačno odločitev, kot jo je v zadevi varstva pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja.

3.2 Nadaljnja vloga ESČP pri odškodninah

Odškodninsko shemo, z vsemi svojimi prednostmi in pomanjkljivostmi, je Odbor ministrov pri Svetu Evrope decembra 2013 potrdil kot ustrezno.²⁶ Ker pa je Republika Slovenija s sprejemom odškodninske sheme zamujala, saj jo je sprejela po enoletnem roku, ki ji ga je postavilo ESČP, je bilo na ESČP vloženi še več skupinskih tožb upravičencev, ki so bili v enakem položaju kot uspeli pritožniki iz zadeve *Kurić*. Eno od teh skupinskih pritožb (*Anastasov in drugi proti Sloveniji*) je ESČP v 2016 prav zaradi potrditve ustreznosti odškodninske sheme pred Odborom ministrov zavrglo kot očitno neutemeljeno. Sodišče je pritožnike napotilo, naj – če želijo izpodbijati višino odškodnine – to najprej storijo pred domačimi sodišči, pritožbo glede višine odškodnine na ESČP pa lahko vložijo šele po izčrpanju notranjih pravnih sredstev.²⁷ Ta odločitev je bila z vidika ustaljene prakse ESČP pričakovana in za ESČP z vidika zmanjševanja pripada zadev smotrna, z vidika pritožnikov pa je videti nesmiselna. ESČP jih je namreč s tem napotilo v nov krog domačega pravdanja, ki bo postopek pred ESČP odložilo za več let. Hkrati pa ne gre spregledati, da bo na notranji pravni ravni odločitev o višini odškodnine dosežena že v eni od omenjenih štirih ustavnih pritožb. V primeru morebitne negativne odločitve s strani Ustavnega sodišča je lahko to vprašanje ESČP vnovič kmalu predloženo, seveda pod pogojem, da se bodo pred Ustavnim sodiščem zavrjnjeni pritožniki obrnili nanj. Hkrati prav tako ne gre spregledati, da na ESČP čakajo na obravnavo še druge skupinske pritožbe o istem pravnem vprašanju, o kateri sodišče še ni odločilo.

4 Sklep

Analiza položaja 25 let po izvedbi izbrisa iz registra stalnega prebivalstva poudarja več izzivov, ki ostajajo delno ali v celoti nenaslovljeni. V času pravnega in političnega brezvetrja, do katerega je prišlo zaradi parcialnih ukrepov, ki so dajali vtis reševanja nastalega položaja, možnosti v smeri celovite poprave kršitev ustavnih pravic pojenjajo. Teoretično sicer še vedno obstajajo (sodne poti, ustavna presoja, pritožba na ESČP kot zadnjo instanco), vendar so zaradi pravne zapletenosti, zahtevnosti in dolgotrajnosti, pa tudi zaradi časovne oddaljenosti kršitve, ob kateri so številni prizadeti ostareli ali celo preminuli, slabo dostopne. K temu pripomore tudi ESČP kot akter regionalnega varstva človekovih pravic, ki se tudi sam sooča z vprašanjem (ne)učinkovitosti, zaostankov in dolgotrajnosti. Ta praktični vidik delovanja sistema ustavne demokracije in izvrševanja ustavnih pravic v praksi je opomin na pomen obveznosti odprave posledic kršitev iz 15.

člena Ustave. Pomanjkanje politične volje, pravne kulture in temeljnega občutka nujnosti za dosledno spoštovanje te določbe so ključne ovire, ki preprečujejo soočenje s potrebami, ki na področju izbrisa še vedno obstajajo. Te se kažejo v vedno novih poizvedbah s strani izbrisanih o možnosti za ureditev statusa, s katerimi se soočajo organizacije, ki delujejo na področju varstva človekovih pravic, predvsem pa v dejstvu, da na ozemlju Republike Slovenije še vedno živijo izbrisane osebe brez urejenega statusa. Njihovo število se ocenjuje na do deset, kar pomeni deset človeških bitij, ki so jim državne storitve v celoti nedostopne. Brez urejenega statusa so bodisi zato, ker so zamudile triletni rok, določen z ZUSDDD-B, ali pa je bila njihova prošnja za izdajo dovoljenja za stalno prebivanje zavrnjena. Gre za izrazito ranljive osebe, ki so socialno povsem izključene, hkrati pa jih zaradi dolgotrajnega življenja v Sloveniji ni mogoče vrniti ali napotiti v nobeno drugo državo. Po izteku triletnega roka tako v Republiki Sloveniji ni več nobene zakonske možnosti za ureditev njihovega pravnega statusa, kar sproža vprašanja o skladnosti takega položaja z 8. členom EKČP. Dolgotrajna neregularnost in odsotnost legalizacijskih mehanizmov lahko, kot je pokazala sodba v zadevi *Kurić*, znatno posežejo v zasebno in družinsko življenje posameznika ali posameznice, kar lahko vodi do novih obsodb pred mednarodnimi sodišči. Ob poznavanju vseh teh dejstev in ustreznih mehanizmov za popravilo krivic bi lahko slednje zlahka preprečili.

Opombe / Notes:

¹ Ta vprašanja sem obsežno obdelala v doktorski disertaciji »Pravni vidiki izbrisa iz registra stalnega prebivalstva Republike Slovenije«, 2011, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, mentor: prof. dr. Bojan Bugarič. Disertacija je leta 2012 izšla v knjižni obliki v slovenščini pod naslovom *Izbris in (ne)ustavna demokracija*. Ljubljana: GV Založba, posodobljena in za mednarodno bralstvo prirejena različica pa je leta 2016 izšla pod naslovom *Erased: Citizenship, Residence Rights and the Constitution in Slovenia*. Frankfurt am Main: Peter Lang Academic Research.

² Višja znanstvena sodelavka in asistentka za mednarodno pravo. Direktorica Mirovnega inštituta, zasebnega neprofitnega raziskovalnega zavoda, specializiranega za družboslovne znanstvene raziskave.

C. Ribičič (2009).

³ Drugi razlog za izbor te teme pa je v tem, da sem avtorica prispevka temo izbrisa temeljito obdelala v svoji doktorski disertaciji pod mentorstvom profesorja Bojana Bugariča ter jo leta 2011 uspešno zagovarjala pred komisijo, katere član je bil tudi profesor Ribičič. Pozneje je na moje povabilo kot nekdanji ustavni sodnik, ki je sodeloval pri pripravi odločbe in je svojo odločitev v javnosti vztrajno, pokončno in argumentirano zagovarjal, napisal spremno besedo h knjižni izdaji doktorske disertacije, ki je izšla pri GV Založbi pod naslovom *Izbris in (ne)ustavna demokracija*.

⁴ Število je rezultat notranje preiskave baz podatkov, ki jo je januarja 2009 izvedlo Ministrstvo za notranje zadeve.

⁵ Da je šlo za samovoljno in arbitrarno razlago Zakona o tujcih, je potrdilo Ustavno sodišče RS v odločbi št. U-I-284/94 z dne 4. februarja 1999 in nato še v odločbi št. U-I-246/02 z dne 3. aprila 2003.

⁶ Uradni list RS, št. 1/91-I.

⁷ Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-284/94 z dne 4. februarja 1999.

⁸ Uradni list RS, št. 61/99.

⁹ Nasprotovanje naslovnemu problemu izbrisa je z več vidikov popisano in analizirano v posebni izdaji Časopisa za kritiko znanosti 35 (2007) 228. Glej na primer I. Mekina (2007: 157–170); A. Kurnik (2007: 122–131); M. Gregorčič (2007: 81–97).

¹⁰ Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic SFRJ v Republiki Sloveniji, Uradni list RS, št. 50/10. Glej tudi uradno prečiščeno besedilo (ZUSDDD-UPB1), Uradni list RS, št. 76/10.

¹¹ Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/06 z dne 26. junija 2012.

¹² Zakon o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (ZPŠOIRSP, Uradni list RS, št. 99/13).

¹³ Podatki so bili pridobljeni neposredno od Ministrstva za notranje zadeve.

¹⁴ V času referendumu leta 2004 je bilo to število približno 12.000. Glej M. Hot (2004: 32).

¹⁵ Statistični podatki ESČP: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2006_ENG.pdf.

¹⁶ Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji*, točka 316.

¹⁷ Gre za že omenjeni Zakon o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (ZPŠOIRSP).

¹⁸ Osebna korespondenca z izbrisano osebo z dne 31. oktobra 2016.

¹⁹ Uradni list RS, št. 13/11 – uradno prečiščeno besedilo, 32/12, 94/12, 101/13 – ZDavNepr, 111/13, 25/14 – ZFU, 40/14 – ZIN-B, 90/14, 91/15 in 63/16.

²⁰ Osebna korespondenca z izbrisano osebo z dne 12. oktobra 2016.

²¹ Po t. i. Jazbinškovem zakonu je bilo treba za odkup družbenega stanovanja izkazovati slovensko državljanstvo. Ohranitev statusa stalnega prebivalca torej tega problema ne bi rešila. Podobno je bilo treba za vse tujce, vključno s tistimi, ki so imeli dovoljenje za stalno prebivanje, za namen ohranitve zaposlitve pridobiti delovno dovoljenje, za kar pa je Zakon o zaposlovanju tujcev iz leta določil posebne dodatne pogoje.

²² Po poročanju Slovenske tiskovne agencije (STA) so upravne enote do konca leta 2016 prejele 7.689 zahtevkov izbrisanih za določitev denarne odškodnine v upravnem postopku. Pri tem je najvišja priznana odškodnina znašala 13.050 evrov, kar ustreza skoraj 22 letom izbrisa. Pred sodišči je vloženih 67 tožb, od katerih so bile končane tri. Od 7.689 prejetih zahtevkov so upravne enote do 31. decembra 2016 odločile o 7.492 primerih, pri čemer so 5.490 zahtevkom ugodile, 1.802 so jih zavrnile, 86 ustavile, 114 pa zavrgle. STA, Do konca lanskega leta izbrisanim priznanih za nekaj manj kot 24,9 milijona evrov odškodnin, 12. januar 2017.

²³ Gre za štiri zahteve za presojo ustavnosti 12. člena Zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, vodene pod številkami: U-I-204/16 (9. november 2016), U-I-173/16 (26. september 2016), U-I-166/16 (13. september 2016), U-I-80/16 (5. maj 2016). Glej tudi MMC, 2017, <https://www.rtvsl.si/slovenija/sodisce-zahteva-ustavno-presoj-o-odškodnin-izbrisanim/417781>.

²⁴ Uradni list RS, št. 67/12 – uradno prečiščeno besedilo.

²⁵ Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-1/10-6 z dne 20. januarja 2011.

²⁶ Delo, Odbor ministrov Sveta Evrope zadovoljen z odškodnino izbrisanim, 4. december 2013.

²⁷ Sodba ESČP v zadevi *Anastasov in drugi proti Sloveniji*, št. 65020/13, z dne 18. oktobra 2016.

Literatura / References:

- Odbor ministrov Sveta Evrope zadovoljen z odškodnino izbrisanim, Delo, 4. december 2013.
- ESČP, veliki senat, Kurić in drugi proti Sloveniji, št. 26828/06, sodba z dne 26. junija 2012.
- ESČP, Anastasov in drugi proti Sloveniji, št. 65020/13, sodba z dne 18. oktobra 2016.
- M. Gregorčič (2007) Fantomska neodgovornost ali fašizem v preoblekah, Časopis za kritiko znanosti 35 (228), str. 81–97.
- M. Hot (2004) Reševanje vprašanja izbrisanih, diplomatska naloga. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 21.
- N. Kogovšek Šalomon (2016) Erased: Citizenship, Residence Rights and the Constitution in Slovenia. Frankfurt am Main: Peter Lang Academic Research.
- N. Kogovšek Šalomon (2011) Pravni vidiki izbrisa iz registra stalnega prebivalstva Republike Slovenije, doktorska disertacija (mentor: prof. dr. Bojan Bugarič). Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- N. Kogovšek Šalomon (2012) Izbris in (ne)ustavna demokracija. Ljubljana: GV Založba.
- A. Kurnik (2007) Izbrisani gredo v nebesa, Časopis za kritiko znanosti 35 (228), str. 122–131.
- I. Mekina (2007) Izbris izbrisa, Časopis za kritiko znanosti 35 (228), str. 157–170.
- MMC (2017) <https://www.rtvsllo.si/slovenija/sodisce-zahteva-ustavno-presoj-odškodnin-izbrisanim/417781>.
- Osebna korespondenca z izbrisano osebo z dne 12. oktobra 2016.
- Osebna korespondenca z izbrisano osebo z dne 31. oktobra 2016.
- C. Ribičič (2011) Nevarno ustavno sodišče?, Mladina.
- C. Ribičič (2009) Veličastnih sedem. Cvetnik odločb slovenskega ustavnega sodišča 1977–2009, Revus 11, 12. odstavek (str. 167–181).
- STA, Do konca lanskega leta izbrisanim priznanih za nekaj manj kot 24,9 milijona evrov odškodnin, 12. januar 2017.
- Statistični podatki ESČP: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2006_ENG.pdf.
- Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. U-I-1/10-6 z dne 20. januarja 2011.
- Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. U-I-246/02 z dne 3. aprila 2003.
- Ustavno sodišče Republike Slovenije, odločba št. U-I-284/94 z dne 4. februarja 1999.
- Ustavno sodišče Republike Slovenije, zahteva za presojo ustavnosti 12. člena Zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, U-I-204/16 (9. november 2016).
- Ustavno sodišče Republike Slovenije, zahteva za presojo ustavnosti 12. člena Zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, U-I-173/16 (26. september 2016).
- Ustavno sodišče Republike Slovenije, zahteva za presojo ustavnosti 12. člena Zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, U-I-166/16 (13. september 2016).
- Ustavno sodišče Republike Slovenije, zahteva za presojo ustavnosti 12. člena Zakona o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva, U-I-80/16 (5. maj 2016).
- Zakon o davčnem postopku (ZDavP-2), Uradni list RS, št. 13/11 – uradno prečiščeno besedilo, 32/12, 94/12, 101/13 – ZDavNep, 111/13, 25/14 – ZFU, 40/14 – ZIN-B, 90/14, 91/15 in 63/16.
- Zakon o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (ZPŠOIRSP), Uradni list RS, št. 99/13.

Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic SFRJ v Republiki Sloveniji, Uradni list RS, št. 50/10.

Zakon o tujcih, Uradni list RS, št. 1/91-I

Zakon o urejanju statusa državljanov drugih držav naslednic SFRJ v Republiki Sloveniji (ZUSDDD), Uradni list RS, št. 61/99.

Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (ZVPSBNO), Uradni list RS, št. 67/12 – uradno prečiščeno besedilo.

Ustavnostatusni položaj kot družbenosistemski ločevalni kriterij v vrednotenju (manjšinskih) narodnih skupnosti v Republiki Sloveniji

VERA KRŽIŠNIK - BUKIČ

Povzetek Avtorica analizira pred- in poplebiscitarni odnos države do skupnosti razmeroma zelo številnih pripadnikov narodov po izvoru z območja nekdanje Jugoslavije, ki so po njenem razpadu ostali v Sloveniji. Poudarja in razlaga pravne vidike njihove konstitutivnosti pri nastajanju nove slovenske države. V ustavi iz leta 1991 so imenovane in manjšinskostatusno opredeljene le skupnosti Italijanov, Madžarov in Romov. Četrto stoletje pozneje narodne skupnosti Albancev, Bošnjakov, Črnogorcev, Hrvatov, Makedoncev in Srbov ostajajo še nadalje zunaj vsakršnega kolektivnega pravnega okvirja. Na problem njihove diskriminacije slovensko državo opozarjajo mednarodne institucije za človekove in manjšinske pravice. Domače civilno združenje *Zveza zvez kulturnih društev konstitutivnih narodov in narodnosti nekdanje SFRJ v Sloveniji* si že petnajst let prizadeva za ureditev njihovega položaja s predlogom dopolnitve ustave s poimenskimi vključevanjem in z lastno, prilagojeno različico manjšinskega statusa zanje.

Ključne besede: • narodne manjšine • ustavni manjšinski status • politična volja • ustavna sprememba • Republika Slovenija

NASLOV AVTORJA: Dr. Vera Kržišnik - Bukič, znanstvena svetnica, Inštitut za narodnostna vprašanja, Erjavčeva cesta 26, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: vera.krzisnik@guest.arnes.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.11 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The Constitutional Status as a Social System Separable Criterion in General Valuation of National Communities/minorities in the Republic of Slovenia

VERA KRŽIŠNIK - BUKIČ

Abstract The state relations toward the ex-Yugoslav communities, i.e. Albanians, Bosniaks, Croats, Macedonians, Montenegrins, and Serbs who stayed to live in the new independent Republic of Slovenia after the breakdown of Yugoslavia in 1991, are discussed. The author explains legal viewpoints of the constitutiveness of these national communities in the process of Slovenia's gaining of independence. However, in the new constitution of the Republic of Slovenia at the end of 1991, only three communities, Italians, Hungarians, and Roma, were confirmed the national minority status. Meanwhile the ex-Yugoslav communities have remained unconstitutional and lawless entities. This is the reason the Republic of Slovenia is criticised by the competent international institutions (United Nations Organisation, Council of Europe, European Union, etc.). Fifteen years ago, a domestic civil organisation was founded with a goal to persuade the Parliament to include these communities into the Constitution with some adaptable national minority status for them as well.

Keywords: • national minorities • constitutional minority status • political will • constitutional change • Republic of Slovenia

CORRESPONDENCE ADDRESS: Vera Kržišnik - Bukič, Ph.D., Researcher, Institute for Ethnic Studies, Erjavčeva cesta 26, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-mail: vera.krzisnik@guest.arnes.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.11 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Slovenija je po 3. členu Ustave Republike Slovenije utemeljena kot država vseh svojih državljanek in državljanov. V istem členu se »lastništvo« države Slovenije opredeljuje še z določbo o trajni in neodtujljivi pravici slovenskega naroda do samoodločbe. Ta državljanska/narodnostna (etnična) dihotomija implicira načelni paradoks, ki se izraža tako na ustavnopravni ravni kot tudi v praksi vsakdanjega življenja, na obeh kot prednostni ali pomembnejši statusni položaj tistih državljanek in državljanov Republike Slovenije, ki so (zraven še) pripadnice in pripadniki slovenskega naroda.

Toda ustavnopravna stroka se ne dovoli zmesi in ustavni pravnik Peter Jambreč pojasnjuje: »Slovenski narod, v skladu z zakonom o plebiscitu, pa tudi vse druge osebe, 'ki imajo v Republiki Sloveniji splošno volilno pravico', na podlagi svoje pravice do samoodločbe svobodno odloča o temeljnih vprašanjih svoje državnosti in ustavnosti.«¹

V dvajsetem in enaindvajsetem stoletju je narodnostno oziroma etnično načelo odločilni sestavni in spremljevalni kolektivni atribut prebivalstva v Evropi in tudi marsikje drugje po svetu, tako da omenjeno slovensko ustavno opredeljevanje ni neobičajno pravno normiranje. Glede na znana večstoletna zgodovinska dejstva, povezana z nastajanjem in oblikovanjem slovenskega naroda² ter razvojem slovenskega narodnega vprašanja, in glede na vse družbene okoliščine, ki so se izrazile v razkroju jugoslovanske zvezne države, gre v primeru Republike Slovenije za samoumevni opredelitveni dosežek etnično večinskega slovenskega prebivalstva.

Ustavni pravniki so sintagmo »trajne in neodtujljive pravice slovenskega naroda do samoodločbe« ocenili tudi kot »nadustavno« (Kavčič in Grad, 2008: 76–77), ker izhaja iz preambule k Ustavi, v kateri je že poudarjena »temeljna in trajna pravica slovenskega naroda do samoodločbe« (Ustava Republike Slovenije, 1991: 1373), oziroma so enako vsebino videli že v izvirnem pobudniškem politično-pravnem dokumentu Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (1991), ki jo je sprejela Skupščina Republike Slovenije na podlagi ustavnih amandmajev in izida plebiscita iz decembra 1990.

Bolj posredna pa je razlaga ustavnopravne stroke, ko izrazi mnenje, da »načelo samoodločbe slovenskega naroda« ni v nasprotju z načelom demokratične ureditve ter načelom enakosti državljanek in državljanov »ne glede na narodno pripadnost« (Ribičič, 2004). Zadnji del te razlage je, še posebej glede na izhodišče tega prispevka, manj prepričljiv oziroma vsaj manj premišljeno zapisan.

Da ni v nasprotju z načelom demokratične ureditve, bo že držalo, če ali ko pojmujeemo demokratično družbeno ureditev z njenega prvotnega in najosnovnejšega vidika, to je z vidika številčnosti, po katerem se je tedaj nedvomno daleč največje število državljanov

Republike Slovenije opredeljevalo za Slovenke in Slovence. Ko pa gre za omenjeno drugo načelo, načelo enakosti državljanek in državljanov »ne glede na narodno pripadnost«, pa spet naletimo na *contradictio in adiecto*. Ni mogoče resnicoljubno reči in brez zadržka argumentirano zapisati, da »načelo samoodločbe slovenskega naroda« ni v nasprotju z načelom demokratične ureditve ter načelom enakosti državljanek in državljanov »ne glede na narodno pripadnost«, temveč tudi dejansko stanje družbenega življenja na številne in različne načine dokazuje »neenakost« državljanek in državljanov glede na narodno pripadnost.³ Implicitni paradoks je praviloma že vgrajen v vsako s pojmovno vsebino države organizirano družbeno skupnost, ki se sicer opredeljuje in razglašča za demokratično, vendar se hkrati normativno legitimira kot družba večinskega (v našem primeru slovenskega) naroda in drugih narodnih skupnosti, ki so manjšinske. V primeru Republike Slovenije so po Ustavi Republike Slovenije take druge manjšinske skupnosti (samo) tri.

Prav to statusno področje narodne manjšinskosti, ki torej načelno in dejansko korelira »navzven« ali »vertikalno« s statusnim področjem večinskega naroda in »navznoter« ali »horizontalno« v družbenostatusnem prostoru med manjšinskimi narodnimi skupnostmi, nas v tem prispevku posebej zanima. Vendar tokrat ne na obeh ravneh, torej ne tudi v razmerju do statusnega področja večinske narodne skupnosti. Tega odnosa smo se tu le na splošno dotaknili – v smislu tematike kot take. V uvodu smo to storili predvsem zato, ker naj ne bi bilo v demokratični državi, ki je republika, nič načelno spornega, kot meni ustavnopravna stroka, če je vsebinski profil ustavnega statusa večinske narodne skupnosti različen od vsebinskega profila ustavnega statusa manjšinske narodne skupnosti oziroma dveh ali več manjšinskih narodnih skupnosti v tej isti državi (Republiki Sloveniji). Tukajšnji osrednji namen pa ni primerjava stanja in dejstev večinskega in manjšinskega statusnega položaja, temveč predvsem medmanjšinskih statusnih položajev v Republiki Sloveniji.⁴

2 Medetničnomanjšinski statusni položaji v Republiki Sloveniji

Ustavna uporaba narodnostnega načela z nominacijo večinskega naroda kot *apriori* dominantnega v vsaki sodobni (evropski) demokratični državi sproži še druga narodnostnostatusna vprašanja, saj danes v Evropi ob že dejansko trajnem razvojnem trendu vse prisotnejšega večnarodnostnega družbenega okolja znotraj iste države nobena država ni več izrazito enonarodnostna.⁵ Sama geopolitična lega tradicionalno etnovečinskega slovenskega ozemeljskega območja, z vseh strani obdanega s številnejšimi drugimi etničnimi entitetami, in novejši zgodovinski razvoj današnje Slovenije po nedavnem razpadu večje sestavljene države, ki ji je kot federalna enota pripadala (tudi) Slovenija, sta pričakovano proizvedla današnjo večnarodnostno prebivalstveno podobo Republike Slovenije. Poleg še nadalje normativno in v vsakem pogledu dominantnega večinskega slovenskega naroda etnično strukturo preostalega prebivalstva sestavljajo manjšinske narodne skupnosti, nekatere etnične skupine in

številni le popisno-statistično določljivi pripadniki drugih manjših ali večjih narodov iz Evrope in z drugih celin.

V tem prispevku se avtorica osredinja na problem razlik v obravnavi tistih etničnih entitet v Sloveniji, ki bi jim (tudi) po mednarodnih strokovnih standardih pripadal pravni status manjšinskih narodnih skupnosti, vendar Republika Slovenija tega dejstva v četrstoletnem obdobju ni bila pripravljena ozavestiti in sprejeti.

3 Okvirna slika kvantitativnih etničnih kazalcev v Sloveniji na začetku enaindvajsetega stoletja

Številčna absolutna in relativna etnična dejstva raziskovalci te tematike večinoma povzemamo po razvidu podatkov iz popisov prebivalstva v zadnjem stoletju in pol, ko so ta »civilna« prebivalstvena štetja potekala praviloma na približno vsakih deset let, začevši z avstro-ogrskim popisom leta 1869 in nato prek »staro-« in »novojugoslovanskih« popisov do leta 2002 v Republiki Sloveniji še zadnjega in doslej edinega takega.⁶

Leta 1991, še v okviru skupne jugoslovanske države, so se ob Slovencih (1.689.657 ali 88,31 %) kot izrazito večinskem narodu drugi v Sloveniji stalno prebivajoči prebivalci številčno narodnostno samoopredelili kot: Hrvati (52.876 ali 2,76 %), Srbi (47.401 ali 2,48 %), Muslimani (26.577 ali 1,39 %), Madžari (8.000 ali 0,42 %), Makedonci (4.371 ali 0,23 %), Črnogorci (4.339 ali 0,23 %), Albanci (3.534 ali 0,18 %), Italijani (2.959 ali 0,15 %), Romi (2.259 ali 0,12 %) in drugi (vsaka od ducat drugih narodnostnih skupin je zajemala po deset- in večkrat manj oseb kot najmanjša navedena – romska). Kljub znatnim spremembam, ki jih je za večino navedenih narodnostnih skupin ugotovil popis prebivalstva iz leta 2002, so najosnovnejša razmerja, ki smo jih spoznali leta 1991, če odmislimo precejšnjo zmešnjavo pri narodnostnem samopoimenovanju, povezano zlasti z vojno v Bosni in Hercegovini, prisotna tudi po tem popisu⁷ (Klopčič, Komac in Kržišnik - Bukić, 2003). Slovenci (1.631.363 ali 83,06 %) trdno ostajajo večinski narod. Že znane narodnostno manjšinske skupine pa so se razvrstile takole: Srbi (38.964 ali 1,98 %), Hrvati (35.642 ali 1,81 %), Bošnjaki (21.542 ali 1,10 %), Muslimani (10.467 ali 0,53 %), Bosanci (8.062 ali 0,41 %), Madžari (6.243 ali 0,32 %), Albanci (6.186 ali 0,31 %), Makedonci (3.972 ali 0,20 %), Romi (3.246 ali 0,17 %), Črnogorci (2.667 ali 0,14 %), Italijani (2.258 ali 0,11 %). Gledano v celoti so vsi številčno izgubljali, razen Romov, ki so bili očitno obakrat pomanjkljivo popisani, in Albancev, katerih popisno število se je v desetletju skoraj podvojilo (Šircelj, 2003: 141).

Obstajala naj bi dva glavna razloga, zakaj se v Sloveniji ob popisu leta 2011 ni več spraševalo po narodnostni samoopredelitvi. Prvi razlog je bil, da tega ni zahtevala Evropska unija, natančneje njen Eurostat. Drugi razlog pa je bil pomanjkanje denarja, zaradi česar je Statistični urad Republike Slovenije izvedel registerski in ne terenski

popis, ki bi bil znatno dražji.⁸ Izpad že tradicijske aplikacije popisnega vira je otežil raziskovanje kvantitativnega vidika etnične slike prebivalstva Slovenije v prvem in drugem desetletju sedanjega stoletja. Če se je želelo približati sveži (sedanji) etnični podobi, je bilo treba najti in uporabiti kateri drug vir. Posameznemu raziskovalcu bi bilo vsekakor nemogoče opraviti nalogo, ki so jo v preteklosti za celotno državo izvajali na Statističnem uradu Republike Slovenije. Zavedajoč se, da gre ob tej tematiki za še manj verodostojno metodo, kot so popisi prebivalstva, ki so bili pogosto tarča kritičnega presojanja raziskovalcev tudi v Sloveniji, je avtorica tega prispevka poskušala pristopiti k ugotavljanju obravnavanih številčnih kazalcev prek instituta državljanstva Republike Slovenije, za kar pa je bila kot raziskovalka, namreč z vidika ugotavljanja pomena statusa državljanstva v dejanskih družbenih okoliščinah, dodatno motivirana.⁹

Pridobljeni podatki so predstavljeni za dve presečni leti: 2009 in 2015. V obdobju od 25. junija 1991 do 31. decembra 2009 je Republika Slovenija podelila 205.633 državljanstev osebam po izvoru s prostora nekdanje skupne jugoslovanske države zunaj Slovenije.¹⁰ Pri tem je bilo v to število vključenih tudi okrog 3.000 oseb slovenske narodnosti.¹¹ V naslednjih letih se je število oseb po izvoru s prostora nekdanje Jugoslavije povečevalo. Do konca leta 2015 je bilo dodeljenih skupaj 212.444 takih državljanstev.¹² Če ti dve števili, iz recimo nekaj zadnjih let, povežemo s časovno precej bolj oddaljenim prelomnim časom 1990–1991, ko je veljal podatek o približno 171.000 osebah, državljanih Republike Slovenije, po izvoru z območja takratne SFRJ, lahko ugotovimo, da gre za četrstoletni rastoči trend.¹³

4 Predplebiscitarna razmišljanja, napovedi in zaveze Republike Slovenije

Ustava Republike Slovenije iz decembra 1991 ni nastala čez noč, tudi ne na hitro ali pod kakšnim zunanjim pritiskom. Več kot eno leto pred njenim sprejetjem je bila v zvezi z narodnomanjšinsko tematiko opravljena široka strokovna razprava na Inštitutu za narodnostna vprašanja, osrednji državni ustanovi za pripravo strokovnih podlag političnim odločitvam na manjšinskem družbenem področju.¹⁴ Ob tej priložnosti velja poudariti dva momenta. Prvega bi lahko označili za presenetljivega, drugega pač ne. Seveda se je veliko razpravljalo o tedaj družbeno splošno zaželeni pojugoslovanski Sloveniji, o Sloveniji kot kmalu samostojni državi, zato bi bilo pričakovati postavljanje vprašanja o usodi tistih Slovencev, ki bodo po vzpostavitvi samostojne države nenadoma ostali zunaj njenih državnih meja in postali novi »zamejci« – prvi slovenski zamejci kot posledično družbeno dejstvo bližnje plebiscitarne odločitve večinskega slovenskega naroda v Sloveniji.¹⁵ Tega vprašanja, vsaj javno, tedaj ni odprl nihče, ne med sodelavci Inštituta ne med razpravljavci, ki so bili na to srečanje povabljeni.¹⁶ Bil pa je prisoten strah pred tem, da morebiti ne bi hotele v novih geopolitičnih okoliščinah pridobiti manjšinskega statusa narodnostne skupine v Sloveniji, po narodnostnem izvoru s prostora tedaj še skupne jugoslovanske države.¹⁷ V vsakem primeru je na

samem začetku devetdesetih let dvajsetega stoletja v Sloveniji močno prevladoval negativen naboj do Jugoslavije in vsega, kar je bilo z njo povezanega.

Toda slovenska osamosvojitvena politična elita vseh ideoloških usmeritev se je zavedala, da je uspešna ustanovitev samostojne države projekt, ki ga mora podpreti čim številnejše državljansko telo. V jesenskem obdobju priprav na decembrski plebiscit so zato različne politične stranke in struje ter uradna država soglasno sprejele nekaj dolgoročno zavezujočih odločitev in dokumentov, ki naj bi za glasovanje na plebiscitu za samostojno in neodvisno Republiko Slovenijo pridobili čim več razmeroma zelo številnih v Sloveniji živečih pripadnikov narodov po izvoru z območja takrat še obstoječe Jugoslavije.¹⁸ Vsebinska srž teh dokumentov je bila, da se njihov položaj v novi državi, samostojni Republiki Sloveniji, ne bo spremenil oziroma poslabšal. Najnazornejši je bil Sporazum političnih strank in poslanskih skupin, zastopanih v parlamentu, o skupnem nastopu na plebiscitu (1990):

"Republika Slovenija bo zagotavljala narodnima skupnostma, italijanski in madžarski, kakor tudi vsem pripadnikom drugih jugoslovanskih narodov, da se zaradi plebiscitarne odločitve ne bo spremenil njihov sedanjí politični status. Delili bodo našo skupno usodo. Republika Slovenija bo varovala narodnostni skupnosti, pripadniki drugih jugoslovanskih narodov, ki imajo stalno prebivališče v Sloveniji, pa bodo, če bodo to želeli, dobili državljanstvo po zakonu o državljanstvu".

V Sloveniji živeče pripadnike narodov po izvoru z območja takrat še obstoječe Jugoslavije so ti uradni dokumenti, kljub zadržanosti glede opredelitve kolektivnega statusa teh nastajajočih manjšinskih skupnosti, obravnavali vključevalno.

5 Poplebiscitarni odmik in molk ter neposredni nacionalistični poseg države

Plebiscitarni rezultat je presenetil tudi največje dvomljivce v uspeh plebiscita, ki se ga je udeležilo 93 % volilnih upravičencev, med katerimi jih je le dober odstotek manj kot 90 % glasovalo za samostojno in neodvisno Republiko Slovenijo. Ta veliki plebiscitarni uspeh je sprožil slovensko nacionalno evforijo, tako da je v že samo nekaj naslednjih mesecih uradni predplebiscitarni naklonjeni odnos do obravnavanih manjšinskih populacij hitro splahnel, saj je zaradi celo nepričakovano visokega odstotka glasov za samostojno Slovenijo vladajoča politična elita ocenila, da lahko zoži prostor družbenega konteksta manjšinskih skupnosti.

Namesto da bi bili zaradi svoje lojalnosti pričakovano nagrajeni, saj so se, prvič, kot volilni upravičenci plebiscita lahko udeležili, s čimer so si pravno zagotovili sokonstitutivnost nastajajoče nove države Republike Slovenije,¹⁹ in so, drugič, glede razmerja med svojo številčnostjo in rezultatom plebiscita očitno v zelo velikem številu tudi dejansko pozitivno glasovali za samostojno Slovenijo, so bile njihove narodne

skupnosti pravzaprav kaznovane. V Temeljni ustavni listini o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (1991) sredi leta 1991 in v Ustavi Republike Slovenije (1991) konec istega leta o teh skupnostih nenadoma ni več nobenih sledi.

Maksimalno zgoščeni zgodovinski čas v že razpadajoči se Jugoslaviji in v na novo nastajajoči samostojni Republiki Sloveniji v letih 1990–1991 ni bil zaveznik ustavnemu urejanju dejanske narodnomanjšinske situacije, ki se je v Sloveniji pričakovano izrisovala. Nasprotno, splošno spolitizirano družbeno ozračje, praviloma sicer nasploh značilno za procese tektonskih družbenih sprememb, v obravnavani tematiki tedaj bistveno prepojenih z etnonacionalističnim nabojem, ne le da ni bilo po godu, temveč je jasno nasprotovalo objektivnemu ugotavljanju in ustreznemu ustavnemu normiranju novih realnosti na narodnomanjšinskem področju v Sloveniji.

V takih razmerah je lahko Skupščina Republike Slovenije decembra 1991 gladko sprejela ustavo, ki je upoštevala le nekatere dejanske narodnomanjšinske danosti. Ustavodajalec je iz prejšnjih slovenskih ustav povzel in v skladu z amandmajem iz leta 1989 na novo podrobno artikuliral status italijanske in madžarske narodne skupnosti ter vključil novo, romsko etnično skupnost. Zunaj ustavne ureditve so ostale zlasti manjšinske narodne populacije po izvoru s prostora dotedanje skupne zvezne države, ki so po razpadu SFRJ, v veliki večini kot državljani samostojne slovenske države, nadaljevale življenje v Sloveniji.

Še hujša »kazen« od nevrstitve v Ustavo Republike Slovenije pa je te skupnosti doletela samo dva meseca po njenem sprejemu, torej februarja 1992, z izvirnim izumom države – »izbrisom«. To dejanje je bilo naklepno usmerjeno k človeški redukciji števila stalnih prebivalcev Slovenije, pripadnikov manjšinskih populacij z območja pravkar razpadle SFRJ.²⁰

6 Ustava 1991 in ustavna načela narodne manjšinskosti v Republiki Sloveniji

Narodnomanjšinsko statusno ureditev poznajo vse slovenske ustave po drugi svetovni vojni. Prva slovenska ustava (iz leta 1947) je bila zelo splošna, skopa in pomeni tudi glede te tematike – navaja se samo načelni odnos do vsebine sintagme *narodne manjšine* – le prepis določil zvezne ustave, druga slovenska ustava (1963), ki poimensko že vključuje italijansko in madžarsko *narodnost*, pa je bila določnejša. Še določnejša obravnava je bila namenjena italijanski in madžarski *narodnosti* v tretji slovenski ustavi (1974). Najpodrobnejšo artikulacijo je narodnomanjšinska tematika doživela v naslednji slovenski ustavi (1991), ki je prva ustava Republike Slovenije kot samostojne države, obe narodnosti pa sta preimenovani v *narodni skupnosti*.

Poleg pričakovanih, italijanske in madžarske *narodne skupnosti*, je v to ustavo prvič vključena (samo) ena nova manjšina, opredeljena kot *etnična skupnost*, romska, ki je

prej ni bilo mogoče najti v nobeni slovenski ustavi. V novi ustavi pa ni zajeta nekoč številčno in politično zelo močna ter gospodarsko in kulturno dominantna nemška narodna manjšina, ki se je po drugi svetovni vojni kmalu kvantitativno zreducirala na »ostanke ostankov«, v zgodovinsko prelomnem letu 1991 pa izkazovala poleg maloštevilnosti še izrazito teritorialno razpršenost in notranjo nepovezanost. Druga svetovna vojna je bila na Slovenskem usodna tudi za nekdanj kompaktno, sicer vedno majhno, vendar družbeno nesorazmerno vplivnejšo, judovsko skupnost na Slovenskem, ki leta 1991, ko njenih pripadnikov naj ne bi bilo kaj več kot za stotnijo, niti ni imela kakršnihkoli manjšinskih aspiracij. Je pa nova geopolitična situacija z razpadom SFRJ in novimi državnimi mejami oziroma mejami novih držav v prostoru nekdanje skupne države samodejno ustvarila nove/stare narodnomanjšinske aglomeracije, izvorno pripadne narodom s prostora dotedanje zvezne države, ki so se takoj ali zelo kmalu povsod po teh na novo nastalih državah samoprofilirale kot narodnomanjšinski skupnostni subjekti, tako kot je to veljalo tudi za tamkaj živeče Slovence.²¹

Katera načela je pri ustavnem vključevanju narodnih manjšin upoštevala Republika Slovenija? S sociološko-politološkega zornega kota je v zvezi s tem mogoče govoriti o splošnih in posebnih vidikih, na tem mestu pa so zanimivi le tisti, ki dejanske narodnomanjšinske skupnosti z ustavo medsebojno bistveno ločujejo. Med temi vidiki se avtorica pričujočega prispevka dotika samo po enega.

Na splošnem področju je bilo vsekakor treba upoštevati mednarodnopravno uveljavljeno načelo, po katerem se že dosežene pravice ne zmanjšujejo, in je bila v tem smislu gotovo nevprašljiva ustavna kontinuiteta ustavnega statusa italijanske in madžarske narodne manjšine, ki sta v novo ustavo tudi nesporno vključeni. Čeprav je bilo leto 1991 prelomno tudi v pogledu družbenoekonomskega sistema, je bilo mogoče kmalu zapisati, da »kolektivno in individualno varstvo Italijanov in Madžarov v Sloveniji pomeni izjemo od pravila, da socializem ni bil uspešen pri reševanju manjšinskega vprašanja« (Ribičič, 2004: 32).

Toda med temi splošnimi vidiki bi se ustavodajalci leta 1991 lahko vprašali tudi o odnosu države do novih geopolitičnih okoliščin, ki so v kontekstu etnične sestave samostojne in neodvisne države Republike Slovenije tedaj samodejno ustvarile kvalitativno novo politično situacijo. Vendar ustava ni upoštevala politično-kvalitativnih sprememb, ki so se v (novi) državi zgodile v povezavi z zatečeno (staro) narodnomanjšinsko realnostjo. Ustava ni upoštevala načela konstitutivnosti, ki ga je bilo mogoče s temi skupnostmi povezati trojno. Prvič, v smislu klasične, zgodovinske statusne kontinuitete, ker so izrisane nove državne meje, znotraj katerih so, mimo možnosti lastnega vpliva na svoj položaj, ostali manjšinski narodni segmenti, ki so pripadali večinskemu narodu oziroma večinskim narodom v drugi državi oziroma drugih državah. Drugič, njihovo konstitutivnost oziroma sokonstitutivnost je treba obravnavati in priznavati s stališča volilne upravičenosti pripadnikov teh skupnosti pri

opredeljevanju na plebiscitu decembra 1990, kot je bilo predhodno že omenjeno. To konstitutivnost oziroma sokonstitutivnost jim priznava v svojem komentarju k ustavi tudi ustavni pravnik Peter Jambrek, ko navaja: »Slovenski narod, v skladu z zakonom o plebiscitu, *pa tudi vse druge osebe* [poudarila V. K. B.], ki imajo v Republiki Sloveniji splošno volilno pravico«, na podlagi svoje pravice do samoodločbe svobodno odloča o temeljnih vprašanih svoje državnosti in ustavnosti.«²² In, tretjič, ta konstitutivnost oziroma sokonstitutivnost se je izrazila v njihovem dejanskem sodelovanju na plebiscitu decembra 1990, o čemer priča absolutno število udeležencev plebiscita, ki v skladu s popisom prebivalstva 31. marca 1991 niso mogli biti samo narodnostno samoopredeljeni kot Slovenci, temveč so očitno bili tudi v Sloveniji živeči pripadniki narodov po izvoru z območja takrat še obstoječe Jugoslavije.

Na posebnem, notranjem področju urejanja manjšinske tematike so ustavna načela v primeru italijanske in madžarske narodne skupnosti delno sledila že v prejšnjih ustavah uveljavljenemu modelu ureditve položaja obeh narodnih skupnosti, delno pa so se usmerila k še izrazitejšemu poboljšanju njunega pravnega družbenega statusa (vsestranski nabor posebnih pravic) (Kavčič in Grad, 2008: 153–155), s čimer se je Republika Slovenija ponašala v Evropi oziroma je služila kot zgled države z optimalno pravno ureditvijo področja narodnih manjšin. Tak vtis je v zunajdržavnem okolju utrjen tudi z uvedbo romske etnične skupnosti v ustavo, ki je v tem smislu ni bilo zaslediti v nobenem od znanih predplebiscitarnih političnih dokumentov.²³ Državno izpostavljanje odlične ustavne zaščite obeh narodnih skupnosti je uspešno zakrivalo odsotnost kakršnekoli pravne ureditve dejanskih drugih narodnih manjšin v Republiki Sloveniji v procesu njenega potegovanja za članstvo v Evropski uniji.²⁴

Glede obeh narodnih skupnosti sta bila ključna in odločilna kriterija pojem njune avtohtonosti in pojem določenega konkretnega obmejnega območja, kjer je skupnost tradicionalno oziroma zgodovinsko naseljena, ustava pa v skladu z Amandmajem LV (1989) k ustavi Socialistične republike Slovenije ti skupnosti imenuje italijanska in madžarska avtohtona narodna skupnost. Vendar pa načelo avtohtonosti ni ključen kriterij za vključenost etnične skupnosti Romov v ustavo, saj jih država po letu 1991 uradno obravnava delno kot avtohtone in delno kot neavtohtone.²⁵ Tako je že ob teh treh manjšinskih skupnostih z vidika pravne konsistentnosti Ustava Republike Slovenije pri izbiri ključnega razlikovalnega načela za njihovo določanje nekoliko kontradiktorna.

Velja pritrčiti, da je ustavna ureditev na narodnomanjšinskem področju izrazito asimetrična.²⁶ Ob tej načeloma vrednostno nevtralni konotaciji je treba poudariti, da pa je njena pravzaprav veliko pomembnejša značilnost vsebinsko razlikovalna statusna profiliranost na tem področju. Poleg načelne navedbe italijanske in madžarske narodne skupnosti že v Temeljni ustavni listini o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (1991) ter v ustavnih splošnih določbah italijansčine in madžarščine kot uradnih jezikov na območjih občin, kjer živita, se v Ustavi Republike Slovenije nanaša

na ureditev njunega položaja še njen najdaljši člen, nekaterih znatno številčnejših narodnostnih skupnosti po izvoru z območja nekdanje Jugoslavije pa ni normativno ne tedaj ne pozneje »nikjer«, pravno-normativno jih ni nikjer še več kot četrto stoletja pozneje in jih ni niti danes.²⁷ Prvi doslej raziskovalno ugotovljen komentar kakega ustavnega pravika je v zvezi s tem ob svojem hkratnem vzporednem delu na neki recenziji²⁸ zapisal Ciril Ribičič (2004):

»Odrpito poglavje so za zdaj novo nastajajoče narodne skupnosti prebivalcev, ki imajo korenine v drugih republikah nekdanje jugoslovanske federacije. *Šele ko bo to poglavje napisano, bo zaokrožena narodna politika osamosvojene Slovenije* [poudarila V. K. B.]. Njihov status velja poglobljeno analizirati in celovito urediti, na kar vse pogosteje opozarjajo domači raziskovalci in evropski forumi, ki se ukvarjajo z varstvom človekovih in manjšinskih pravic.«

Ves čas je vsebinsko podobno razmišljal in se o tem ob danih priložnostih tudi javno izjasnjeval še en nekdanji ustavni sodnik, Matevž Krivic.²⁹ Med slovenskimi ustavnimi pravniki sta bila precej osamljena.

7 Mednarodne in domače spodbude državi k spremembi odnosa do manjšin

Med bistvene kriterije na področju manjšinske tematike bi tudi v Sloveniji vsekakor lahko spadala tudi številčnost določene nedominantne manjšinske narodnostne skupnosti v državi, če upoštevamo vsaj Okvirno konvencijo za varstvo narodnih manjšin (1998), ki pa ni kakršenkoli mednarodni pravni akt, temveč za države članice, tudi Slovenijo, edini pravno zavezujoči dokument s tega področja. Dva njena člena, 10. in 14., vsebujeta dikcijo, »[č]e na območjih, na katerih že tradicionalno *ali* v znatnem številu prebivajo pripadniki narodnih manjšin«.³⁰ Konvencija torej zapoveduje alternativno uporabo teh določil.³¹ Toda družboslovci v Sloveniji to konvencijo pojmujejo različno, ker osrednjega in edinega predmeta te konvencije, narodne manjšine, ne zmoremo soglasno opredeliti.

Stalno in ponavljajoče se je izpostavljanje v strokovnih krogih v Sloveniji (na primer Komac, 2007; Roter, 2008; Žagar, 2014; Valentinčič, 2014), da Okvirna konvencija ne podaja opredelitve narodne manjšine in da je zato razlaga njenih določb prepuščena vsaki državi posebej. Tak odnos do pojmovne vsebine narodna manjšina naj bi pomenil, da menda tudi znanost v Sloveniji ni sposobna ali ni poklicana podati, ali pa je pač zaželeno, da ne poda, integralne opredelitve narodne manjšine za manjšinsko situacijo v Sloveniji.³² Taka stališča so zlasti v službi udobnega priročnega izgovora države za njeno nadaljnje načelno diskriminatorno obravnavanje nekaterih narodnih skupnosti in njihovo nepripuščanje v sfero manjšinskega varstva v Sloveniji. Okvirna konvencija namreč je in je lahko po svojem bistvu seveda le *okvirna*, kakršna je tudi po samem svojem imenu, vsaka država članica pa naj bi jo obvezujoče implementirala glede na lastne specifične okoliščine.³³ Zaradi načelnega apriorizma o nekem zakoličenem,

samoproglasenem kot strokovno utemeljenem in uradno veljavnem, toda vprašljivem in širše strokovno nepotrjenem »slovenskem modelu« varstva narodnih manjšin, je tako že dolga leta vzpostavljena zavestna strokovna blokada argumentiranemu dialogu znotraj strokovnega polja kot celote. S tem je bistveno olajšan politični položaj države, ki preprosto, sklicujoč se na domnevno nepremostljiva notranja nesoglasja stroke, že ves čas po državni osamosvojitvi kaže nepripravljenost za spremembo politike do manjšin (Kržišnik - Bukič, 2014: 139–160).

Manjšinsko politiko Republike Slovenije že več let obsežno kritično obravnavajo mednarodni subjekti, ustanovljeni za odkrivanje, prepoznavanje, spremljanje in opozarjanje na odklone v politikah posameznih držav (tudi oziroma zlasti) v povezavi z urejanjem problematike narodnih manjšin. Glede niza različnih problemov in odprtih vprašanj so ob navajanju zavez v pomembnih sprejetih mednarodnih dokumentih na področju človekovih in manjšinskih pravic ter ob terenskih obiskih delegacij teh organov v Sloveniji nastala številna poročila, priporočila, predlogi in opozorila, namenjena Republiki Sloveniji s strani nekaterih mednarodnih organizacij in institucij. Odbor Združenih narodov za odpravo rasne diskriminacije (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination – CERD*)³⁴ na primer v svojih *Zaključnih opažanjih* o situaciji v Sloveniji v letu 2010 (»Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention«, 2010: 2)³⁵ vnovič poudarja, da je na voljo premalo podatkov o integraciji manjšin v družbo, zlasti o pripadnikih narodov nekdanje Jugoslavije, in podatkov o rabi maternega jezika, ter ponavlja zaskrbljenost nad ponavljajočimi se primeri javne rabe sovražnega govora proti manjšinam s strani nekaterih politikov v medijih in na spletu (»Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention«, 2010: 3).³⁶ V Evropi sta bistveni dve ravni. Znotraj Evropske unije je treba izpostaviti za članice Evropske unije obvezujoči dokument – Direktivo o rasni enakosti.³⁷ Na ravni Sveta Evrope je več organov. Najaktivnejša je *Evropska komisija za boj proti rasizmu in nestrpnosti (ECRI)*, sledijo pa ji *Komisar Sveta Evrope za človekove pravice*, *Odbor ministrov Sveta Evrope za nadzor nad uresničevanjem OKVNM*, *Beneška komisija za demokracijo skozi pravo* itd. Republika Slovenija se v skladu s svojimi obveznostmi sicer uradno odziva na vse te ocene in očitke, zatrjujoč, da odpravlja težave in rešuje probleme, vendar so te pozitivne spremembe, ko gre za narodne skupnosti Albancev, Bošnjakov, Črnogorcev, Hrvatov, Makedoncev in Srbov, bile in ostale marginalne tako na normativni ravni kot tudi v dejanskem družbenem življenju.³⁸

Poleg teh in drugih mednarodnih dejavnikov si že skoraj petnajst let prizadeva spremeniti odnos države do obravnavanih narodnih skupnosti posebno civilno združenje, ustanovljeno v Ljubljani septembra 2003. Osredotočeno je na strokovno, sistematično, postopno in strpno, toda odločno aktivnost za ustavno nominalno priznanje in manjšinski status teh skupnosti v Sloveniji.³⁹ Že v svojem ustanovitvenem dokumentu, *Javni pobudi*, poziva k ustavnemu vključevanju Albancev, Bošnjakov,

Črnogorcev, Hrvatov, Makedoncev in Srbov, ki živijo kot državljani Republike Slovenije v Sloveniji, in k ureditvi narodnomanjšinskega statusa zanje. V naslednjih letih je to združenje, od leta 2006 kot društvo in pravni subjekt uradno imenovano *Zveza zvez kulturnih društev konstitutivnih narodov in narodnosti nekdanje SFRJ v Sloveniji*, v neprekinjenih stikih z državnimi organi najprej bistveno pripomoglo k sprejemu pomembnega političnega dokumenta, *Deklaracije Republike Slovenije o položaju narodnih skupnosti pripadnikov narodov nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji* (2011), leta 2014 pa so predstavniki vseh šestih narodnih skupnosti podpisali *Memorandum*, ki vsebuje naslednji predlog ustavnega dopolnila:

64.a člen

(položaj in posebne pravice narodnih skupnosti, po izvoru iz razpadle SFRJ, v Sloveniji)

Albanci, Bošnjaki, Črnogorci, Hrvati, Makedonci in Srbi, ki živijo v Sloveniji, so narodnomanjšinske skupnosti.

Njihov položaj in posebne pravice ureja zakon.

To ustavno dopolnilo naj bi imelo najprej simbolni pomen s priznanjem kolektivnega dostojanstva skozi poimenovanje (*nomen est omen*), zatem pa še dejansko družbenoučinkovalni pomen na znanih področjih, ki so običajno zanimiva za vsako narodno manjšino. Memorandum je bil predstavljen na seji Sveta Vlade za vprašanja narodnih skupnosti nekdanje SFRJ v Sloveniji na začetku leta 2014, seveda ob realnem pričakovanju, da bi bilo lahko predlagano ustavno dopolnilo ob vseh rednih proceduralnih korakih vključeno v Ustavo Republike Slovenije pred koncem naslednjega leta, ko se je obeleževalo četrto stoletje ali vsaj pred koncem leta 2016, to je ob četrtoletnici Ustave. Po treh letih dejanskega obtoka na vseh državnih ravneh (vse poslanske skupine Državnega zbora Republike Slovenije, predsednik Državnega zbora Republike Slovenije, Vlada Republike Slovenije, predsednik Republike Slovenije) ta predlog še ni dobil epiloga. Na predlog vladajočih je Zveza zvez vmes pripravila še osnutek predloga besedila za zakon, ki se omenja v tem predlaganem ustavnem dopolnilu, kar spet ni bilo dovolj za spodbuditev pripravljenosti države, da se resno sooči z odprtim vprašanjem celovite ureditve manjšinske tematike v Republiki Sloveniji.

8 K sklepu

Namen prispevka je bil predstaviti družboslovni kontekst ustavnopravnega urejanja narodnomanjšinske tematike v Republiki Sloveniji s poudarkom na razlikovalnih vidikih, ki jih je doslej država zavestno vzpostavljala in negovala v smeri polnega družbenosistemskega vključevanja določenih dejanskih enih narodnih manjšin in polnega družbenosistemskega izključevanja določenih dejanskih drugih narodnih manjšin. Zaradi omejenega prostora ni bilo mogoče v obravnavo vpeljati še več

pomembnih in prepričljivih argumentov v dodatno podporo tezi, da celovita državna ureditev narodnomanjšinskega družbenega področja vodi le prek ustreznega dopolnjevanja Ustave Republike Slovenije.

Opombe / Notes:

¹ Komentar Petra Jambreka k 3. členu Ustave (Šturm, 2011: 50).

² Družbenega fenomena oziroma družbene danosti (slovenskega) naroda v tem naslovnem kontekstu in tukaj ni mogoče ustrezno artikulirati, toda velja pojmovno vsebino (slovenskega) naroda v razmerju do splošnega družbenega okolja imeti vsaj v miselnem ozadju.

³ Drugače kot ustavnopravna razlaga so druge stroke, še zlasti sociološka, izrazito radikalnejše v ocenjevanju odnosa slovenske narodnostne večine in narodnostnih manjšin v Sloveniji. Uvedbo koncepta avtohtonosti sociologinja Mojca Pajnik analizira ne le kot pripomoček za uveljavitev neenakopravnih medmanjšinskih razmerij v Sloveniji, temveč celo v smislu »zaščite« večinske narodne skupnosti pred »najštevilnejšimi jugoslovanskimi manjšinami«, ki jih je treba zato določiti kot »neavtohtone« in tako formalno marginalizirati (Pajnik, 2016: 238).

⁴ S to tematiko se je med ustavnimi pravniki v Sloveniji ne le kot strokovnjak, temveč tudi politično aktivistično največ ukvarjal prav Ciril Ribičič.

⁵ Sploh pa je mogoče zatrditi, da v enaindvajsetem stoletju ni več nobene države na svetu, ki bi bila enoetnična, enonarodnostna. Kljub inherentno večinoma prisotnim dejanskim medetničnim družbenim napetostim, ki občasno preraščajo v različnostopenjske konflikte in tudi odkrite sovražnosti, pa taka stvarnost ni nujna sama po sebi, kar v Evropi dokazuje zlasti primer konfederalne Švice, ene najbolje urejenih, razvitih in stabilnih starih evropskih držav. Podrobneje je na primer tem vprašanjem že pred tremi desetletji pozornost namenjal antropolog Stane Južnič (1993: 268–347).

⁶ Seveda so popisi prebivalstva z več vidikov narodnostnega opredeljevanja sporen vir in ga je treba uporabljati z zadržki, vendar je dejstvo, da ga zaradi manka drugih virov tako ali drugače uporabljajo pravzaprav vse družboslovne stroke. Že zadnji popis prebivalstva v Sloveniji leta 2011 je bil namreč tako imenovani registrski in v omenjeni zgodovinski verigi hkrati prvi, ki ni več zasledoval tudi narodnostnoprpadnostnih kazalcev. Prav zato je popis iz leta 2002 zadnji, ki sloni na neki kolikor toliko strokovno primerljivi podlagi, in je vir, na katerega se sklicujejo državni organi, strokovna sfera in vsi, ki imajo opravka s to tematiko. Te številke niso sporne, vendar se jih vendarle velja na začetku spomniti – zaradi neke temeljne primerljivosti in tudi zaradi časovne zaporednosti, ki zmanjšuje možnost slučajnosti, so v nadaljevanju podane po zadnjih dveh štetjih, ko se je po narodni pripadnosti še spraševalo.

⁷ V popisu iz leta 2002 ni zajetih na tisoče še leta 1991 stalnih prebivalcev Republike Slovenije z območja nekdanje Jugoslavije, ki so na začetku leta 1992 doživeli najprej administrativno »izpuščanje«, natančneje »naklepno brisanje« iz Registra stalnega prebivalstva RS, in posledično veliko drugih življenjskih tegob, ki so jim jih povzročali uradni organi države. Teh tako imenovanih izbrisanih prebivalcev Republike Slovenije se ta razprava ne dotika. To je posebno (sramotno) poglavje najnovejše slovenske zgodovine, ki je obsojeno tudi že na mednarodni ravni, toda še ni končano; ne na etični ravni, saj se Republika Slovenija ni nikoli javno uradno opravičila za to svoje početje, ne na ravni dokončne izvedbe ukrepov, ki ji jih je naložilo Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourgu. Sicer je o tej problematiki nastala že znatna strokovna literatura, ki jo sistematično zbira in evidenčno posebej spremlja Mirovni inštitut (b. d.).

⁸ O morebitnih še drugih razlogih se je tako lahko samo ugibalo. Glede na znani odnos države do narodnomanjšinske tematike v celoti mednje lahko zagotovo štejemo prikrito težnjo oblasti, da se ne izpostavlja številčna pripadnost tistega dela stalnega prebivalstva Republike Slovenije, ki ni slovenske narodnosti. V tem kontekstu je šlo predvsem za pripadanje narodom nekdanje skupne države, ki so živeli oziroma živijo v Sloveniji.

⁹ Dejstvo, da na oddelku za državljanstva MNZ spremljajo pridobivanje državljankega statusa v Republiki Sloveniji glede na izvorno državo obravnavanega posameznika, omogoča vsaj v približnem obsegu in razmerju ugotavljanje njegove narodne pripadnosti, saj v skladu z mednarodnimi standardi neposredno spraševanje posameznika o njegovi narodni pripadnosti ob sprejemu v državljanstvo ni dovoljeno. Oddelek izvaja rekapitulacijo kazalcev o pridobivanju državljanstva vsako leto in veljajo za predhodno leto na zadnji dan decembra.

¹⁰ Podatki MNZ za 31. december 2009, v osebnem arhivu avtorice.

¹¹ Natančnega števila teh Slovenk in Slovencev, ki so se vrnili oziroma priselili v Slovenijo z območij nekdanje SFRJ, ni mogoče določiti; poleg uradne evidence MNZ je avtorica tega prispevka tu uporabila aproksimativni lastni izračun, ker se je kot raziskovalka od leta 1991 projektno ukvarjala s tematiko Slovencev v prostoru dotedanje SFRJ in imela oziroma ima dokaj objektivni pregled v zvezi z vrnitvami oziroma selitvami Slovencev v Slovenijo.

¹² Podatki MNZ za 31. december 2015, v osebnem arhivu avtorice.

¹³ Avtorji (na primer Komac, 2007; Kogovšek, 2008) navajajo številke, ki se med seboj minimalno razlikujejo.

¹⁴ Tako je jeseni 1990 Inštitut organiziral okroglo mizo, ki je novembra istega leta rezultirala z zbornikom *Narodnost – manjšina ali skupnost (1990)*.

¹⁵ Po strokovni oceni avtorice tega prispevka z začetka devetdesetih let prejšnjega stoletja naj bi bilo teh Slovencev približno 100.000 (Kržišnik - Bukič, 1992). Ta okvirni podatek je podprla tudi raziskava, opravljena dvaindvajset let pozneje (Josipovič, 2015).

¹⁶ Ta ugotovitev je mogoča po natančnem preverjanju celotne vsebine razprave na tej okrogli mizi, objavljeni novembra 1990 v posebni tematski, 24. številki *Razprav in gradiva*, revije Inštituta za narodnostna vprašanja (*»Narodnost – manjšina ali skupnost«, 1990*).

¹⁷ Čeprav javna razprava ni pisno ohranjena, je neka razprava o teh v Sloveniji živečih narodnostnih skupinah vendarle potekala, bodisi na tej okrogli mizi, v že oblikovani komisiji, ki je ustavo pripravljala, ali kje drugje. Na omenjenem srečanju je tako ob pojmovni konotaciji avtohtonosti, namreč komu pripada, pri čemer je bilo nedvoumno, da so avtohtoni prebivalci Slovenije Slovenci, Italijani, Madžari in Romi, ostala zabeležena razprava vsaj treh razpravljalcev, med katerimi je po odločnosti izstopal poznejši minister za Slovence zunaj Slovenije: »Mislim, da kratkomalo ne bi smeli skopariti z besedo 'avtohton'; bolje bo, če se trikrat brez potrebe ponovi, kakor če trikrat umanjka, drugače bodo hude težave.« V mislih je imel seveda prav te »jugoslovanske« narodnostne skupine (*»Narodnost – manjšina ali skupnost«, 1990, 122*). Podrobneje v Kržišnik - Bukič (2014: 131–133).

¹⁸ To so bili zlasti: Izjava o dobrih namenih (1990), Sporazum političnih strank in poslanskih skupin, zastopanih v parlamentu, o skupnem nastopu na plebiscitu (1990) in Zakon o plebiscitu o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (1990).

¹⁹ Glej komentar Petra Jambreka v opombi 1.

²⁰ Narodnostno »očiščenje svoje države« oziroma krepitev večinske etnonacionalne strukture je bila zgodovinska in ostala sodobna stalnica v različnih oblikah in odenkih nacionalistično vodene politike številnih držav. Skrajno zli primeri v Evropi dvajsetega stoletja so bili italijanski fašizem, še hujši nacizem z genocidom zlasti Judov in Romov – Ciganov, v Neodvisni državi Hrvaški tritretjinska etnocidna politika do Srbov (iztrebiti, izgnati, asimilirati), genocid v Bosni konec

stoletja itd. Znatno prisotnejši pa je seveda nacionalizem v razmeroma blažjih in latentnejših oblikah. Da je šlo za eno tako vrsto v primeru »izbrisa« v Sloveniji, je presodilo Evropsko sodišče za človekove pravice na prelomu iz dvajsetega v enaindvajseto stoletje. Nekateri avtorji politiko zaščite in utrjevanja sicer že tako dominantne večinske narodne skupnosti (in morda še kake manjšinske) v razmerju do preostalih (uradno in dejansko odrinjenih) manjšinskih skupnosti, ob celo istem skupnem državljanstvu (!) tako pripadnikov večinske narodne skupnosti kot tudi pripadnikov manjšinskih narodnih skupnosti, obravnavajo in analizirajo s konceptom *nationalizing citizenship*. O tem kontekstu v Republiki Sloveniji podrobneje v prispevku Mojce Pajnik (2016: 232–245). Vsebinsko bistvo nacionalizma je ne glede na variacije povsod isto. Vsekakor je nacionalizem eden najhujših spodkopovalcev in ogroževalcev načela družbene pravičnosti.

²¹ Ustavna manjšinska nominacija, na primer narodne skupnosti Slovencev, po novih državah na območju nekdanje SFRJ je bila že večkrat strokovno raziskana. Republika Hrvaška je zapisala Slovence kot svojo narodno manjšino v tako imenovano Božično ustavo leta 1990 in kljub poznejšim zapletom in »izpustu« (hrvaška razlaga oziroma uradni hrvaški termin) so Slovenci na Hrvaškem kot manjšina v njihovi ustavi spet od leta 2010. Daytonska ustava Bosne in Hercegovine iz leta 1995 jih za zdaj priznava med »ostalimi«, vendar gre, kot je splošno znano, za nedodelan (in tudi na etničnem področju sporen), najvišji pravni akt te države. Slovenci so kot manjšina posebej imenovani v Zakonu o manjšinah države BiH iz leta 2003. V ustavah današnjih Republike Srbije in Republike Črne gore je obveljal tako imenovani odprti tip manjšinskega priznavanja, ki ga je uveljavil Zakon o varstvu pravic in svoboščin narodnih manjšin v Zvezni republiki Jugoslaviji (ZRJ) leta 2002. V Republiki Makedoniji (ustava 1991) in v Republiki Kosovo (ustava 2008) so tudi tamkaj živečim Slovincem, čeprav neimenovanim, zagotovljene kolektivne manjšinske pravice, če jih želijo. Podrobneje v Aktualna temeljna narodno-manjšinska zakonodaja v državah – naslednicah SFRJ (2010–2011). Gradivo je v letih 2010 in 2011 pripravila Zveza zvez kulturnih društev konstitutivnih narodov in narodnosti nekdanje SFRJ v Sloveniji še med svojimi drugimi prizadevanji za ustavno priznanje Albancev, Bošnjakov, Črnogorcev, Hrvatov, Makedoncev in Srbov v Republiki Sloveniji, ter je vplivalo na sprejem Deklaracije Republike Slovenije o položaju narodnih skupnosti pripadnikov narodov nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji (2011). Skratka, ko gre za slovenske manjšinske narodne skupnosti v novih državah na prostoru nekdanje SFRJ, je njihov uradni status povsod ustavno in/ali zakonsko bolj urejen, kot so te ureditve deležne obravnavane narodne skupnosti v Republiki Sloveniji.

²² Komentar Petra Jambreka k 3. členu Ustave (Šturm, 2011: 50).

²³ Da pa mora država zakonsko urediti romsko problematiko, je bilo zapisano v Amandmaju LXVII (1989). Etnična tematika Romov v Sloveniji je bila tudi po tukajšnjem prepričanju leta 1991 upravičeno deležna ustavne kontekstualizacije.

²⁴ Neupoštevana so preostala opozorila nekaterih mednarodnih dejavnikov, zlasti Alvara Gila Roblesa, komisarja za človekove pravice Sveta Evrope leta 2003, citirana tudi že v Poročilu INV za Urad za narodnosti s konca leta 2003 oziroma v besedilu avtorjev Klopčič, V., Komac, M. in Kržišnik - Bukić (2003).

²⁵ Poznejša pričevanja snovalcev ustavnih sprememb in spremljevalcev takratnih političnih dogajanj je mogoče z vidika četrstoletne zgodovinske distance še bolj prepričljivo strniti v oceno, da je bil koncept avtohtonosti, ki kot strokovni izraz v mednarodnih dokumentih o manjšinski tematiki sploh ni znan, v slovensko ustavno materijo vpeljan prav zato, da bi ob pričakovanih in načrtovanih prelomnih geopolitičnih spremembah po razkroju dotedanje skupne države v samostojni Sloveniji preprečili dostop do statusa narodnih manjšin morebitnim novim aspirantom. Tudi raziskovalna sfera v Sloveniji, ki po letu 1991 za populacije v Sloveniji živečih pripadnikov

V. Kržišnik – Bukić: Ustavnostatusni položaj kot družbenosistemski ločevalni kriterij v vrednotenju (manjšinskih) narodnih skupnosti v Republiki Sloveniji

narodov po izvoru z območja nekdanje Jugoslavije vsiljuje terminologijo o priseljencih (prišlekih, prisklednikih, pritepencih), izraža isto ali zelo sorodno ideološko podstat. Ti ljudje, ki so prihajali živeti in delati v Slovenijo iz drugih republik nekdanje skupne države ali pa so bili tu že kot druga ali tretja generacija in s(mo) se lahko svobodno in brez kakršnihkoli zakonskih omejitev selili iz enega v drugi del iste države, so »že ob selitvah razumeli, da se selijo na tuje etnično ozemlje« (Valentinič, 2014: 135). Avtorica pričujočega prispevka je kot narodnostno močno ozaveščena Slovenka preživela v Bosni več kot dve desetletji svojega zelo ustvarjalnega življenja, in ko se je leta 1967 tja preselila, ni dojemala in razumela, da se seli na tuje etnično ozemlje – na drugačno že, toda ne na tuje. Čeprav je knjigo Ericha Fromma *To Have or to Be?* (1976) v srbohrvaškem prevodu *Imati ili biti* (1984) prebrala šele več let pozneje, je očitno še kot najstnica njegovo filozofijo z njim že prej delila.

²⁶ Ribičič (2004) ne le ugotavlja, temveč tudi zavestno poudarja »nesimetričen položaj manjšinskih narodnih skupnosti« (v Sloveniji), in to »v več pogledih«. V omenjenem članku je bil sicer po lastnem priznanju pod neposrednim vplivom prebiranja besedila avtorjev Klopčič, V., Komac, M. in Kržišnik - Bukić (2003), ki mu je bilo zaupano v recenzijo, vendar je pomembneje, da te populacije tudi sam obravnava kot dejanske narodne manjšine in ne kot »priseljencev«.

²⁷ Prvi nanje nanašajoči se uradni akt države je bil sprejet leta 2011, torej dve desetletji po Ustavi. Gre za politični dokument, Deklaracijo Republike Slovenije o položaju narodnih skupnosti pripadnikov narodov nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji (2011), sprejet v Državnem zboru Republike Slovenije z več kot dvotretjinsko večino vseh poslancev.

²⁸ Gre za recenzijo besedila avtorjev Klopčič, V., Komac, M. in Kržišnik - Bukić, V. (2003). Albanci, Bošnjaki, Črnogorci, Hrvati, Makedonci in Srbi v Republiki Sloveniji – ABČHMS v RS: Položaj in status pripadnikov narodov nekdanje Jugoslavije v Republiki Sloveniji (raziskovalna naloga). Ljubljana: Inštitut za narodnostna vprašanja. Za to besedilo sta leta 2004 pozitivno recenzijo prispevala tudi pravnik Ljubo Bavcon in sociolog Rastko Močnik.

²⁹ Prim. zlasti njegovo razpravo na strokovnem posvetu »Kdo so narodne manjšine v Sloveniji?«, ki je pod okriljem Državnega sveta potekal v Državnem zboru Republike Slovenije 25. februarja 2015 ob predstavitvi istoimenskega zbornika.

³⁰ Pojem števila (pripadnikov narodnih manjšin) Okvirna konvencija za varstvo narodnih manjšin (1998) obravnava v odločujočem vsebinskem smislu. Skoraj pred dvema desetletjema, leta 1998, jo je ratificirala tudi Republika Slovenija.

³¹ Na to alternativno pojmovanje in razumevanje je prva opozorila Vera Klopčič (Klopčič, Komac in Kržišnik - Bukić, 2003: 149). S takim stališčem se je možno le strinjati.

³² Z upoštevanjem tudi sicer najbolj uveljavljenih mednarodnih standardov in predvsem strokovno splošno sprejete predloge Francesca Capotortija je avtorica tega prispevka opredelitev pripravila že pred petnajstimi leti in jo objavila v inštitutski raziskavi. Glasi pa se: »Narodne manjšine v Republiki Sloveniji na začetku 21. stoletja so tiste številčno manjšinske družbene nedominantne skupnosti, ki so družbeni produkt od njihove volje neodvisnih širših zgodovinskih okoliščin, katerih pripadniki so slovenski državljani in ki se po nekaterih bistvenih družbeno kolektivnih obeležjih, kot so etnični izvor, materni jezik, kultura, tradicije, veroizpoved, zgodovinski spomin, razlikujejo od številčno večinskega naroda in med seboj ter želijo z lastnimi prizadevanji to svojo narodnostno identiteto ohranjati.« (Klopčič, Komac in Kržišnik - Bukić, 2003: 312–313). S to opredelitvijo so konkretno opredeljivo zajete, v njej se lahko najdejo in vidijo vse »ustavne« in vse »neustavne« manjšinske narodnostne skupnosti v Republiki Sloveniji. Seveda sama opredelitev narodne manjšine (ali kateragakoli drugega družbenega področja) ni dejavnik, ki bi kar sam po sebi reševal in urejal to (ali katerokoli drugo) družbeno področje, je pa, logično,

conditio sine qua non vsake resne in odgovorne narodnomanjšinske (ali katere druge) področne politike vsake države.

³³ O tem, da je opredelitev narodne manjšine bistveno orodje za politiko države do narodnih manjšin, jasno priča dejstvo, da sta na primer Republika Hrvaška v svojem *Ustavnem zakonu o pravicah narodnih manjšin* (5. člen), Narodne novine, št. 155/2002, in istega leta tudi poznejši samostojni Republika Srbija in Republika Črna gora v *Zakonu o zaščiti pravic in svoboščin narodnih manjšin* (2. člen), Službeni list SRJ, št. 11/2002, pojem narodne manjšine neposredno in zelo podobno vsebinsko opredelili.

³⁴ Ta organ OZN leta 2010 »vnovič opozarja«.

³⁵ Glej sedmi odstavek, str. 2.

³⁶ Glej enajsti odstavek, str. 3.

³⁷ »Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost«, 2000). Prim. 13. člen direktive.

³⁸ To dejstvo ugotavlja na primer tudi Tretje poročilo ECRI o Sloveniji, Četrto poročilo ECRI za Slovenijo, objavljeno 16. septembra 2014, pa vnovič izpostavlja problematiko Romov in »izbrisanih«, vendar tudi poudarja, da v Sloveniji ni organa, ki bi bil neodvisen od policije in tožilstva ter pooblaščen za obravnavo domnevnih primerov slabega ravnanja policije, vključno z rasističnim ali rasno diskriminatornim vedenjem (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?>).

³⁹ To civilno združenje, ki so ga ustanovili predstavniki manjšinskih narodnih skupnosti ABČHMS v Sloveniji, je nastalo ob vsebinskem dokumentu *Javna pobuda* kot strateškem programu, ki mu je združenje zavezano in stremi k njegovi uresničitvi od svoje ustanovitve leta 2003 dalje. Angleški prevod *Javne pobude* je vročen delegaciji ECRI ob njenem obisku in konferenci v Ljubljani 14. oktobra 2003.

Literatura / References:

Aktualna temeljna narodno-manjšinska zakonodaja v državah – naslednicah SFRJ (2010–2011). Delovno gradivo za potrebe Državnega zbora Republike Slovenije, s posebnim ozirom na kolektivni status Slovencev, ki živijo v teh državah. Ljubljana: Zveza zvez kulturnih društev konstitutivnih narodov in narodnosti nekdanje SFRJ v Sloveniji.

Amandma LXVII. Uradni list SRS, št. 32 (2. 10. 1989). Pridobljeno s http://stres.a.gape.org/VTA/ustavna_pobuda_23_1_15/gradivo/19_ustavni_amandmaji_k_ust_avi_SRS_1974_url_SRS_st_32_1989_amandmaji_XIV_XXII_XXVII_in_%20XXXIV.pdf.

Amandma LV. Uradni list SRS, št. 32 (2. 10. 1989). Pridobljeno s http://stres.a.gape.org/VTA/ustavna_pobuda_23_1_15/gradivo/19_ustavni_amandmaji_k_ust_avi_SRS_1974_url_SRS_st_32_1989_amandmaji_XIV_XXII_XXVII_in_%20XXXIV.pdf.

Capotorti, F. (1991). *Study on the Right of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. United Nations, New York.

Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the convention (2010). ERD/C/SVN/CO/6-7, 7. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Seventy-seventh session, 2–27 August 2010. Pridobljeno s <https://translate.google.si/translate?hl=sl&sl=en&u=http://www2.ohchr.org/english/bodies/cer/d/docs/co/CERD-C-SVN-CO-7.doc&prev=search>.

- Council of Europe, 2003. Report by Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on His Visit to Slovenia 11–14 May 2003 for the Attention of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, *Committee on the elimination of racial discrimination / CERD*, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/451/55/PDF/G1045155.pdf?OpenElement>
- Deklaracija Republike Slovenije o položaju narodnih skupnosti pripadnikov narodov nekdanje SFRJ v Republiki Sloveniji /DePNNS/* (2011). Uradni list RS, št. 7 (4. 2. 2011).
- Direktive Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost*. Official Journal–L, št. 180 (19. 7. 2000). Pridobljeno s <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043>.
- ECRI, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?...>
- Fromm, E. (1976). *To Have or to Be / Imati ili biti* (prevod Gvozden Flego), "August Cesarec", Zagreb, 1984; slovenska izdaja: *Imeti ali biti* (2004). Ljubljana: Vale-Novak.
- Izjava o dobrih namelih*. (1990). Arhiv RS, SI AS 1944, Predsedstvo Socialistične republike Slovenije, Poročevalec Skupščine Republike Slovenije – posebna številka, 11. december 1990.
- Josipovič, D. (2014). Preseljevanje Slovencev med jugoslovanskimi republikami in poselitveni vzorec po letu 1945 V J. Žitnik Serafin (ur.), *Priseljevanje in društveno delovanje Slovencev v drugih delih jugoslovanskega prostora: zgodovinski oris in sedanjost*. Ljubljana: Založba ZRC, ZRC SAZU, 2014, str. 145–156.
- Južnič, S. (1993). *Identiteta*. Ljubljana. Fakulteta za družbene vede.
- Kavčič, I. in Grad, F. (2008). *Ustavna ureditev Slovenije*. Ljubljana: GV Založba.
- Klopčič, V. (2006). *Mednarodnopravne razsežnosti pravnega varstva manjšin v Sloveniji*. Ljubljana: Inštitut za narodnostna vprašanja.
- Klopčič, V., Komac, M. in Kržišnik - Bukić, V. (2003). *Albanci, Bošnjaki, Črnogorci, Hrvati, Makedonci in Srbi v Republiki Sloveniji – ABCHMS v RS: Položaj in status pripadnikov narodov nekdanje Jugoslavije v Republiki Sloveniji* (raziskovalna naloga). Ljubljana: Inštitut za narodnostna vprašanja. Pridobljeno s http://www.uvn.gov.si/fileadmin/uvn.gov.si/pageuploads/pdf_datoteke/Raziskava_Polozaj_in_status_pripadnikov_narodov_nekdanje_Jugoslavije_v_RS.pdf.
- Kogovšek Šalamon, N. (2011). Pravni vidiki izbrisa iz registra stalnega prebivalstva (doktorska disertacija). Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Komac, M. (2007). Varstvo »novih« narodnih skupnosti v Sloveniji«. V M. Komac (ur.), *Priseljenci: študije o priseljevanju in vključevanju v slovensko družbo*. Ljubljana: Inštitut za narodnostna vprašanja, str. 35–65.
- Kržišnik - Bukić, V. (1992). O Slovencih na območju Jugoslavije izven Slovenije po popisih prebivalstva 1921–1991. *Razprave in gradivo* 26–27, str. 172–199.
- Kržišnik - Bukić, V., 2008. Narodnomanjšinsko vprašanje v Sloveniji po razpadu Jugoslavije: o družbeni upravičenosti vprašanja statusa narodnih manjšin Albancem, Bošnjakom, Črnogorcem, Hrvatom, Makedoncem in Srbom v Republiki Sloveniji s predlogi za urejanje njihovega narodnomanjšinskega položaja. *Razprave in gradivo* 56/57, str. 120–156.
- Kržišnik - Bukić, V. (2014). Znanstvena izhodišča za definicijo »narodne manjšine v Republiki Sloveniji« in problem strokovnih razhajanj. V V. Kržišnik - Bukić in D. Josipovič (ur.), *Zgodovinski, politološki, pravni in kulturološki okvir za definicijo narodne manjšine v Republiki Sloveniji*. Ljubljana: Inštitut za narodnostna vprašanja, str. 127–166.
- Mirovni inštitut (b. d.). Izbrisani: Informacijski dokumenti. Pridobljeno s <http://www.mirovni-institut.si/izbrisani/rubrika/publikacije/>.

- Narodnost – manjšina ali skupnost. Urejanje, uresničevanje in varstvo pravic narodnosti (narodnih manjšin) v Republiki Sloveniji* (1990). Ljubljana: Inštitut za narodnostna vprašanja.
- Okvirna konvencija za varstvo narodnih manjšin /MKUNM/* (1998). Uradni list RS – mednarodne pogodbe, št. 4 (13. 3. 1998). Pridobljeno s https://www.uradni-list.si/_pdf/1998/Mp/m1998020.pdf.
- Ortakovski, V. (2002). Nacionalne manjine u Republici Makedoniji. V G. Bašić (ur.) *Demokratija i nacionalne manjine*. Centar za istraživanje etniciteta, Beograd, str. 185–232.
- Pajnik, M. (2016). Nationalizing citizenship: the case of unrecognized ethnic minorities in Slovenia. V S. P. Ramet in M. Valenta (ur.), *Ethnic minorities and politics in post-socialist Southeastern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, str. 232–246.
- Razprava, 1990. V *Narodnost – manjšina ali skupnost. Razprave in gradivo* 24, str. 121–123.
- Ribičič, C. (2004). Ustavnopravno varstvo manjšinskih narodnih skupnosti v Sloveniji. *Revus*, 2, 29–43. Pridobljeno s <https://revus.revues.org/1530#text>.
- Roter, P. (2008). Spreminjajoči se pomen vsebine kriterijev opredeljevanja (narodnih) manjšin. *Razprave in gradivo* 56/57, str. 34–74.
- Roter, P. (2009). *Narodne manjšine v mednarodnih odnosih*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.
- Sodba US RS, U–I–416/98–38, 2001. Ugotovitev, da sta zakon o lokalni samoupravi in statut mestne občine Novo mesto v neskladju z ustavo in zakonom. *Uradni list RS*, št. 11 (28), str. 3008–3012.
- Sporazum političnih strank in poslanskih skupin, zastopanih v parlamentu, o skupnem nastopu na plebiscitu* (1990). Poročevalec Skupščine Republike Slovenije – posebna številka, 11. december 1990.
- Šircelj, M. (2003). *Verska, jezikovna in narodna sestava prebivalstva Slovenije: popisi 1921–2002*. Ljubljana: Statistični urad Republike Slovenije.
- Šturm, L. (ur.) (2011). *Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev – A*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije.
- Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije* (1991). Uradni list RS, št. 1 (25. 6. 1991). Pridobljeno s https://www.uradni-list.si/_pdf/1991/Ur/u1991001.pdf
- Ustava Republike Slovenije* (1991). Uradni list RS, št. 33 (28. 12. 1991). Pridobljeno s https://www.uradni-list.si/_pdf/1991/Ur/u1991033.pdf.
- Valentinčič, D. (2014). Pravice narodnih manjšin – primerjalni ustavnopravni, mednarodnopravni in državnoznanstveni pogled. V V. Kržišnik - Bukić (ur.), *Kdo so narodne manjšine v Sloveniji*. Ljubljana: Zveza zvez kulturnih društev narodov in narodnosti nekdanje SFRJ v Sloveniji, str. 129–150.
- Zakon o plebiscitu o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije /ZPSN/* (1990). Uradni list RS, št. 44 (6. 12. 1990). Pridobljeno s <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO82>.
- Zakon o varstvu pred diskriminacijo /ZVarD/* (2016). Uradni list RS, št. 33 (9. 5. 2016). Pridobljeno s https://www.uradni-list.si/_pdf/2016/Ur/u2016033.pdf.
- Žagar, M. (2014). Definiranje narodne manjšine v pravu in znanosti nasploh: nekaj prispevkov k razmišljanjem o opredeljevanju in definicijah manjšin in narodnih manjšin. V V. Kržišnik - Bukić in D. Josipovič (ur.), *Zgodovinski, politološki, pravni in kulturološki okvir za definicijo narodne manjšine v Republiki Sloveniji*. Ljubljana: Inštitut za narodnostna vprašanja, str. 35–50.

Pravica do stavke v odločitvah Evropskega sodišča za človekove pravice

BARBARA KRESAL

Povzetek Članek analizira sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) glede pravice do stavke. Čeprav pravica do stavke v Evropski konvenciji o človekovih pravicah (EKČP) ni izrecno zapisana, jo ta varuje v okviru določbe 11. člena, ki zagotavlja pravico do svobodnega zbiranja in združevanja. Članek posebno pozornost namenja razlagi 11. člena EKČP, kot jo je razvilo ESČP pri odločanju v zadevah Demir in Bajkara, Enerji in R.M.T. ter v novejših zadevah Hrvatski liječnički sindikat ter Tymoschenko in drugi. Sodna praksa ESČP o pravici do stavke je nazoren primer dinamične razlage oziroma vključujočega pristopa k razlagi EKČP, katerega rezultat je vključevanje ekonomskih in socialnih pravic v okvir varstva človekovih pravic po EKČP.

Ključne besede: • pravica do stavke • Evropska konvencija o človekovih pravicah • Evropsko sodišče za človekove pravice • sodna praksa • dinamična razlaga

CORRESPONDENCE ADDRESS: Dr. Barbara Kresal, izredna profesorica, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za socialno delo, Topniška ulica 31, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: barbara.kresal@fsd.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.12 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The Right to Strike in the European Court of Human Rights Case Law

BARBARA KRESAL

Abstract The article analyses the case-law of the European Court of Human Rights on the right to strike. Although the right to strike is not explicitly stipulated by the European Convention on Human Rights, it is protected by Article 11 of the Convention which guarantees freedom of assembly and association. Special attention is given to the interpretation of Article 11 of the ECHR as developed by the Strasbourg Court when deciding cases *Demir and Bajkara, Enerji, R.M.T.*, as well as the recent cases *Hrvatski liječnički sindikat* and *Tymoschenko and Others*. The case-law of the Strasbourg Court on the right to strike is an illustrative example of the so called dynamic/evolutive interpretation or the integral approach to interpretation of the ECHR, the result of which is the integration of economic and social rights into the scope of protection of human rights under the ECHR.

Keywords: • right to strike • European Convention on Human Rights • European Court of Human Rights • case-law • dynamic interpretation

CORRESPONDENCE ADDRESS: Barbara Kresal, Ph.D., Associate Professor, University of Ljubljana, Faculty of social work, Topniška ulica 31, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: barbara.kresal@fsd.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.12 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Pravica do stavke v Evropski konvenciji o človekovih pravicah (EKČP) ni izrecno zapisana.¹ Po ustaljeni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) pa je pravica do stavke varovana v okviru 11. člena EKČP.

Člen 11 EKČP določa:

- »1) Vsakdo ima pravico, da mirno zboruje in se svobodno združuje, vključno s pravico, da ustanavlja sindikate in se jim pridruži, da bi zavaroval svoje interese.
 2) Izvrševanje teh pravic je mogoče omejiti samo z zakonom, če je to nujno v demokratični družbi zaradi državne ali javne varnosti, za preprečitev neredov ali zločinov, za zaščito zdravja ali morale ali za zavarovanje pravic in svoboščin drugih ljudi. Ta člen ne preprečuje, da bi pripadnikom oboroženih sil, policije ali državne uprave z zakonom omejili izvrševanje teh pravic.«

Bistven je zadnji del določbe prvega odstavka 11. člena EKČP, ki v okviru splošne pravice vsakogar do svobodnega zbiranja in združevanja nato še posebej izrecno poudari »vključno s pravico, da ustanavlja sindikate in se jim pridruži, da bi zavaroval svoje interese«. Ta del določbe je podlaga za priznanje in varstvo sindikalnih pravic po EKČP, to je pravic sindikatov oziroma pravic delavcev v zvezi z njihovim sindikalnim organiziranjem in delovanjem.

EKČP sindikalno svobodo torej obravnava kot obliko oziroma poseben vidik splošne pravice do svobode združevanja, kar izhaja tudi iz ustaljene prakse ESČP (tako že v sodbi v zadevi *National Union of Belgian Police*² in številnih drugih). Ne gre za posebno pravico, temveč sestavino in vidik splošne svobode združevanja. Vendar pa ta vidik v EKČP ni natančneje konkretiziran. Kakšen je obseg in domet sindikalnih pravic, ki izhajajo iz določbe 11. člena EKČP, oziroma kaj vse sindikalna svoboda kot poseben vidik svobode združevanja zajema, se je tako postopno izoblikovalo skozi sodno prakso ESČP.

Na prvi pogled bi se morda zdelo, da 11. člen EKČP varuje le organizacijski in individualni vidik (posameznik lahko skupaj z drugimi ustanovi sindikat in/ali se mu pridruži). Vendar taka okrnjena jezikovna razlaga ni sprejemljiva, saj je treba upoštevati tudi tisti del določbe prvega odstavka 11. člena EKČP, ki govori o namenu svobodnega združevanja v okviru sindikatov, in sicer: posamezniki ustanavljajo sindikate in se vanje včlanjujejo zato, da bi zavarovali svoje interese; posamezniki sodelujejo v okviru sindikata(ov) z namenom varovanja oziroma uveljavljanja svojih interesov. Sindikalna svoboda se zato ne izčrpa z ustanovitvijo sindikata oziroma z včlanitvijo v sindikat, temveč gre tu za zbir raznovrstnih upravičenj in zahtev, tako glede ustanavljanja in včlanjevanja kot tudi glede sindikalnega *delovanja*, ki je usmerjeno v zagotavljanje učinkovitega varovanja interesov delavcev. Gre za različne sestavine in vidike

sindikalne svobode. Članek bo v nadaljevanju obravnaval le enega od njih, to je pravico do stavke.

Da je tudi pravica do stavke ena od sestavin sindikalne svobode, ki jo varuje 11. člen EKČP, izhaja iz sodne prakse ESČP, vendar je bil razvoj postopen in dolg. Sprva je bilo strasbourško sodišče zelo zadržano in je zlasti poudarjalo široko polje proste presoje držav glede tega, kako zagotavljajo uresničevanje sindikalne svobode ter znotraj tega tudi pogoje in omejitve glede stavke, sčasoma pa je v svoji sodni praksi razvilo strožja pravila in se jasneje opredelilo, da je stavka pomembna, tudi bistvena sestavina sindikalne svobode oziroma neločljivo povezana z njo.

2 Zgodnejša sodna praksa ESČP glede pravice do stavke

Prve pomembne sodbe ESČP, ki se nanašajo na obravnavano temo, so tri sodbe iz 1970. let, in sicer *National Union of Belgian Police*, *Schmidt in Dahlström*³ ter *Swedish Engine Drivers' Union*.⁴ V njih je sodišče postavilo osnovni okvir za obravnavo sindikalnih pravic v okviru 11. člena EKČP; izražajo zelo zadržan pristop sodišča, ki daje široko polje proste presoje državam glede tega, kako je urejeno uresničevanje sindikalne svobode (Kresal Šoltes, 2011: 68, 83; Novitz, 2003: 225, 229 idr.). Konkretno na stavko se nanaša zadeva *Schmidt in Dahlström*, drugi dve pa na kolektivno pogajanje in na posvetovanje sindikata z delodajalcem.

V zadevi *Schmidt in Dahlström* sta bila pritožnika zaposlena v javnem sektorju in člana dveh različnih sindikatov.⁵ Po izteku veljavnosti kolektivne pogodbe in v času pogajanj o novi, v katerih je sodelovalo več sindikatov, sta ta dva sindikata organizirala selektivne stavke (le v nekaterih dejavnostih, pritožnika nista bila sama udeležena v stavkah). V novi kolektivni pogodbi je bil med drugim dogovorjen neki retroaktivni dodatek, do katerega niso bili upravičeni delavci, ki so bili člani tistih sindikatov, ki so izvajali stavke v času pogajanj, torej tudi pritožnika ne. Delavci, ki so bili člani drugih sindikatov, ki niso izvajali stavk med pogajanj, ali niso bili člani nobenega sindikata, so bili do te datave upravičeni. Pritožnika sta menila, da taka ureditev delavce in sindikate odvrča od uveljavljanja pravice do stavke, ki je po njunem mnenju »organska pravica«, vsebovana v 11. členu EKČP. Sodišče je odločilo, da ni bilo kršitve 11. člena EKČP.

Sodišče je poudarilo, da konvencija sindikatom zagotavlja svobodo njihovega delovanja, tako da lahko tako varujejo poklicne interese svojih članov, in da morajo države dopustiti ter omogočiti tako delovanje sindikatov. Vendar pa določba 11. člena EKČP državam pušča prosto izbiro sredstev, ki naj se uporabijo v ta namen.⁶ »Zagotavljanje pravice do stavke je nedvomno eno najpomembnejših sredstev, vendar so tudi druga« (tč. 36 obrazložitve). Sodišče je še omenilo, da pravica do stavke ni izrecno določena v konvenciji in da lahko države to pravico uredijo tako, da predvidijo njene omejitve v določenih primerih.

Kot ugotavlja Ewing (2003: 3), je v teh sodbah ESČP pripoznalo, da sindikat mora imeti pravico in možnost delovati za varstvo interesov svojih članov, vendar pa je hkrati zavzelo stališče, da določba 11. člena EKČP ne zagotavlja nekih določenih načinov, oblik, skozi katere bi se to zagotavljalo. Iz pravice do svobode združevanja iz 11. člena EKČP torej ne izhajajo nujno pravica sindikata do posvetovanja z delodajalcem, do kolektivnega pogajanja ali pravica do stavke, je bilo prvotno stališče strasbourškega sodišča, zato omejitve pravice do stavke ni presojalo po strogem testu iz drugega odstavka 11. člena konvencije. Dorssemont (2013: 337) poudarja, da ESČP stavke prvotno ni štelo za nepogrešljivo sredstvo sindikata pri varovanju interesov svojih članov.

Posledično bi lahko poseg v pravico do stavke pomenil kršitev 11. člena EKČP le v dveh primerih: če sindikat ne bi imel na voljo nobenih drugih ustreznih alternativnih oblik delovanja za varstvo interesov delavcev ali, v povezavi s 14. členom konvencije, če bi bile omejitve pravice do stavke diskriminatorne (Velyvyte, 2015: 76–77).

Zdi se, da je bilo tako zadržano stališče sodišča posledica, v tistem času v delu teorije, prevladujoče stroge ločitve med civilnimi in političnimi pravicami, ki naj bi jih varovala EKČP, ter socialnimi, vključno z delavskimi pravicami, ki naj bi jih varovala Evropska socialna listina (ESL)⁷. Ker sta bili pravica do kolektivnega pogajanja in pravica do stavke izrecno zapisani v ESL, v drug temeljni instrument Sveta Evrope o človekovih pravicah, ki ima predviden svoj sistem nadzora, naj ESČP torej teh vprašanj ne bi podrobneje obravnavalo in izvajalo sodnega nadzora nad temi pravicami. Tak, zelo zadržan, lahko bi rekli celo izključujoč pristop k razlagi EKČP glede socialnih človekovih pravic, je značilen za zgodnejše obdobje sodne prakse ESČP.⁸

3 Koraki ESČP v smeri močnejšega varstva pravice do stavke

Med razlogi, ki so pripeljali do pomembnih sprememb v sodni praksi ESČP glede pravice do stavke, so nadaljnji razvoj doktrine človekovih pravic na splošno, poudarek o nedeljivi naravi političnih in civilnih ter ekonomskih in socialnih človekovih pravic, krepitev pomena pozitivnih obveznosti države pri varstvu človekovih pravic in njihovega horizontalnega učinkovanja, prav tako pa tudi večji poudarek drugim mednarodnim instrumentom človekovih pravic v sodbah strasbourškega sodišča.

Dejstvo, da je pravica do stavke predmet urejanja ESL in predmet nadzora Evropskega odbora za socialne pravice (EOSP) je bilo sprva razlog za izključitev te pravice iz dometa 11. člena EKČP, v novejši sodni praksi ESČP pa je prav upoštevanje in sklicevanje na ESL ter konvencije Mednarodne organizacije dela (MOD) ter odločitve njenih nadzornih organov eden od pomembnih razlogov – poleg drugih okoliščin in argumentov – za sedanjí bolj vključujoč pristop k razlagi 11. člena konvencije glede pravice do stavke.⁹

3.1 Zadeva *UNISON*

Dorssemont (2013: 336–338) kot preobrat v sodni praksi ESČP glede pravice do stavke poudarja sodbo v zadevi *UNISON*.¹⁰ Čeprav sodišče ohranja koncept obrazložitve iz zadeve *Schmidt in Dahlström*, je zanj ključno, da je sodišče za presojo posega v pravico do stavke uporabilo strogi test iz drugega odstavka 11. člena EKČP. Pravi, da zato razprava, ali gre pri stavki zgolj za pomembno, toda še vedno le eno od možnih sredstev, ali za bistveno sestavino sindikalne svobode, kot izhaja iz 11. člena, ni več odločujoča. Pomembno je, da je sodišče opravilo strogi test, pa čeprav je na koncu odločilo, da ni bilo kršitve 11. člena. Uporaba strogega testa namreč pomeni močnejše pravno varstvo stavke, saj se dopustnost posega (omejitev ali prepoved stavke) presoja na podlagi strogih kriterijev iz drugega odstavka 11. člena EKČP, posredno pa pomeni tudi to, da ESČP stavko obravnava kot sestavino pravice iz prvega odstavka 11. člena konvencije

Šlo je za zadevo iz Velike Britanije. *UNISON*, sindikat zaposlenih v javnem sektorju, med njimi tudi zaposlenih v zdravstvu, je sodeloval pri pogajanjih v zvezi s prenosom dela dejavnosti javne bolnišnice v zasebni sektor. Zahteval je, da se tudi pri prevzemniku za vse prenesene delavce, pa tudi za novozaposlene delavce, zagotovijo enake pravice, kot so veljale na podlagi kolektivne pogodbe že več kot 30 let pri prenosniku, tj. v javni bolnišnici. Zahteval je, naj se ustrezne varovalne določbe vključijo v prevzemno pogodbo med prenosnikom (javno bolnišnico) in prevzemnikom (zasebnikom). Ker do tega ni prišlo, je sindikat po opravljenem tajnem glasovanju med svojimi člani organiziral in napovedal stavko, javna bolnišnica pa je zčasno odredbo dosegla prepoved stavke. Glavni razlog za angleška sodišča je bil, da naj bi bila javna bolnišnica, zoper katero je bila napovedana stavka (sindikat je pritiskal nanjo, naj v pogodbo s prevzemnikom vključi določilo o varstvu enakih pravic za delavce pri novem delodajalcu, prevzemniku) pravzaprav »tretja stranka« v interesnem sporu med sindikatom in prevzemnikom, saj je šlo za vprašanje, kakšen obseg varstva bi moral slednji, tj. prevzemnik, zagotavljati v prihodnje svojim delavcem. Sindikat je poudarjal, da stavka ni le pomemben element sindikalne svobode, temveč njen ključni, bistveni sestavni del in da je nepogrešljiva za varovanje pravic delavcev. Prepoved stavke je bila v ključnem trenutku pogajanj o prenosu dela dejavnosti odločilna za končni izid glede pravic delavcev pri novem delodajalcu.

Čeprav ESČP ni ugotovilo kršitve oziroma pritožbe kot očitno neutemeljene sploh ni sprejelo v obravnavo, pa je vendarle omejitev (v konkretnem primeru prepoved) pravice do stavke obravnavalo samostojno in presojalo dopustnost posega v pravico do stavke na podlagi kriterijev iz drugega odstavka 11. člena EKČP. Obrazložitev še vedno večinoma sledi starejši sodni praksi, vendar pa je zadeva *UNISON* po mnenju številnih avtorjev (Dorssemont, 2013: 336; Ewing, 2003: 5, 18–19 idr.) korak v smeri krepitev varstva pravice do stavke.¹¹

3.2 Zadeva *Wilson in Palmer*

Manj kot pol leta zatem je ESČP sprejelo še sodbo v zadevi *Wilson in Palmer*,¹² ki se sicer ne nanaša neposredno na pravico do stavke, vendar je za nadaljnji razvoj sodne prakse v zvezi z njo pomembna. Pritožniki so bili v tej zadevi uspešni, saj je sodišče ugotovilo kršitev 11. člena EKČP.

Zadeva se je nanašala na enega od temeljnih vidikov sindikalnih pravic iz 11. člena EKČP – na pravico postati oziroma biti član sindikata. Šlo je za več združenih zadev (tudi v tem primeru iz Velike Britanije), v katerih so pritožniki zatrjevali manj ugodno obravnavanje, povezano z njihovim članstvom v sindikatu. Delodajalec jim je ponudil povišanje plače in nekatere druge ugodnosti pod pogojem, da sklenejo individualno pogodbo o zaposlitvi, kolektivna pogodba pa zanje ne bi več veljala, in se odrečejo zastopanju s strani sindikata glede pogajanj o plačah in drugih pogojih zaposlitve. Pritožniki individualne pogodbe niso podpisali in niso pridobili povišanja plače, do katerega pa so bili upravičeni tisti delavci (na povsem enakih delovnih mestih), ki so tako pogodbo podpisali in za katere kolektivna pogodba ni več veljala, sindikat pa jih pri pogajanjih z delodajalcem ni več zastopal.

Presenetljivo je (tako Ewing, 2003: 19), da je država utemeljevala, zakaj naj taka ureditev in praksa ne bi pomenili kršitve 11. člena EKČP, tudi z argumentom, da imajo sindikati in njihovi člani na voljo različna sredstva za pritisk na delodajalca, med katerimi je tudi stavka. Sodišče je povzelo ta argument v svojo obrazložitev in dodalo, da v ureditvi, ki temelji na prostovoljnosti kolektivnega pogajanja, sindikat, ki ga delodajalec ne priznava, mora imeti možnost, da se na to odzove in sprejme ukrepe (vključno z organiziranjem stavke), s katerimi bo pritiskal na delodajalca, naj ga prizna, se pogaja z njim in sklene kolektivno pogodbo z njim.

Poudarilo je tudi, da ima država pozitivno dolžnost zagotoviti učinkovito uživanje pravic iz 11. člena, med katerimi je tudi pravica včlaniti se v sindikat oziroma biti član sindikata. Pri tem pa ni dovolj zgolj imeti možnosti biti član sindikata, temveč je treba delavcem zagotoviti učinkovito uresničevanje bistvenih funkcij njihovega sindikalnega članstva.¹³ Praksa, da delodajalec ponuja ugodnejše pogoje zaposlitve, vključno z višjim plačilom, tistim delavcem, ki privolijo v to, da jih sindikat ne bo zastopal in da zanje kolektivna pogodba, ki je rezultat pogajanj med sindikatom in delodajalcem, ne bo veljala, ni sprejemljiva. Sodišče je ugotovilo, da država, ki delodajalcem dopušča uporabo finančnih spodbud za to, da spodbudijo delavce k temu, da se odpovejo pomembnim sindikalnim pravicam, ni izpolnila svoje pozitivne dolžnosti in je zato podana kršitev 11. člena EKČP.

Mantouvalou (2013: 535) meni, da je to prva delovnopravna zadeva, v kateri je ESČP uporabilo vključujoči pristop k razlagi EKČP. Sodišče se je v obrazložitvi med drugim obsežno sklicevalo na ESL in odločitve EOSP¹⁴ ter na konvencije MOD in stališča

nadzornih organov MOD glede sindikalne svobode in zavezujočih zahtev, ki iz teh dokumentov izhajajo. Sodba v zadevi *Wilson in Palmer* je za področje delovnih razmerij na splošno in za nadaljnji razvoj sodne prakse glede pravice do stavke pomembna tudi zaradi teže, ki jo je strasbourško sodišče dalo ESL in konvencijam MOD.

4 Novejša sodna praksa ESČP glede pravice do stavke

Z obravnavanima odločitvama iz leta 2002 – *UNISON* ter *Wilson in Palmer* – so se odprla vrata novim zadevam pred strasbourškim sodiščem glede pravice do stavke.

Čeprav se ne nanaša neposredno na pravico do stavke, je treba najprej opozoriti na sodbo velikega senata ESČP v zadevi *Demir in Baykara*¹⁵ iz leta 2008, saj pomeni resnično prelomnico (prim. Veldman, 2013: 105; Ewing & Hendy, 2010: 47; Dorsssemont, 2013: 336; Jacobs, 2013: 331; de Albuquerque, 2014: 2; in drugi) v razvoju sodne prakse ESČP glede sindikalnih pravic in razlage 11. člena EKČP v tej zvezi. Poleg tega je kolektivno pogajanje, ki je bilo predmet v tej zadevi, tesno povezano s pravico do stavke.

Sicer pa so za pravico do stavke zlasti pomembne novejše zadeve *Dilek in drugi*,¹⁶ *Enerji*,¹⁷ *R.M.T.*¹⁸ ter *Hrvatski liječnički sindikat*¹⁹ in *Tymoshenko in drugi*,²⁰ ki jih prav tako obravnavamo v nadaljevanju.

4.1 Zadeva *Demir in Baykara*

Pritožnik Demir je bil član sindikata, pritožnica Baykara pa predsednica sindikata javnih uslužbencev v Turčiji. Sindikat je sklenil kolektivno pogodbo, ki pa je delodajalec, lokalni občinski svet, ni v celoti spoštoval. S tožbo, s katero sta uveljavljala pravice iz kolektivne pogodbe, sta pritožnika pred nacionalnim sodiščem na prvi stopnji uspela, pritožbeno sodišče pa je odločitev razveljavilo in odločilo, da v skladu s turškim pravom javni uslužbenci ne morejo biti člani sindikata, zato sindikatu javnih uslužbencev ni mogoče priznati pravne subjektivitete. Odločilo je tudi, da ta sindikat nima pravice sklepati kolektivnih pogodb ter da je zato zadevna kolektivna pogodba nična. Veliki senat ESČP je soglasno odločil, da gre v zadevi za kršitev 11. člena EKČP zaradi posega v pravico do ustanavljanja sindikata in zaradi *ex tunc* razveljavitve kolektivne pogodbe, ki jo je po pogajanjih sindikat sklenil z delodajalcem.

Sodba *Demir in Baykara* pomeni preobrat v razlagi 11. člena EKČP glede sindikalnih pravic, saj je ESČP, drugače kot dotlej, z uporabo dinamične razlage zavzelo stališče, da je postala pravica do kolektivnega pogajanja ena od bistvenih sestavin pravice ustanoviti sindikat in se mu pridružiti iz 11. člena EKČP. Veldman (2013: 110–111; enako Jacobs, 2013: 311; Velyvyte, 2015: 77 idr.) poudarja, da to pomeni, da je poseg v pravico do kolektivnega pogajanja sam po sebi tudi poseg v 11. člen EKČP, ki je

dopusten le pod strogimi kriteriji iz drugega odstavka tega člena (strogi test sorazmernosti).

Sodišče se je pri razlagi oprlo na mednarodne standarde glede pravice do kolektivnega pogajanja, kot izhajajo iz konvencij MOD in ESL, ter na odločitve nadzornih organov MOD in ESL glede tega (prim. Mantouvalou, 2013: 536–537; Veldman, 2013: 111; Kresal Šoltes, 2015: 276; Dorssemont, 2017: 282; Velyvyte, 2015: 77–78; Prassl, 2014: 552; Schlachter, 2016: 23 idr.).²¹

Sodba v zadevi *Demir in Baykara* je bila v delovnopравни teoriji težko pričakovana in v glavnem sprejeta z velikim odobravanjem. Eden od razlogov je tudi ta, da je zagledala luč sveta le nekaj mesecev po kontroverznih sodbah Sodišča EU v zadevah *Viking* in *Laval* ter drugih, ki so jima sledile,²² v katerih je Sodišče EU postavilo ostre omejitve pravici do kolektivnega pogajanja in pravici do stavke v imenu varovanja ekonomskih svoboščin skupnega trga EU (prim. Jacobs, 2013: 313).

4.2 Zadeva *Enerji*

Gre za zadevo, ki izrecno obravnava pravico do stavke. Prav tako kot *Demir in Baykara* izhaja iz Turčije in se nanaša na javni sektor. ESČP je ugotovilo kršitev 11. člena EKČP.

V zadevi *Enerji* je šlo za enodnevno stavko v javnem sektorju, s katero so sindikati zahtevali kolektivno pogajanje in kolektivno pogodbo tudi za javni sektor. Pet dni pred napovedano akcijo sindikata so delavci prejeli okrožnico, v kateri je bila povzeta zakonska prepoved sindikalnega združevanja in stavke za javne uslužbence ter opozorilo glede posledic za primer kršitev. Pritožniki so menili, da to posega v njihovo pravico do sindikalne svobode, ki jo priznavajo mednarodni dokumenti, vključno z EKČP.

Sodba v zadevi *Enerji* je bila izdana le nekaj mesecev po sodbi velikega senata v zadevi *Demir in Baykara* in pomeni njeno nadaljevanje oziroma potrditev stališč iz te sodbe tudi v povezavi s pravico do stavke. Izrecno se sklicuje na sodbo v zadevi *Demir in Baykara* ter sledi strukturi argumentacije iz nje. Sodišče je za namen odločitve izvedlo strogi test sorazmernosti, ki ga obravnavana turška ureditev glede omejitve (prepovedi) stavke ni prestala. Dorssemont (2013: 339) meni, da je sodišče, čeprav nikjer izrecno ni zapisalo, vendarle v sodbi *Enerji* implicitno pripoznalo, da tudi pravica do stavke ni le pomembno sredstvo sindikata v okviru sindikalne svobode za uveljavljanje interesov delavcev, temveč pravzaprav bistvena sestavina sindikalne svobode, ki jo varuje tudi 11. člen EKČP.

Prepoved oziroma omejevanje stavke v javnem sektorju v Turčiji je ESČP obravnavalo še v številnih drugih zadevah. Ena od njih je tudi *Dilek*.²³ V obrazložitvi sodbe se ESČP

sklicuje na zadevo *Demir in Baykara* (na prvo sodbo v tej zadevi pred obravnavnim senatom iz leta 2006, saj sodbe velikega senata takrat še ni bilo) ter navaja relevantne določbe ESL in konvencije MOD, vendar ima dokaj kratko obrazložitev. Od starejše zadeve *UNISON* se razlikuje po tem, da ne gre za zakonsko prepoved stavke, temveč za zakonsko prepoved vsakršne kolektivne akcije za dotične delavce (Dorsemont, 2013: 338). ESČP je ugotovilo, da je omejitev pravice do stavke sicer določena z zakonom in zasleduje legitimni cilj, to je pravilno delovanje javne službe, vendar pa je taka omejitev pravice do stavke javnih uslužbencev v konkretnem primeru nesorazmerna, saj se nanaša na celotni javni sektor, turški vladi pa ni uspelo izkazati, da bi sindikati imeli na voljo ustrezna sredstva za to, da bi bili sposobni zastopati interese delavcev po mirni poti.

Sodbama *Dilek in Enerji* so leta 2009 sledile še druge v podobnih zadevah glede (ne)zagotavljanja pravice do stavke v Turčiji in v vseh je ESČP ugotovilo kršitev 11. člena EKČP.²⁴

4.3 Zadeva *R. M. T.*

Po tem, ko so bili v več zadevah glede 11. člena EKČP turški pritožniki uspešni (*Demir in Baykara*, *Dilek*, *Enerji* itd.) in se je zdelo, da je sodna praksa ESČP glede stavke jasna ter daje dovolj močno varstvo pred nedopustnim omejevanjem ali celo prepovedjo pravice do stavke, so leta 2010 znova poskusili tudi angleški sindikati; sodbo je ESČP izdalo leta 2014. V zadevi *R. M. T.* je šlo za vprašanje sekundarne stavke (solidarnostne stavke), ki je angleška ureditev – kot ena redkih držav v Evropi – ne dopušča.

Dvajset delavcev večjega podjetja Jarvis (vzdrževanje železnic), članov sindikata *R. M. T.*, je bilo prenesenih na drugo, manjše podjetje Hydrex. Delavci so, upoštevajoč pravila glede ohranitve pravic v primeru prenosa podjetja ali dela podjetja, ohranili raven svojih dotedanjih pravic, vendar pa je po dveh letih podjetje Hydrex napovedalo, da bo njihove pravice izenačilo s pravicami drugih delavcev v tem podjetju, kar je pomenilo približno 40-odstotno znižanje njihovih plač, zato so se delavci odločili za stavko. Sindikat je menil, da taka stavka ni učinkovita, ker vključuje premajhno število delavcev, in da bi bila solidarnostna stavka v podjetju Jarvis učinkovitejši pritisk na podjetje Hydrex, vendar tega ni moglo izvesti zaradi popolne prepovedi solidarnostne stavke po angleškem pravu.

ESČP je poudarilo, da je solidarnostna stavka ena od možnih aktivnosti sindikata, ki jih zajema 11. člen EKČP. Izvedlo je test sorazmernosti po drugem odstavku 11. člena in sklenilo, da je v konkretnem primeru država ostala v okviru dopustnih meja polja proste presoje glede zagotavljanja načina uresničevanja sindikalne svobode. Čeprav gre za popolno blanketno prepoved solidarnostne stavke, sodišče ni ugotovilo kršitve 11. člena EKČP.²⁵

Sodišče je v obrazložitvi izčrpno povzelo stališča nadzornih organov ESL in MOD, ki so že več let kritični do angleške ureditve, ki prepoveduje solidarnostno stavko. Razmerje do drugih relevantnih mednarodnih dokumentov in nadzornih organov je sodišče rešilo z obrazložitvijo, da gre za različno naravo organov in njihovega sistema nadzora²⁶ ter da je pristojnost odločanja ESČP omejena na presojo konkretne zadeve z vidika EKČP.²⁷ Sodnik ESČP Pinto de Albuquerque je v pritrdilnem ločenem mnenju v zadevi *Hrvatski liječnički sindikat* med drugim opozoril, da je taka zadržanost in širjenje polja proste presoje v primeru solidarnostne stavke problematična, in sicer iz dveh razlogov, »prvič, ker ohlapen in neodločen interpretativni pristop v zadevi *R. M. T.* lahko povzroči veliko pravno negotovost, in drugič, ker popolna omejitev stavke lahko nesprejemljivo pretehta v korist delodajalca in ogrozi neodtujljivo bistvo pravice iz 11. člena«. S takim stališčem se lahko strinjamo. Izredno zadržan pristop ESČP v zadevi *R. M. T.*, do katerega je bil kritičen tudi večji del teorije, namreč delno odstopa od stališč in temeljnih usmeritev, ki jih je sodišče začrtalo v zadevah *Demir in Baykara* in *Enerji*, ter vnaša negotovost glede obsega konvencijskega varstva pravice do stavke.

4.4 Zadevi *Hrvatski liječnički sindikat* ter *Tymoshenko* in drugi

Negotovost, ki jo je povzročila sodba v zadevi *R. M. T.*, sta še v istem letu zmanjšali sodbi v zadevah iz Hrvaške in Ukrajine. V obeh primerih je šlo za individualno prepoved konkretne stavke, ker naj bi bila nezakonita (delodajalec je v sodnem postopku dosegel izdajo ustrezne odločbe, najprej začasne odredbe o prepovedi stavke). V obeh primerih je ESČP ugotovilo kršitev 11. člena EKČP. Sodišče je v obeh primerih jasno obrazložilo, da taka prepoved stavke pomeni poseg v pravico iz 11. člena konvencije in je dopustna le, če je predvidena z zakonom, zasleduje legitimni cilj in je v demokratični družbi nujna (drugi odstavek 11. člena).

Zadeva *Hrvatski liječnički sindikat* se je nanašala na stavko zdravnikov, povezano s sklepanjem posebne kolektivne pogodbe zanje.²⁸ Sodišče je obrazložilo, da poseg ni bil sorazmeren, saj »zaradi neobstoja izrednih okoliščin sodišče težko sprejme, da je zagotavljanje enakosti strank v kolektivnem pogajanju legitimni cilj, ki bi lahko upravičil, da se sindikatu odvzame enega od najmočnejših instrumentov za varstvo delavskih interesov svojih članov za obdobje treh let in osmih mesecev« (tč. 59. obrazložitve).

Zadeva *Tymoshenko* in drugi se je nanašala na stavko letalskega osebja.²⁹ V tej zadevi je ESČP obravnavalo prvega od zahtevanih pogojev za dopustnost posega v pravico do stavke, tj. da mora biti omejitev stavke predpisana z zakonom, kar običajno v drugih zadevah niti ni sporno. Sodišče je poudarilo, da dikcija »predpisana z zakonom« ne pomeni le, da mora odločitev o omejitvi stavke imeti neko podlago v nacionalnem pravu, temveč se to nanaša tudi na kakovost zakonske ureditve. Ta mora biti dostopna tistim, na katere se nanaša, pa tudi dovolj jasna in predvidljiva, torej formulirana z ustrežno natančnostjo, da naslovnikom omogoča, da lahko predvidijo posledice svojih

ravnanj.³⁰ Sodišče je v tej sodbi zelo jasno poudarilo, da stavka spada v polje varstva po 11. členu EKČP.³¹

Kot zanimivost naj dodam, da se sodba v zadevi *Tymoshenko in drugi* obsežno in izčrpno opira na relevantne mednarodne dokumente, tj. konvencije MOD, ESL in druge, ter na stališča in odločitve nadzornih organov teh mednarodnih instrumentov (od dvaindvajset strani celotne sodbe ta del obsega kar devet strani), v zadevi *Hrvatski liječnički sindikat* pa je ta del obrazložitve v celoti izpadel. To pomanjkljivost dopolnjuje pritrdilno ločeno mnenje sodnika Pinta de Albuquerquea z obsežno teoretsko in primerjalno ter mednarodnopravno analizo.

5 Sklep

Nedvomno je pravica do stavke varovana v okviru 11. člena EKČP. ESČP je naredilo ogromen razvoj v svoji sodni praksi od začetnih sodb v 1970. letih, ki so bile do stavke zelo zadržane, celo izključujoče, pa do novejših iz zadnjega desetletja, iz katerih izhaja, da je stavka varovana z 11. členom konvencije. Prepričljivost odločitev in kakovost obrazložitvev sta se opazno povečali, odkar sodišče v svoje sodbe vključuje povezave z drugimi relevantnimi mednarodnimi instrumenti, zlasti z ESL in konvencijami MOD, ter se sklicuje tudi na stališča in odločitve njihovih nadzornih organov. To je razumljivo, saj je EOSP, enako kot Odbor neodvisnih izvedencev MOD, posebej kvalificirano telo³² za vprašanja glede socialnih/delavskih človekovih pravic, med katerimi je tudi pravica do stavke.

Prelomna je sodba v zadevi *Demir in Baykara* o pravici do kolektivnega pogajanja kot bistvenem elementu sindikalne svobode, ki ji sledi sodba v zadevi *Enerji* glede pravice do stavke.

Glede na zdaj že dokaj obsežno sodno prakso ESČP o stavki, zlasti upoštevajoč tudi zadnje odločitve, ne bi smelo biti več dvoma, da EKČP zagotavlja in varuje pravico do stavke kot človekovo pravico, kot eno od bistvenih sestavin sindikalne svobode, ki je poseben vidik pravice do svobode združevanja iz 11. člena konvencije. Vsaka omejitev ali celo prepoved stavke zato pomeni poseg v to pravico, ki je dopustna le, če zadosti kriterijem iz drugega odstavka 11. člena (test sorazmernosti), torej če je predpisana z zakonom, zasleduje legitimni cilj in je nujna v demokratični družbi.

Ostaja grenak priokus ob odločitvi ESČP glede solidarnostne stavke³³ in nekatera odprta vprašanja, zlasti, kako bo sodišče presojalo različne druge pojavne oblike stavke in primere omejitev stavke v vsakdanji konkretnosti delovnih razmerij v različnih državah. Kresal Šoltes (2015: 277) ugotavlja: »Razvoj sodne prakse ESČP glede pravice do sindikalnega združevanja je gotovo progresiven. Kako daleč pa bo sodišče sledilo stališčem MOD in EOSP, koliko pa bo v okviru polja proste presoje državam podpisnicam gledalo skozi prste, se še ne ve.«

Poseben izziv za v prihodnje ostaja tudi razmerje med sodnima praksama strasbourškega in luxembourškega sodišča glede pravice do stavke.

Opombe / Notes:

¹ Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS – MP, št. 7/94 in nasl. (MKVCP). V članku uporabljam uveljavljeno kratico EKČP.

² *National Union of Belgian Police proti Belgiji*, št. 4464/70 z dne 27. oktobra 1975 tč. 38. Ta in vse druge sodbe ESČP, na katere se sklicuje članek, so dostopne v bazi HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int>.

³ *Schmidt in Dahlström proti Švedski*, št. 5589/72 z dne 6. februarja 1976.

⁴ *Swedish Engine Drivers' Union proti Švedski*, št. 5614/72 z dne 6. februarja 1976.

⁵ Kot zanimivost naj omenim, da je bil eden od pritožnikov profesor delovnega prava na Pravni fakulteti Univerze v Stockholmu.

⁶ V obrazložitvi je med drugim poudarilo, da določba 11. člena EKČP zagotavlja sindikalno svobodo kot obliko ali posebni vidik svobode združevanja, vendar pa ne zagotavlja nekega določenega obravnavanja članov sindikata, kot je na primer varstvo pravice do retroaktivnih dodatkov iz nove kolektivne pogodbe, saj to ni nujno za učinkovito uživanje pravice do svobode sindikalnega združevanja in ne pomeni bistvene sestavine pravice, ki jo konvencija zagotavlja v 11. členu (tč. 34 obrazložitve).

⁷ Evropska socialna listina je bila sprejeta 1961. Slovenijo zavezuje njena revidirana verzija iz leta 1996, to je Evropska socialna listina (spremenjena), Uradni list RS – MP, št. 7/99 (MESL). Nadzor nad njenim spoštovanjem izvaja Evropski odbor za socialne pravice (EOSP). Za poimenovanje Spremenjene Evropske socialne listine iz leta 1996 oziroma za poimenovanje Evropske socialne listine z njenim celotnim razvojem, vključno z vsemi spremembami, dodatnimi protokoli in njeno revidirano (spremenjeno) obliko iz leta 1996 se v skladu z uveljavljeno prakso nadzornega organa EOSP uporablja izraz Evropska socialna listina, krajše Listina in kratica ESL, zato jo uporabljam tudi v tem članku. Kadar imamo v mislih prvotno besedilo iz leta 1961, je to posebej naznačeno (ESL/1961; ESL iz leta 1961).

⁸ Gre torej predvsem za to, ali te pravice izhajajo tudi iz 11. člena EKČP in o njih odloča tudi ESČP, ali pa naj ima 11. člen EKČP le omejen domet na področju sindikalnih pravic, ki so inherentno socialne pravice in kot take urejene z ESL (prim. Mantouvalou, 2013; Velyvyte, 2015: 76; Ewing, 2003: 3–4; Veldman, 2013: 110; Novitz, 2003: 226 idr.). Mantouvalou (2013: 531–533) glede tega govori o t. i. izključujočem pristopu ESČP k razlagi določb EKČP v luči delavskih pravic; če je bila neka pravica urejena v ESL, potem je bil to razlog, da jo je ESČP izključilo iz področja učinkovanja EKČP in iz njegovega sodnega nadzora (oziroma, če obrnemo drugače, te pravice ESČP potem zaradi tega ni vključilo – z ustrezno razlago – v okvir EKČP in v področje svojega nadzora). Mantouvalou (2013: 531–533.) opozarja, da je bila taka praksa sodišča predmet številnih kritik. Končar (1997: 303) pravi, da preveč neenotna ureditev na mednarodni ravni lahko ogrozi same temeljne pravice.

⁹ Vključujoč pristop (tudi holistični pristop, dinamična razlaga ipd.) pomeni, da ESČP nekatere ekonomske in socialne pravice skozi razlago vključuje v domet instrumenta, ki primarno ureja civilne in politične pravice, oziroma da nekatere socialne oziroma delavske pravice obravnava kot bistvene elemente EKČP, ki posledično uživajo tudi standarde varstva pravic po konvenciji (Mantouvalou, 2013 in tam navedeni avtorji).

¹⁰ *UNISON proti Združenemu kraljestvu*, št. 53574/99 z dne 10. januarja 2002.

¹¹ Ewing (2003, 18–19) opozarja na notranjo neuskklajenost oziroma nedoslednost obrazložitve, saj po eni strani ESČP ohranja tudi staro argumentacijo, da pravica do stavke sama po sebi ni varovana z 11. členom EKČP in je le eden od načinov, sredstev, ki jih ima sindikat na voljo za varovanje interesov svojih članov, po drugi strani pa hkrati sodišče prepoved stavke v konkretnem primeru obravnava kot omejevanje sposobnosti sindikata, da zastopa oziroma varuje interese svojih članov in kot tako kot omejevanje oziroma poseg v pravico do svobode združevanja, ki jo varuje 11. člen EKČP. Na eni strani naj stavka kot pravica ne bi izhajala iz 11. člena EKČP, po drugi strani pa prepoved (omejevanje) stavke pomeni poseg v pravico, ki mora prestat strogi test iz drugega odstavka 11. člena EKČP, da bi se lahko štela za dopustno in ne za kršitev 11. člena EKČP.

¹² *Wilson, National Union of Journalists in drugi proti Združenemu kraljestvu*, št. 30668/96, 30671/96 in 30678/96 z dne 2. julija 2002.

¹³ »Naloga države je, da zagotovi, da se članom sindikata ne preprečuje ali omejuje možnost biti zastopani s strani sindikata pri urejanju njihovih razmerij z delodajalcem« (tč. 46 obrazložitve). Iz sodbe izhaja jasno stališče, da delavci ne smejo biti kaznovani in na slabšem (na primer z nižjo plačo), če uveljavljajo svojo pravico iz 11. člena EKČP, tako da se združujejo v sindikat in da njihove poklicne interese zastopa sindikat (s pogajanjem o plači, sklenitvijo kolektivne pogodbe itd.). Van Hiel (2013: 304) je opozoril, da je *Wilson in Palmer* prva sodba o varstvu pred protisindikalnimi ukrepi oziroma diskriminaciji na podlagi sindikalnega članstva.

¹⁴ EOSP se je takrat imenoval Odbor neodvisnih strokovnjakov.

¹⁵ *Demir in Baykara proti Turčiji*, št. 34503/97 z dne 12. novembra 2008 (sodba velikega senata); prva sodba dne 21. novembra 2006.

¹⁶ *Dilek in drugi proti Turčiji*, št. 74611/01, 26876/02 in 27628/02 z dne 28. aprila 2008.

¹⁷ *Enerji Yapi-Yol Sen proti Turčiji*, št. 68959/01 z dne 21. aprila 2009.

¹⁸ *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers proti Združenemu kraljestvu*, št. 31045/10 z dne 8. aprila 2014.

¹⁹ *Hrvatski lječniški sindikat proti Hrvaški*, št. 36701/09 z dne 27. novembra 2014.

²⁰ *Veniamin Tymoshenko in drugi proti Ukrajini*, št. 48408/12 z dne 2. oktobra 2014.

²¹ Turčija nekaj teh konvencij ni ratificirala. Zato je nasprotovala temu, da se sodišče sklicuje nanje, saj se z ratifikacijo ni zavezala, da jih bo spoštovala. Veliki senat je te očitke zavrnil (Velyvyte, 2015: 80) in poudaril, da je namen konvencije zagotoviti pravice, ki bodo praktične in učinkovite, ne pa teoretične in navidezne in da je pri ugotavljanju vsebine konkretne pravice treba upoštevati tudi druge relevantne mednarodne instrumente, kot so konvencije MOD in ESL, ter da je EKČP živ instrument, ki ga je treba razlagati v luči sedanjih razmer in v skladu z razvojem mednarodnega prava.

²² Sporna sodna praksa Sodišča EU v teh zadevah je bila obsežno kritično obravnavana v evropski delovnopравни teoriji (glej Kresal Šoltes, 2011: 205–213; in Kresal Šoltes, 2009 ter tam navedeni avtorji).

²³ Stavkali so pogodbeni javni uslužbenci, člani sindikata javnega sektorja, ki so bili zaposleni kot pobiralci cestnine na mostu čez Bosporsko ožino v Istanbulu. Sindikat je ob vložitvi predloga novega zakona o javnih uslužbencih v parlament zaradi nestrinjanja s pogoji dela organiziral stavko na nacionalni ravni. Pritožniki so za določen čas (po tri ure dopoldne in tri ure popoldne in še en dan tri ure dopoldne) prekinili delo, tako da so v tem času vozila lahko brez plačila cestnine prečkala most. Z argumentacijo, da so delavci kršili svoje obveznosti in s tem povzročili škodo delodajalcu državi, so od njih zahtevali povrnitev nastale škode. Kot zaposlenim v javnem sektorju jim je bila po turški zakonodaji prepovedana kakršnakoli kolektivna akcija, ki bi lahko prekinila, ovirala ali upočasnila delovanje javne službe.

V postopku pred ESČP je država med drugim zatrjevala, da odškodninska odgovornost delavcev, ki jo je uveljavljala, ne temelji na članstvu v sindikatu ali sodelovanju v stavki, temveč na dejstvu, da niso izvrševali svojih obveznosti in so s tem povzročili materialno škodo – izpad dohodka od cestnin. Sodišče ni sprejelo tega argumenta in je poudarilo, da tudi taka prekinitve dela pomeni stavko, ki se jo presoja v okviru 11. člena EKČP.

²⁴ Na primer zadevi *Saime Özcan proti Turčiji*, št. 22943/04 z dne 15. septembra 2009 ter *Kaya in Seyhan proti Turčiji*, št. 30946/04 z dne 15. septembra 2009. Nekaj sodb v podobnih zadevah iz Turčije, v katerih je ESČP ugotovilo kršitev 11. člena, je bilo sprejetih tudi že prej, na primer *Karaçay proti Turčiji*, št. 6615/03 z dne 27. marca 2007 ter *Urcan in drugi proti Turčiji*, št. 23018/04 z dne 17. julija 2008.

²⁵ Sodišče je med drugim poudarilo, da na področju sindikalne svobode zaradi občutljive narave socialnih in političnih vprašanj pri zagotavljanju ustreznega ravnotežja med interesi socialnih partnerjev ter glede na velike razlike med nacionalnimi sistemi na tem področju države uživajo široko polje proste presoje glede tega, kako se lahko zavaruje svoboda sindikatov za zaščito poklicnih interesov njihovih članov. V primeru sekundarne stavke je po mnenju sodišča to polje proste presoje še širše, ker gre za sekundarni oziroma dopolnilni vidik sindikalnih aktivnosti (tč. 87–88 obrazložitve).

²⁶ Nadzorni organi ESL in MOD analizirajo prepoved solidarne stavke v njeni celoti, na splošno, naloga ESČP pa ni nadzor relevantne nacionalne ureditve *in abstracto*, temveč presoditi, ali način, na katerega ta ureditev dejansko učinkuje na pritožnika, krši njegove pravice iz 11. člena konvencije. ESČP se torej omeji na presojo konkretnega primera, upoštevajoč vse okoliščine tega konkretnega primera, ne ugotavlja pa (vseh) možnih učinkov prepovedi solidarne stavke v različnih hipotetičnih primerih (tč. 98 obrazložitve).

²⁷ Sodišče je glede tega poudarilo, da ne presoja skladnosti nacionalne ureditve z zahtevami iz ESL ali konvencije MOD, ki imajo bolj specifične in natančne določbe o industrijskih akcijah in da se njene odločitve v tej zadevi nikakor ne sme razumeti tako, da bi podvomili v analize in stališča Evropskega odbora za socialne pravice ali Odbora neodvisnih izvedencev MOD (tč. 106 obrazložitve).

²⁸ Več sindikatov je konec leta 2004 z Vlado Republike Hrvaške sklenilo kolektivno pogodbo za dejavnost zdravstva in zdravstvenega zavarovanja. Eden od podpisnikov, sindikat zdravnikov, je z njo sklenil še poklicno kolektivno pogodbo, ki naj bi urejala posebnosti za zdravnike in zobozdravnike (med drugim je predvidela desetodstotno povišanje plač za to skupino), kot dodatek k prvotni kolektivni pogodbi. Preostali sindikati so nasprotovali taki posebni obravnavi zdravnikov in s tožbo zahtevali ugotovitev ničnosti dodatne kolektivne pogodbe (iz razloga, ker lahko po hrvaški ureditvi dodatek h kolektivni pogodbi veljavno sklenejo le vsi podpisniki prvotne kolektivne pogodbe). Vlada je zahtevek pripoznala, ministrstvu pa naložila pripravo nove posebne kolektivne pogodbe za zdravnike. Sledili so še dodatni zapleti v postopkih in pogajanjih, nestrinjanja itd., sindikat zdravnikov pa je nato spomladi 2005 napovedal in izvedel stavko, s katero je zahteval uveljavitev in spoštovanje sklenjene dodatne kolektivne pogodbe za zdravnike, izpolnitev obveznosti iz nje ter na splošno ustrezno urejanje specifičnih problemov, ki zadevajo zdravnike in zobozdravnike. Vlada je pred sodiščem uspešno zatrjevala nezakonitost stavke (navajala je razlog, da je po hrvaški ureditvi stavka dopustna le v interesnih sporih, ne pa tudi ko obstaja kolektivna pogodba glede pravic, ki so že urejene z njo) in dosegla prepoved stavke. Vlada je sicer medtem z uredbo enostransko povišala plače zdravnikov in zobozdravnikov za deset odstotkov. Po dveh dneh stavke je zaradi izdane začasne odredbe o prepovedi stavke sindikat prekinil stavko. Vendar pa je sodno uveljavljal svoje pravice.

²⁹ Kabinsko osebje letalske družbe v Ukrajini je napovedalo stavko, po tem ko delodajalec ni izpolnil zahtev, ki so izhajale iz ugotovitev pristojnega nacionalnega mediacijskega organa na

podlagi predvidenega postopka reševanja kolektivnega delovnega spora med sindikatom teh delavcev in letalsko družbo. Vodstvo letalske družbe je pred sodiščem uspešno uveljavljalo nezakonitost stavke in doseglo njeno prepoved. Sklicevalo se je na predpise o prevozih, ki prepovedujejo stavko v primeru prevoza potnikov, upoštevajoč pomen te letalske družbe s številnimi mednarodnimi leti v 33 držav, pa tudi na dolžnost kabinskega osebja, da skrbi za varnost potnikov, ter na določbe, ki prepovedujejo stavko, če je ogroženo življenje in zdravje.

³⁰ Z argumentom, da ukrajinsko pravo na eni strani v zakonu, ki ureja reševanje delovnih sporov, predvideva dopustnost stavke v zadevnih okoliščinah, kakršne so bile te v obravnavani zadevi, in določa obveznost uskladiti druge zakone, ki nasprotujejo njegovi ureditvi, na drugi strani pa zakonodaja o prevozih obsežno prepoveduje stavko, pri čemer tudi po več kot šestnajstih letih od uveljavitve zakona o reševanju delovnih sporov ni bila z njo usklajena, je ESČP ocenilo, da poseg v pravice pritožnikov iz 11. člena konvencije, torej prepoved stavke ni temeljila na dovolj jasni in predvidljivi zakonodaji, zaradi česar ta pomeni kršitev 11. člena konvencije.

³¹ Sodišče je jasno: »Having regards to its case-law illustrating that strike action is clearly protected by Article 11 [...]« (tč. 78 obrazložitve sodbe v zadevi *Tymoshenko in drugi*).

³² Iz obrazložitve ene od sodb ESČP glede pravice do stavke (»*particularly qualified body*«).

³³ V literaturi je zaznati dvom glede argumenta, da gre pri solidarnostni stavki za dopolnilni, sekundarni vidik, še zlasti če upoštevamo značilnosti sedanjih delovnih razmerij, v katerih obstaja velika medsebojna soodvisnost podjetij, pa tudi razdrobljenost podjetij znotraj multinacionalnih struktur in številne podizvajalske verige z veliko fragmentacijo, prekarizacija delavcev pa je vse večja, tako da si je težko predstavljati učinkovito zagotavljanje interesov delavcev le znotraj okvirov enega samega (formalnopravno samostojnega) pravnega subjekta. Delodajalci bi s taktiko reorganizacije in ustanavljanja številnih novih, manjših enot, na katere bi prenesli delavce, lahko v takem primeru z lahkoto izigrali delavce in izvotlili njihovo pravico do stavke. Kritičen v tej smeri je tudi sodnik ESČP Pinto de Albuquerque v ločenem mnenju v zadevi *Hrvatski liječnički sindikat*.

Literatura / References:

- Dorsssement, F. (2013) The Right to Take Collective Action under Article 11 ECHR. V F. Dorsssement, K. Lörcher & I. Schömann (ur.): *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*. Oxford in Portland, Oregon: Hart Publishing, str. 333–365.
- Dorsssement, F. (2017) The Right to Bargain Collectively. V N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann & S. Clauwaert (ur.): *The European Social Charter and the Employment Relation*. Oxford in Portland, Oregon: Hart Publishing, str. 249–288.
- Ewing, K. D. (2003) The Implications of Wilson and Palmer. *Industrial Law Journal*, 32 (1), str. 1–22.
- Ewing, K. D. & Hendy, J. (2010) The Dramatic Implications of Demir and Baykara. *Industrial Law Journal*, 39 (1), str. 2–51.
- Jacobs, A. (2013) Article 11 ECHR: The Right to Bargain Collectively under Article 11 ECHR. V F. Dorsssement, K. Lörcher & I. Schömann (ur.): *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*. Oxford in Portland, Oregon: Hart Publishing, str. 309–332.
- Končar, P. (1997) Uresničevanje sindikalne svobode in pravice do stavke javnih uslužbencev. V M. Pavčnik, A. Polajnar-Pavčnik & D. Wedam-Lukić (ur.): *Temeljne pravice*. Ljubljana: Cankarjeva založba, str. 277–304.

B. Kresal: Pravica do stavke v odločitvah Evropskega sodišča za človekove pravice

- Kresal Šoltes, K. (2009) Primera Laval in Viking z vidika slovenske prave ureditve avtonomije kolektivnega pogajanja. *Delavci in delodajalci* 9 (4), str. 465–489.
- Kresal Šoltes, K. (2011) Vsebina kolektivne pogodbe. Ljubljana: GV Založba.
- Kresal Šoltes, K. (2015) Sindikalna svoboda z vidika omejevanja gospodarskih svoboščin in prepovedi diskriminacije – nazaj na začetek?. *Delavci in delodajalci*, 15 (2-3), str. 263–290.
- Mantouvalou, V. (2013) Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation. *Human Rights Law Review*, 13 (3), str. 529–555.
- Novitz, T. (2003) *International and European Protection of the Right to Strike*. Oxford: Oxford University Press.
- Prassl, J. (2014) The Right to Strike: United Kingdom. V B. Waas (ur.), *The Right to Strike – A Comparative View*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, str. 551–566.
- Schlachter, M. (2016) The Right to Strike: A Need to Align Different Interpretations?. V *Ensuring Coherence in Fundamental Labor Rights Case Law: Challenges and Opportunities*. Leiden: Social Justice Expertise Center, <http://www.thehagueinstituteforglobaljustice.org/wp-content/uploads/2016/09/SJEC-Conference-booklet-Final-15-September.pdf>, str. 19–28.
- Van Hiel, I. (2013) The Right to Form and Join Trade Unions Protected by Article 11 ECHR. V F. Dorssemont, K. Lörcher & I. Schömann (ur.): *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*. Oxford in Portland, Oregon: Hart Publishing, str. 287–308.
- Veldman, A. (2013) The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR. *Utrecht Law Review*, 9 (1), str. 104–117.
- Velyvyte, V. (2015) The Right to Strike in the European Union after Accession to the European Convention on Human Rights: Identifying Conflict and Achieving Coherence. *Human Rights Law Review*, 15 (1), str. 73–100.

Neposredni učinek prepovedi diskriminacije na podlagi starosti v zasebnopravnih sporih

SAŠA SEVER

Povzetek Listina Evropske unije o temeljnih pravicah je akt primarnega prava EU. Čeprav na podlagi prvega odstavka 51. člena posamezniki lahko uveljavljajo temeljne pravice zoper EU ali njene države članice, se ob razlaganju Listine z vidika splošnega načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti prvi odstavek njenega 21. člena uporablja v zasebnopravnih sporih. S tako novo uporabo te določbe Listine je Sodišče natančneje določilo njeno področje uporabe. Vendar je zavrnilo tako možnost glede družbeno-ekonomskih določb iz razdelka Solidarnost Listine, čeprav so te določbe konkretizirane z direktivami in nacionalno zakonodajo, ki jih izvaja. Tako je namen tega prispevka analizirati nedavno sodno prakso Sodišča glede splošnih pravnih načel in horizontalnega neposrednega učinka pomembnih določb Listine.

Ključne besede: • splošno pravno načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti • Listina Evropske unije o temeljnih pravicah • uporaba v zasebnopravnih razmerjih • horizontalni neposredni učinek • novejša sodna praksa Sodišča

NASLOV AVTORJA: Saša Sever, Sodišče Evropske unije, Palais de la Cour de Justice, Boulevard Konrad Adenauer, Kirchberg, L-2925 Luxembourg, e-pošta: sasa.sever@guest.arnes.si

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Direct Effect of the Prohibition of Discrimination on the Grounds of Age in Disputes Between Private Parties

SAŠA SEVER

Abstract The Charter of Fundamental Rights of the European Union is an act of primary law of the EU. Whilst it results from Article 51(1) that individuals may invoke fundamental rights vis-à-vis the EU or its Member States, interpretation of the Charter in light of the general principle of non-discrimination on grounds of age renders its Article 21(1) applicable in proceedings between individuals. Such a novel application of this Charter provision by the Court of Justice refines its scope. The Court of Justice has, however, rejected such a possibility as far as socio-economic provisions from the chapter on Solidarity of the Charter are concerned, despite the fact that these provisions are made concrete by directives and the national legislation which implements them. The aim of this paper then is to analyse recent case law of the Court of Justice concerning general principles of law and horizontal direct effect of relevant Charter provisions.

Keywords: • general principle of prohibition of discrimination based on age • Charter of Fundamental Rights of the European Union • application in the relationships between private parties • horizontal direct effect • recent case law of the Court of Justice

CORRESPONDENCE ADDRESS: Saša Sever, Court of Justice of the European Union, Palais de la Cour de Justice, Boulevard Konrad Adenauer, Kirchberg, L-2925 Luxembourg, e-mail: sasa.sever@guest.arnes.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.13 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor
Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Ta prispevek¹ zajema proučitev problematike, ki jo je povzročila horizontalna uporaba določb Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).²

Nedavna sodna praksa Sodišča namreč predstavlja zanimivo natančnejšo opredelitev področja uporabe Listine, saj bi se z dobesedno razlago prvega odstavka 51. člena Listina pravzaprav lahko uporabila zoper institucije, organe, urade in agencije Unije ter države članice, samo ko te izvajajo pravo Unije.³ Toda ob razlaganju Listine z vidika splošnega načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti se prvi odstavek njenega 21. člena uporablja v zasebnopravnih sporih (Seifert, 2013).⁴ Ta določba pomeni, tako kot je opozoril Ribičič (2015: 115), nadgradnjo 14. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah in deloma tudi 14. člena Ustave Republike Slovenije, ker neposredno našteva ali poudarja pomen nekaterih osebnih okoliščin, kot je starost. S tako novo uporabo Listine je Sodišče natančneje določilo njeno področje uporabe.⁵ Tako je namen tega prispevka analizirati izbor nedavne sodne prakse Sodišča, ki se nanaša na splošna pravna načela in horizontalni neposredni učinek pomembnih določb Listine.

2 Nov pristop k neobstoju horizontalnega neposrednega učinka direktiv

Najnovejši in najizvirnejši pristop k neobstoju horizontalnega učinka direktiv je bil oblikovan s sodbo v zadevi *Mangold*.⁶ Pravzaprav je od takrat Sodišče kot uveljavljeno sodno prakso razglasilo, da je mogoče splošno načelo prava Unije konkretizirati z direktivo.⁷ Splošneje, novi pristop pomeni, da se v položajih, v katerih je država članica direktivo prenesla nepravilno ali je sploh ni prenesla, splošno načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti uporablja neposredno v zasebnopravnih razmerjih in da je treba izključiti uporabo nacionalnega prava, ki je v nasprotju s tem splošnim načelom. Sodba v tej zadevi nam odgovori na vprašanje, od kod ta pristop izvira in kakšne so njegove posledice.

2.1 Vzpostavitev splošnega načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti

Sodba v zadevi *Mangold* se nanaša na skladnost tretjega odstavka 14. člena nemškega zakona o delu s skrajšanim delovnim časom in o pogodbah o zaposlitvi za določen čas ter o spremembi in odpravi delovnopravnih določb, kakor je bil spremenjen z zakonom Hartz,⁸ s pravom Unije. Tretji odstavek 14. člena določa, da za sklenitev pogodbe za določen čas ni potreben objektivni razlog, če je delavec ob začetku delovnega razmerja za določen čas pred 31. decembrom 2006 dopolnil 52 let.

2.1.1 Dejansko stanje zadeve

W. Mangold je 26. junija 2003, ko je bil star 56 let, z R. Helmom, po poklicu odvetnikom, sklenil pogodbo o zaposlitvi od 1. julija 2003 do 28. februarja 2004. Trajanje pogodbe je temeljilo na zakonski določbi o poenostavljenem sklepanju pogodb o zaposlitvi za določen čas s starejšimi delavci. Po trditvah W. Mangolda ta omejitev, čeprav temelji na tretjem odstavku 14. člena TzBfG, ni združljiva z okvirnim sporazumom⁹ in Direktivo 2000/78.¹⁰

Delovno sodišče v Münchnu (*Arbeitsgericht München*) je dvomilo o združljivosti prvega stavka tretjega odstavka 14. člena TzBfG, kakor je bil spremenjen z zakonom Hartz, s pravom Unije, zato je zadevo predložilo v predhodno odločanje Sodišču, da bi ugotovilo:

- ali je treba tretjo točko določbe 8 okvirnega sporazuma razlagati tako, da je člen TzBfG, ki iz razlogov, povezanih s potrebo po spodbujanju zaposlovanja, in neodvisno od prenosa okvirnega sporazuma znižuje starost, od katere se lahko neomejeno sklepajo pogodbe o zaposlitvi za določen čas, v nasprotju s to določbo; in
- ali je treba prvi odstavek 6. člena Direktive 2000/78 razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki tako kot zgoraj navedeni člen dopušča neomejeno sklepanje pogodb o zaposlitvi za določen čas z delavci, starejšimi od 52 let, razen če je podana tesna zveza s predhodno pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas z istim delodajalcem. Če bi bil odgovor pritrdilen, je sodišče vprašalo, kakšne posledice naj razbere iz te razlage.

2.1.2 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Tizzana¹¹

Glede prvega vprašanja je generalni pravobranilec Tizzano menil, da tretja točka določba 8 okvirnega sporazuma ne nasprotuje nacionalni določbi, kakršna je določba tretjega odstavka 14. člena TzBfG, kot je bila spremenjena z zakonom Hartz, ki je iz upravičenih razlogov spodbujanja zaposlovanja, neodvisnih od prenosa Direktive 1999/70, starostno mejo 58 let, po kateri je mogoče pogodbe o zaposlitvi za določen čas sklepati brez omejitev, znižala na 52 let.¹²

Generalni pravobranilec je glede drugega vprašanja spomnil, prvič, da je Sodišče že pred sprejetjem Direktive 2000/78 in posebnih določb, ki jih ta vsebuje, potrdilo obstoj splošnega načela enakosti, ki je za države članice, »kadar uresničujejo pravno ureditev Skupnosti«, zavezujoče in ki ga je torej mogoče uporabiti pri presoji nacionalnih predpisov, ki »spadajo v okvir izvajanja prava Skupnosti«. ¹³ Torej ima splošno načelo enakosti neposredne učinke za vsa razmerja, zato bi se lahko W. Mangold zoper R. Helma neposredno skliceval nanj – v nasprotju z navedeno direktivo – tako pa bi ga lahko uporabilo tudi delovno sodišče v postopku v glavni stvari. ¹⁴

Drugič, generalni pravobranilec je poudaril, da je skrajna posledica sporne določbe ta, da je mogoče z delavci, ki so bili prvič zaposleni za določen čas, potem ko so dopolnili petdeset let, še dalje brez omejitev sklepati pogodbe o zaposlitvi za določen čas, vse dokler ne dopolnijo upokojitvene starosti. Tako je ugotovil, da se cilju poklicnega vključevanja starejših delavcev sledi na način, ki je zelo nesorazmeren, in da obravnavanje delavcev, ki so dopolnili 52 let, predvideno s tretjim odstavkom 14. člena TzBfG, omogoča dejansko diskriminacijo na podlagi starosti.¹⁵

Tretjič in nazadnje, generalni pravobranilec je predlagal, da delovno sodišče v obravnavani zadevi, ki se je nanašala na spor med W. Mangoldom in R. Helmom, ne sme odstopiti – v škodo toženca – od uporabe tretjega odstavka 14. člena TzBfG, kakor je bil spremenjen z zakonom Hartz, na podlagi ugotovitve, da ni skladen s prepovedjo diskriminacije zaradi starosti, določeno v 6. členu Direktive 2000/78. Vendar pa bi morale to sodišče, čeprav se rok za prenos te direktive še ni iztekel, upoštevati vse predpise nacionalnega prava, vključno z ustavnimi, v katerih je določena enaka prepoved, da bi – če je le mogoče – doseglo rešitev, ki bi bila skladna s cilji direktive.¹⁶

2.1.3 Sodba Sodišča

Sodišče je deloma sledilo sklepnim predlogom generalnega pravobranilca Tizzana.

Glede prvega vprašanja je rzsodilo, da je treba tretjo točko določbe 8 okvirnega sporazuma razlagati tako, da ne nasprotuje nacionalni ureditvi, ki tako kot sporna ureditev v postopku v glavni stvari iz razlogov, povezanih s potrebo po spodbujanju zaposlovanja, in neodvisno od prenosa okvirnega sporazuma znižuje starost, od katere se lahko neomejeno sklepajo pogodbe o zaposlitvi za določen čas.

i. Nesorazmernost zadevne nacionalne določbe

Glede drugega vprašanja je Sodišče presodilo, da je taka zakonodaja, pri kateri je starost zadevnih delavcev edino merilo za sklepanje pogodb o zaposlitvi za določen čas, ne da bi bilo treba dokazati, da je ugotovitev starostne meje kot take neodvisno od drugih presoj v povezavi s strukturo konkretnega trga delovne sile in položaja zadevnega posameznika, za doseganje cilja poklicne vključenosti nezaposlenih starejših delavcev, objektivno potrebna, presega tisto, kar je za uresničitev sledenega cilja primerno in potrebno.¹⁷

ii. Novi pristop

Novi pristop glede neobstoja horizontalnega neposrednega učinka direktiv lahko opišemo v treh točkah. Prvič, Sodišče je presodilo, da Direktiva 2000/78 sama ni namenjena načelu enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. Po 1. členu te

direktive je njen namen namreč »opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti«, pri čemer načelo prepovedi teh oblik diskriminacije, kakor je razvidno iz prve in četrte uvodne izjave direktive, izhaja iz različnih mednarodnih pogodb in ustavnih tradicij, skupnih državam članicam.¹⁸ Na podlagi tega je Sodišče oblikovalo novo splošno pravno načelo – načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, ki se uporablja v zasebnopravnih razmerjih.¹⁹

Drugič, Sodišče je presodilo, da spoštovanje splošnega načela enakega obravnavanja, zlasti ne glede na starost, kot tako ne more biti odvisno od izteka roka, ki države članice zavezuje za prenos direktive, katere namen je opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi starosti.²⁰

Tretjič in nazadnje, nacionalno sodišče mora zagotoviti popolno učinkovitost splošnega načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti in zato ne sme uporabiti določb nacionalnega prava, ki so v nasprotju s pravom Skupnosti, niti takrat, ko se rok za prenos navedene direktive še ni iztekel.²¹

2.2 Potrditev pristopa, oblikovanega v zadevi *Mangold*

Vprašanje izključitve uporabe nacionalnega prava, ki je v nasprotju s splošnim pravnim načelom, je bilo pomembno tudi v zadevi *Kücükdeveci*.²² Ta se je nanašala na združljivost drugega pododstavka drugega odstavka 622. člena nemškega civilnega zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) s pravom Unije, saj se po tej določbi delovna doba, ki jo je delavec dosegel pred 25. letom starosti, ne upošteva pri izračunu odpovednega roka.

2.2.1 Dejansko stanje zadeve

S. Kücükdeveci je pred Delovnim sodiščem v Mönchengladbachu (*Arbeitsgericht Mönchengladbach*) uveljavljala nezakonnost sklepa o odpovedi delovnega razmerja in navajala, da bi moral odpovedni rok znašati štiri mesece, in ne en mesec, saj je imela deset let delovne dobe.

Višje delovno sodišče v Düsseldorfu (*Landesarbeitsgericht Düsseldorf*), ki je zadevo presojalo na pritožbeni stopnji, je ugotovilo, da je rok za prenos Direktive 2000/78 potekel pred odpovedjo delovnega razmerja. Presodilo je tudi, da drugi pododstavek drugega odstavka 622. člena BGB vsebuje različno obravnavanje, ki je neposredno povezano s starostjo. Čeprav ni menilo, da je to obravnavanje protiustavno, je dvomilo, da je tako razlikovanje skladno s pravom Unije. Poudarilo je, da nacionalnega prava ne more razlagati v skladu z določbami Direktive 2000/78, saj je drugi pododstavek drugega odstavka 622. člena BGB jasna in natančna določba.

Tako je Sodišču predložilo v prehodno odločanje dve vprašanji.

S prvim vprašanjem je želelo izvedeti, ali drugi pododstavek drugega odstavka 622. člena BGB, ki določa, da se delovna doba delavca pred 25. letom ne upošteva pri izračunu odpovednega roka ob odpovedi delovnega razmerja, pomeni različno obravnavanje na podlagi starosti, ki je prepovedano s pravom Unije, zlasti s primarnim pravom oziroma Direktivo 2000/78.

Z drugim vprašanjem pa je vprašalo, ali mora pri odločanju v zasebnopravnih sporih, zato da ne bi uporabilo nacionalne določbe, o kateri meni, da je v nasprotju s pravom Unije, za zagotovitev zaščite načela pravne varnosti strank zadevo na podlagi 267. člena PDEU najprej predložiti Sodišču, da to potrdi neskladnost te ureditve s pravom Unije.

2.2.2 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bota²³

Glede prvega vprašanja je generalni pravobranilec Bot Sodišču predlagal, da je treba prvi odstavek 6. člena Direktive 2000/78 razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, kakršna se je obravnavala v postopku v glavni stvari in s katero je bilo na splošno predvideno neupoštevanje delovne dobe, ki so jo imeli delavci pred 25. letom starosti, pri izračunu odpovednih rokov ob odpovedi delovnega razmerja.

V odgovoru na drugo vprašanje je navedel, prvič, da obveznost skladne razlage velja samo, če je zadevno nacionalno zakonodajo mogoče razlagati v skladu z direktivo. Drugič, po mnenju generalnega pravobranilca Bota imajo osebe, ki menijo, da jim je bila storjena krivica, ker zanje ni bilo uporabljeno načelo enakega obravnavanja, na podlagi 9. člena Direktive 2000/78 pravico do učinkovitega pravnega varstva. To pomeni, da lahko pristojno nacionalno sodišče osebam, ki se obravnavajo manj ugodno, prizna – *nemudoma* in ne da bi morale oškodovance pozvati k vložitvi odškodninske tožbe zoper državo – enake ugodnosti, kot so tiste, do katerih so upravičene osebe, ki se obravnavajo ugodneje. Če bi se S. Küçükdeveci predlagala odškodninska tožba zoper Zvezno republiko Nemčijo, naj bi to imelo predvsem to slabost, da bi S. Küçükdeveci izgubila tožbo, skupaj s tem povezanimi finančnimi posledicami, čeprav je bil ugotovljen obstoj diskriminacije zaradi starosti, ki je v nasprotju z Direktivo 2000/78, in da bi morala vložiti novo tožbo. Taka rešitev bi bila v nasprotju s pravico do učinkovitega pravnega varstva na podlagi 9. člena Direktive 2000/78.²⁴ Čeprav je bila ta ugotovitev pomembna, ko je generalni pravobranilec Bot predstavil sklepne predloge v tej zadevi, se je njen pomen od takrat zmanjšal, saj Sodišče priznava, da se splošno načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti uporablja v zasebnopravnih sporih.²⁵ Tretjič, generalni pravobranilec Bot je predlagal ambicioznejši pristop in trdil, da bi morale Sodišče, kot je to storilo glede splošnega načela prava Skupnosti, priznati, da se je na direktivo, katere namen je boj proti diskriminaciji, mogoče sklicevati v

zasebnopravnih sporih, da bi se zavrnila uporaba nacionalnih predpisov, ki so z njo v nasprotju. To stališče naj bi bilo edino usklajeno s tem, kar je Sodišče razsodilo v sodbi *Mangold*.²⁶ Trditev, da ima direktiva neposredni učinek v zasebnopravnih sporih, je zelo zavajajoča. Vendar je treba upoštevati, da po razglasitvi sodbe v zadevi *Mangold* ni bilo jasno, ali se v zasebnopravnih sporih neposredno uporablja direktiva ali splošno pravno načelo. Šele s sodbo v zadevi *Kücükdeveci* je bilo razjasnjeno, da se v teh sporih uporablja splošno pravno načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, posebej konkretizirano z Direktivo 2000/78. Zato morajo nacionalna sodišča zavrniti uporabo nacionalne zakonodaje, ki je v nasprotju s tem splošnim načelom.²⁷

Četrtrič, ker je bila sodba v zadevi *Mangold* predmet številnih kritik, je generalni pravobranilec Bot Sodišču predlagal, da se omeji na glavni prispevek te sodbe, in sicer spoštovanje splošnega načela prava Unije, ki prepoveduje diskriminacijo na podlagi starosti, tako da mora nacionalno sodišče zagotoviti polni učinek tega načela in zato ne sme uporabiti nobene neskladne določbe nacionalnega prava, kar velja tudi za zasebnopravne spore.²⁸ Generalni pravobranilec Bot je menil, da je treba v zadevi *Kücükdeveci* slediti pravni rešitvi iz zadeve *Mangold*, čeprav pri tej rok za prenos Direktive 2000/78 še ni potekel, pri prvi pa je že. Če bi Sodišče sprejelo drugačno stališče, bi spodkopalo logiko, na kateri temelji sodba v zadevi *Mangold*.²⁹

Nazadnje, generalni pravobranilec Bot je predlagal, da se na drugo vprašanje odgovori, da mora nacionalno sodišče zavrniti uporabo zadevne nacionalne zakonodaje tudi v zasebnopravnih sporih.

2.2.3 Sodba Sodišča

Sodišče je sledilo sklepnim predlogom generalnega pravobranilca Bota.

i. Področje uporabe prava Unije

Sodišče je najprej poudarilo, da se načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti uporabi le, če zadeva spada na področje uporabe prava Unije.³⁰ V obravnavani zadevi je ugotovilo, da se je rok za prenos Direktive 2000/78 v nacionalno zakonodajo iztekel in da se drugi pododstavek drugega odstavka 622. člena BGB nanaša na pogoje za odpoved delovnega razmerja zaposlenih, kar ureja ta direktiva.³¹ Zato bi bilo treba odgovor na vprašanje, ali pravo Unije nasprotuje zadevni nacionalni ureditvi, iskati ob upoštevanju splošnega načela prava Unije o prepovedi kakršnekoli diskriminacije na podlagi starosti, ki ga konkretizira Direktiva 2000/78.³²

ii. Načelo sorazmernosti, ki nasprotuje izključitvi dela delovne dobe

Glede prvega vprašanja je Sodišče brez težav ugotovilo, da pravo Unije, zlasti načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, konkretizirano z Direktivo 2000/78, nasprotuje nacionalni ureditvi, ki določa, da se delovna doba delavca pred 25. letom ne upošteva pri izračunu odpovednega roka ob odpovedi delovnega razmerja. Poudarilo je, da je bil namen obravnavanega ukrepa delodajalcu omogočiti večjo prožnost pri upravljanju zaposlenih z zmanjšanjem njegovega bremena glede odpuščanja mladih delavcev, od katerih je razumno pričakovati večjo osebno in poklicno mobilnost. Vendar taka ureditev ni primerna za uresničitev tega cilja, saj se uporablja za vse zaposlene, ki so se v podjetju zaposlili pred 25. letom, ne glede na njihovo starost ob odpovedi delovnega razmerja.³³ Kljub temu se lahko posameznik na to ugotovitev sklicuje, samo če Sodišče odloči, da se zgoraj omenjeno splošno pravno načelo uporablja v zasebnopravnih sporih.

iii. Potrditev pristopa, oblikovanega v sodbi v zadevi *Mangold*

Čeprav je Sodišče poudarilo, da obveznost držav članic, ki izhajajo iz direktive, da dosežejo rezultat, ki ga ta določa, in dolžnost, da sprejmejo vse ustrezne ukrepe, splošne ali posebne, da bi zagotovile izpolnjevanje te obveznosti, velja za vse organe teh držav članic, vključno s sodišči v okviru njihovih pristojnosti, je presodilo, da drugega pododstavka drugega odstavka 622. člena BGB zaradi njegove jasnosti in natančnosti ni mogoče razlagati tako, da bi bil skladen z Direktivo 2000/78.³⁴

Sodišče je ponovilo svojo ugotovitev iz sodbe v zadevi *Mangold*, da je splošno načelo prepovedi diskriminacije konkretizirano z Direktivo 2000/78. Tako je presodilo, da mora nacionalno sodišče, ki mu je v odločanje predložen spor v zvezi z načelom prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, kot ga konkretizira Direktiva 2000/78, v okviru svojih pristojnosti varovati pravice, ki jih pravo Unije zagotavlja posamezniku, in zagotoviti polni učinek tega prava, po potrebi tako, da ne uporabi nobene določbe nacionalne ureditve, ki je v nasprotju s tem načelom.³⁵ Kot ugotavlja Marciali (2010: 5), je Sodišče tako razjasnilo dilemo, nastalo s sodbo v zadevi *Mangold*, tj. ali ima horizontalni neposredni učinek splošno pravno načelo ali direktiva. S sodbo v zadevi *Kücükdeveci* je postalo jasno, da ima tak učinek navedeno načelo. Po takem pristopu temeljna pravica (splošno pravno načelo) lahko ima horizontalni neposredni učinek. Žal Sodišče ni pojasnilo razlogov za tako ugotovitev, ki nikakor ni samoumevna (Mol, 2010: 293–308). Poleg tega, kakor navaja Murphy, se zdi napačno, da imajo lahko splošna pravna načela horizontalni učinek, direktive pa ga nimajo. Vztrajanje Sodišča, da ima lahko horizontalni neposredni učinek splošno pravno načelo, ne pa tudi direktiva, zato ni prepričljivo (Murphy, 2014: 177).

2.3 Horizontalni neposredni učinek prepovedi diskriminacije na podlagi starosti iz prvega odstavka 21. člena Listine

Horizontalni neposredni učinek Listine in izključitev določb nacionalnega prava, ki so z njo v nasprotju, se je nato pojavilo v zadevi *Association de médiation sociale (AMS)*.³⁶ Ta se je nanašala na skladnost člena L. 1111-3 francoskega Delovnopravnega zakonika (*Code du travail*) s 27. členom Listine in Direktivo 2002/14. Zadevna nacionalna zakonodaja je iz izračuna števila zaposlenih v podjetju izvzela vajence, delavce, ki imajo sklenjeno uvajalno pogodbo ali mentorsko pogodbo, in delavce, ki imajo sklenjeno pogodbo o poklicnem usposabljanju (v nadaljevanju: delavci, ki imajo sklenjene pomožne pogodbe). Ključno vprašanje je bilo, ali je uporabo s pravom Unije očitno neskladne določbe francoskega delovnopravnega zakonika mogoče izključiti v zasebnopravnih sporih.

2.3.1 Dejansko stanje zadeve

V tej zadevi je sindikalna zveza Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône imenovala H. Laboubija za predstavnika sindikalnega odbora, ustanovljenega v okviru AMS. AMS je temu imenovanju nasprotovalo in trdilo, da ima v skladu členom L. 1111-3 Delovnopravnega zakonika manj kot enajst zaposlenih in *a fortiori* manj kot petdeset delavcev, kar je prag, ki ga za imenovanje predstavnikov zaposlenih določa Direktiva 2002/14, ter da zato ni dolžno, da v skladu z upošteveno nacionalno zakonodajo sprejme ukrepe glede predstavnštva delavcev, kakršna je izvolitev predstavnika zaposlenih. Poleg tega je AMS navajalo, da je treba iz izračuna števila njegovih zaposlenih izvzeti delavce, ki imajo sklenjene pomožne pogodbe. Treba je opozoriti, da se zaradi pravne narave AMS, zasebnega združenja s področja socialnega varstva, sindikat proti temu združenju ne more sklicevati na določbe Direktive 2002/14 kot take.

Okrajno sodišče v Marseillu (*Tribunal d'instance de Marseille*), pri katerem je AMS vložilo tožbo za razveljavitev imenovanja H. Laboubija za predstavnika sindikalnega odbora CGT, ta sindikat pa nasprotno tožbo s predlogom, naj se AMS naloži, da organizira volitve za vzpostavitev predstavnških teles zaposlenih, je Kasacijsko sodišče (*Cour de cassation*) predložilo prednostno vprašanje o oceni ustavnosti, ki se je nanašalo na določbe člena L. 1111-3 Delovnopravnega zakonika.

Kasacijsko sodišče je to vprašanje predložilo v obravnavo Ustavnemu svetu (*Conseil constitutionnel*). To je ugotovilo, da je člen L. 1111-3 Delovnopravnega zakonika skladen z Ustavo.

H. Laboubi in Union locale des syndicats CGT des Quartiers Nord, ki sta se jima prostovoljno pridružila Union départementale des Syndicats CGT des Bouches-du-Rhône in CGT, sta pred Okrajnim sodiščem v Marseillu trdila, da so določbe

člena L. 1111-3 Delovnopravnega zakonika kljub temu v nasprotju s pravom Unije in mednarodnimi zavezami Francoske republike. Okrajno sodišče v Marseillu je pri vnovičnem odločanju to utemeljitev sprejelo in določb člena L. 1111-3 Delovnopravnega zakonika ni uporabilo, ker niso v skladu s pravom Unije. Tako je potrdilo imenovanje H. Laboubija kot predstavnika sindikalnega odbora.

AMS je zoper to sodbo vložilo pritožbo pri Kasacijskem sodišču, ki je Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

»Ali se je na temeljno pravico v zvezi z obveščenostjo in posvetovanjem delavcev, zajamčeno s členom 27 [Listine], kot je opredeljena z določbami Direktive [2002/14], mogoče sklicevati [v zasebnopravnih sporih], zato da bi se preverila skladnost nacionalnega ukrepa za prenos [te] direktive?

Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, ali je treba te določbe razlagati tako, da nasprotujejo nacionalni zakonski določbi, s katero so iz izračuna števila zaposlenih v podjetju – predvsem za določitev pragov za vzpostavitev predstavniških institucij – izvzeti delavci, ki imajo [pomožne] pogodbe?»

2.3.2 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna³⁷

i. Horizontalni neposredni učinek 27. člena Listine

Glede prvega vprašanja je generalni pravobranilec Cruz Villalón menil, da se je na 27. člen mogoče sklicevati v zasebnopravnih sporih. Bilo bi namreč zelo tvegano izključiti vsakršen učinek takih pravic v zasebnopravnih sporih, saj se ta člen, kot pove že njegov naslov, nanaša na pravico, ki se zagotavlja »v podjetju«, in vsekakor v praksi podjetjem nalaga zakonske obveznosti.³⁸ Poleg tega, ker horizontalno učinkovanje temeljnih pravic ni nepoznano v pravu Unije, bi bilo po mnenju generalnega pravobranilca protislovno, če bi lahko prav vključitev Listine v primarno pravo spremenila oziroma poslabšala stanje stvari.³⁹

ii. Razlikovanje med pravicami in načeli v Listini

Ker Listina ne določa, ali 27. člen Listine spada med pravice ali načela,⁴⁰ je generalni pravobranilec pozornost namenil vsebini določbe. Menil je, da je treba pravico delavcev do obveščenosti in posvetovanja v podjetju, kakor jo zagotavlja 27. člen Listine, razumeti kot »načelo« po prvem odstavku 51. člena in petem odstavku 52. člena Listine. Pravzaprav 27. člen odraža značilno socialno pravico, saj je zajamčena tudi v Evropski socialni listini in Listini Skupnosti o temeljnih socialnih pravicah delavcev, v Listino je bila vključena kot prvi člen v razdelku Solidarnost in je pred začetkom veljavnosti Listine že bila zajamčena s sekundarno zakonodajo, na primer z Direktivo 2002/14.⁴¹

iii. Vsebinska in neposredna konkretizacija načela iz Listine

Za potrditev praktičnega učinka pravnih načel je generalni pravobranilec predlagal, da je treba akte za izvajanje razumeti kot akte, ki »bistveno in neposredno« konkretizirajo vsebino načela, zato da se prepreči, da bi se za ukrepe za izvajanje štela celotna področja pravnega reda, kot je socialno ali okoljsko pravo države članice.⁴²

Generalni pravobranilec je sklepal, da se je na podlagi drugega stavka petega odstavka 52. člena Listine na 27. člen Listine, ki je bistveno in neposredno konkretiziran s prvim odstavkom 3. člena Direktive 2002/14,⁴³ mogoče sklicevati v zasebnopravnih sporih z morebitnimi posledicami neuporabe nacionalne zakonodaje.⁴⁴

iv. Nacionalna zakonodaja, ki je v nasprotju s 27. členom Listine in Direktivo 2002/14

Glede drugega vprašanja je generalni pravobranilec Cruz Villalón Sodišču predlagal, da 27. člen Listine, ki je bistveno in neposredno konkretiziran s prvim odstavkom 3. člena Direktive 2002/14, razlaga tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki neko kategorijo delavcev, natančneje imetnike »izključenih pogodb«, za namene navedene določbe izključuje iz izračuna števila zaposlenih delavcev.⁴⁵

2.3.3 Sodba Sodišča

Sodišče predlogom generalnega pravobranilca ni sledilo. V uvodu je poudarilo, da je treba vprašanja – s katerima je želelo predložitevno sodišče pravzaprav izvedeti, ali je treba 27. člen Listine, sam ali v povezavi z določbami Direktive 2002/14, razlagati tako, da se je nanj, kadar nacionalna določba za prenos te direktive, kakršen je člen L. 1111-3 Delovnopravnega zakonika, ni v skladu s pravom Unije, mogoče sklicevati v zasebnopravnih sporih, da se navedena nacionalna določba ne bi uporabila – obravnavati skupaj.

Prvič, Sodišče je, sklicujoč se na sodbo v zadevi *CGT*,⁴⁶ brez težav ugotovilo, da je treba prvi odstavek 3. člena Direktive 2002/14 razlagati tako, da nasprotuje nacionalni določbi, kot je člen L. 1111-3 Delovnopravnega zakonika, s katero so iz izračuna števila zaposlenih v podjetju v okviru določitve zakonskih pragov za vzpostavitev predstavniških teles zaposlenih izvzeti delavci, ki imajo sklenjene pomožne pogodbe.⁴⁷ Drugič, Sodišče je, sklicujoč se na sodbi zadevah *Pfeiffer in drugi* ter *Küçükdeveci*,⁴⁸ spomnilo, da v skladu z ustaljeno sodno prakso niti jasne, natančne in nepogojne določbe direktive, ki posameznikom daje pravice ali jim nalaga obveznosti, kot take ni mogoče uporabiti v okviru v zasebnopravnega spora.⁴⁹ V zvezi s tem je Sodišče poudarilo, da je AMS združenje zasebnega prava, čeprav deluje na socialnovarstvenem področju. Iz tega je mogoče sklepati, da se tožene stranke v postopku v glavni stvari

zaradi pravne narave AMS proti temu združenju ne morejo sklicevati na določbe Direktive 2002/14 kot take.

i. Neobstoj horizontalnega neposrednega učinka 27. člena Listine

Po mnenju Sodišča je bilo v zadevi *AMS* ključno ugotoviti, ali je položaj podoben tistemu iz zadeve *Kücükdeveci*, tako da se je na 27. člen Listine, sam ali v povezavi z določbami Direktive 2002/14, mogoče sklicevati v zasebnopravnih sporih, zato da se nacionalna določba, ki ni v skladu z navedeno direktivo, po potrebi ne bi uporabila. Sodišče je presodilo, da položaja nista podobna.

V zvezi s tem je Sodišče najprej poudarilo, da je bila predmetna nacionalna zakonodaja sprejeta zaradi prenosa Direktive 2002/14, zato je treba v postopku v glavni stvari uporabiti 27. člen Listine.⁵⁰

Sodišče je posebno pozornost namenilo besedilu 27. člena Listine, ki je naslovljen »Pravica delavcev do obveščeniosti in posvetovanja v podjetju«. Določa, da se morajo delavcem na različnih ravneh zagotoviti informacije in možnost posvetovanja v primerih in pod pogoji, določenimi s pravom Unije ter nacionalnimi zakonodajami in običaji. Vendar je iz besedila 27. člena Listine jasno, da se za njegovo polno učinkovanje zahteva konkretizacija z določbami prava Unije ali nacionalnega prava.⁵¹ Okoliščina, da je bila v obravnavani zadevi omenjena določba Listine konkretizirana z Direktivo 2002/14, ta pa s francoskim Delovnopravnim zakonikom, očitno ni bilo pomembno za uporabo te določbe. Bistveno je bilo, da 27. člen Listine ni pravno pravilo, ki se uporablja neposredno. Sodišče je namreč menilo, da niti iz besedila 27. člena Listine niti iz pojasnil, ki se nanašajo na ta člen, ni mogoče sklepati, da je prepoved iz prvega odstavka 3. člena Direktive 2002/14, ki je naslovljena na države članice, da iz izračuna števila zaposlenih v podjetju izključijo nekatere kategorije delavcev, ki so sprva spadali med osebe, ki se morajo upoštevati pri navedenem izračunu, pravno pravilo, ki se uporablja neposredno. Zato se v zasebnopravnih sporih ni mogoče sklicevati na 27. člen Listine kot tak,⁵² da bi se ugotovilo, da se nacionalna določba, ki ni v skladu z Direktivo 2002/14, ne uporabi.⁵³ Ker ta določba sama po sebi nima neposrednega učinka, se v takih sporih nanjo ni mogoče sklicevati niti v povezavi s prvim odstavkom 3. člena Direktive 2002/14.⁵⁴

ii. »Drittwirkung« prvega odstavka 21. člena Listine (prepoved diskriminacije na podlagi starosti)

Po presoji Sodišča se dejstva iz zadeve *AMS* razlikujejo od tistih v zadevi *Kücükdeveci*, ker načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, ki je bilo predmet zadeve *Kücükdeveci* in ki je določeno v prvem odstavku 21. člena Listine, samo po sebi zadostuje za to, da se posameznikom podeli subjektivna pravica, na katero se kot tako

lahko sklicujejo. Čeprav se je Sodišče sklicevalo le na načelo, je ta določba izraz splošnega pravnega načela.

3 Sklep

Kakor trdita Lenaerts in Gutiérrez-Fons (2010: 1649), Sodišče odloči, ali ima splošno pravno načelo horizontalni neposredni učinek. Kljub številnim utemeljenim kritikam je sodba v zadevi *Mangold* zaradi vzpostavitve splošnega načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, ki se uporablja v zasebnopravnih sporih, na obravnavanem področju zelo pomemben prispevek. Glavne značilnosti pristopa iz te zadeve so bile potrjene s sodbo v zadevi *Kücükdeveci*, del obrazložitve v sodbi *AMS*, ki se nanaša na horizontalni neposredni učinek prepovedi diskriminacije na podlagi starosti iz prvega odstavka 21. člena Listine, pa neposredno temelji na sodbi v zadevi *Kücükdeveci*. Tako bi bilo težko zanikati, da je sodba v zadevi *Mangold* temelj in gonilna sila tega pomembnega razvoja.

Sodba v zadevi *AMS* krepi načelo institucionalnega ravnotežja. Sodbi v zadevah *Mangold* in *Kücükdeveci* pravzaprav določata, da se nenapisano splošno načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, konkretizirano z Direktivo 2000/78, uporablja v zasebnopravnih sporih, na podlagi sodbe v zadevi *AMS* pa ima napisana prepoved diskriminacije na podlagi starosti iz prvega odstavka 21. člena Listine sama po sebi neposredni učinek v takih sporih (Carpano, 2014: 71–74). To bi pomenilo, da sodišča Unije in nacionalna sodišča v zasebnopravnih sporih lahko uporabijo to določbo kot tako, ne da bi se morala sklicevati na nenapisano splošno pravno načelo. Poleg tega, ker je zadnjenavedena določba izraz splošnega načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti,⁵⁵ je pravna rešitev iz sodbe v zadevi *AMS* usklajena s sodbama v zadevah *Mangold* in *Kücükdeveci*.

S sodbo v zadevi *AMS* je bila odprta Pandorina skrinjica v smislu horizontalnega neposrednega učinka določb Listine kot takih. V zvezi s tem je bistveno vprašanje, ali neka določba Listine »zadostuje za to, da se posameznikom podeli individualna pravica«. Tudi če se Sodišče ne sklicuje na jasne, natančne in nepogojne določbe, so zgoraj navedena merila zelo podobna tistim, ki se nanašajo na neposredni učinek direktiv. Toda, kot ugotavlja Tinière (2014: 6), iz sodbe v zadevi *AMS* izhaja, da Sodišče določbam Listine iz razdelka Solidarnost ne priznava horizontalnega neposrednega učinka, saj se večina njih nanaša na zasebnopravna razmerja in zahteva nadaljnje ukrepe za izvajanje na ravni Unije ali nacionalni ravni. Podobno, kakor navaja Dubout (2014: 412–413), Sodišče glede načel iz Listine uvaja obliko spremenljive geometrije, saj so nekatera od njih bolj iztožljiva od drugih. Kljub vsem tem preudarkom je danes skoraj nemogoče napovedati, katere določbe Listine, razen prepovedi diskriminacije na podlagi starosti iz prvega odstavka 21. člena, se bodo jutri uporabljale v zasebnopravnih sporih. Z vidika načela pravne gotovosti je ta položaj vreden obžalovanja.

Prihodnji izziv za pravnike je torej, kot ugotavlja Forst (2014: 94), da določijo, katere določbe Listine »same po sebi zadostujejo« in se uporabljajo v zasebnopravnih sporih, tako da lahko izključijo uporabo nacionalnega prava, ki je z njimi v nasprotju.

Opomba avtorja:

Zahvaljujem se udeležencem Kolokvija o splošnih načelih prava EU, ki je potekal 10. septembra 2015 v Bruslju, za vprašanja in plodno razpravo, ki je sledila. Vsa mnenja, izražena v tem prispevku, so osebna mnenja avtorja.

Opombe / Notes:

¹ To besedilo je nastalo na podlagi prispevka, ki je bil pod naslovom General Principles of Law and the Charter of Fundamental Rights objavljen v *Cahiers de droit européen*, 1/2016, str. 167–192.

² Uradni listi Evropske unije C 83/02, leto 2010.

³ Za dobesedno zgradbo te določbe glej sklepne predloge generalne pravobranilke V. Trstenjak, predstavljene v zadevi *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2011:559. Generalna pravobranilka je v točki 83 zapisala: »Ob upoštevanju tega, prvič, da člen 51(1), prvi stavek, Listine jasno določa krog subjektov, ki morajo spoštovati temeljne pravice, in drugič, da se funkcija temeljne pravice iz člena 31 Listine – glede na njen namen urejanja – izčrpa z vzpostavitvijo obveznosti Unije in držav članic glede varstva, je treba izhajati iz tega, da ta temeljna pravica ne zavezuje neposredno posameznikov.«

⁴ Avtor ugotavlja, da se v večini primerov problem relevantnosti temeljnih pravic v zasebnopravnih razmerjih rešuje z razlago in na splošno od primera do primera.

⁵ Vendar je treba omeniti, da je Sodišče priznalo horizontalni neposredni učinek nekaterih temeljnih pravic že dolgo pred sprejetjem Listine. »Temeljna« sodba, s katero je Sodišče razsodilo, da ima določba Pogodbe, ki se nanaša na temeljno pravico, horizontalni neposredni učinek, je sodba z dne 8. aprila 1976, *Defrenne/Sabena*, 43/75, EU:C:1976:56. Nanaša se na razlago 119. člena Pogodbe o EGS (157. člen PDEU in drugi odstavek 23. člena Listine). Listina glede na njeno preambulo potrjuje pravice, ki izhajajo iz sodne prakse Sodišča Evropske unije.

⁶ Glej sodbo v zadevi C-144/04 *Mangold* z dne 22. novembra 2005, EU:C:2005:709.

⁷ Glej sklep v zadevi C-35/15 P(R) *Komisija/Van Breda Risk & Benefits* z dne 23. aprila 2015, EU:C:2015:275, točka 27.

⁸ Zakon o delu s skrajšanim delovnim časom in o pogodbah o zaposlitvi za določen čas ter o spremembi in odpravi delovnopravnih določb (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen – TzBfG) z dne 21. decembra 2000 (BGBl. 2000 I, str. 1966). Pomembna določba je bila spremenjena s prvim zakonom o sodobnih storitvah na trgu delovne sile z dne 23. decembra 2002 (BGBl. 2002 I, str. 14607). Nova različica določbe velja od 1. januarja 2003.

⁹ Direktiva Sveta 1999/70/ES z dne 28. junija 1999 o okvirnem sporazumu o delu za določen čas, sklenjenem med ETUC, UNICE in CEEP (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 3, str. 368).

¹⁰ Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 79).

¹¹ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Tizzana, predstavljeni v zadevi C-144/04 *Mangold*, EU:C:2005:420, točka 81.

¹² Prav tam, točka 78.

¹³ Sodbav zadevi C-442/00 *Rodríguez Caballero* z dne 12. decembra 2002, EU:C:2002:752, točke od 30 do 32. Za druge zadeve, v katerih je Sodišče opravilo presojo skladnosti nacionalnih določb, sprejetih za izvajanje aktov Skupnosti, zlasti uredb, s splošnim načelom enakosti, glej sodbe v zadevah 201/85 in 202/85 *Klensch in drugi* z dne 25. novembra 1986, EU:C:1986:439, točki 9 in 10; C-351/92 *Graff* z dne 14. julija 1994, EU:C:1994:293, točke od 15 do 17; in C-15/95 *EARL de Kerlast* z dne 17. aprila 1997, EU:C:1997:196, točke od 35 do 40.

¹⁴ Zgoraj navedeni sklepni predlogi generalnega pravobranilca Tizzana, predstavljeni v zadevi *Mangold*, točka 84.

¹⁵ Prav tam, točki 94 in 97.

¹⁶ Prav tam, točki 121 in 122.

¹⁷ Prav tam, točka 65.

¹⁸ Prav tam, točka 74.

¹⁹ Prav tam, točka 75.

²⁰ Prav tam, točka 76.

²¹ Prav tam, točki 77 in 78. Po mnenju H. Surrel (2014: 491–494) obrazložitev Sodišča v delu, ki se nanaša na izključitev uporabe nacionalnega prava, izhaja iz teorije pozitivnih obligacij, ki jo je razvil Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourgu.

²² Glej sodbo v zadevi C-555/07 *Kücükdeveci* z dne 19. januarja 2010, EU:C:2010:21.

²³ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bota, predstavljeni v zadevi C-555/07 *Kücükdeveci*, EU:C:2009:429.

²⁴ Prav tam, točki 68 in 69.

²⁵ Glej na primer sodbo v zadevi *Kücükdeveci* ter sodbi v zadevah C-476/11 *HK Danmark* z dne 26. septembra 2013, EU:C:2013:590; in C-176/12 *Association de médiation sociale* z dne 15. januarja 2014, EU:C:2014:2.

²⁶ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bota, predstavljeni v zadevi *Kücükdeveci*, točka 70.

²⁷ Sodba v zadevi *Kücükdeveci*, točki 50 in 51.

²⁸ Prav tam, točka 76.

²⁹ Prav tam, točka 86.

³⁰ Sodba v zadevi *Kücükdeveci*, točka 23.

³¹ Prav tam, točka 25.

³² Sodbo v zadevi *Kücükdeveci*, točka 27.

³³ Prav tam, točke 39–43.

³⁴ Prav tam, točke 47–49.

³⁵ Prav tam, točki 50 in 51.

³⁶ Za odličen komentar te sodbe glej Cariat (2014: 305–336).

³⁷ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, predstavljeni v zadevi C-176/12 *AMS*, EU:C:2013:491.

³⁸ Prav tam, točki 39 in 40.

³⁹ Prav tam, točki 34 in 35.

⁴⁰ Prav tam, točka 43.

⁴¹ Prav tam, točki 52 in 53.

⁴² Prav tam, točki 63 in 64.

⁴³ Direktiva 2002/14/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 2002 o določitvi splošnega okvira za obveščanje in posvetovanje z delavci v Evropski skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 219).

⁴⁴ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, predstavljeni v zadevi *AMS*, točka 80.

⁴⁵ Prav tam, točka 97.

⁴⁶ Sodba v zadevi C-385/05 *Confédération générale du travail in drugi* z dne 18. januarja 2007, EU:C:2007:37, ZOdl., str. I-611.

⁴⁷ Sodba v zadevi *AMS*, točki 28 in 29.

⁴⁸ Sodbi v zadevah od C-397/01 do C-403/01 *Pfeiffer in drugi*, EU:C:2004:584, točka 109; ter *Kücükdeveci*, točka 46.

⁴⁹ Sodba v zadevi *AMS*, točki 36 in 37.

⁵⁰ Prav tam, točka 43.

⁵¹ Prav tam, točka 44 in 45.

⁵² Mišljeno je samostojno.

⁵³ Prav tam, točke od 46 do 48.

⁵⁴ Prav tam, točka 49.

⁵⁵ Glej sodbo v zadevi *AMS*, točka 47.

Literatura / References:

Cariat, N. (2014) L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux – État des lieux après l'arrêt Association de médiation sociale, Cahiers de droit européen 2014/2, str. 305-336.

Dubout, E. (2014) Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : à propos de l'arrêt CJUE, 14 janvier 2014, C-176/12, Association de médiation sociale, Revue trimestrielle du droit européen, št. 2, str. 409-432.

Forst, G. (2014) Keine Wirkung des Art. 27 EuGRZ zwischen Privaten („Association de médiation sociale“), Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, str. 93-94.

Lenaerts, K. & Gutiérrez-Fons, J. A. (2010) The constitutional allocation of powers and general principles of EU law, Common Market Law Review 47(6), str. 1629-1669.

De Mol, M. (2010) Küçükdeveci: Mangold Revisited, European Constitutional Law Review 6(2), str. 293-308.

Marciali, S. (2010) Invocabilité des directives et des droits fondamentaux dans les litiges entre particuliers devant les juridictions nationales, Petites affiches 51, str. 3.

Murphy, C. C. (2014) Using the EU Charter of Fundamental Rights Against Private Parties after Association de médiation sociale, European Human Rights Law Review 2, str. 170-178.

Ribičič, C. (2015) Med pravom in pravičnostjo. Ljubljana: GV Založba, str. 115.

Seifert, A. (2013) L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé, Revue trimestrielle du droit européen, Vol. 48, št. 4, str. 801-826.

Surrel, H. (2014) L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux, La semaine Juridique. Édition Générale, št. 10-11.

Tinière, R. (2014) L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux, Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron. št. 14 (www.revuedlf.com).

IZZIVI USTAVNEGA PRAVA V 21. STOLETJU
LIBER AMICORUM CIRIL RIBIČIČ
M. Žgur, N. Kogovšek Šalamon & B. Koritnik



III. Ustavno sodstvo in vloga sodnika

Ustavnosodno pravotvorje v sodobnem ustavnštvu

ANDRAŽ TERŠEK

Povzetek Ustavno sodišče je v ustavni demokraciji enkratna institucija. Razumevanje njegove sistemske vloge, predvsem pa razumevanje tehnike in normative moči ustavnosodnega pravotvorja je pogojeno s filozofijo ustavne demokracije, temeljnih človekovih pravic in novega evropskega ustavnštva. Domače pravoslovje se je predolgo upiralo spremembam v učenju o ustavnosodnem pravotvorju, ki znatno presega (zastarelo) učenje o ustavnem sodišču kot zgolj t. i. negativnem zakonodajalcu. Začetki učenja o evropskem tipu ustavnega sodstva so bili pogojeni predvsem s (Kelsnovo) težnjo po izdelavi čiste normative teorije prava, današnje učenje pa mora biti osredotočeno predvsem na filozofijo legitimnosti temeljnih pravic in svoboščin, razpravljajoče ustavne države in diskurzne ustavne demokracije. Za utemeljevanje pristojnosti in tehnik ustavnosodnega pravotvorja, tudi za razumevanje legitimnosti in razsežnosti t. i. pozitivnega ustavnosodnega aktivizma, je pomembno tudi, kakšen je model konkretne ustavne demokracije. Avtor utemeljuje model slovenske ustavne demokracije (ki jo razume moralno in deontološko) kot temeljski model.

Ključne besede: • ustavno sodišče • ustavnosodno pravotvorje • ustavna demokracija • novo ustavnštvo • ustavnosodni aktivizem.

NASLOV AVTORJA: Dr. Andraž Teršek, Univerza na Primorskem, Pedagoška fakulteta, Titov trg 4, 6000 Koper – Capodistria, Slovenija, e-pošta: andraz.tersek@pef.upr.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.14 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Constitutional Lawmaking in Contemporary Constitutionalism

ANDRAŽ TERŠEK

Abstract As an institution, the Constitutional Court plays a unique role in a constitutional democracy. Understanding its systemic role, the techniques of constitutional judicial law-making and explaining the legitimacy of its normative power depends, above all, on the certain philosophy of constitutional democracy, fundamental human rights and the new European constitutionalism. Domestic (Slovenian) legal theory and teaching at the law faculties has been resisting the changes in theoretical explanations of the constitutional court's law-making for too long. It seems as if it is still lacking the willingness (or even the ability) to overcome explicitly the (a long time ago) outdated (Kelsenian) legal definition of the constitutional court as merely the so-called "negative legislator." Modern European type of the constitutional judicial law-making significantly exceeds the theoretical starting points of Hans Kelsen's normative definition of the jurisdiction, the nature and the techniques of the constitutional courts' decision-making process, while trying to define pure normative theory of law. Nowadays, theoretical and philosophical legal descriptions of the constitutional court's decision-making must be primarily focused on the philosophy of the legitimacy of the fundamental rights and freedoms and modern constitutional state. Here, the author also includes the theory of discursive democracy and the theory of continuing constitutional discourse, pointing out his moral reading of the Constitution and morally-deontological understanding of the concept of constitutional democracy and describing the model of Slovenian constitutional democracy as foundational.

Keywords: • constitutional court • constitutional judicial law-making • constitutional democracy • new constitutionalism • constitutional judicial activism

CORRESPONDENCE ADDRESS: Andraž Teršek, Ph.D., University of Primorska, Faculty of Education, Titov trg 4, 6000 Koper – Capodistria, Slovenia, e-mail: andraz.tersek@pef.upr.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.14 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

»Dejstvo je, da ustavna sodišča ustvarjajo pravo« (Zupančič, 2003: 57).

Citat bi moral povedati vse. Čeprav ne pove prav vsega, pove dovolj in odraža bistvo sodobnega ustavnštva in njegove osrednje prvine – ustavnosodnega pravotvorja. Njegov avtor je bil prvi, ki je v slovensko pravoslovje in pravno učenje analitično in odločno vnesel drugačno, pravilno razumevanje sistemske vloge in delovanja sodobnih ustavnih sodišč. Predvsem – in to je bilo odločilno – glede očitne in z logično pravoslovno nujnostjo utemeljene preseženosti teorije o ustavnem sodišču kot zgolj o t. i. negativnem zakonodajalcu.¹ Imel sem ta privilegij, da sem lahko ob neformalnem mentorstvu prof. Boštjana M. Zupančiča takšno učenje o ustavnem sodstvu in ustavnške (teoretične in filozofske) vzporednice tega učenja študijsko in publicistično nadgradil.² In imel sem tudi to srečno možnost, da sem lahko v nacionalnem okolju fakultetnega poučevanja prava, ki je bilo takemu učenju skrajno nenaklonjeno,³ temo o vsebinskih razsežnostih ustavne demokracije, materialni teoriji legitimnosti in ustavnosodnem pozitivnem pravotvorju postavil v središče doktorske disertacije *Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije* (2007) ob mentorstvu – in prav zahvaljujoč mentorstvu – prof. Cirila Ribičiča.⁴

Kot pripadniki nacionalne pravoslovne skupnosti (vendar le pogojno – in razvsebinjeno – skupnosti, zaradi skoraj popolne odsotnosti »razpravljanja« kot tistega nujnega pogoja, zaradi katerega bi nacionalno pravoslovje res lahko imenovali za »razpravno nacionalno pravoslovje« in za »razpravljajočo pravoslovno skupnost«) pa smo bili priča srečnim okoliščinam, da sta predvsem prvi dve generaciji ustavnih sodnic in sodnikov pri ustavnosodnem odločanju uresničevali filozofijo ustavnosodnega pravotvorja – z jasnimi, odločnimi in odgovornimi zavedanjem, kaj je to ustavnosodno pravotvorje in zakaj je tako zelo pomembno za razpravljajočo ustavno demokracijo in vladavino prava – tudi z občasnim ustavnosodnim aktivizmom. Ob tem pa je pomembno, da je prof. Ribičič v vlogi sodnika ustavnega sodišča premišljeno in ustvarjalno prevzel to učenje ter tako filozofijo sistemske funkcije ustavnega sodišča in ustavnosodnega odločanja. Arhiviral in ovekovečil jo je v monografiji, ki že v naslovu sporoča osrednjo miselno premiso glede ustavnega sodstva: *Človekove pravice in ustavna demokracija. Ustavni sodnik med negativnim in pozitivnim aktivizmom* (2010). Zato sem izbral naslovno temo za simbolično podčrtanje akademskega jubileja prof. dr. Cirila Ribičiča s tem zbornikom. Njegov ustavnosodni, akademski in publicistični prispevek k filozofiji ustavne demokracije in ustavnosodnega pravotvorja, kot jo je poskusil v slovensko pravoslovje vnesti prof. Zupančič⁵ in kot jo utemeljujem pri svojem akademskem in publicističnem delu, je pomemben in znaten.⁶

1 Vsebinska ustavna demokracija

Ustavnosodno odločanje je že v prejšnjem stoletju očitno in znatno preseglo negativno-zakonodajno varstvo ustavnosti in se je razvilo v proces vsebinskega in pozitivno pravotvornega varstva ustave in ustavnosti. Po otipljivem zgledu ameriškega *judicial*

review in povsem razumljivo.⁷ Razvoj teorije, politike in filozofije glede razumevanja in uresničevanja temeljnih ustavnih (nacionalnih) ter človekovih (mednarodnopravno) pravic in svoboščin je nujno vključeval tudi razvoj sodnega nadzora *sui generis* nad to stvarino.⁸ Razvilo in utrdilo se je »novo ustavništvo« (Stone, 2000: 1), ki filozofsko in politično, teoretično in konceptualno, normativno in aplikativno na enkratni način označuje pestre institucionalne okoliščine in njihove prepletene razsežnosti, v katerih mora biti vsakokratna zakonodaja – parlamentarna, izvršilna in neposredno demokratična – skladna s kriteriji in merili, zahtevami in cilji ustave; sicer je lahko kot neustavna razveljavljena.⁹

Stone Sweet (2000) sijajno pojasni ta razvoj. Normativne zahteve, ki jih vsebuje ustava, so izhodišče, ki je vsebinsko konkretizirano kot interpretacija ustave, to pa predvsem izvajajo ustavna sodišča. Delo vlad kot dejanske zakonodajne oblasti in z njimi tesno povezanih parlamentov, v katerih imajo vlade kot dejanska zakonodajna oblast večino, je določeno in omejeno z normativno gosto mrežo ustavnih zapovedi in omejitev. Posledično se odvija (res bolj v teoriji in še premalo v praksi) proces t. i. judikalizacije (angl. *judicialization*) ali posodnikovanja političnega odločanja. Zakonodajno odločanje namreč mora (bi moralo!) vključevati tudi nekatere temeljne značilnosti ustavnopravnega oziroma ustavnosodnega razlogovanja, saj zakonodajna oblast mora upoštevati tisto, kar je o ustavi in ustavnosti že odločilo ustavno sodišče, ob tem pa mora predvideti, kaj bo glede na ustavnosodne pravodajne precedense o ustavnosti zakonodajnih odločitev v prihodnje reklo ustavno sodišče, če pride do spora pred tem sodiščem glede zakonodajnega ukrepa države. Ustavni sodniki zato – logično in prisiljujoče nujno – *de facto* posegajo v zakonodajni proces: z interpretacijo ustave in z odločanjem v konkretnih zadevah tudi s tehnikami ustavnosodnega pozitivnega pravotvorja (ustavnosodnega aktivizma).¹⁰ Ustavni sodniki in sodnice določajo omejitve zakonodajni dejavnosti, na novo oblikujejo okolje političnega odločanja in občasno celo sami (ustavnosodno-aktivistično) oblikujejo sorazmerno natančne pravne določbe. Kot rečeno, »ustvarjajo pravo« (Zupančič, 2003: 57). Logično in nujno.

Proces krepitve moči ustavnosodnega nadzora nad zakonodajo in rednim sodstvom se še vedno in dokaj pogosto sooča z očitki o uveljavljanju »oblasti ustavnih sodnikov«. ¹¹ Po eni strani je tak očitke na mestu, če ustavno sodišče očitno prekorači svoje pristojnosti s pretirano politično presojo namesto pristne ustavnopravne in pravno filozofske. Vendar po drugi strani ti očitki prepogosto pozabljajo na nekatere najpomembnejše legitimacijske temelje in razloge legitimnosti ustavnosodnega odločanja, ki z logično nujnostjo izhajajo iz značilnosti sodobne evropske ustavne demokracije.¹² Posebej *ustavne demokracije temeljskega tipa*,¹³ ki v središče legitimnosti in vladavine prava postavlja filozofijo, koncepte in doktrino pravne zaščite temeljnih človekovih pravic in svoboščin, izhajajoč iz dediščine razsvetljenstva in judikature Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) glede prava Evropske konvencije o človekovih pravicah. To dogajanje determinira sodobno (novo) evroustavništvo, s temeljnimi človekovimi pravicami in svoboščinami v središču. Predvsem pa taki pavšalni očitki zgrešijo

bistveno razlikovanje med »vladavino sodnikov« in »vladanjem s sodniki«. ¹⁴ Slednje gre razumeti kot zagotavljanje večje moči sodne veje oblasti, kar pa je navsezadnje (kot je vselej učil prof. Zupančič) pogoj za vzpostavitev višje ravni vladavine prava.

2 Normativni (izrecni) – ustavni – temelji

Ustava Republike Slovenije, ki državo določa kot socialno, pravno in demokratično, glede slednjega pa očitno gre (glede na besedilo ustave, temeljne ustavnosodne precedense in na njih temelječi Komentar Ustave¹⁵) za model *temeljske* ustavne demokracije, ustavnosodni nadzor oblasti in procesov odločanja izrecno opredeljuje.¹⁶ Ustavno sodišče je zato vzpostavljeno in deluje neposredno na temelju ustave, z izrecno normativno ustavno podlago.¹⁷ Ustavno sodišče RS ima z ustavo dodeljene pristojnosti, zato je že v eksplicitnem normativnem pogledu močno sodišče.¹⁸

Avtoriteta ustavnega sodišča kot taka pa je po naravi izvedena (»derivativna«)¹⁹ in na drugi strani nadzorovana.²⁰ Utemeljuje jo izrecno besedilo ustave o ustavnem sodišču in spremljajoča zakonodaja o ustavnem sodišču. Omejena je ustavno, zakonsko, politično, končno pa populistično (ustavno sodišče nikoli ne more povsem odmisлити družbenega habitusa)²¹ in samoomejevalno: kaj je ustava in kako daleč sme iti ustavno sodišče, je končno odvisno od tega, kaj je glede tega »v glavah in prsih« sodnic in sodnikov.²²

Ustavno sodišče je zato v konceptualnem pogledu institucija, ki je med vsemi oblastnimi institucijami politično, organizacijsko in funkcionalno najbolj samostojna, najbolj nevtralna, najmanj nevarna,²³ *vendar zato tudi najbolj ranljiva*.²⁴ Tak sistemski položaj ima to sodišče seveda v funkciji varovanja ustavnosti in interpretacije ustave. Namen ustavnosti je preprečevati protiustavnost (arbitrarnost, samovoljo in absolutnost) politične oblasti in volje vsakokratne družbene večine – z varovanjem temeljnih ustavnih in s tem pravnih pravil, načel in vrednot. Toda ne katerihkoli, ampak neokantovskih, post-razsvetljenskih, tistih, ki jih označuje filozofija socialno-liberalne demokracije in sodobnega ustavnštva.²⁵ Pri tem pa ne gre za nedoločeno vsebino, ampak za nedvoumne in kategorične vsebinske utemeljitve filozofije razsvetljenstva²⁶ in za vsebino temeljnih političnih in pravnih dokumentov (zavez in predvidenj) iz Atlantske listine, Filadelfijske deklaracije, Splošne deklaracije človekovih pravic, Evropske konvencije o človekovih pravicah, Evropske socialne listine, mednarodnih paktov o političnih, kulturnih in socialnih pravicah, konvencij Mednarodne organizacije dela, Rimske pogodbe o ustanovitvi EU, Temeljne ustavne listine k Ustavi RS, določb slovenske ustave, ustavnosodnih precedensov (strnjeno o njih Komentar Ustave) in sodb ESČP. Zelo določeni normativni okvir torej, z zelo konkretnimi odgovori na konkretna vprašanja politično organizirane – evropske – družbe.

Ustavno sodstvo je postavljeno v funkcijo protiteži štirim temeljnim težavam politične oblasti: (1.) najpogostejši in najdrznejši, največji kršilec pravic in svoboščin ljudi je prav država; (2.) parlament in vlada sta v sodobnih ustavnih demokracijah neposredno

povezana oblast, saj ima vlada vsakokratno večino v zakonodajnem organu (izjema manjšinske vlade je tu le statistična možnost), zato pomeni dejansko zakonodajno oblast; (3.) redno sodstvo običajno ni kos ustavnopravnim izzivom, oziroma ima do ustave in vprašanj ustavnosti popolnoma ravnodušen odnos; (4.) priložnostno (na volitvah ali referendumih) opredeljena večina državljanov, ki jo pogosto navdihujejo ne le čustva in egocentrizem, ampak prav kratkoročni in partikularni apetiti dnevne politike, lahko grobo in protiustavno poseže v pravice in svoboščine manjšin.

Ustavno sodišče mora (zapisano skoraj tavnološko, a vendarle) opravljati naloge, ki so mu naložene z ustavnimi normami: zaščita ustave pred oblastnim kršenjem ustave in zaščita pravnega reda pred protiustavnostjo.²⁷ To pa samo po sebi ne pomeni, da ustavnosodno odločanje sme pomeniti tudi originalno določanje vrednot, vsiljevanje etičnih preferenc, arbitrarno določanje moralnih kodeksov, opredeljevanje splošnih političnih ciljev ali podobno onkrajustavno delovanje – namesto zakonodajalca, ali celo namesto naroda s pravico do samoodločbe in ljudstva s pravico do revizije samoodločbe.²⁸ Čeprav je v nekaterih primerih meja med uresničevanjem ustavnih norm in določanjem smeri političnega procesa trhla in izmuzljiva, ta meja obstaja in jo je mogoče prepoznati. To je mogoče storiti, kot je že bilo storjeno – teoretično, v okviru ustavnopravne in ustavniške teorije in filozofije. To je treba storiti tudi vsakič posebej, ko se ustavno sodišče sooči s skušnjavo aktivističnega pomikanja mej svojih pristojnosti s področja prepričljivega uresničevanja ustavnosti na področje očitne politične samovolje.²⁹

Ustavno sodišče, kot rečeno, še zdaleč ne deluje ne v praznem prostoru ne znotraj ohlapno določenih mej pristojnosti in ustavnosodnih vprašanj. Nasprotno, te meje so vnaprej vsebinsko in usmeritveno določene, ves čas pa ostajajo tudi določljive: z ustavo, pravoslovnimi komentarji ustave, bero ustavnosodnih precedensov, skupno evropsko politiko ter prakso človekovih pravic in svoboščin, ki jo oblikuje ESČP, pa z razvojem mednarodnega prava, politično samoopredeljevalno aktivnostjo civilne družbe, ustavnopravno teorijo in ustavniško filozofijo. Seveda pa tudi – in s tem celo najbolj – z oblastjo nad ustavo, ki je v rokah vsakokratne kvalificirane dvotretjinske večine v parlamentu. Take pa so tudi po zaslugi ustavnosodnih precedensov, ki jih ustavno sodišče ne more kar tako spregledati ali spreminjati, kot lahko svoje politične in zakonske (pravnopolitične) odločitve spreminja vlada z vsakokratno večino v parlamentu: ustavno sodišče sme odstopiti od preteklih precedensov le v primeru prepričljivih, skoraj prisiljujočih stvarnih razlogov – takšno je dolžno etično samorazumevanje vsake osebe na funkciji sodnika oziroma sodnice ustavnega sodišča.

Že sama nacionalna ustava ima pestro vsebino, določeno v večjem številu določb o temeljnih ustavnih načelih, pravicah in pravilih za organizacijo in delovanje javne oblasti. Več kot je teh določb, manjši je manevrski prostor za delovanje ustavnega sodišča. Ta prostor se pogosto še zoži s sodniškim pravotvorjem ESČP. Še bolj pa je zožen s (samo)podrejanjem nacionalnih oblasti pravno in politično izraženim zahtevam

in pričakovanjem menedžerskih upravljavcev EU v Bruslju in Sodišča EU.³⁰ Prostor za avtonomno politično in ustavnopravno odločanje je torej znatno ožji od tistega, v katerem deluje ameriško vrhovno sodišče.³¹

Teoretično pa bi bila lahko skoraj vsaka odločitev ustavnega sodišča utemeljena na primer le na načelu pravne države (kot vladavine prava), demokratičnosti (v etično teleološkem ali moralno deontološkem pomenu) ali socialne države (kot osrednjega elementa socialne ustavne demokracije in socialnega liberalizma). Po drugi strani pa ni že prav vsaka odločitev ustavnega sodišča, ki se sklicuje na ta ustavna načela, prepričljiva in metodološko legitimna prvina uresničevanja ustavnih norm v pravni, demokratični in socialni državi. Sistemska vloga ustavnosodnega nadzora torej ni namenjena tako imenovani vladavini sodnikov, nekakšni ustavnosodni zakonodaji, ali morebiti ustavnosodnemu določanju politike kot take. Nasprotno, namenjena je varstvu ustavnosti, razumevanju in razlaganju ustave in ustavnosti, racionalnemu in moralnemu pravniškemu razpravljanju, uveljavljanju logike ali moči argumenta, razpravnemu prepričevanju ipd.³² Najpreprostejša oznaka tega elementa ustavnosodnega delovanja je morda teza, da ustavno sodišče ne sme sprejemati odločitev samo zato, ker se z njimi strinja večji del javnosti, hkrati pa mnenju javnosti ne sme nasprotovati samo zato, da bi pokazalo svojo moč ali pogum.³³ Ideja je uveljavljanje moči in logike – ustavnopravnega, ustavniškega, pravno filozofskega, pravno teoretičnega, pravno politološkega – argumenta, ne argumenta gole in fizične premoči.³⁴

3 Legitimnost temeljnih pravic in temeljska demokracija

Temeljne človekove pravice in svoboščine so v središču ustavnih demokracij. Po značaju so abstraktne in glede na določnost njihove konkretne vsebine razlagalno odprte. In prav one so vselej najbolj ogrožene (predvsem) s strani države in (tudi) drugih pravnih subjektov (zasebnega prava). Njihovo varstvo vključuje tudi njihovo vsakokratno vsebinsko konkretizacijo. In če vnovič priključimo v ospredje temeljne značilnosti sodobnega ustavnega sodstva, ki so neposreden odraz značilnosti sodobne zahodne družbe in njene institucionaliziranosti, so prav te pravice in svoboščine odločilen element legitimnosti ustavnosodnega odločanja.³⁵

»Ker ustava [...] torej ne more biti jasna in 'sama po sebi umevna' in ker zajema samo načela, za katerimi stoji na desetine doktrin, teorij in na tisoče pravnih pravil, je še toliko bolj očitno, da mora to ustavo nekdo ne le v konkretnih primerih sproti razlagati in skrbeti za njeno spoštovanje in udejanjanje, ampak da to ne morejo biti politični protagonisti« (Zupančič, 1995: 152).³⁶

Zato pa ustavno sodišče v pravo ne sme vnašati strankarsko političnih, interesno navijaških ali moralno samovoljnih motenj ustavnemu režimu, temveč mora politični in etični samovolji preprečevati, da bi pravo izrabili kot instrument za uresničevanje partikularnih, kratkoročnih, nedemokratičnih in protiustavnih teženj. Legitimnost ter

značaj človekovih pravic in svoboščin legitimirata ustavno sodstvo in njegove današnje značilnosti. Z drugimi besedami:

»Če Evropejci želijo imeti sodno iztožljive pravice, morajo sprejeti polno sodelovanje ustavnih sodnikov pri zakonodajni funkciji. Sledi, da je legitimnost ustavnosodnega pravotvorja ultimativno povezana z legitimnostjo določb o pravicah« (Stone Sweet, 2000: 151).

Zato je pomembno razumeti, kakšen je nacionalni model ustavne demokracije. Leta 2009 sem ga – v reviji *Revus* – utemeljil kot model temeljske ustavne demokracije, ki v središče legitimnosti postavlja (meta)ustavna temeljna načela pravne, socialne in demokratične države, temeljne ustavne pravice in svoboščine, temeljne človekove pravice in svoboščine³⁷ – kot minimalne standarde mednarodnega prava in deontološko moralno razumevanje demokracije in branje ustave.³⁸ Tako gre razumeti vsebino ustave, njene predhodne dokumente, vključno s Temeljno ustavno listino in 5. členom Ustave, pa glede na prvo desetletje ustavnosodnih precedensov, glede na Komentar Ustave RS in glede na 3.a člen Ustave. Med opredelitvami tega modela je tudi nujno (v slovenskem ustavnem režimu uveljavljeno) razlikovanje med suverenostjo naroda in oblastjo (ne pa tudi suverenostjo) ljudstva.³⁹

To so tudi temeljni poudarki novega evropskega ustavnštva.⁴⁰ Brez ustavnega sodstva ter njegovih današnjih doktrinarnih in funkcionalnih značilnosti pa bi ustavnštvo ostalo »goli papirnati tiger« ali v najboljšem primeru pomanjkljiva in nedelujoča, samonamenska teorija. Sodobno ustavnštvo je vsebinsko utemeljeno predvsem z načeli ustavnosti in zakonitosti, z načeli pravne države kot vladavine prava, z idejo o narodu kot nosilcu politične samobitnosti in o ljudstvu kot izvoru oblasti, z načelom delitve oblasti, z doktrino temeljnih pravic in svoboščin ter z ustavnosodnim nadzorom.⁴¹ Ustavnosodni nadzor je eden od njegovih bistvenih elementov. Ustavnštvo seveda ni mišljeno kot orodje oziroma instrument politične oblasti ali vsakokratne družbene večine, temveč prav kot njuna institucionalna (moralna in racionalna) protiutež. Ustavnštvo ne more delovati in se razvijati, če ne deluje in se razvija tudi »zaradi priznanja in priznavanja oziroma zaradi spoštovanja močno (kot nasprotje od »oboroženo« in zato močno, torej *de facto* »brezzobo« ali »kurtoazno«)⁴² ustavno sodstvo«. ⁴³ Navsezadnje je to tudi pogoj za univerzalno ustavnopravno razpravo kot sklenjen in nepretrgan proces, končno pa za razpravljajočo ustavno državo.⁴⁴

Zakonodajalec ima na voljo tudi sredstva za uveljavitev svojih ustavnopravnih zamisli – na primer s spremembo ustave.⁴⁵ Gre torej za zgoraj izpostavljeni neposredni nadzor nad ustavnim sodstvom prek ustavodajne in ustavnorevizijske pristojnosti. Po drugi strani pa posredni nadzor predstavljajo imenovanja sodnikov. Tisti, ki imenuje ali voli ustavne sodnike, to počne tudi z mislijo na politične koristi. Toda spet je ta monopol zmanjšan prav z ustavnosodno presojo. V teoriji je torej – glede na moje prepričanje o teh konceptih – ustavnosodna in ustavnosodno politična matrica zadovoljivo uravnotežena. Praksa pa je vselej odvisna od konkretnih akterjev, ki jo po funkciji

določajo.⁴⁶ *Moč* ustavnega sodišča je zato primarno odvisna od metodološke kakovosti obrazložitev odločitev sodišča, od strokovne suverenosti avtorjev odločitev in od intelektualne prepričljivosti odločanja vsakokratne personalne sestave ustavnega sodišča. Ponovimo, da sodišče, »*razen lastne moralne in ustavne avtoritete nima nobenega vzvoda oblasti [...] niti nima dejanskih možnosti, da bi svoja prekoračenja pooblastil dejansko izvedlo*« (Zupančič, 1995: 152).⁴⁷

Na drugi strani pa je splošna avtoriteta ustavnega sodišča odvisna od splošne politične in pravne kulture v državi. Prav odnos do avtoritete ustavnega sodišča in poslušnost njegovim odločitvam je eden najpomembnejših pokazateljev stopnje demokratične civiliziranosti družbe: »*Spoštovanje odločitev ustavnih sodišč je po svetu zanesljiv znak stabilne demokracije*« (Zupančič, 1995: 152).

Konceptualno nad ustavnim sodiščem očitno ni, kot se včasih politikantsko in populistično javno zatrjuje, samo »modro nebo«. Vendar tudi če bi nad ustavnim sodiščem ob posamezni odločitvi uzrli le »modro nebo«, na njem pa celo moteče obrise dežnih oblakov, bi to pomenilo samo logično in nujno ugotovitev, da obstajata institucija in postopek, ki v določenem in konkretnem, na konkretno zadevo navezujočem se procesu, predvsem pa z vidika ustave, sprejmeta končno in avtoritativno odločitev. Pa še to velja samo na nacionalni ravni, nad katero obstaja *de facto* nadnacionalna ustavnopravna presoja, ki izhaja iz skupnih minimalnih standardov varstva človekovih pravic in svoboščin, demokratičnosti in pravnosti – izvaja jo Evropsko sodišče za človekove pravice. Zato po Ribičiču

»*pravniki [...] ne bodo več mogli biti uspešni, ne da bi poznali sodno prakso ESČP in spremljali njen razvoj. Pogled iz Ustavnega sodišča na primer pokaže, da le-to ne more sprejeti nobene pomembnejše odločitve o ustavnih pritožbah, ne da bi poprej ocenilo, kolikšne so možnosti za uspeh pritožnika pred ESČP. To je krepka sprememba glede na čase, ko so bile v Sloveniji aktualne razprave o tem, da je nad Ustavnim sodiščem samo še modro nebo: ESČP je medtem postalo zvezda stalnica na modrem nebu nad ustavnim sodiščem, ki ga je v ustavnih pritožbah glede na učinke njegovih sodb v mnogočem mogoče primerjati s položajem, ki ga ima instančno sodišče*« (Ribičič, 2007: 179).

4 Ustavnost – samo za to naj gre

Problem ustavnega sodišča ni problem institucije ali presežka njene moči. Nasprotno, problem ustavnega sodstva je običajno in ob le redkih izjemah problem pomanjkanja, ne presežka pooblastil in moči.⁴⁸ Največji problem sleherne kontroverznosti glede odločitev ustavnega sodišča pa je vselej problem spoštovanja temeljnih in ustavnih pravic, problem spoštovanja *ustave* in uresničevanja *ustavnosti* na vseh ravneh političnega in pravnega sistema – in ta problem povzročata dnevna strankarska politika in praksa rednih sodišč, ne delovanje ustavnega sodišča.⁴⁹ Zato je v družbenih okoliščinah, v katerih živimo, brez priznavanja vloge in pomena sodobnega ustavnega sodstva, brez priznavanja njegove avtoritete in moči ter brez univerzalnega in

odgovornega ustavnopravnega razpravljanja *ustava* v družbenih praksah nedelujoča. To pa je že meta institucionalni, vrhovni normativno etični in moralno politični problem.

Ustavništvo (koncept, ki znatno presega pojem »ustavnega prava«) je zato prepuščeno predvsem precedenčnemu pravotvorju ustavnih sodišč. Toda ne zato, ker bi si ustavni sodniki to želeli. Razlogi so drugače. Sistemska in dnevnapolitična stvarnost odražata dejstvo instrumentalnega gledanje na ustavo in pravo s strani vladajoče politične opcije, usmerjenost strankarske politike v uporabo ustave in prava kot gole tehnike in instrumenta tudi za protiustavne cilje, za kratkoročne dnevnapolitične cilje, ki niso združljivi z ustavnim režimom. Hkrati pa pri rednem sodstvu obstaja ogromen deficit ustavnopravnega znanja in odgovornosti do ustave, pomanjkanje volje in usposobljenosti za aktivno sodelovanje v univerzalnem ustavnopravnem razpravljanju – in za sprejemanje pravno zavezujočih odločitev glede na ustavo in v skladu z njo. Popolnoma pa primanjkuje javnosti, ki bi bila konstruktivni akter pri univerzalni ustavnopravni razpravi.

Ustavna sodišča so se utrdila kot varuhi ustave, ustavnosti in človekovih pravic – pred zakonodajno, izvršilno in sodno oblastjo. Občasno tudi s tehniko pozitivnega sodnega aktivizma, ki znatno presega zastarelo in že davno preživeto dogmo o »negativnem zakonodajalcu.« Stone odlično pojasni, kako proces poustavljanja in ustavnništvo (z)rušita kontinentalne dogme o rednem sodstvu, ortodoksna gledanja na tako imenovane pravne vire,⁵⁰ grobi (ali goli) pravniški formalizem in konservativno razumevanje značaja ustavnosodnega odločanja.⁵¹ Določbe ustave tvorijo izvor prava, ki ga morajo uporabljati tudi sodniki rednih sodišč. Način ustavnosodnega odločanja bi zato moral postati pomemben način argumentacije in odločanja vseh sodišč. To bi morala biti logična (normativna) posledica neposrednega učinka ustavnih določb o pravicah in svoboščinah. Prevzemanje načina ustavnosodnega odločanja s strani rednih sodišč in nujnost vključevanja pretehtanih razmislekov o možnostih ustavnosodne presoje predlaganih zakonodajnih odločitev s strani zakonodajnega organa bi morala tvoriti središče procesa posodnikovanja. Ortodoksni pogledi na delitev oblasti so zastareli in neprimerni.⁵² Pravne predpise, izvore prava in načela sodne presoje ustavno pravo združuje v bolj ali manj koherenten pravni red. Prežetost pravnega sistema z ustavo, kar je temeljni namen *horizontalnega ustavnništva*, je odvisna predvsem od ustavnopravnega razpravljanja med ustavnim in rednim sodstvom. Tradicionalno kontinentalno (tudi postsocialistično)⁵³ gledanje na značaj dela sodnikov rednega sodstva, izvzemanje ustavnopravnih vprašanj iz njihovega delokroga, razumevanje vloge ustavnega sodišča kot zgolj »negativnega zakonodajalca« in goli pravniški formalizem zato tvorijo (kot se je izrazil tudi Stone Sweet) nekakšen »mit«, ki ga je novo evropsko ustavnništvo (vsaj teoretično) potisnilo v zgodovinski arhiv. Ustavni sodniki so vključeni tudi v presojo dejstev in načina reševanja sodnih sporov. Tudi vsi drugi sodniki bi morali izrekati utemeljene sodbe o ustavnopravnih vprašanjih in ne zgolj naslavljati ustavnopravna vprašanja na ustavna sodišča. Sodnike bi bilo zato treba resocializirati v vlogi varovanja pravnega reda pred sleherno neustavnostjo. Dejstvo, da se stare dogme ne samo v Sloveniji, temveč tudi drugod po Evropi ohranjajo, je tesno

povezano z »nesposobnostjo« sodnikov in pravnih teoretikov, pa tudi s pomanjkanjem volje pri obojih, da bi legitimnost pravnega sistema opredelili s preseganjem kontinentalnih pravnoteoretičnih ortodoksnosti.⁵⁴ Prav za to pa si je z akademskim, ustavnosodnim in publicističnim delom odločno in prepričljivo prizadeval tudi prof. Ciril Ribičič.⁵⁵

Proces poustavljanja (*konstitucionalizacije*) nacionalnih pravnih redov in skupnega evropskega prava se je sicer že davno in otipljivo začel in razvijal.⁵⁶ Sprva, tako se zdi, hitreje, potem z upočasnjevanjem.⁵⁷ Vendar čeprav se nam je pred leti morda zdel dejansko nezaustavljiv in nepovraten (Stone, 2000: 1),⁵⁸ se nam danes upravičeno lahko zazdi skoraj nazadujoč. Predvsem na ravni EU in posledično pri načinu *golega odzivanja* ustavnega sodišča na politične in pravne akte in ukrepe EU, namesto kritičnega ustavnosodnega presojanja, suverenega ustavnosodnega odločanja in ustavnosodne zaščite nacionalnega ustavnega reda pred – vdorom politične volje in pravnih ukrepov EU, ki niso združljivi z (v preteklosti že vzpostavljenim in utemeljenim) nacionalnim ustavnim režimom.

Opombe / Notes:

¹ Kelsen, 1951, 1992, 2005.

² Mislim predvsem na učenje, da je razumevanje ustavnega sodišča kot zgolj negativnega zakonodajalca »mit«, da imajo ustavna sodišča »možnost zakonodajalcu izrecno predpisati, kako mora določeno zakonodajno področje urediti, da bo v skladu z ustavo«, in da »če se zakonodajalec na ukaz ne odzove, ima ustavno sodišče možnost predpisati določene kvazizakonodajne presumpcije itd., ki imajo v konkretnih primerih vsaj pred sodišči potem učinek zakonodajne norme« (Zupančič, 2002: 113).

³ Na primer, ali predvsem, brez odstopanja od ('kelsenianske') teze, da ustavno sodišče »ni pristojno, da vsebinsko zapolnjuje pomensko odprt pravni prostor«, da tudi ne sme zapolnjevati »pravnih praznin« (torej izjemoma, »aktivistično« določati z ustavo skladne pravne vsebine podustavnih pravnih predpisov in aktov) in da je »ustavno sodišče tu le tisto (to je tako imenovani negativni zakonodajalec), ki pove, ali je vsebina zakona oblikovana in sprejeta v okvirih, ki so ustavno možni. V tem primeru je to hkrati tudi meja, ki jo ustavno sodišče ne sme prestopiti« (Pavčnik, 2001: 412–414).

⁴ Glede tega glej spremno besedo prof. Ribičiča k omenjeni monografiji Teorija legitimnosti in sodobno ustavnštvo (2014). Tam je med drugim zapisal: »Če je disertacija v postopku nastajanja sprožila nekaj nasprotovanj, si upam napovedati, da bi njena objava, ki jo priporočam, lahko sprožila prepotrebno ustvarjalno teoretično razpravo o sedanjih vlogi in perspektivi ustavnega sodstva v Sloveniji in širše. Takšno razpravo nujno potrebujemo, če ne želimo, da bi bila Terškova disertacija svojevrsten labodji spev ustavnosodnemu pravotvorju [...] (L)ahko ocenim, da je Terškovo delo pridobilo na pomenu in aktualnosti. Enkrat ga lahko beremo kot uničujočo kritiko pozitivizma in golega pravniškega formalizma (tudi 'pravniškega črkobralstva' ali – avtoritarnega – pravniškega legalizma), drugič pa kot utemeljitev pogumnih ustavnosodnih odločitev, ki nosijo s seboj klice pozitivnega, po Terškovo bi lahko rekli tudi legitimnega aktivizma, torej aktivizma v korist varstva in razvoja človekovih pravic in svoboščin. O obeh vrstah odločitev lahko najdemo dovolj primerov v svetu, v Sloveniji pa huda nihanja od negativne

selekcije in izogibanja odločanja o ključnih ustavnopravnih dilemah kriznega časa do pogumnega 'stopnjevanja sankcij', kadar izvršilna in zakonodajna oblast, kdaj pa kdaj pa tudi redno sodstvo, vztrajajo pri delovanju, ki ni skladno s slovensko ustavo.«

⁵ Začenši z monografijo Boštjana M. Zupančiča, 1995. Posebej glede ustavnosodnega pravotvorja na področju kazenskega procesnega prava Zupančič et al., 1996 in 2000.

⁶ Enako – in posebej – nekdanjih sodnikov ustavnega sodišča prof. Jambreka (na primer 2015a), prof. Šturma (1998), Krivica in Testena (prim. Pavčnik in Mavčič, 2000). Obsežno in kakovostno filozofsko in teoretično delo je bilo glede tega opravljeno v okviru znanstvene revije REVUS – revija za ustavnopravno teorijo in filozofijo prava, ki sva jo ustanovila avtor in prof. Ribičič (ob znatni podpori Dušana Skoka in z nagajivim oviranjem nekaterih, sicer uglednih profesorjev teorije prava), na raven ugledne mednarodne znanstvene revije pa sta jo uredniško pripeljala dr. Kristan in dr. Burazin. Toda študijska uporaba te revije in sklicevanje nanjo še vedno zelo redko, če sploh, zasledimo v domačem pravniškem tisku in v odločbah ustavnega sodišča. In to čeprav se v njej objavljajo najboljša dela najboljših ustavniških teoretikov in pravnih filozofov, tudi odlični prevodi (s tem odličnim delom je v reviji neizbrisljivo začel A. Kristan) njihovih kakovostnih del. V ustavnosodnih odločbah še vedno – in zelo iritirajoče, kar otipljivo teoretično nazadnjaško in skoraj povsem sodniško neresno – beremo predvsem sklicevanje – citiranje – učbenikov za pravni študij, ne pa specializirane ustavniške literature. V odločbah rednih sodišč bi med viri in literaturo kot podpori moči sodniškega argumenta sploh še težje našli revijo Revus in druga dela s področja ustavnega prava, pravne filozofije in ustavnštva. Prav tako ne tam ne v odločbah ustavnega sodišča nisem našel sklicev ne na omenjeno Ribičičevo knjigo, ne na ustavniška dela prof. Zupančiča, pa tudi ne na natančno izdelana ločena mnenja nekaterih nekdanjih ustavnih sodnikov/sodnic. (Svoja dela puščam ob kraju.) To dejstvo bi težko označili za uresničevanje duha razpravljajoče ustave države in za univerzalni ustavnopravni diskurz.

⁷ Prim. Zupančič et al., 1996.

⁸ Prim. Zupančič, 2001a: 2.

⁹ Prim. Ribičič, 2010: 29–49.

¹⁰ Prav o tem, o pozitivnem in negativnem aktivizmu, je pisal v svojih ločenih sodniških mnenjih in v monografiji (2010) prof. Ribičič. O tem, kako Ustavno sodišče z različnimi tehnikami ustavnosodnega odločanja tudi ustvarja pravo v tem zborniku piše Nerad. Glej Nerad 2017.

¹¹ Glej Stone Sweet, 2000; Bustamante in Goncalves Fernandez, 2016.

¹² Prim. Jambreka, 2015.

¹³ Podrobno o tem v Teršek, 2009 in 2014: 392 in nasl.

¹⁴ To je bistveni poudarek odlične knjige Stone Sweeta *Governing With Judges* (2000).

¹⁵ Glej Šturm (ur.), 2002 in 2015.

¹⁶ Ustava Republike Slovenije 1991, VIII. poglavje. Ustavno sodišče je izrecno opredeljeno tudi v drugih primerljivih evropskih nacionalnih ustavnih sistemih. Ustavnopravni nadzor, nacionalni in nadnacionalni, se je navsezadnje uveljavil tudi v Združenem kraljestvu, kjer je tradicionalno veljala edninska – monistična – doktrina o suverenosti parlamenta in kjer ni pisane ustave (je pa bil sprejet tako imenovani *Human Rights Act*, v funkciji listine pravic).

¹⁷ To je nekaj povsem drugega kot severnoameriški razvoj ustavnosodnega nadzora oblasti, ki se je zgodil spontano in s tehniko aktivizma Vrhovnega sodišča ZDA glede sodne pristojnosti nad institucionalnimi vprašanji ustavnosti, razlago ustave in avtoritativno, normativno zavezujočo močjo odločitev Vrhovnega sodišča. Glej prevod sodne zadeve *Marbury v. Madison*, objavljen v reviji *Dignitas – revija za človekove pravice*, št. 1/1999. Izčrpno o ameriškem ustavnštvu (konstitucionalizmu) glej Alexander, 1998.

¹⁸ Prim. Mavčič, 1995 & 1997 (o vlogi in moči ustavnega sodišča v tranziciji) in 2000 (primerjalnopravni prerez normativnih pristojnosti ustavnih sodišč).

¹⁹ Glej Michelman, 1988: 1525. Michelman govori o »*derivative authority, coming from the people's right to self-determination*«. Ob proceduralnem gledanju na ustavo bi moralo po njegovem mnenju vrhovno sodišče uporabljati samo argumente, ki upravičujejo sklicevanje na ljudsko suverenost kot izvor sleherne pravodajne avtoritete. Po drugi strani pa se Michelman odmakne od povsem proceduralnega-formalnega razumevanja ustave, saj poudarja, da ima politični proces določen »*normative concept*« in določene »*procedural conditions*«. Nav. po Habermas, 1998: 268. Navaja Michelmana, 1989. Prim. tudi Habermas, 1998: 276 (sklicuje se na Sunsteina, 1985), da vrhovno sodišče nadzira, ali je bil politični proces voden deliberativno in ali so odločitve diskurzne. Sodišče, ki nima nadzora nad določanjem političnih upravičevalnih razlogov, naj se ne bi zatekalo k hipotetičnim razlogom za odločitev, ampak bi se lahko zaneslo na razloge, ki so bili dejansko izpostavljeni v postopku pred sodiščem. Z zornega kota posameznika pa vendarle obstaja pomembna razlika, ali je odločitev rezultat deliberativne politike in diskurznega procesa ali pa je morda samo stranski produkt programov in procesov, ki so motivirani z drugimi, zasebnimi težnjami in jih ni mogoče javno upravičiti. Samo v prvem primeru naj bi bil izpolnjen legitimacijski pogoj.

²⁰ Prim. Bellamy, 2006: Part V.

²¹ Prim. Dahl, 1997. Glej tudi Avbelj, 2016.

²² Vprašanje, »kaj je v glavah in prsih ustavnih sodnic in sodnikov«, sem javno postavil v članku z istim naslovom, Pravna praksa, št. 2/2012.

²³ Glej na primer znamenito delo Bickel, 1986, ki analitično utemeljuje, zakaj je ustavno sodstvo najmanj nevarna veja oblasti. Za opredelitev legitimacijske funkcije ustavnega sodstva glej str. 29 in nasl.

²⁴ O tem je, kot rečeno, pri nas najprej in izčrpno pisal Zupančič, 1995.

²⁵ Prim. Stone Sweet, 2000: 2. pogl.; Zupančič, 1995, isti, 2003: 57, 2004: 12 in 2005, tč. II; Šturm, 1998: II. pogl.; Mavčič, 2000: 17; Novak, 2003: IV. del; Kommers, 1997: I. del; Currie, 1994: I. pogl. O »krščanskih evropskih vrednotah« prim. Weiler, 2005.

²⁶ Glej Cassirer, 1998; Bauman, 2016. Tudi Canfora, 2006; Grossi, 2009. V tem smislu gre torej za intrinzično razumevanje ustavne demokracije. Prim. Christiano, 2003. Z zornega kota teorije o »metaustavnih konceptih« glej Thiel (ur.), 2009, zlasti pa Supiot, 2013.

²⁷ Velja opozoriti, da je treba tu »oblastno kršenje ustave« razumeti kot kršitve ustave, ki jih vsakokratna oblast stori tako, da sama in s svojimi ravnanji neposredno krši ustavo, pa tudi kot kršitve ustave, ki jih oblast dopusti posredno, ko ne zaščiti – zasebnega – pravnega subjekta pred protiustavnim ravnanjem drugega – zasebnega – pravnega subjekta. Glej Teršek, 2014: 315. Glej Krivic, v Pavčnik in Mavčič, 2000.

²⁸ Prim. Zupančič, 1996b. Prim. tudi Avbelj, 2005, ki – legitimno – naše splošno zavedanje o pomenu ustavnopravnega omejevanja sleherne volje vsakokratne večine dopolni s svarilom o pretiranem omejevanju referendumske demokracije. Sam sem se v preteklosti odločil za izpostavitve drugega poudarka – vsebinskih ustavnih razlogov za omejitev referendumske demokracije (Teršek, 2005). Toda vsekakor soglašam tudi s tem svarilom.

²⁹ Prim. Bustamante in Fernandez, 2016; Bauman in Kahana, 2006; Alexander, 1998. Podrobno sem o tem pisal v Teršek, 2014.

Posebno pojasnilo: približno tukaj sem želel v besedilo vključiti tudi zapis o t. i. protivečinskem problemu ustavnosodnega delovanja. Namero sem opustil in bom temo prihranil za samostojni članek. Predvsem zato, ker bi natančnejša obravnava te teme vodila v znatni presežek predvidenega obsega tega članka, premalo natančna pa v teoretični prepričanju med odprtimi vprašanji in razlogi za nesporazum. Lahko pa razkrijem tezo: omenjeni problem, za razliko od ustavnega sistema ZDA, se mi zdi v Evropi neobstoječ. Ključ do razumevanja pa je zame pravilnost

utemeljevanja in razlikovanja med »republiko« in »demokracijo«, ki jo sam utemeljujem kot »(temeljsko) ustavno demokracijo«, moralno in deontološko.

³⁰ Besedo »samopodrejanje« sem zapisal namenoma. Ne samo zato, ker je vstop države v EU rezultat politične odločitve in samoopredelitve večine ljudstva. Zapisal sem jo predvsem zato, ker je tudi vprašanje o tem, kako popolna in totalna bo podreditev vseh vej oblasti volji upravljalvske elite v Bruslju in Luksemburgu, najprej pogojeno s politiko vsakokratne vlade do nadsacionalnih diktatov, potem pa od odnosa večine sodnic in sodnikov ustavnega sodišča do tega vprašanja. O tem sem pisal v Teršek, 2014: 352 in nasl. Prim. Accetto, 2013: 419 in nasl. Na to temo sem objavil nekaj razmišljanja v Pravni praksi in kolumnah na portalu Ius-Info (prosti dostop), v letih 2016–2017. Prim. Ribičič, 2010: 109–125.

³¹ Prim. Jaklič, 2000a.

³² Za konceptualno analizo načina argumentiranja in legitimiranja ustavnosodnih odločitev, s poudarkom na ameriškem in francoskem (ki neprimerljivo odstopa) modelu ter modelu EU, glej Lasser, 2003. Za primerjavo med poljskim, češkim in slovaškim ustavnim sodstvom glej Kühn, 2003.

³³ Glej odločitev Vrhovnega sodišča ZDA in spremljajoča ločena mnenja sodnikov tega sodišča v zadevi *Johnson v. Texas*.

³⁴ Prim. Jaklič, 2000, ki to vprašanje analizira v luči cinično postavljenega (Stalinovega) vprašanja o tem, »koliko divizij imam Papež.« Ustavno sodišče, tako kot ustava in zakon *per se*, nima na voljo »orožja« oziroma sredstev fizičnega prisiljevanja k poslušnosti. Edina moč je tu moč avtoritete, ki je odvisna od stopnje razvoja družbene zavesti, duševnega zdravja družbe (prim. Zupančič, 2006a in 2006c), politične in pravne kulture ter politične civiliziranosti. Ta moč avtoritete je nemočna v razmerju z dejansko, fizično premočjo. Odvisna je od uporabe dejanske, fizične (pre)moči za zavarovanje fizično nemočne avtoritete, ki se hkrati pojavlja kot najpomembnejši nadzornik in omejevalec dejanske, fizične (pre)moči. Avtoriteta morale in razuma sta odvisni od volje pri uporabi fizične premoči. O tem posebej pišem v ločenem poglavju v Teršek, 2014: 465.

³⁵ Glej Stone Sweet, 2000: 5. pogl.

³⁶ Tudi v tem smislu je ustava »pogodba« *sui generis*. Zupančič, 1999.

³⁷ Prim. Teršek, 2015, kjer utemeljujem (ob sklicevanju na izbrano literaturo) pristojnost ustavnega sodišča, da izjemoma presoja tudi ustavnost aktov ustavne ravni, kot so ustavni zakoni in ustavni amandmaji. Glede tega prim. tudi Ribičič, 2015; Sovdat, 2015; in Kerševan, 2015.

³⁸ Prim. Zupančič, 2006b.

³⁹ O tem, kot rečeno, sem podrobno pisal v reviji *Revus* (Teršek, 2009), prvi zapis te utemeljitve modela temeljske demokracije pa nekajkrat ponovil, med drugim v Teršek, 2010 in 2014. Kot vselej brez odziva slovenskega pravoslovja in ustavnega sodišča.

⁴⁰ Prim. Weiler in Wind, 2003: 3; Siedentop, 2000: 101.

⁴¹ Glej Matteucci, 1999: IV. pogl.

⁴² Ta izraz je uporabil tudi nekdanji predsednik Ustavnega sodišča RS Testen, in sicer ob priložnostnem obisku slušatelj pri predmetu 4. letnika PF v Ljubljani Pravo Sveta Evrope na Ustavnem sodišču.

⁴³ Glej Zupančič, 2005: 4.

⁴⁴ Glej Šturm, 1998 (ki morda prvi pri nas izpostavil ta koncept). Prim. Stone Sweet, 2000: 7. pogl. (kjer prikazuje prav to krožno sklenjenost ustavnopravnega diskurza); Zupančič, 2005: VIII (ki poudarja sodelovanje v pravnem diskurzu, ki je drugače kot politični diskurz »naprednejši« in »vključujoč«).

⁴⁵ Glej na primer Bugarič, 1994 (izrecno o tem vprašanju); Novak, 2003: IV. del (izrecno o tem vprašanju); Kaučič, 1994 (o ustavnorevizijemskem postopku); Levinson (ur.), 1995 (primerjalna

analiza problema ustavnih revizij); Kommers, 1997: 48 (o nemški doktrini neustavnega ustavnega amandmaja); Breillat, 2004 (o francoski doktrini ustavne revizije); in Wedam Lukić, 2006.

⁴⁶ Zato nas mora zanimati, kdo lahko postane sodnik/sodnica ustavnega sodišča, po kakšnih merilih in po katerih kriterijih – strokovnih, političnih ali strokovno-političnih? In pri slednjem, ali je poudarek na – ravno še zadostnih – strokovnih ali na – prevladujočih in očitnih – političnih. Zanimati nas mora, kakšno izobraževalno (študijsko in raziskovalno) pot so kandidati opravili pred povabilom in imenovanjem na to funkcijo, kakšna je kakovost te poti. Zanimati nas mora, koliko so se sploh pred tem ukvarjali z ustavo, ustavnosodno prakso, ustavnštvom, pravno filozofijo itd.? Zanimati nas mora, kako razumejo in berejo ustavo, predvsem določbe o pravni državi, demokraciji in socialni državi? Tudi 3.a člen Ustave, zlasti glede odnosa do EU. Zanimati nas mora, kako razumejo ustavno demokracijo in socialno demokracijo, liberalizem, republikanizem in druge »izme« politične filozofije? Zanimati nas mora, ali ustavo sploh berejo in znajo brati resno, bodisi dobesedno, naravnopravno, moralno, etično, deontološko, teleološko, populistično, originalistično, konstruktivistično, pragmatično, konzervativno, razvojno ...? Predvsem pa nas mora nujno zanimati, ali ustavo sploh so brali v preteklosti, ali jo sploh znajo brati in razlagati, ali sploh zmorejo razpravljati o ustavni demokraciji in ustavnštvu? Prim. Ribičič, 2010: 165. Glej posebej Kristan, 2014.

⁴⁷ Prim. Habermas, 1998: 241; Matteucci, 1999: 187, ki poudarja, da je zmaga ustave nad suverenostjo zmaga ustave in zakonov nad oblastjo, odraz »neoborožene« premoči.

⁴⁸ Prim. Teršek, 2007.

⁴⁹ Prim. Zupančič, 2006a in 2006c. Prim. Wright, 1995, ki poudarja, da v jedru ni problem (vprašanje) nadoblasti posamezne institucije, ampak prav problem varstva pravic in svoboščin, demokratičnosti in ustavnosti. V jedru ni problem različnih mnenj glede vsebine ter dometa ustave in njenih določb, temveč problem spoštovanja ustave in njenih določb. Običajno se ta problem pojavlja tudi takrat, ko ni spora, kaj ustava določa ali kaj je treba na njeni podlagi storiti. Glej tudi ločeno mnenje sodnika Ribičiča v zadevi št. Up-1002/05 in Up-1062/05: »V ustavnopravni teoriji velja za nesporno, da so odločitve ustavnih sodišč dokončne in pravno zavezujoče. Pri tem seveda ne gre za supremacijo ustavnega sodišča, ki bi bila sama sebi namen, temveč za to, da se zagotovi prevlada ustavnih načel, vrednot in človekovih pravic, zapisanih v ustavi.«

⁵⁰ Mislim na povsem neprimerno razlikovanje med formalnimi in neformalnimi pravnimi viri, še bolj pa na sklicevanje na tako razlikovanje, ko je treba goloformalni pravniški legalizem, nesmiselno zakonsko določbo ali očitno protiustavno zakonsko normo nadomestiti z logiko, razumom ali preprosto prepričljivo in ustavno sprejemljivo pravno rešitvijo.

⁵¹ Analitično in kritično o tem Kühn, 2006. O formalizmu predvsem III. in IV. pogl. Kühn analitično obravnava stalinistično zavračanje formalizma in formalizem socialističnega tipa (V. in VI. pogl.). Poudari tudi konflikt med zatrjevanim antiformalizmom in dejanskim ultraformalizmom v praksi (VI./2. pogl.).

⁵² Glej Stone Sweet, 2000: 5. pogl.; Kühn, 2003.

⁵³ Glej Kühn, 2006.

⁵⁴ Vse to odlično pojasni Stone Sweet, 2000. Prim. še Bello Hutt, 2017 in Teršek, 2016: 71–78. Ob tem je treba opozoriti, da tudi glede teh vprašanj, podobno kot sicer, v nacionalnem pravoslovju skorajda ni tvorne razprave ali celo ni nikakršne razprave. Predvsem pa, razen zelo redkih izjem, obstaja popoln prezir najvplivnejših pravnih teoretikov iz vrst starejših profesorjev (pravne teorije) do konkretnih pravnih teoretikov – tudi univerzitetnih učiteljev – mlajše generacije.

⁵⁵ Številne strokovne in znanstvene članke in razprave prof. Ribičiča (predvsem o aktivizmu ustavnega sodišča, ustavnosodni zaščiti človekovih pravic, razmerju med ustavnim sodiščem in

politiko ter razmerju med ustavnim sodiščem in ESČP) ne navajam posebej, ker dobroverno izhajam iz njihovih zaokroženj v monografiji iz leta 2010. Analiza ustavnosodnega pravotvorja v času njegovega mandata na ustavnem sodišču je objavljena v Ribičič, 2010: 201 in nasl. Posamezna (ustavno)pravna vprašanja, tudi o moči ustavnega sodišča in ustavni demokraciji, so obravnavana v Ribičič, 2015a.

⁵⁶ Za analitični študij tem iz pravne filozofije in ustavnštva – glede na slovenske pravoslovne publikacije – vabim predvsem k branju Revusa – revije za ustavno teorijo in filozofijo prava, dostopno na: <https://revus.revues.org/?lang=sl>

⁵⁷ Prim. Zupančič, 2005.

⁵⁸ Sčasoma bi moral pomeniti čedalje večjo prepletenost vseh ravni družbenega sistema z ustavnostjo (*horizontalno poustavljanje*) (Kühn, 2003: 1).

Literatura / References:

- Accetto, M. (2013) Odločbe ustavnih sodišč o naravi in mejah prava EU. V M. Pavčnik & A. Novak, A. (Ur.) Ustavnosodno odločanje. Ljubljana: GV Založba.
- Avbelj, M. (2005) Ustavni monizem in krčenje referendumskega odločanja. Revus – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, št. 4/2005.
- Avbelj, M. (2016) Naše pravo in pravo ljudstvo: kako braniti ustavno demokracijo pred populizmom. Zbornik Dnevov slovenskih pravnikov 2016. Ljubljana: Ius Software.
- Alexander, L. A. (1998) Constitutionalism. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bauman, Z. (2016) Postmoderna etika. Ljubljana: Znanstvena založba filozofske fakultete.
- Bauman, R. W. & Kahana, T. (2006) The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State. New York: Cambridge University Press.
- Bellamy, R. (ur.) (2006) Constitutionalism and Democracy, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, 2nd series. Dartmouth: Ashgate.
- Bello Hutt, D. E. (2017) Against judicial supremacy in constitutional interpretation. Revus – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, št. 31/2017.
- Bickel, A. (1986) The Least Dangerous Branch. New Heaven, London: Yale University Press.
- Breillat, D. (2004) Suprakonstitucionalnost ali nadustavnost v Franciji. Revus – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, št. 3/2004.
- Bugarič, B. (1994) Sodna presoja ustavnosti v ZDA in Evropi: Med pragmatizmom (realizmom) in ideologijo. Zbornik znanstvenih razprav, LIV, Separat. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Bustamante, T. & Fernandez, B. G. (2016) Democratizing Constitutional Law. Switzerland: Springer.
- Canfora, L. (2006) Demokracija. Zgodovina neke ideologije. Ljubljana: cf*.
- Cassirer, E. (1998) Filozofija razsvetljenstva. Ljubljana: Claritas.
- Christiano, T. (2003) Philosophy of Democracy. An Anthology. New York: Oxford University Press.
- Currie, P. D. (1994) The Constitution of the Federal Republic of Germany. Chicago & London: The University of Chicago Press.
- Dahl, R., A. (1997) Uvod v teorijo demokracije. Ljubljana: Krtina.
- Grossi, P. (2009) Pravna Evropa. Ljubljana: cf*.
- Habermas, J. (1998) Between Facts and Norms. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Jaklič, K. (2000) Apel za legitimno pravno državo. Nova revija 221–222.

- Jaklič, K. (2000a) *The True Scope of the Power of Judicial Review*. Harvard University: Harvard Law School. Hranita avtor in knjižnica Pravne fakultete v Ljubljani.
- Jambrek, P. (2015) *Demokracija in država*. Nova Gorica in Kranj: Evropska pravna fakulteta in FDEŠ.
- Jambrek, P., v sodelovanju z Letnar Črnič, J. (2015a): *Ustava in svoboda*. Nova Gorica in Kranj: Evropska pravna fakulteta in FDEŠ.
- Kaučič, I. (1994) *Referendum in sprememba ustave*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list RS.
- Kelsen, H. (1951) *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- Kelsen, H. (1992) *Introduction to the problems of legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, H. (2005) *Čista teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Kerševan, E. (2015) *Ali in kdaj ima Ustavno sodišče zadnjo besedo*. Zbornik Dnevov slovenskih pravnikov 2015. Ljubljana: Ius Software.
- Kommers, P. D. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham & London: Duke University Press.
- Kühn, Z. (2003) *Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies*. University of Michigan & Charles University Law School Prague.
- Kühn, Z. (2006) *From Stalinist Anti-Positivism to Socialist Textualism. Central European Judicial Methodology During the Cold War*. natisnjena verzija neobjavljenega besedila, posredovanega s strani sodnika ESČP (hranim avtor A. T.).
- Kristan, A. (2014) *Razumeti ustavo*. Revus – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, št. 23/2014.
- Lasser, M. (2003) *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court*. Jean Monnet Working Paper 1. New York: NYU School of Law.
- Levinson, S. (ur.) (1995) *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Matteucci, N. (1999) *Novoveška država*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.
- Mavčič, A. (1995) *Slovenian Constitutional Review, Its Position in the World and its Role in the Transition to a New Democratic System*. Ljubljana: Nova revija.
- Mavčič, A. (1997) *The Role of the Slovenian Constitutional Court in Legal Transition*, Report with the Conference on Constitutional Transition, CCT 97, separat. Hong Kong.
- Mavčič, A. (2000) *Zakon o Ustavnem sodišču s pojasnili*. Ljubljana: Nova revija.
- Michelman, F. I. (1988) *Political Truth and the Rule of Law*. Tel Aviv University Studies in Law 8.
- Michelman, F. I. (1989) *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights*. Florida Law Review 41.
- Nerad, S. (2017) *Ustavno sodišče kot (pozitivni) normodajalec*. V M. Žgur, N. Kogovšek Šalamon, B. Koritnik (ur.), *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju*. Liber Amicorum Ciril Ribičič. Maribor: Lex Localis.
- Novak, M. (2003) *Delitev oblasti: Medigra prava in politike*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Pavčnik, M. (2001) *Teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Pavčnik, M. & Mavčič, A. (ur.) (2000) *Ustavno sodstvo*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Ribičič, C. (2007) *Majhen korak v pravo smer*. Pravna praksa, št. 9/2007.
- Ribičič, C. (2010) *Človekove pravice in ustavna demokracija*. Ustavni sodnik med negativnim in pozitivnim aktivizmom. Ljubljana: Študentska založba.
- Ribičič, C. (2015) *Ustavno sodišče kot pozitivni zakonodajalec*. Zbornik Dnevov slovenskih pravnikov 2015. Ljubljana: Ius Software.

- Ribičič, C. (2015a) *Med pravom in pravičnostjo. Sto in en utrinek*. Ljubljana: GV Založba.
- Siedentop, L. (2000) *Democracy in Europe*. London: Penguin Books.
- Sovdat, J. (2015) *Zavezujoča narava odločb Ustavnega sodišča*. Zbornik Dnevov slovenskih pravnikov 2015. Ljubljana: Ius Software.
- Stone Sweet, A. (2000) *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press.
- Sunstein, C. R. (1990) *After the Rights Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Supiot, A. (2013) *Duh Filadelfije*. Ljubljana: cf*.
- Šturm, L. (1998) *Omejitev oblasti. Ustavna izhodišča javnega prava*. Ljubljana: Nova revija.
- Šturm, L. (ur.) (2002 in 2015) *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije.
- Teršek, A. (2005) *O zlorabi referendumov, s primerom »votlosti« referendumskega odločanja*. *Revus – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, št. 4/2005.
- Teršek, A. (2007) *Demokracijo lahko slabi tudi pomanjkanje pristojnosti*. *Mladina*, 30. april 2007.
- Teršek, A. (2009) *Suverenost, ljudstvo in človekove pravice. Prispevek k razumevanju konceptov*. *Revus – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, št. 9.
- Teršek, A. (2010) *Model slovenske (ustavne) demokracije. Dvajset let napačnega razumevanja in učenja*. V T., Krašovec, M. & Pristavec Đogič, Prihodnost parlamentarne demokracije. Ljubljana: Državni zbor.
- Teršek, A. (2012) *Kaj je v glavah in prsih ustavnih sodnic in sodnikov*. *Pravna praksa*, št. 2.
- Teršek, A. (2014) *Teorija legitimnosti in sodobno ustavnštvo*. Koper: Univerzitetna založba Annales.
- Teršek, A. (2015) *Meje ustavnosodnega nadzora – pristojnosti ustavnega sodišča za presojo aktov ustavne ravni*. Zbornik Dnevov slovenskih pravnikov 2015. Ljubljana: Ius Software.
- Teršek, A. (2016) *Pravna ignoranca škodi. Kritika pravne prakse 2*. Koper: Univerzitetna založba Annales.
- Thiel, M. (ur.) (2009) *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*. Farnham: Ashgate.
- Wedam Lukič, D. (2006) *Ustavno sodstvo in demokracija. Slavnostni govor ob dnevu ustavnosti na Ustavnem sodišču Republike Slovenije*. Dostopno na: <http://www.us-rs.si/aktualno/novice/ustavno-sodisce-praznuje-10-dan-ustavnosti/> (1. 2. 2007).
- Weiler, J. H. H. (2005) *Krščanska Evropa. Raziskovalna razprava*. Ljubljana: Claritas.
- Weiler, J. H. H. & Wind, M. (2003) *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wright, S. (1995) *Central and Eastern Europe Constitutional Courts and the Anti-majoritarian Objection to Judicial Review*. *Law and Policy in International Business* 26, 1.
- Zupančič, B. M. (1995) *Prvine pravne kulture*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.
- Zupančič, B. M., et al. (1996) *Ustavno kazensko procesno pravo*. Ljubljana: Atlantis.
- Zupančič, B. M. (1996b) *Referendum ali zgodba o volji ljudstva*. *Nova revija* 15, 176.
- Zupančič, B. M. (1999) *From Combat To Contract: What Does the Constitution Constitute?* *European Journal of Law Reform* 1, 1/2.
- Zupančič, B. M., et al. (2001) *Ustavno kazensko procesno pravo*. Tretja dopolnjena izdaja. Ljubljana: Pasadena.
- Zupančič, B. M. (2001a) *Predgovor k tretji izdaji Ustavno kazensko procesno pravo*. Ljubljana: Pasadena.
- Zupančič, B. M. (2002) *Komentar 5. člena Ustave*. Šturm, L. (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije.

- Zupančič, B. M. (2003) Constitutional Law and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Attempt at a Synthesis. *Revus* — revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, št. 1.
- Zupančič, B. M. (2004) O razlagi sodnih precedensov in sodb ter posebej sodb Evropskega sodišča za človekove pravice. *Revus* – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, št. 2.
- Zupančič, B. M. (2005) Mednarodna sodna presoja in internacionalizacija ustavnega prava. *Pravna praksa* 24.
- Zupančič, B. M. (2006) Why do penalties require legal process (whereas rewards do not), original, hranita avtor in uredništvo *Revusa*, Strasbourg.
- Zupančič, B. M. (2006a) O spoštovanju. Pismo iz Strasbourga. Ljubljana: GV Založba.
- Zupančič, B. M. (2006b) On Universality of Human Rights, The Constitutional Court of Turkey. 22. september 2006. Dostopno na: http://left-handersinternational.com/thesolarpanelist.com/video/fmXns220XiQ&feature=youtube_gdata_player (5. 5. 2014).
- Zupančič, B. M. (2006c) O univerzalnosti človekovih pravic. *Pravna praksa*, št. 39–40.
- Zupančič, B. M. (2011) Tembatsu. Druga od suhih krav. Strasbourg: samozaložba.

Ustavno sodišče kot (pozitivni) normodajalec

SEBASTIAN NERAD

Povzetek V Sloveniji je pozitivna normodajna funkcija ustavnega sodišča zelo poudarjena. Na državni ravni je ustavno sodišče poleg zakonodajalca poglavitni tvorec prava. Ni mogoče zanikati, da ustavno sodišče v postopku presoje ustavnosti zakonov izvaja tudi zakonodajno oblast. Z različnimi tehnikami odločanja posredno ali neposredno ustvarja splošne pravne norme, ki imajo enako pravno moč kot zakoni. Odločbe, s katerimi zakon razveljavi ali ugotovi njegovo protiustavnost, so obvezne in imajo učinke erga omnes. Enako pravno moč kot zakon ima tudi t. i. določitev načina izvršitve, s katero ustavno sodišče neposredno, čeprav začasno, prevzame zakonodajno funkcijo. Pravotvornost ustavnega sodišča pa je še pomembnejša, ko razlaga ustavo. Ta je, zlasti v delu o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, pomensko odprt pravni akt, ki omogoča ustvarjalen razlagalni pristop. Ustava vzpostavlja okvirje ustavnopravno možnega, njene potenciale pa dnevno, iz odločbe v odločbo, aktualizira ustavno sodišče. V tem smislu je ustavno sodišče več kot varuh ustave. Ustavno sodišče je ustvarjalec ustave.

Ključne besede: • ustavno sodišče • negativni zakonodajalec • presoja ustavnosti • razlaga ustave • razveljavitev zakona

NASLOV AVTORJA: Dr. Sebastian Nerad, generalni sekretar, Ustavno sodišče Republike Slovenije, Beethovnova ulica 10, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: sebastian.nerad@us-rs.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.15 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The Constitutional Court as a (Positive) Lawmaker

SEBASTIAN NERAD

Abstract The Constitutional Court of the Republic of Slovenia has an accentuated positive normative function. At the state level, besides the legislature, the Constitutional Court is the principal lawmaker. There is no doubt that in constitutional review proceedings, the Constitutional Court also exercises a specific form of legislative power. By means of different decision-making techniques it applies, the Court, either indirectly or directly, creates general legal norms with the same legal power as laws. Decisions by which it abrogates a statute or establishes its unconstitutionality are legally binding and have erga omnes legal effect. Decisions determining the manner of implementation through which the Constitutional Court, even though only temporarily, directly assumes the legislative function also have the same legal power as statutes. However, the »law making« of the Constitutional Court is even more important when the Court interprets the Constitution. Especially in the part that determines human rights and fundamental freedoms, the Constitution is an open-textured legal act that allows for a creative interpretative approach. The Constitution thus establishes the framework of what is constitutionally possible, while the Constitutional Court realizes its potential with every decision it adopts. In such context, the Constitutional Court is more than merely a guardian of the Constitution. The Constitutional Court is the creator of the Constitution.

Keywords: • constitutional court • negative legislature • constitutional review • constitutional interpretation • abrogation of statute

NASLOV AVTORJA: Sebastian Nerad, Ph.D., Secretary General, Constitutional Court of the Republic of Slovenia, Beethovnova ulica 10, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: sebastian.nerad@us-rs.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.15 ISBN 978-961-6842-77-8

© 2017 Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor

Available at <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod: od negativnega k pozitivnemu normodajalcu

Klasična teorija o negativnem zakonodajalcu se je razvila hkrati s pojavom posebnih ustavnih sodišč v sistemih centralizirane ustavnosodne kontrole. Njihova temeljna značilnost je bila, da drugače kot izvoljeno predstavniško telo (parlament), ki svobodno in po lastni presoji sprejema zakone *ex novo* (pozitivni zakonodajalec), protiustavne zakonske določbe razveljavljajo in jih s tem izločajo iz pravnega reda (negativni zakonodajalec). Z vidika načela delitve oblasti je tako shematično zoperstavljanje dveh organov ustrezno,¹ vendar natančno preučevanje delovanja ustavnega sodišča, zlasti različnih vrst ustavnosodnih odločitev in njihovih pravnih učinkov, pokaže, da negativna zakonodajna dejavnost ustavnega sodišča ne pomeni samo izločanja pravnih norm, temveč tudi njihovo ustvarjanje.

Idejno očetovstvo koncepta ustavnega sodišča kot negativnega zakonodajalca se običajno pripisuje znamenitemu avstrijskemu pravniku Hansu Kelsnu.² Vendar je bilo že njemu jasno, da ustavno sodišče ni samo negativni zakonodajalec, temveč aktivno sodeluje pri izvrševanju zakonodajne oblasti. Ob tem je treba upoštevati, da Kelsen ni imel pred očmi varuha človekovih pravic in temeljnih svoboščin v sodobnem pomenu, temveč predvsem sodišče, ki odloča o institucionalnih vprašanjih državne ureditve. Ko so se po drugi svetovni vojni začele širiti pristojnosti ustavnih sodišč in je v ospredje ustavnosodne kontrole prihajalo varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, je postajalo čedalje bolj očitno, da teorija o ustavnem sodišču kot negativnem zakonodajalcu ne odraža resnične vloge ustavnega sodstva v sistemu državne oblasti.³

Ustavna sodišča v sodobni vlogi varuha temeljnih človekovih pravic so precej več kot samo negativni zakonodajalec. Njihove odločitve, tudi tiste, s katerimi se iz pravnega reda formalno izločajo protiustavne zakonske določbe, imajo nujno tudi pozitivne normativne učinke, saj učinkujejo na pravice in obveznosti posameznikov. Kolikšen je pozitivni normativni potencial posameznega ustavnega sodišča, je odvisno od njegovih pristojnosti in pooblastil ter njihovega razumevanja v sodni praksi.⁴ Pa vendar je mogoče na ravni skupnega imenovalca trditi, zlasti ko gre za varovanje človekovih pravic, da organ, ki iz pravnega reda izloča pravne norme, hkrati tudi ustvarja pravne norme, saj imajo njegove negativne (izločitvene) odločitve tudi pozitivne (neposredne ali posredne) pravne učinke na življenje ljudi. Negativno-pozitivna zakonodajna vloga ustavnega sodišča je položena v koncept ustavnega sodstva.⁵

Glede na široke pristojnosti in pooblastila, ki jih ima po ustavi in zakonu,⁶ še zlasti pa njihovo aktivistično uporabo v ustavnosodni praksi, je mogoče reči, da ima slovensko ustavno sodišče poudarjeno pozitivno normodajno vlogo.⁷ S formalnega vidika sicer ni dvoma, da ustavno sodišče ne sprejema zakonov, saj 86. člen Ustave jasno določa, da je sprejemanje zakonov v pristojnosti državnega zbora, ustavno sodišče pa svoje odločitve sprejema v obliki odločb in sklepov. Če pa odmislimo oblikovne značilnosti zakonodajne funkcije (ime pravnega akta, organ in postopek) in dihotomijo pozitivni –

negativni zakonodajalec opazujemo vsebinsko, z vidika pravnih norm, potem vidimo, da so rezultat delovanja ustavnega sodišča nove splošne pravne norme, ki imajo enako pravno moč kot zakon.⁸

Razprava o tem, ali je ustavno sodišče (samo) negativni ali tudi pozitiven zakonodajalec, se običajno povezuje z vrstami odločitev, ki jih ustavno sodišče lahko sprejme glede protiustavnih zakonov. Gre za t. i. tehnike odločanja, s katerimi ustavno sodišče z različnimi pravnimi učinki sankcionira ugotovljene protiustavnosti. S tega vidika tudi slovenska strokovna javnost v veliki meri (čeprav posamezni avtorji v različnem obsegu) sprejema pozitivno normodajno dejavnost ustavnega sodišča kot normalno in pravzaprav neizogibno. Že na podlagi ustave (161. člen) ima ustavno sodišče pooblastilo, da protiustaven zakon v celoti ali delno razveljavi, pri čemer je učinek razveljavitve lahko takojšen ali odložen do največ enega leta. Nekatera druga pooblastila, na primer ugotovitveno odločbo, je uvedel zakon. Med temi je treba posebno pozornost nameniti t. i. določitvi načina izvršitve, pri kateri ustavno sodišče odkrito stopi na zakonodajno polje in začasno prevzame funkcijo državnega zbora.

V zvezi s tehnikami odločanja zato ni vprašanje, ali je ustavno sodišče – hočeš nočeš – (tudi) pozitiven zakonodajalec, temveč, kje je meja, ki je ne sme prestopiti, da ne bi nedopustno uzurpiralo (pozitivno) zakonodajno funkcijo. V tem smislu se ustavno sodišče označuje za pozitivnega zakonodajalca praviloma v kritičnih analizah in komentarjih, ki utemeljujejo, da je (aktivistično) prestopilo meje negativnega zakonodajalca in se nedopustno prelevilo v pozitivnega zakonodajalca. Taka negativna konotacija pojma »pozitivni zakonodajalec« je v nekaterih primerih upravičena, čeprav lahko zamegli dejstvo, da ustavno sodišče opravlja pozitivno normodajno dejavnost tudi, ko se giblje znotraj običajnih in nespornih okvirov. Ustavno sodišče ustvarja pravne norme tudi, ko ni prav nič aktivistično, ker je taka narava njegovega dela.

Ustavno sodišče se kot ustvarjalec prava ne uveljavlja samo skozi svoje formalne odločitve, ki se kažejo v izrekih ustavnih odločb, temveč je njegovo pozitivno normativno dejavnost mogoče razumeti tudi širše, z vidika razlage pravnih aktov, ki jih uporablja pri ustavnosodni presoji.⁹ Postopek ustavnosodne presoje zakona je mogoče shematsko razdeliti v štiri faze, v vsaki fazi pa je mogoče razpravljati o pravno-ustvarjalni vlogi ustavnega sodišča: (1) razlaga ustave kot zgornje premise, (2) razlaga zakona kot spodnje premise, (3) presoja dopustnosti posega, če gre za vprašanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin,¹⁰ ter (4) odločitev v izreku. Poleg zadnje faze, ki se običajno povezuje z zakonodajno vlogo ustavnega sodišča, bo v nadaljevanju obravnavana tudi prva faza, saj glede ustave velja (še zlasti glede določb o človekovih pravicah), da zaradi njene splošnosti in pomenske odprtosti, razlaga pogosto pomeni hkrati ustvarjanje prava.¹¹ Ker ustavno sodišče pri razlagi ustave ustvarja pravne norme (načela in pravila) ustavnega ranga, ga v tem pogledu ni mogoče opredeljevati kot pozitivnega zakonodajalca, temveč kot pozitivnega ustavodajalca. Ustavnosodna razlaga ustavnih določb je lahko ustvarjalna in razvojna,¹² vendar aktivistično

razumevanje ustave ni nujno povezano z razumevanjem ustavnega sodišča kot pozitivnega normodajalca. Beseda »pozitiven« se nanaša na dejstvo, da je ustavno sodišče ustvarjalec prava, in sama po sebi ne odraža nujno ustavnosodnega aktivizma, bodisi pri razlagi ustave bodisi pri izbiri načina odločanja. Seveda pa drži, da (neželena) ustavnosodni aktivizem pogosto povzroči kritične odzive, v katerih pojem pozitivnega normodajalca pridobi negativen prizvok.

2 Pozitivni zakonodajalec: ustvarjanje prava s tehnikami ustavnosodnega odločanja

2.1 Razveljavitev zakona

Pooblastilo ustavnemu sodišču, da razveljavi protiustavne zakonske določbe, je določeno že v Ustavi (161. člen). Z razveljavitvijo so protiustavne določbe izločene iz pravnega reda in z začetkom učinkovanja razveljavitve prenehajo veljati. Odločba o razveljavitvi ima učinek splošnega pravnega akta (*erga omnes*), njena pravna moč pa je enaka pravni moči razveljavljenega predpisa.¹³ Pravne posledice razveljavitve zakona ureja ZUstS. V 43. členu tega zakona je predvideno, da razveljavitev začne učinkovati naslednji dan po objavi odločbe oziroma po poteku roka, ki ga je določilo ustavno sodišče (t. i. razveljavitev z odložnim rokom), 44. člen pa določa, da se razveljavljeni zakon ali del zakona ne uporablja za razmerja, nastala pred dnem, ko je razveljavitev začela učinkovati, če do tega dne o njih ni bilo pravnomočno odločeno.

Zakonsko predvidena meja časovnega učinkovanja razveljavitve je torej pravnomočnost, vendar je ustavno sodišče z ustavnoskladno razlago zakona to mejo premaknilo čez pravnomočnost, vse do ustavne pritožbe. Stališče ustavnega sodišča je, da ne glede na zakonsko diktirano časovna meja učinkovanja razveljavitve ni pravnomočnost, temveč neizpodbojnost.¹⁴ Zaradi instituta ustavnih pritožb, s katerimi je v skladu z ustavo in zakonom mogoče poseči v pravnomočne odločitve, je treba razveljavitev zakonske določbe upoštevati tudi v postopku z ustavno pritožbo¹⁵ in posledično – ker se za vložitev ustavne pritožbe zahteva formalno in materialno izčrpanje vseh (tudi izrednih) pravnih sredstev – tudi v postopkih z izrednimi sredstvi.¹⁶ Izredna pravna sredstva, vložena v skladu s pogoji iz procesnih zakonov, in ustavna pritožba, vložena v skladu s pogoji iz ZUstS, zagotavljajo, da se učinki razveljavitve raztezajo tudi na pravnomočne zadeve.

Prav »licenca« za razveljavljanje je tisto, zaradi česar ustavno sodišče običajno označujemo za negativnega zakonodajalca. Ta ugotovitev drži samo s formalnega vidika, z vsebinskega vidika pa je očitno, da ima lahko razveljavitev tudi pozitivne zakonodajne učinke. Pogosto je namreč »stranski učinek« razveljavitve ta, da se hkrati ustvarijo nove pravne norme – vsaj v smislu, da se vsebinski domet drugih pravnih določb raztegne tudi na pravna razmerja, ki jih je urejala razveljavljena ureditev.¹⁷

Že na podlagi Ustave ima ustavno sodišče pooblastilo, da zakon razveljavi v celoti ali delno. Razveljavitve zakona v celoti so zelo redke,¹⁸ praviloma ustavno sodišče zakon razveljavi delno samo v izpodbijanem obsegu in kolikor je to nujno za rešitev konkretnega ustavnega spora.¹⁹ To pomeni, da lahko razveljavi del zakona (poglavje), več povezanih členov ali odstavkov, posamezni člen ali odstavek, del odstavka (stavek, alinejo) ali celo posamezne besede. Ena od prvih zadev, v kateri je ustavno sodišče razveljavilo samo posamezno besedo, je bila odločba U-I-25/92 z dne 4. marca 1993. Predmet presoje je bil Zakon o denacionalizaciji, ki je glede pravice do vračanja premoženja različno obravnaval fizične in pravne osebe, saj je to pravico priznaval samo fizičnim osebam. Ustavno sodišče je presodilo, da je tako razlikovanje protiustavno in je na več mestih v zakonu razveljavilo besedo »fizične«. Šlo je torej za zelo minimalistično delno razveljavitve zakona, pa vendar ne more biti dvoma, da ustavno sodišče tu ni bilo le negativni zakonodajalec. Z odstranitvijo »bolnega tkiva« je ustvarilo novo pravno normo, s katero je obseg pravice do vračanja premoženja razširilo tudi na pravne osebe.

V literaturi se razveljavitve posameznih besed obravnavajo kritično, saj naj bi ustavno sodišče tako »neposredno prevzelo vlogo pozitivnega zakonodajalca« (Pavčnik, 2000: 413). Kritika je lahko upravičena, če je razlog za razveljavitve neenaka obravnava posameznikov (splošno načelo enakosti), pri katerem je pogosto na voljo več ustavnoskladnih rešitev. V takem primeru je prav, da je ustavno sodišče zadržano in raje odloči z ugotovitevno odločbo, saj je v okvirih tistega, kar je ustavno dopustno, izbira posamezne rešitve politična in mora biti prepuščena zakonodajalcu. Če pa je na voljo samo ena ustavnoskladna rešitev, potem tehnika razveljavljanja posameznih besed ne more biti bolj sporna kot tehnika ugotovitenih odločb, ki so sicer lahko alternativa razveljavitvi.

Pravzaprav je mogoče ugotoviti, da ustavno sodišče razmeroma pogosto razveljavlja posamezne besede. Takih primerov lahko v praksi ustavnega sodišča najdemo na desetine. Na primer v odločbi U-I-54/07 z dne 20. septembra 2007 je ustavno sodišče v določbi Zakona o popravni krivic²⁰ razveljavilo besedo »vojaško«. Izpodbijana določba je dopuščala slovenskim državljanom revizijo le zoper tiste sodne odločbe, ki so jih zunaj ozemlja Republike Slovenije izrekla vojaška sodišča na ozemlju druge države naslednice nekdanje Jugoslavije, ne pa druga sodišča. Ustavno sodišče je presodilo, da je zakonska ureditev v neskladju z načelom enakosti pred zakonom in je protiustavno razlikovanje popravilo z razveljavitvijo besede »vojaška«. S tem je razširilo normativni domet zakonskega besedila tudi na odločbe rednih sodišč z območja nekdanje Jugoslavije. Ob tem je zapisalo, da se je za tako tehniko odločilo »ob upoštevanju tega, da tudi sam zakonodajalec ugotovljene neustavnosti ne bi mogel odpraviti drugače.«²¹

Poleg običajne razveljavitve zakonskega besedila, ki učinkuje z objavo v uradnem listu ali z največ enoletnim odložnim rokom, ustavno sodišče uporablja tudi opisne razveljavitve (razveljavitve z opisnim izrekom). Gre za posebno vrsto razveljavitve, pri

kateri ustavno sodišče v izreku opiše vsebinski izrek izpodbijane določbe, ki ga izloča iz pravnega reda. Tipičen izrek se glasi, da se zakonska določba razveljavi, »kolikor se nanaša na«, čemur sledi opis protiustavne vsebine.²² Med razveljavitvene odločbe lahko štejemo tudi interpretativne odločbe, pri katerih ustavno sodišče v izreku iz pravnega reda izloči protiustavno razlago zakona. Besedilo zakona ostane nespremenjeno, okrnjena je le njegova normativna vsebina.²³

2.2 Ugotovitev protiustavnosti

Ugotovitvena odločba je odločba, s katero ustavno sodišče le ugotovi protiustavnost zakona, ker ga iz različnih razlogov ne more razveljaviti. Ustava o ugotovitvenih odločbah nima določb, uvedel jih je šele ZUstS, ki omogoča ustavnemu sodišču, da izda ugotovitveno odločbo v dveh primerih: (1) ko gre za protiustavno pravno praznino in (2) kadar je zakonska določba jezikovno ali nomotehnično oblikovana tako, da ne omogoča razveljavitve.²⁴

Ugotovitvena odločba ne vpliva na formalno veljavnost protiustavne zakonske odločbe. Predvsem zavezuje zakonodajalca, da se nanjo odzove in v roku, ki ga določi ustavno sodišče, sprejme novo zakonsko ureditev.²⁵ Ugotovitev protiustavnosti torej nima neposrednih zakonodajnih učinkov, tako kot razveljavitev zakona. Glede na prakso ustavnega sodišča, ki je pravne učinke ugotovitvene odločbe zelo približala pravnim učinkom razveljavitvenih odločb, pa je mogoče reči, da imajo tudi ugotovitvene odločbe posamezne splošne (*erga omnes*) normativne učinke. Najbolj celovito je ustavno sodišče pravne učinke ugotovitvenih odločb razložilo v zadevi Up-624/11 z dne 3. julija 2014.

V izhodišču te odločbe ustavno sodišče izhaja iz ustaljene prakse, po kateri ugotovitvena odločba ne more imeti strožjih (hujših) pravnih posledic, kot so določene za razveljavitveno odločbo.²⁶ Ugotovitev protiustavnosti tudi ne pomeni, da se v postopkih (upravnih in sodnih) taka določba ne sme več uporabljati,²⁷ temveč pomeni, da jo je treba uporabljati tako, da njena uporaba ne bo v nasprotju z razlogi, ki so zahtevali ugotovitev njene neskladnosti z ustavo. Pri tem izrek in obrazložitev odločbe pomenita celoto, zato ne veže le izrek, temveč vežejo tudi razlogi in stališča, vsebovani v obrazložitvi.²⁸ Ugotovitvena odločba za sodišča pomeni dolžnost ustavnoskladne razlage zakona. To na ustavni ravni izhaja že iz 125. člena Ustave, po katerem sodniki pri sojenju niso vezani samo na zakon, temveč tudi in najprej na ustavo.

Ugotovitvena odločba – enako kot razveljavitev – ne učinkuje za nazaj (*ex tunc*), temveč samo za naprej (*ex nunc*). *Ratione temporis* so učinki ugotovitvene odločbe enaki kot učinki razveljavitve, pri čemer se 44. člen ZUstS, ki izrecno določa samo pravne učinke razveljavitve, smiselno uporablja tudi za ugotovitvene odločbe.²⁹ Ugotovitvena odločba ima za posameznike podobne normativne (*erga omnes*) učinke kot razveljavitev zakona. V vseh postopkih, v katerih še ni bilo pravnomočno odločeno,

morajo sodišča upoštevati ugotovitevno odločbo ustavnega sodišča, in sicer tako, da protiustavno zakonsko določbo uporabljajo na način, da njena uporaba ni v nasprotju z razlogi, ki so zahtevali ugotovitev protiustavnosti. Ker pa je treba v pravni državi zagotoviti učinkovitost pravnih sredstev, vključno z ustavno pritožbo, mora ugotovitevna odločba učinkovati tudi v postopku z ustavno pritožbo, posledično pa jo je treba ustrezno upoštevati tudi v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi. To pa logično pomeni, da je treba ugotovitevno odločbo ustrezno upoštevati tudi v prihodnjih pravnih razmerjih, ki bodo šele nastala po začetku učinkovanja odločbe, kot tudi v tistih pravnih razmerjih, ki že obstajajo, vendar o njih (še) ne teče noben pravni postopek. Kakšni so konkretni pravni učinki ugotovitvene odločbe, je sicer lahko odvisno od okoliščin posameznega pravnega razmerja.

2.3 Določitev načina izvršitve

Pooblastilo ustavnemu sodišču, da določi način izvršitve svoje odločbe, ureja ZUstS.³⁰ Gre torej za zakonsko, ne ustavno pooblastilo, čeprav z njim ustavno sodišče najbolj očitno stopi na polje zakonodajalca. Zato je lahko to pooblastilo še toliko bolj sporno z vidika načela delitve oblasti. Zakon ne določa pogojev, ki bi morali biti izpolnjeni za njegovo uporabo, ampak je to prepuščeno vsakokratni presoji ustavnega sodišča. Čeprav iz zakonske diktije na prvi pogled izhaja, kot da na tej podlagi ustavno sodišče le daje konkretne napotke posameznim organom za izvršitev njegove odločbe,³¹ pa se v praksi to pooblastilo večinoma uporablja kot pravna podlaga za začasno »zakonodajno« urejanje pravnih razmerij. Po ustaljeni ustavnosodni presoji lahko ustavno sodišče na tej podlagi sprejme tudi začasno pravno ureditev, po kateri morajo njeni naslovniki (posamezniki ali državni organi) ravnati, vse dokler zakonodajalec z zakonom ne uredi tega vprašanja na enak ali drug ustavnoskladen način. Določanje načina izvršitve ustavno sodišče uporablja pri vseh vrstah svojih odločitev, tudi pri razveljavitvah, ki sicer učinkujejo *ex lege* in same po sebi ne potrebujejo izvršitve,³² čeprav se tehnika najpogosteje povezuje z ugotovitvenimi odločbami.

Tehniko določanja načina izvršitve, s katero neposredno, čeprav začasno prevzame zakonodajno funkcijo, ustavno sodišče uporablja razmeroma pogosto,³³ čeprav se prav v zvezi s to tehniko najbolj poudarja sodni aktivizem ustavnega sodišča.³⁴ Vsebinsko je to pooblastilo utemeljeno z učinkovitim varstvom ustavnih vrednot. Ustavno sodišče ga običajno uporablja zato, da v prehodnem obdobju, do izteka roka, v katerem mora zakonodajalec odpraviti protiustavnost (pa tudi po izteku roka, če se zakonodajalec ne odzove pravočasno), zagotovi ustavnoskladno izvrševanje zakonske ureditve oziroma učinkovito izvrševanje prizadete človekove pravice ali temeljne svoboščine. Glede na široko uporabo te tehnike odločanja pa je nekoliko paradoksalno, da je ustavno sodišče redko deležno kritik zaradi njene uporabe. Čeprav so bile kritike v posameznih primerih zelo ostre, pa niso tako pogoste, kot bi pričakovali glede na obseg rabe tega pooblastila. Zdi se, kot da so se vsi, vključno z zakonodajalcem, na tak aktivizem ustavnega sodišča navadili. Pogosto je mogoče celo reči, da javnost in/ali državni zbor pričakujeta, da bo

ustavno sodišče (politični) gordijski vozal presekalo s svojim ustavnosodnim normiranjem. Dejstvo je, da v nekaterih primerih ustavno sodišče, ki odloča po (ustavno)pravnih merilih, lažje sprejme potrebno odločitev kot zakonodajalec, ki odloča tudi po političnih merilih in ob konkretnih danostih parlamentarnega sistema. Seveda pa to ne sme pomeniti prelaganja odgovornosti za zakonodajno ukrepanje z državnega zbora na ustavno sodišče. Določitev načina izvršitve ne odveže zakonodajalca dolžnosti, da se odzove z zakonom in odpravi ugotovljene protiustavnosti.³⁵ Zaradi načina izvršitve, določenega v odločbi ustavnega sodišča, ne ugasneta pristojnost in dolžnost zakonodajalca, da sprejme ustrezno zakonsko ureditev.³⁶

Pravne učinke načina izvršitve lahko obravnavamo v razmerju do zakonodajalca oziroma v razmerju do sodišč in drugih organov, ki odločajo o pravicah in obveznostih posameznikov. Glede pravnih učinkov za zakonodajalca je pomembno stališče iz odločbe U-I-163/99 z dne 23. septembra 1999, v kateri je ustavno sodišče poudarilo, da z določitvijo načina izvršitve ne razlaga nujno ustave in v tem delu ne izvršuje ustavnosodne presoje. Pravna narava te odločitve je drugačna od pravne narave odločitve, ki zadeva ustavnosodno presojo predpisa. Zato lahko zakonodajalec način izvršitve, določen na podlagi drugega odstavka 40. člena ZUstS, spremeni z zakonom. Sprejem takega zakona sam po sebi ni protiustaven. Ugotavljanje, ali je vsebina zakona (vnovič) protiustavna, pa je lahko samo predmet nove ustavnosodne presoje. Zakonodajalec torej ni vezan na način izvršitve, kot ga je določilo ustavno sodišče, temveč lahko sprejme tudi drugačno (ustavnoskladno) ureditev.³⁷ Državni zbor seveda pogosto v zakon prelije prav tako ureditev, kot jo je začasno določilo ustavno sodišče, zgodi se pa tudi, da pravzaprav nima izbire, ker je mogoč samo en način odprave protiustavnosti.³⁸

Glede pravnih učinkov za sodišča in druge organe odločanja je najcelovitejše stališče ustavnega sodišča vsebovano v že omenjeni zadevi Up-624/11 z dne 3. julija 2014. Že pred to zadevo je bilo ustaljeno stališče, da ima del izreka, s katerim se določi način izvršitve odločbe, moč zakonske norme. Pravna razmerja, urejena z načinom izvršitve, so začasno urejena z enako pravno močjo, kot če bi jih uredil zakonodajalec. Zakon pa ne določa, kakšne pravne učinke ima način izvršitve, s katerim se posamezno vprašanje začasno pravno ureja, v konkretnih (sodnih) postopkih. Način izvršitve nesporno učinkuje na pravna razmerja, ki bodo šele nastala po začetku učinkovanja odločbe ustavnega sodišča. Ali in kako način izvršitve učinkuje v tekočih sodnih postopkih (nepravnomočnih oziroma pravnomočno zaključenih), pa je odvisno od dejanskih in pravnih okoliščin konkretnega postopka. Ker ima ureditev, določena v načinu izvršitve, enako pravno moč kot zakon, to pomeni, da sta razlaga in uporaba te ureditve po eni strani podvrženi ustaljenim metodam pravne razlage, ki sicer veljajo pri razlagi in uporabi zakonov, po drugi strani pa tudi nekaterim temeljnim ustavnim načelom, ki pomenijo ustavnopravne omejitve pri razlagi zakonov (na primer prepoved retroaktivnosti iz 155. člena Ustave).

Neupoštevanje načina izvršitve predvsem pomeni kršitev »zakonskega« prava, vendar lahko spregled načina izvršitve seže tudi na raven kršitve ustave.³⁹ Odklonitev uporabe načina izvršitve iz odločbe ustavnega sodišča mora biti predvsem obrazložena, zlasti če se stranka postopka nanj izrecno sklicuje, sicer je že zaradi tega podana kršitev 22. člena Ustave. Če pa sodišče poda razloge, zakaj meni, da način izvršitve odločbe v konkretnem postopku ni upošteven, morajo ti razlogi izhajati iz ustaljenih pravil in metod pravne razlage oziroma iz ustavnopravnih omejitev, ki sicer veljajo za razlago in uporabo zakonov. Pomembno je, da se pri razlagi in uporabi posameznega načina izvršitve skrbno upoštevajo tudi razlogi, iz katerih je ustavno sodišče ugotovilo protiustavnost zakona, kajti razlog za zakonodajno intervencijo ustavnega sodišča je bila prav protiustavnost zakonske ureditve. Neupoštevanje načina izvršitve je dopustno, če ne pomeni kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin oziroma če lahko sodišče ob upoštevanju ustavnopravnih razlogov iz odločbe ustavnega sodišča sprejme ustavnoskladno odločitev. V nasprotnem primeru je mogoče odločitev, sprejeto v nasprotju z načinom izvršitve, izpodbijati z ustavno pritožbo.

Glede na široko uporabo tehnike ustavnosodnega določanjačasne zakonske ureditve se postavlja še vprašanje, kje so z vidika načela delitve oblasti skrajne meje te tehnike. Bolj ali manj samoumevno je, da ustavno sodišče z določitvijo načina izvršitve ne sme predpisati ureditve, ki je tudi zakonodajalec ne bi smel sprejeti, ker bi bila v neskladju z Ustavo. Ustavne omejitve zakonskega urejanja, ki izhajajo iz temeljnih načel, človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali iz drugih ustavnih določb, morajo enako kot za državni zbor veljati tudi za ustavno sodišče, ko določa način izvršitve svoje odločbe.

Posebno vprašanje pa je, ali so v ustavi določbe, na podlagi katerih je zakonodajno urejanje pridržano izključno zakonodajalcu, in ustavno sodišče sploh ne sme zakonodajno intervenirati. V takih primerih ne bi šlo za vsebinske omejitve zakonodajne funkcije kot take, temveč za to, da se posamezno vprašanje sicer lahko (mora) zakonodajno ureja(ti), vendar lahko to stori samo državni zbor z zakonom in nikakor ne ustavno sodišče z določanjem načina izvršitve. Kot enega spornejših primerov je treba omeniti odločbo U-I-114/11 z dne 9. junija 2011, s katero je ustavno sodišče ustanovilo Občino Ankaran. Kritiki te odločbe so opozarjali, da je ustavno sodišče to storilo v očitnem nasprotju s tretjim odstavkom 139. člena Ustave, po katerem se občina ustanovi z zakonom. Čeprav so taki očitki na prvi pogled prepričljivi, pa dejansko pod vprašaj postavljajo sam obstoj pooblastila iz drugega odstavka 40. člena ZUstS. Če je namreč mogoče reči, da ustavno sodišče tega pooblastila ne bi smelo uporabljati vedno, ko ustava normiranje izrecno pridržuje zakonu, potem je glede na drugi odstavek 15. člena Ustave problematična temeljna »filozofija« tega pooblastila, da se začasno zagotovi učinkovito uresničevanje prizadetih človekovih pravic ali temeljnih svoboščin. Dilema je torej naslednja: ali je pooblastilo iz drugega odstavka 40. člena ZUstS ustavnopravno zelo problematičen institut, saj je vsaj v primerih, v katerih ustava določa t. i. zakonski pridržek, njegova uporaba v neskladju z načelom delitve oblasti, ali pa je treba ustavo,

da se zagotovi njena polna učinkovitost, razumeti širše, tako da odkazovanje na zakon zajema tudi odločbo ustavnega sodišča, ki ima v delu, v katerem določa način izvršitve, pravno moč zakona. Iz ustavnosodne prakse je jasno, da je ustavno sodišče to dilemo rešilo v korist delujoče ustave.

3 Pozitivni ustavodajalec: ustvarjanje prava pri razlagi ustave

V postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti predpisov, seveda pa tudi pri izvrševanju drugih pristojnosti, je glavna naloga ustavnega sodišča, da z obvezujočimi pravnimi učinki razlaga določbe ustave.⁴⁰ Iz tega sledi, kot razmišlja nekdanji ustavni sodnik Ribičič (2010: 35–36):

»da ustava ni tisto, kar v njej piše, temveč tisto, kar v njej prebere ustavno sodišče. Ustava se 'spreminja', ne da bi bil izveden ustavno revizijski postopek in to s skoraj vsako odločbo ustavnega sodišča, ki pri reševanju zahtevnih ustavnopravnih vprašanj podaja svojo razlago ustave. Je že res, da je ustavno sodišče vezano na ustavo, toda ustava je tisto, kar določijo ustavni sodniki.«⁴¹

Glede na to, kot opozarja Pavčnik (2015: 415), da z vidika državnega prava nad ustavo ni »nobenega normativnega pravnega akta, ki bi določal, kako jo je treba razlagati in vsebinsko opredeljevati«, se postavlja vprašanje, kako je ustavno sodišče vezano na ustavo oziroma koliko ga je mogoče razumeti kot pozitivnega ustavodajalca. Ustavno sodišče tudi pri razlagi ustave uporablja ustaljene in splošno priznane metode pravne razlage (jezikovna, namenska, sistematična itd.) in v zvezi s tem je temeljno vprašanje, ali mora tudi pri razlagi ustave ostati v okviru možnosti, ki jih daje besedilo, ali lahko pomen ustavnih določb išče tudi zunaj jezikovnega okvira. Drugače rečeno, ali naj bo razlaga ustave, ki je sporočilno odprt pravni akt – zlasti pri temeljnih načelih ustavne ureditve ter človekovih pravicah in svoboščinah –, samo odkrivanje vsebine, ki je bolj ali manj jasno že vsebovana v besedilu, ali lahko razlaga pomeni tudi ustvarjanje novih, na besedilo nevezanih, ustavnopravnih norm. Odgovor na to vprašanje še dodatno zapleta dejstvo, da bolj kot je pravna določba splošna (sporočilno odprta), bolj je meja med odkrivanjem in ustvarjanjem vsebine nejasna in zabrisana. Tudi če sprejmemo načelno izhodišče, da mora ustavno sodišče vedno ostati znotraj jezikovnih možnosti ustavnega besedila, je v konkretnem primeru lahko sporno, kakšne so pravzaprav jezikovne meje besedila. Zdi se celo, da so nekatere določbe ustave, na primer 2. člen, ki določa, da je Slovenija pravna in socialna država, tako normativno odprte, da dopuščajo odkrivanje vsakršne vsebine.⁴² Na koncu smo spet na začetku – ustava je tisto, kar odloči ustavno sodišče.

Ustavno sodišče v funkciji pozitivnega ustvarjalca ustavnopravnih norm (načel in pravil) si je najlažje predstavljati, če si na kratko ogledamo njegovo ustvarjalno prakso. Tako je na primer ustavno sodišče v okviru 2. člena Ustave, ki Slovenijo opredeljuje kot pravno državo, razvilo več ustavnih (pod)načel, tako da danes v ustavnosodni presoji sploh ni več govora o »načelu pravne države«, temveč v množini o »načelih pravne

države». ⁴³ Podobno ustvarjalnost je ustavno sodišče pokazalo tudi pri razvoju človekovih pravic. Dober primer je razvoj in notranja členitev človekove pravice iz 22. člena Ustave (enako varstvo pravic), ki prek sodne prakse ustavnega sodišča zagotavlja cel spekter pravic, ki jih štejemo za predpostavke poštenega sojenja. ⁴⁴ Kot primer odločbe, ki je v javnosti obveljala za sporno, čeprav ustavno sodišče, vsaj tako se zdi, ni prekoračilo jezikovnih okvirov ustavnega besedila, je zadeva U-I-269/12 z dne 4. decembra 2014, ki je obravnavala financiranje zasebnih osnovnih šol. Ustavno sodišče je drugi odstavek 57. člena Ustave ⁴⁵ razložilo tako, da učencem zagotavlja pravico do brezplačnega obveznega javno veljavnega programa osnovnošolskega izobraževanja, ne glede na to, ali ga izvaja javnopravni ali zasebnopravni subjekt. Ker je ustava pravico otrok do osnovnošolskega izobraževanja povezala z njihovo ustavno dolžnostjo, se mora iz javnih sredstev financirati osnovnošolsko izobraževanje, ki je za učence obvezno, ne glede na to, ali gre za javno ali zasebno osnovno šolo. Ta razlaga, ki se zdi popolnoma sprejemljiva z vidika metod razlage, je nazoren prikaz tega, kako ustava omogoča izjemno ustvarjalnost pri njeni razlagi. Seveda pa ustvarjalnosti same po sebi ni mogoče enačiti s sodnim aktivizmom.

V zvezi s temeljnimi načeli državne ureditve je bila zelo pomembna razlaga 3.a člena Ustave, ki po vsebini določa, da se pravni akti in odločitve, sprejeti v Evropski uniji, uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo Evropske unije. V odločbi U-I-146/12 z dne 14. novembra 2013 je ustavno sodišče sprejelo razlago, da so zaradi tretjega odstavka 3.a člena Ustave temeljna načela, ki opredeljujejo razmerje med notranjim pravom in pravom Evropske unije, hkrati tudi notranja ustavnopravna načela, ki zavezujejo z močjo ustave. Odločitev, ki je po eni strani zagotovo ostala znotraj jezikovnih možnosti besedila, ima po drugi strani daljnosežen ustavodajni pomen za celotni pravni red, saj je vzpostavila prizmo, skozi katero je treba na novo premisliti vsebino mnogih ustavnih določb. ⁴⁶

Poleg številnih primerov, v katerih ustavno sodišče ostaja znotraj jezikovnih okvirov ter le odkriva in razvija vsebino ustave, ⁴⁷ pa je mogoče najti tudi bolj mejne zadeve, v katerih je težje presoditi, ali je s svojo ustvarjalnostjo prekoračilo jezikovne meje ustavnega besedila in ustavo dopolnilo s popolnoma novo vsebino. Omenim naj dve odločbi. Prva kaže zelo inovativno, toda še dopustno »hojo po robu«, druga pa pomeni prebijanje ustavnega besedila – ki ga tudi druge metode razlage ne podpirajo – in gre dejansko za razlago *contra legem*.

Z odločbo U-I-109/10 z dne 26. septembra 2011 je ustavno sodišče (soglasno) ugotovilo protiustavnost poimenovanja Titove ceste v Ljubljani. Presodilo je, da je tako poimenovanje v neskladju z ustavnim načelom spoštovanja človekovega dostojanstva. Z vidika razlage ustave je najbolj zanimivo to, da je to načelo umestilo v 1. člen Ustave, ki določa, da je Slovenija demokratična republika. To je sicer utemeljilo s tem, da načelo demokratičnosti ne pomeni zgolj formalne demokracije, temveč vsebinsko opredeljuje Republiko Slovenijo kot ustavno demokracijo, v kateri je ravnanje oblastnih organov

pravno omejeno z ustavnimi načeli ter s človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami. Človek in njegovo dostojanstvo sta v središču obstoja in delovanja države, v ustavni demokraciji je človek subjekt in ne objekt oblastnega delovanja, njegova (samo)uresničitev kot človeka pa je temeljni namen demokratične ureditve. Če je v tem primeru mogoče zagovarjati sicer prepričljivo razlago, da demokratičnost po vsebini vsebuje tudi človekovo dostojanstvo kot temeljno vrednoto demokratičnega sistema, pa v naslednjem primeru skoraj ni dvoma, da je ustavno sodišče prestopilo jezikovne možnosti ustavnosodne razlage.

V odločbi U-II-1/15 z dne 28. septembra 2015 je ustavno sodišče odločalo o dopustnosti naknadnega zakonodajnega referendumu o noveli Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih. Glede zgornje premise ustavnosodnega odločanja je moralo ugotoviti pomen četrte alineje drugega odstavka 90. člena Ustave, po kateri referendumu ni dopustno razpisati »o zakonih, ki odpravljajo protiuustavnost na področju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali drugo protiuustavnost«. Ne glede na jasno izražen namen ustavodajalca v gradivih za spremembo ustave, da se beseda protiuustavnost nanaša na vsako protiuustavnost, je ustavno sodišče to besedo razložilo tako, da je referendum prepovedan le o zakonih, ki odpravljajo protiuustavnost, ki jo je predhodno v svojih odločbah že ugotovilo ustavno sodišče, ne pa tudi o zakonih, s katerimi bi državni zbor po lastni presoji na lastno pobudo odpravljal protiuustavnosti. Pozitivni ustavodajni aktivizem ustavnega sodišča v tej zadevi nazorno osvetljujejo nekatera stališča iz ločenih mnenj ustavnih sodnic. Tako je sodnica Pogačar poudarila, da:

»iz jezikovnih znakov [...] ni mogoče sklepati, da naj bi bil izključitveni razlog iz četrte alineje drugega odstavka 90. člena ustave namenjen samo odpravi tiste protiuustavnosti, ki jo je predhodno že ugotovilo ustavno sodišče [...]. Mogoče pa je razbrati, da vprašanje, kdo je tisti, ki je ugotovil protiuustavnost, katere odprava je predmet zakona, za katerega je predlagan razpis zakonodajnega referendumu, sploh ni pomembno.«

Podobno je bilo stališče sodnice Jadek Pensa:

»Menim, da sprejeta razlaga prebija jezikovni pomen te ustavne določbe in da zanjo ni podlage v namenu norme.«

Enako kategorično je nestrinjanje izrazila sodnica Sovdat:

»Večinska odločitev četrto alinejo drugega odstavka 90. člena ustave razlaga na način, za katerega po mojem mnenju nima opore v ustavnem besedilu z vidika jezikovne razlage, pa tudi razlaga po namenu te norme ji ne pritrjuje. [...] Sam izraz protiuustavnost gotovo pomeni obe vrsti protiuustavnosti, tako tisto, ki jo ugotovi ustavno sodišče, kot tisto, ki jo ugotovi zakonodajalec.«

4 Sklep

Iz pristojnosti in pooblastil ustavnega sodišča ter iz njegove ustavnosodne presoje izhaja, da je v Sloveniji normodajna funkcija ustavnega sodišča zelo poudarjena. Na državni ravni je ustavno sodišče poleg zakonodajalca poglavitni tvorec prava. Ni mogoče zanikati, da ustavno sodišče v postopku presoje ustavnosti zakonov izvaja tudi zakonodajno oblast. Z različnimi tehnikami odločanja posredno ali neposredno ustvarja splošne pravne norme, ki imajo enako pravno moč kot zakoni. Odločbe, s katerimi zakon razveljavi ali ugotovi njegovo protiustavnost, so obvezne in imajo učinke *erga omnes*. Enako pravno moč kot zakon ima tudi t. i. določitev načina izvršitve, s katero ustavno sodišče neposredno, čeprav začasno, prevzame zakonodajno funkcijo. Pravotvornost ustavnega sodišča pa je še pomembnejša, ko razlaga ustavo. Ta je zlasti v delu o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah pomensko odprt pravni akt, ki omogoča ustvarjalen razlagalni pristop. Ustava vzpostavlja okvire ustavnopravno možnega, njene potenciale pa dnevno, iz odločbe v odločbo, aktualizira ustavno sodišče. V tem smislu je ustavno sodišče več kot varuh ustave. Ustavno sodišče je ustvarjalec ustave.

Opombe / Notes:

¹ Prim. Pavčnik, 2015: 419.

² V razpravi iz leta 1928, ko je ustavno sodstvo ocenjeval z vidika načela delitve oblasti, je Kelsen med drugim zapisal, da »razveljaviti zakon pomeni ustvariti splošno normo, kajti razveljavitev zakona ima enak splošni značaj kot njegovo sprejetje, čeprav z negativnim predznakom, in je zato sama po sebi zakonodajna funkcija« (Kelsen, 1928: 28). Čeprav je ustavno sodišče označil za negativnega zakonodajalca, pa je njegova precej pomembnejša ugotovitev ta, da si parlament in ustavno sodišče zakonodajno oblast delita: »[T]ribunal, ki ima pristojnost razveljaviti zakon, je posledično organ zakonodajne oblasti.« (Prav tam, str. 29) Potem, ko je ustavno sodišče z eno nogo postavil v zakonodajno oblast, v tem ni videl nasprotja z načelom delitve oblasti. Ker naj bi ustavno sodstvo preprečevalo pretirano koncentracijo zakonodajne oblasti v parlamentu – »koncentracijo, ki bi lahko bila škodljiva za demokracijo« (Prav tam, str. 29) – je Kelsen v tej instituciji videl celo utrjevanje načela delitve oblasti.

³ Prim. Teršek, 2014: 274. Glej tudi Teršek 2017, v tem zborniku.

⁴ Več o tem primerjalnopravno glej Brewer-Carias, 2011.

⁵ Prim. Nerad, 2007: 158.

⁶ S »pristojnostmi« razumem delokrog ustavnega sodišča, kakor je opredeljen v prvem odstavku 160. člena ustave. S »pooblastili« razumem vrsto odločitev, ki jih lahko ustavno sodišče sprejme pri izvrševanju posameznih pristojnosti. Te so na ustavni ravni opredeljene v 161. členu Ustave, podrobneje pa jih je razčlenil in uredil Zakon o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12 – v nadaljevanju ZUstS).

⁷ Gotovo se ustavno sodišče bolj »vpleta« v izvrševanje zakonodajne oblasti kot na primer državni svet, ki ga ustavnopravna doktrina večinsko šteje za drugi, čeprav nepopolni dom slovenskega parlamenta. Prim. Grad, Kaučič in Zagorc, 2016: 433.

⁸ Prispevek pušča ob strani, da je ustavno sodišče po 160. členu Ustave pristojno ne samo za presojo ustavnosti zakonov, temveč tudi za presojo ustavnosti in zakonitosti podzakonskih in drugih predpisov. Prav tako ni obravnavana normativna funkcija ustavnega sodišča pri izvrševanju drugih pristojnosti (na primer ustavne pritožbe). Za vse odločitve ustavnega sodišča velja, da so obvezne. To obveznost je sicer mogoče obravnavati na različnih ravneh in z različnih vidikov, na splošno pa gotovo drži, da ustavno sodišče pri vseh svojih pristojnostih ustvarja obvezna precedenčna stališča o vsebini ustavnih določb. Ko gre za razlago ustave, so vse odločbe ustavnega sodišča pravni vir. Že s tem je, z besedami Zupančiča (2010: 23), »spodsekana fikcija o zakonodajalčevem monopolu nad ustvarjanjem norm«.

⁹ Prim. Ribičič, 2015: 1332.

¹⁰ Presoja dopustnosti zakonskega posega v človekovo pravico ali temeljno svoboščino praviloma pomeni presojo z vidika načela sorazmernosti (2. člen ustave), ki prepoveduje čezmerne posege države. Ustavno sodišče presodi, ali zakonski poseg zasleduje ustavno dopusten cilj ter nato še, ali je poseg primeren, nujen in sorazmeren v ožjem smislu. Čeprav to ni razvidno na prvi pogled, imajo vsa ta merila za presojo sorazmernosti posredni normativni učinek, saj omejujejo zakonodajno svobodo zakonodajalca. Čezmeren zakonski ukrep je namreč protiušten. Več o načelu sorazmernosti glej Novak, 2013.

¹¹ O težavni ločnici med razlagati in (ali) ustvarjati pravno pravilo glej Pavčnik, 2013: 78 in nasl.

¹² Prim. Ribičič, 2015.

¹³ Prim. Sovdat, 2015: 130.

¹⁴ Glej tudi Krivic, 1992 in Nerad, 2004.

¹⁵ Glej na primer odločbe Up-252/96 z dne 30. septembra 1999, Up-295/97 z dne 13. oktobra 1999, Up-425/03 z dne 20. oktobra 2005, Up-699/05 z dne 5. julija 2007, Up-791/10 z dne 8. decembra 2011 in Up-1136/11 z dne 15. marca 2012.

¹⁶ Glej na primer sklep U-I-249/00 z dne 19. septembra 2002 in odločbo U-I-201/99 z dne 30. januarja 2003.

¹⁷ Najbolj jasno je to razvidno v primerih, ko ustavno sodišče razveljavi specialno ureditev (*lex specialis*) in se za taka dejanska stanja začne uporabljati splošna ureditev (*lex generalis*). Glej tudi Nerad, 2011: 1466, Testen, 2000: 225 in Pavčnik, 2000: 413.

¹⁸ Na primer z odločbo U-I-313/13 z dne 21. marca 2014 je ustavno sodišče v celoti razveljavilo Zakon o davku na nepremičnine (Uradni list RS, št. 101/13). Čeprav je protiuštenost ugotovilo le za nekaj zakonskih določb, je šlo za temeljne določbe, brez katerih drugih določb zakona sploh ni bilo mogoče izvrševati.

¹⁹ Taka zadržanost glede obsega presoje velja tudi, kadar ustavno sodišče po uradni dolžnosti razširi presojo na določbe, ki niso bile izrecno izpodbijane. ZUSt v 30. členu predvideva širitev presoje *ex officio* le, če so določbe v medsebojni zvezi ali če je to nujno za rešitev zadeve (načelo koneksitete).

²⁰ Uradni list RS, št. 70/05 – uradno prečiščeno besedilo.

²¹ Drug primer je odločba U-I-253/13 z dne 13. februarja 2014, v kateri je ustavno sodišče presojalo 10. člen Zakona o brezplačni pravni pomoči (Uradni list RS, št. 96/04 – uradno prečiščeno besedilo in 23/08), ki je glede na stalno prebivališče različno obravnaval državljane Slovenije pri pridobitvi pravice do brezplačne pravne pomoči. Upravičenci do brezplačne pravne pomoči so bili samo državljani, ki v Republiki Sloveniji stalno prebivajo, državljani brez stalnega prebivališča pa do pridobitve brezplačne pravne pomoči niso bili upravičeni. Ustavno sodišče je ugotovilo, da je ureditev v neskladju s pravico do nediskriminacijskega obravnavanja iz prvega odstavka 14. člena ustave. Zakonsko besedilo »ki v Republiki Sloveniji stalno prebivajo« je razveljavilo in s tem neposredno, z zakonodajnim učinkom, razširilo krog upravičencev do brezplačne pravne pomoči. Prim. tudi odločbe U-I-50/09, Up-260/09 z dne 18. marca 2010, U-I-

30/12 z dne 18. oktobra 2012, U-I-189/14, Up-663/14 z dne 15. oktobra 2015 in U-I-251/14 z dne 21. oktobra 2015.

²² Glej na primer odločbo Up-185/14, U-I-51/16 z dne 28. septembra 2016.

²³ Več o tem glej Nerad, 2011: 1475 in nasl.

²⁴ Prim. Sovdat, 2015: 151.

²⁵ Če se do izteka roka zakonodajalec ne odzove, po ustaljenem stališču ustavnega sodišča hudo krši načela pravne države in načelo delitve oblasti. Glej na primer odločbi U-I-248/08 z dne 11. novembra 2009 in U-I-159/08 z dne 11. decembra 2008.

²⁶ Glej tudi odločbo Up-758/06 z dne 6. decembra 2007.

²⁷ Tako ustavno sodišče že v sklepu U-I-168/97 z dne 3. julija 1997 in odločbi U-I-92/96 z dne 21. marca 2002.

²⁸ Glej tudi odločbo Up-2597/07 z dne 4. oktobra 2007.

²⁹ Prim. sklep Up-2436/08, U-I-42/08 z dne 26. marca 2009.

³⁰ Drugi odstavek 40. člena tega zakona določa: »Če je potrebno, določi ustavno sodišče, kateri organ mora izvršiti odločbo in na kakšen način.«

³¹ Glej na primer 4. točko izreka odločbe U-I-137/10 z dne 26. novembra 2010.

³² Glej na primer odločbe U-I-30/12 z dne 18. oktobra 2012, U-I-313/13 z dne 21. marca 2014, U-I-12/12 z dne 11. decembra 2014, U-I-294/12 z dne 10. junija 2015 in U-I-12/15 z dne 28. septembra 2016.

³³ Ustavno sodišče je v zadnjih petih letih (2012–2016) določilo način izvršitve odločbe v 38 zadevah. Glej na primer odločbe U-I-67/09, Up-316/09 z dne 24. marca 2011, U-I-114/11 z dne 9. junija 2011, U-I-147/12 z dne 29. maja 2013, U-I-40/12 z dne 11. aprila 2013, U-I-134/10 z dne 24. oktobra 2013, U-I-70/12 z dne 21. marca 2014, U-I-94/13 z dne 2. oktobra 2014, U-I-12/12 z dne 11. decembra 2014, U-I-309/13, Up-981/13 z dne 14. januarja 2015, U-I-115/14, Up-218/14 z dne 21. januarja 2016, U-I-255/13 z dne 18. februarja 2016 in U-I-109/15 z dne 9. maja 2016.

³⁴ Prim. Sovdat, 2015: 158.

³⁵ Prim. odločbo U-I-248/08 z dne 11. novembra 2009.

³⁶ V letnem poročilu za leto 2015 (Poročilo o delu 2015: 39) je ustavno sodišče na primer ugotavljalo, da je že leta 2010 potekel rok za odpravo ugotovljene protiustavnosti zakona, ki je urejal registracijo istospolne partnerske skupnosti. Zakonodajalec se torej že peto leto ni odzval na ugotovljeno protiustavnost, da za razlike v ureditvi dedovanja med zakonci ter med partnerji registriranih istospolnih skupnosti ni ustavno dopustnega razloga. Ker pa je ustavno sodišče določilo način izvršitve svoje odločbe, so bile pravice udeležencev v konkretnih postopkih zavarovane.

³⁷ Tako tudi v odločbi Up-3871/07, U-I-80/09 z dne 1. oktobra 2009.

³⁸ Glej odločbo U-I-248/08 z dne 11. novembra 2009.

³⁹ Ustavno sodišče je že v sklepu Up-901/08 z dne 24. februarja 2009 pojasnilo, da je treba pri odločanju o ustavnih pritožbah zaradi zatrjevane kršitve načina izvršitve, ki ga je določilo ustavno sodišče, razlikovati med »navadno« kršitvijo načina izvršitve (ki je po pomenu enaka kršitvi zakona) in kršitvijo, ki je hkrati tudi kršitev človekovih pravic in s katero je mogoče uspeti v postopku z ustavno pritožbo.

⁴⁰ Kot je ustavno sodišče zapisalo v predstavitveni knjižici ob 25. obletnici delovanja (Ustavno sodišče Republike Slovenije – 25 let: 9): »Ustava pa ni samo zbirka členov, temveč je njena vsebina v pomembnem delu rezultat delovanja ustavnega sodišča. [...] Odločitve ustavnega sodišča ustavo vsebinsko napolnjujejo in jo osmišljajo kot živ in učinkovit pravni akt, ki lahko neposredno vpliva na življenje in blaginjo ljudi.«

⁴¹ Podobno tudi Pavčnik (2015: 417): »Ustavno sodišče vselej poslednje in avtoritativno razsoja o tem, kaj je ustava in kako jo je treba pomensko razumeti.«

⁴² V takih primerih je lažje kategorično reči, kaj zagotovo ni pravna država, kot pa celovito in dokončno zajeti, kaj vse je pravna država.

⁴³ Ta načela, s primeri odločb, so primeroma naslednja: načelo zaupanja v pravo (U-I-123/92 z dne 18. novembra 1993, U-I-127/03 z dne 9. junija 2005), načelo sorazmernosti (U-I-18/02 z dne 24. oktobra 2003), načelo jasnosti in določnosti predpisov (U-I-32/00 z dne 10. julija 2003, U-I-131/04 z dne 21. aprila 2005), načelo prilagajanja prava družbenim razmerjem (U-I-69/03 z dne 20. oktobra 2005), načelo konsistentnosti in koherentnosti pravnega reda (U-I-81/96 z dne 12. marca 1998, U-II-1/04 z dne 26. februarja 2004), načelo pravne varnosti (U-I-8/00 z dne 10. maja 2001) in načelo obveznosti (ugotovitvenih) odločb ustavnega sodišča (U-II-3/04 z dne 20. aprila 2004).

⁴⁴ Poglavitne pravice, ki izhajajo iz 22. člena Ustave, so: enakost orožij v kazenskem postopku (U-I-275/10, Up-1507/10 z dne 19. aprila 2012), pravica do sodelovanja v postopku, pravica do izjave oziroma pravica do kontradiktornega postopka (Up-1159/11 z dne 31. maja 2012, Up-572/12 z dne 15. junija 2012, Up-1051/11 z dne 4. julija 2013), pravica do obrazložene sodne odločbe (Up-1273/09 z dne 13. oktobra 2011, Up-1067/11 z dne 19. januarja 2012, Up-897/11 z dne 19. januarja 2012, Up-609/12 z dne 23. maja 2013) ter prepoved sodniške samovolje in arbitrarnosti (Up-51/13 z dne 21. novembra 2013).

⁴⁵ Glede izobraževanja in šolanja je Ustava skopa: prvi odstavek 57. člena Ustave določa, da je izobraževanje svobodno, drugi odstavek tega člena pa, da je osnovnošolsko izobraževanje obvezno in se financira iz javnih sredstev.

⁴⁶ Prim. odločbo Up-1056/11 z dne 21. novembra 2013, v kateri je ustavno sodišče razložilo, da kršitev dolžnosti predložitve zadeve Sodišču Evropske unije (predhodno vprašanje) pomeni kršitev pravice do sodnega varstva iz prvega odstavka 23. člena Ustave. Glej tudi Nerad, 2012: 383.

⁴⁷ Glej tudi zadeve U-I-212/10 z dne 14. marca 2013, U-I-156/11, Up-861/11 z dne 10. aprila 2014 in U-I-136/14 z dne 11. junija 2014.

Literatura /References:

- Brewer-Carias, A. R. (ur.) (2011) *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. Cambridge University Press.
- Cerar, M. (2000) (Ne)političnost ustavnega sodstva. V M. Pavčnik, A. Mavčič (ur.), *Ustavno sodstvo* (str. 349–389). Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Grad, F., Kaučič, I. in Zagorc, S. (2016) *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Kelsen, H. (1928) *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle): Extrait de la Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, Avril-Mai-Juin 1928, Pariz: Marcel Giard.
- Kristan, I. (2011) Nauk iz ankaranske zgodbe: spoštovati načelo delitve oblasti. *Pravna praksa*, 30(6–7), str. 9–11.
- Krivic, M. (1992) Pravne posledice ustavnosodne razveljavitve in odprave predpisov (primerjalno in pri nas). *Pravnik*, 47(9–10), str. 355–364.
- Nerad, S. (2004) Učinkovanje *ratione temporis* razveljavitvenih odločb ustavnega sodišča. *Zbornik znanstvenih razprav*, letnik LXIV, str. 311–336.
- Nerad, S. (2007) *Interpretativne odločbe ustavnega sodišča*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

- Nerad, S. (2011) Komentar k 161. členu ustave, V L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije: Dopolnitev-A* (str. 1462–1510). Ljubljana: Fakulteta za državne in evropske študije.
- Nerad, S. (2012) Recepcija prava Evropske unije v nacionalno ustavno pravo; Ustavno sodišče med pravom Evropske unije in Ustavom, V I. Kaučič (ur.), *Pomen ustavnosti in ustavna demokracija* (str. 379–392). Ljubljana: Ustavno sodišče Republike Slovenije.
- Novak, A. (2011) Pirova zmaga pravne države. *Pravna praksa*, 30(24–25), str. 6–8.
- Novak, A. (2013) Predpostavke načela sorazmernosti v ustavnosodnem odločanju. V M. Pavčnik, A. Novak (ur.), *Ustavno(sodno) odločanje* (str. 103–181). Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2000) Pravni in ustavni temelji prava, V M. Pavčnik, A. Mavčič (ur.), *Ustavno sodstvo* (str. 391–431). Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Pavčnik, M. (2013) Ustavnoskladna razlaga (zakona). V M. Pavčnik, A. Novak (ur.), *Ustavno(sodno) odločanje* (str. 65–101). Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2015) *Teorija prava: Prispevek k razumevanju prava, 5. pregledana in dopolnjena izdaja (z novim poglavjem Aleša Novaka)*, Ljubljana: GV Založba.
- Poročilo o delu 2015: II. del.* (2016) Ljubljana: Ustavno sodišče Republike Slovenije.
- Ribičič, C. (2010) *Človekove pravice in ustavna demokracija*, Ljubljana: Študentska založba.
- Ribičič, C. (2015) Ustavno sodišče kot pozitiven zakonodajalec. *Podjetje in delo*, 41(6–7), str. 1332–1344.
- Sovdat, J. (2015) *Ustavno procesno pravo – praktikum*, Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Šmidovnik, J. (2011) Epilog ankaranske zgodbe. *Pravna praksa*, 30(20), str. 6–8.
- Teršek, A. (2014) *Teorija legitimnosti in sodobno ustavnštvo*, Koper: Univerzitetna založba Annales.
- Teršek, A. (2017) Ustavnosodno pravotvorje v sodobnem ustavnštvu. V M. Žgur, N. Kogovšek Šalomon, B. Koritnik (ur.), *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju*. Liber Amicorum Ciril Ribičič. Maribor: Lex Localis.
- Testen, F. (2000) Tehnike ustavnosodnega odločanja. V M. Pavčnik, A. Mavčič (ur.), *Ustavno sodstvo* (str. 213–248). Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Ustavno sodišče Republike Slovenije – 25 let.* (2016) Ljubljana: Ustavno sodišče Republike Slovenije.
- Zupančič, B. M. (2010) Spremnja beseda. V C. Ribičič, *Človekove pravice in ustavna demokracija* (str. 18–25). Ljubljana: Študentska založba.

Učinkovita pravna sredstva za varstvo človekovih pravic – pogledi na vpliv Strasbourga na domačo sodno prakso

JADRANKA SOVDAT

Povzetek Evropska Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin obvezuje države pogodbenice, da v vsakem posameznem primeru spoštujejo konvencijske pravice in za njihovo udejanjanje uveljavijo učinkovita domača pravna sredstva. Evropsko sodišče za človekove pravice je subsidiarno sodno telo, ki ima zadnjo besedo o tem, ali države izvršujejo svoje konvencijske obveznosti. Tako ima zadnjo besedo tudi o tem, ali so imeli pritožniki pred vložitvijo pritožbe na Sodišče na voljo učinkovita pravna sredstva in ali so jih izčrpali. Pogledi Sodišča na Konvencijo morajo po naravi stvari najti odziv v prihodnjih odločitvah domačih sodnih, izvršnih in zakonodajnih oblasti.

Ključne besede: • Evropsko sodišče za človekove pravice • ustavno sodišče • učinkovita domača pravna sredstva

NASLOV AVTORJA: Dr. Jadranka Sovdat, docentka, predsednica, Ustavno sodišče Republike Slovenije, Beethovnova ulica 10 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: jadranka.sovdat@us-rs.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.16 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

Effective Legal Remedies for the Protection of Human Rights: Reflections on the Influence of Strasbourg on Domestic Case Law

JADRANKA SOVDAT

Abstract The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) obliges the Contracting States to respect the Convention rights in every individual case and to provide effective domestic remedies for the enforcement of these rights and freedoms. The European Court of Human Rights (ECtHR) is a subsidiary judicial body that has the final say on whether the states fulfilled their Convention duties. Therefore, it also has the final say on whether applicants had at their disposal effective domestic remedies and whether these remedies had been exhausted before an application was lodged with the Court. The Court's views on the Convention have to be reflected by the future decisions of domestic judicial, executive, and legislative authorities.

Keywords: • European Court of Human Rights • Constitutional court • effective domestic remedies

CORRESPONDENCE ADDRESS: Jadranka Sovdat, Ph.D., Assistant Professor, President, Constitutional Court of the Republic of Slovenia, Beethovnova ulica 10 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: jadranka.sovdat@us-rs.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.16 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

S Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP)¹ se je Slovenija zavezala, da bo spoštovala človekove pravice in temeljne svoboščine (v nadaljevanju: človekove pravice), urejene v njej,² in da bo za njihovo uresničevanje zagotovila učinkovita domača pravna sredstva.³ EKČP je mednarodna pogodba. Običajno je, da sodišča države pri sojenju razlagajo tudi določbe mednarodnih pogodb, ki obvezujejo državo. S tem omogočajo njihovo učinkovitost v notranjem pravnem redu in hkrati skrbijo za verodostojnost države v mednarodni skupnosti.⁴ Razlage mednarodnih pogodb se poenotijo na enak način, na kakršnega se poenotijo razlage domačega prava v vzpostavljeni sodni hierarhiji. Domača sodišča so pristojna in dolžna pri sojenju razlagati tudi EKČP. Vendar ta prinaša s seboj posebnost.⁵ Z njo so države pogodbenice ustanovile mednarodno sodišče in dovolile svojim državljanom (in drugim osebam pod njihovo jurisdikcijo), da jih tožijo pred njim, če ne spoštujejo konvencijskih pravic. Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP), ustanovljeno z EKČP,⁶ je zasnovano kot subsidiarno sodno telo, saj prvi odstavek 35. člena EKČP določa, da sme obravnavati zadeve šele po tem, ko so izčrpana vsa domača pravna sredstva. Po naravi stvari je takó postalo ESČP zadnje sodišče, ki je pristojno razlagati konvencijske določbe in s tem odločiti o tem, ali je država v vsakem posameznem primeru spoštovala obveznosti, ki jih je s to mednarodno pogodbo prevzela.

Zato se vzpostavi posebno razmerje med EKČP in notranjim pravom, glede na subsidiarnost ESČP pa tudi posebno razmerje med njim in domačimi sodišči. Obe razmerji zahtevata na eni strani učinkovito skrb (vseh!) domačih oblasti za uveljavitev konvencijskih pravic. Pravilnost razlag EKČP, ki se oblikujejo v domači sodni piramidi, je podvržena nadzoru mednarodnega sodišča. Ko ga ESČP izvršuje, mora na drugi strani spoštovati svoj subsidiarni položaj v razmerju do domačih sodišč. Njegova »zadnja beseda« pa povratno vpliva na sojenje domačih sodišč; tudi, ko se vprašamo, ali so bila pritožniku pred vložitvijo pritožbe na ESČP v vsakem posameznem primeru v državi na voljo učinkovita pravna sredstva za varstvo konvencijskih pravic. Prispevek skuša pokazati na ta razmerja, kot so videti z vidika slovenskega ustavnopravnega reda, v katerega so vtakane in z njim prežete konvencijske pravice, kot jih oživlja sodna praksa ESČP. Na njen prispevek k spoštovanju človekovih pravic v državi je profesor Ciril Ribičič opozarjal v svojih znanstvenih delih in v številnih ločenih mnenjih, ki so nastajala izpod njegovega peresa v času, ko je bil ustavni sodnik. Prav po njegovi zaslugi se z organizacijo vsakoletnega tekmovanja Rubikon zavedanje o pomenu evropskega mehanizma varstva človekovih pravic prenaša na mlajše rodove slovenskih pravnikov. Vsekakor gre za enega od vidikov, ki pomembno zaznamujejo profesorjevo bogato akademsko in sodniško kariero.

2 Razmerje med Ustavo in EKČP

V skladu z 8. členom, drugim odstavkom 153. člena in drugo alinejo prvega odstavka 160. člena Ustave je mednarodna pogodba v hierarhiji pravnih aktov višja od zakona. Ni pa višja od Ustave, ker ta ne sprejema primata mednarodnega prava.⁷ Vendar ta splošna ugotovitev ne drži, ko gre za mednarodne instrumente, ki urejajo človekove pravice, in sicer zaradi petega odstavka 15. člena Ustave, ki uveljavlja načelo največjega varstva človekove pravice. Na njegovi podlagi tudi EKČP pripada ustavna raven.⁸ V razmerju med Ustavo in EKČP zato velja:

1. če Ustava človekove pravice sploh ne ureja, bo prišlo do neposredne⁹ uporabe EKČP;
2. če ureditvi človekove pravice obstajata v obeh pravnih virih in nista enaki, se mora v primeru kolizije med njima ustavna norma umakniti normi mednarodnega prava, kadar slednja zagotavlja višjo¹⁰ raven varstva posamezne človekove pravice; pride torej do prevlade EKČP nad ustavno normo;¹¹
3. če Ustava zagotavlja (enako ali) večje varstvo človekove pravice kot EKČP, pa ima prednost Ustava.¹²

Glede na to so nasprotja, ki bi nastala v razmerju med normami ustavnega prava in EKČP, rešljiva z razlago Ustave in EKČP *in favorem libertatis*.¹³

Ker so redna sodišča pri sojenju vezana na Ustavo,¹⁴ so vezana glede na njen 8. člen tudi na EKČP. Če so določbe EKČP neposredno uporabljive in je na podlagi splošnih metod razlage prava mogoče zagotoviti njihovo uporabo v posameznem primeru, lahko sodišča pri tem sama rešijo tudi morebitno nasprotje med EKČP in zakonom. Ustavnoskladna razlaga zakonov¹⁵ namreč pomeni tudi razlago, skladno z določbami EKČP. Če taka razlaga zakona ni mogoča, morajo sodišča na podlagi 156. člena Ustave prekiniti postopek sodnega odločanja in zahtevati oceno skladnosti zakona z EKČP pred US. Tako morajo ravnati tudi, ko gre za določbe EKČP, ki niso neposredno uporabljive in zahtevajo ustrezno zakonsko ureditev. V takih primerih gre za neskladnost zakona z EKČP zaradi pravnih praznin, ki jih ni mogoče zapolniti z razlago prava, temveč jih mora glede na vsebino EKČP najprej zapolniti zakonodajalec.¹⁶

Tudi za US je EKČP vselej zgornja premisa ustavnosodne presoje.¹⁷ Pri tem mora US spoštovati sodno prakso ESČP ne glede na to, ali je sodba sprejeta v zadevi, v kateri je bila Slovenija udeležena v postopku pred tem sodiščem.¹⁸ Po črki EKČP (prvi odstavek 46. člena) sicer sodbe ESČP učinkujejo *inter partes*. Vendar prevladuje stališče o (vsaj) *de facto* učinkih *erga omnes* za državne organe (in med njimi še posebej za sodišča, torej tudi za ustavna sodišča) vseh držav pogodbenic.¹⁹ US pa jim je v Sloveniji s svojim stališčem v odločbi št. U-I-65/05 tako rekoč pripisalo obvezujoče pravne učinke, na katere je tudi samo vezano.²⁰ Hkrati se od ESČP pričakuje, da skrbno prouči argumente US, ko odloča o pritožbah zoper Slovenijo po tem, ko je to v postopku

izčrpanja domačih pravnih sredstev kot zadnje domače sodišče odločilo o zadevi. Pri tem se lahko US pri izvrševanju svojih pristojnosti znajde v drugačnem položaju od ESČP.²¹

3 Izčrpanje domačih pravnih sredstev

ESČP je mednarodno sodišče, ustanovljeno z mednarodno pogodbo, ki v temelju določa njegove pristojnosti, pogoje za dovoljenost njegovega odločanja in postopek pred njim. Določa tudi njegova pooblastila pri odločanju,²² vrsto njegovih odločitev in njihove pravne učinke. Vendar veliko procesnih pravil, ki podrobneje urejajo postopek, kot je to običajno pri takih sodiščih, vsebujejo poslovniške določbe, ki jih sprejema ESČP na svojem plenarnem zasedanju.²³ Tako lahko rečemo, da postopek pred ESČP ureja skupek konvencijskih in poslovniških pravil,²⁴ ki jih glede na njihovo naravo navadno označujemo z izrazom procesno pravo.²⁵ Njegov sestavni del je ureditev dostopa do tega sodišča in v ta okvir spada tudi zahteva po predhodnem izčrpanju domačih pravnih sredstev iz prvega odstavka 35. člena EKČP.

V skladu z ustaljeno sodno prakso ESČP ima zahteva po izčrpanju domačih pravnih sredstev tri glavne namene. Državi pogodbenici omogoča, da poskrbi za preprečitev kršitev človekovih pravic; če se te zgodijo, pa za njihovo popravo, preden se odločanje o kršitvah predloži ESČP. Izpolnjuje predpostavko, ki se odraža v 13. členu EKČP, tj. da obstaja učinkovit domač sistem pravnih sredstev, ki naj zagotovi odpravo kršitev konvencijskih pravic, ESČP v primerjavi z njim pa nastopa kot subsidiarno sodišče. Poleg tega pa takó ESČP razpolaga s pogledi domačih sodišč, preden sólo odloča o zadevi,²⁶ kar gotovo pripomore h kakovosti njegovega odločanja in je pomembno glede na to, da je zadnje sodišče, ki razlaga EKČP. Ta zahteva naj tudi prepreči dvojno zaščito človekovih pravic, ki bi se hkrati odvijala na nacionalni in mednarodni ravni.²⁷

Glede izčrpanja domačega pravnega sredstva je dokazno breme porazdeljeno med pritožnika in vlado. Preden se vzpostavi komunikacija z državo pogodbenico, mora pritožnik izkazati, da je izpolnil pogoj iz prvega odstavka 35. člena EKČP.²⁸ ESČP ga bo preverilo po uradni dolžnosti in če ne bo izkazan, bo pritožbo zavrnilo (angl. *reject*) kot nedovoljeno (angl. *inadmissible*). Po vzpostavitvi komunikacije z vlado odgovorne države pa se – če ta ugovarja izčrpanju pravnih sredstev – breme dokaza prevali nanjo. Dokazati mora, da je obstajalo učinkovito in dostopno pravno sredstvo, ki je bilo učinkovito ne le v teoriji, temveč tudi v praksi in ki je ponujalo razumne možnosti za njegov uspeh. Obstajajo izjeme od izčrpanja domačih pravnih sredstev zaradi obstoja posebnih okoliščin konkretnega primera, ki se jim namenja nekoliko več besed v okviru obravnave tega pogoja v zadevah, v katerih je bila tožena Slovenija.

4 Izčrpanje pravnih sredstev v nekaterih slovenskih zadevah

Z vidika obravnavane teme lahko zadeve razdelimo na dva glavna sklopa. V prvem gre za zadeve, ki se nanašajo na pravice poštenega sojenja, začenši s pravico do sojenja v razumnem roku. V drugem so zadeve, v katerih je ESČP odločilo o dovoljenosti pritožbe hkrati z odločitvijo o njeni utemeljenosti.

Zgodba o učinkovitosti domačih pravnih sredstev, ko gre za uresničevanje pravice do sojenja v razumnem roku (prvi odstavek 6. člena EKČP), se je začela z začetkom odločanja o zadevah, v katerih je bila pred ESČP tožena Slovenija, le da v prvi zadevi to vprašanje ni bilo obravnavano, ker je vlada zamudila z vložitvijo ugovora.²⁹ Že z odločbo v zadevi *Belinger proti Sloveniji*³⁰ je bilo nakazano, da ESČP ne bo sprejelo kot učinkovitih pravnih sredstev, ki jih je v ugovorih ponujala vlada.³¹ V sodbi v zadevi *Predojevič, Prokopović, Prijović in Martinović proti Sloveniji* je vlada ugovarjala, da bi pritožnik moral izčrpati domača pravna sredstva.³² ESČP ponujenih pravnih sredstev ni sprejelo kot učinkovitih.³³ Sledila je sodba v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* z dne 6. oktobra 2005, ki je bila prva pilotna sodba³⁴ za našo državo, v kateri je ESČP ugotovilo, da gre glede varstva pravice do sojenja v razumnem roku v Sloveniji za sistemski problem. Ponovilo je svojo celotno doktrino z vidika namena prvega odstavka 35. člena EKČP in navedlo kriterije, ki zadostijo zahtevi po učinkovitem pravnem sredstvu.³⁵

Do drugačne zakonske ureditve varstva pravice do sojenja v razumnem roku bi v Sloveniji sicer prišlo, tudi če ne bi bilo sodbe v zadevi *Lukenda*. Nadomestila bi jo odločba Ustavnega sodišča št. U-I-65/05,³⁶ lahko ji rečemo »slovenska *Lukenda*«. Vendar je hkrati mogoče tudi reči, da jo je bistveno pospešila prav dotedanja sodna praksa ESČP, tako v zadevah proti Sloveniji kot tudi v sodbi v zadevi *Kudla proti Poljski*.³⁷ Hkrati je pomembno vplivala na nadaljnje odločanje US glede varstva te pravice.³⁸ Predvsem pa bi moralo biti pomembno, da mora država sodstvo organizirati tako, da bo v vsakem posameznem primeru zagotovljena pravica do sojenja v razumnem roku. Gre za njeno pozitivno obveznost, ki se je ne more razbremeniti s tem, da je ne spoštuje in hkrati ljudi pošilja v nove (dolgotrajne) sodne postopke. Tako noben sodni sistem ne more delovati učinkovito. Tudi namen sodbe ESČP ne more biti v tem, da se prisojajo odškodnine za dolgotrajne sodne postopke, temveč v tem, da država poskrbi, da se ti sploh ne bodo dogajali. Zato ta sodba in njena argumentacija nista pomembni samó za varstvo pravice do sojenja v razumnem roku. Iz nje bi bilo treba potegniti koristne nauke tudi na drugih področjih.

Leta 2007 je bil uveljavljen 55.a člen ZUstS, ki dopušča ustavno pritožbo v nekaterih vrstah manj pomembnih zadev (drugi odstavek tega člena) le v primerih, če je treba sprejeti precedenčno odločitev (tretji odstavek navedenega člena). Gre za udejanjanje načela *de minimis non curat praetor*.³⁹ Vlada je v zadevi *Flisar proti Sloveniji* ugovarjala izčrpanost pravnih sredstev, ker naj pritožnik v postopku z ustavno pritožbo,

ki je bila zavržena na navedeni podlagi, ne bi izkazal, da gre v njegovi zadevi za precedenčno ustavnopravno vprašanje. ESČP je zavrnilo ta ugovor⁴⁰ kot neprepričljiv, češ da 53. člen ZUstS, ki določa, kaj mora vsebovati ustavna pritožba, tega pogoja ne našteva. Tej razlagi ESČP bi lahko oporekali.⁴¹ Zavrnitev ugovora je bila kljub temu na mestu. Pritožnik je z vložitvijo ustavne pritožbe nedvomno izčrpal vsa domača pravna sredstva, ki so mu bila na voljo.⁴² Le uspešen ni bil, ker je US njegovo ustavno pritožbo zavrglo.

V sodbi v zadevi *Mavrič proti Sloveniji*⁴³ je ESČP pričakovano zavrnilo vladni ugovor, da bi pritožnik v prekrškovni zadevi moral dati pobudo državnemu tožilcu za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti. Navedlo je, da to ne more biti učinkovito pravno sredstvo, ker ni dostopno neposredno pritožniku in ker je odvisno od presoje vrhovnega državnega tožilca, ali ga vložiti.⁴⁴ Poleg tega je vlada uveljavljala tudi, da bi moral pritožnik s pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti izpodbijati zakonske določbe o postopku o prekršku, pritožnik pa je vložil le ustavno pritožbo. ESČP teh ugovorov ni sprejelo. V resnici je bil ta vladni ugovor neprimeren. Splošno bi moralo biti znano, da v primeru vložene ustavne pritožbe US na podlagi drugega odstavka 161. člena Ustave in drugega odstavka 59. člena ZUstS po uradni dolžnosti začne postopek za oceno ustavnosti zakona, če je to potrebno za odločitev o ustavni pritožbi. To US ves čas in v nemalo primerih tudi dela.⁴⁵

V drugi sklop zadev spadajo zlasti odločitve, povezane z zatrjevanjem kršitev iz 2., 3. in 8. člena EKČP. V teh primerih je ESČP odločitev o dovoljenosti pritožbe povežalo z odločitvijo o njeni utemeljenosti. S tem je procesno pravilo o izčrpanju domačih pravnih sredstev prešlo svojo preprosto naravo pogoja dovoljenosti in se povežalo s samo vsebino pravice, in sicer z njenim procesnim vidikom. Ta, ko gre za pravico iz 2. člena EKČP, med drugim državi pogodbenici nalaga vzpostavitev učinkovitega sistema, ki bo omogočil ugotovitev vzroka smrti posameznika, ko je ta v oskrbi zdravniškega osebja in pod njegovo odgovornostjo.⁴⁶ V zadevi *Šilih* je vlada ugovarjala, da civilni postopek še teče, da bi pritožnika po koncu kazenskega in civilnega postopka lahko zahtevala še odškodnino po 26. členu Ustave ter da bi lahko uveljavljala pravna sredstva glede dolgega trajanja postopka. ESČP ugovoru ni sledilo. Zatrjevano dolgo trajanje postopka je povežalo s samo pravico iz 2. člena EKČP. Poudarilo je, da ne gre za pravico do sojenja v razumnem roku, temveč gre za to, ali je država zadostila procesnim zahtevam, ki izhajajo iz 2. člena EKČP. V takih primerih ugotovitev o tem, da pritožnikom ni bila zagotovljena učinkovita preiskava, pomeni ne le odločitev o dovoljenosti pritožbe, temveč hkrati ugotovitev kršitve procesnega vidika 2. člena EKČP.

Procesni vidik 2. člena EKČP se je pokazal tudi v sodbi v zadevi *Volk proti Sloveniji* z dne 13. decembra 2012, ko je šlo za smrt osebe v zaporu. Vlada je ugovarjala izčrpanost pravnih sredstev, ker je civilni postopek še tekel, prav tako tudi kazenski postopek, ki ga je pritožnica v imenu svojega umrlega sina začela kot subsidiarna tožilka. ESČP je

zavrnilo ugovor in poudarilo, da obstaja pozitivna obveznost države varovati življenja zapornikov. Država mora v primeru smrti zapornika izvesti neodvisno, nepristransko in hitro preiskavo po uradni dolžnosti. Tega ne moreta nadomestiti niti civilna tožba niti subsidiarni kazenski pregon.

V ta sklop spadajo tudi zadeve, v katerih je bila zatrjevana kršitev prepovedi mučenja iz 3. člena EKČP, vključno s procesnim vidikom te zadeve. Začenja jo sicer zadeva *Rehbock proti Sloveniji*,⁴⁷ vendar v njej ESČP ni obravnavalo izčrpanja pravnih sredstev, ker je ta ugovor vlada podala prepozno.⁴⁸ Sledila ji je zadeva *Matko proti Sloveniji*, v kateri je ESČP ugotovilo takó kršitev procesnega kot tudi vsebinskega vidika te pravice. Vlada je ugovarjala neizčrpanost pravnih sredstev in se pri tem sklicevala tudi na odločbo US št. Up-555/03, Up-827/04 z dne 6. julija 2006,⁴⁹ s katero je to ugotovilo kršenje človekovih pravic ob nasilni policijski aretaciji osebe. Vlada je trdila, da bi moral pritožnik po zavrženju njegove kazenske ovadbe prevzeti kazenski pregon kot subsidiarni tožilec, v tem okviru bi lahko uveljavljal tudi premoženjskopравни zahtevek. Na voljo naj bi imel tudi civilno tožbo. ESČP je te ugovore zavrnilo.⁵⁰ Ko gre za zatrjevanje kršitev 3. člena EKČP, pojem učinkovitega pravnega sredstva vključuje obveznost države, da izvede temeljito, hitro, transparentno in neodvisno preiskavo, ki pripelje do ugotovitve, ali je bila uporaba policijske sile v konkretnih okoliščinah upravičena, ki torej vodi tudi v identifikacijo in kaznovanje odgovornih oseb. Ne subsidiarni kazenski pregon, ne civilni postopek po stališču ESČP tem zahtevam ne zadostita.

Sodba v zadevi *Butolen proti Sloveniji*⁵¹ prinaša podobna sporočila. Ker je pritožnik predvsem zatrjeval neustreznost kazenskega postopka, je ESČP preizkušalo, ali je država izvedla temeljito in učinkovito preiskavo, torej ali je izpolnila obveznosti, ki jih zahteva procesni vidik 3. člena EKČP. ESČP je štelo, da je bilo z vidika izčrpanja pravnih sredstev dovolj, da je pritožnik vložil kazensko ovadbo, ki je bila zavržena, da je kot subsidiarni tožilec sprožil kazenski postopek in izčrpal vsa dopustna sredstva znotraj kazenskopravnega sistema, ki so dostopna žrtvi policijskega nepravilnega ravnanja, zato je zavrnilo vladni ugovor. Pri tem je navedlo, da ne bi mogel uspeti niti, če bi zatrjeval kršitev 3. člena EKČP pred US. Temu stališču ni mogoče pritrditi. US je v sklepu št. Up-1523/08,⁵² s katerim je zavrglo njegovo ustavno pritožbo, izrecno poudarilo, da je pritožnik z ustavno pritožbo uveljavljal le kršitve v delu, v katerem tudi ESČP ni dovolilo nadaljnje obravnave, kršitve 3. člena EKČP, ker naj ne bi bila izvedena učinkovita preiskava, pa ni uveljavljal. ESČP torej ni upoštevalo, da pritožnik vsebinskih očitkov, zaradi katerih je ugotovilo kršitev pravic, v postopku z ustavno pritožbo sploh ni uveljavljal.

Poseben problem pri spoštovanju te konvencijske prepovedi se kaže pri razmerah v slovenskih zaporih zaradi njihove prezasedenosti. Postavlja se vprašanje učinkovitega pravnega sredstva zoper morebitno nepravilno ravnanje zaporniških oblasti z zaporniki.

Tudi tu je ESČP ugovore vlade, da pritožniki niso izčrpali pravnih sredstev, v sodbi v zadevi *Štrucl in drugi proti Sloveniji*⁵³ pridružilo vsebinski obravnavi zatrjevane kršitve 13. člena EKČP v zvezi z zatrjevano kršitvijo 3. člena EKČP glede zagotavljanja fizičnih pogojev za prestajanje kazni zapora.

Iz EKČP izhajajo za žrtve kaznivih dejanj nekatere pravice, na katere se vse premalo pomisli v kazenskih postopkih, v katerih so pravice osredinjene predvsem na obdolženca. Kljub temu morajo biti tudi pravice žrtev spoštovane. V posameznih primerih je treba prav zaradi njih sorazmerno omejiti pravice obdolženca oziroma uravnotežiti tako njegove pravice kot tudi pravice žrtve.⁵⁴ Ni mogoče izhajati s stališča, da se pravice žrtev lahko zanemarijo, če bodo prizadete, pa naj oškodovanci po končanem kazenskem postopku začenjajo odškodninske postopke proti državi. Prav tak ugovor je dala vlada v zadevi *M. A. proti Sloveniji*, in sicer da pritožnica ni vložila odškodninske tožbe proti državi za škodo, ki jo je povzročil njen organ. ESČP je poudarilo, da gre za pravice, ki izhajajo iz pozitivne obveznosti države, da izvede učinkovito preiskavo in kazenske postopke, odškodninska tožba pa pritožnici ne more ponuditi uspeha.⁵⁵

Še posebej zaskrbljujoč je primer *Y. proti Sloveniji*, ko je pritožnica zatrjevala, da država ni zagotovila njene učinkovite pravne zaščite v kazenskem postopku, ki je tekel zaradi spolne zlorabe. ESČP je zatrjevanje glede dolžine postopka presojalo z vidika 3. člena EKČP, izpolnitev obveznosti države, da varuje žrtve kaznivih dejanj, ki se pojavljajo kot priče v kazenskih postopkih, pa z vidika 8. člena EKČP. Tudi v tem primeru je vlada pritožnici očitala, da ni izčrpala domačih pravnih sredstev, ker ni sprožila odškodninske tožbe zaradi odgovornosti države za delo njenih organov. ESČP pa je enako odgovorilo, da tožba za odškodnino pritožnici ni ponujala razumnih možnosti za uspeh. ESČP je ugotovilo tudi kršitev 8. člena EKČP zaradi nespoštovanja osebne integritete domnevne žrtve spolne zlorabe v kazenskem postopku. S tega vidika se presoja, kot poudarja ESČP, predvsem, ali gre za neustreznost ali pomanjkanje ukrepov, katerih cilj mora biti varstvo žrtve kaznivega dejanja. To je pozitivna obveznost države, ki lahko vključuje tudi ukrepe za zaščito zasebnega življenja v sferi razmerij med posamezniki. Pri ocenjevanju konkretnega primera je ESČP posebej opozorilo, da je bil sodnik prva odgovorna oseba države, ki bi morala zagotoviti spoštovanje žrtvine osebne integritete v postopku. Poskrbeti bi moral tudi za to, da vsi udeleženci v postopku preiskave ali odločanja obravnavajo žrtve in druge priče dostojno in jim ne povzročajo odvečnih neprijetnosti.

Pravica iz prvega odstavka 8. člena EKČP tudi sicer vsebuje posebnosti z vidika izčrpanja pravnih sredstev in predvsem z vidika hkratne nujne hitrosti postopkov, v katerih se odloča o najboljčutilnejših družinskih vprašanjih. Hitrost bi morala biti v primerih, ko se odloča o pravicah otrok, še posebno poudarjena. Tudi v tem pogledu iz pravice izhajajo nekatere pozitivne obveznosti države. V sodbi v zadevi *Eberhard in M.*

*proti Sloveniji*⁵⁶ ESČP ni sprejelo ugovora vlade, da pritožnik ni izčrpal pravnih sredstev po zakonu, ki ureja varstvo pravice do sojenja v razumnem roku. Poudarilo je, da so pravna sredstva po tem zakonu namenjena varstvu pravice iz prvega odstavka 6. člena EKČP. V tem primeru pa ni šlo za pretirano dolžino civilnih postopkov, temveč za vprašanje, ali je v danih okoliščinah konkretnega primera država v celoti izpolnila svoje pozitivne obveznosti iz 8. člena EKČP.⁵⁷ Sam potek časa namreč lahko povzroči nepovratne posledice za razmerja med otrokom in starši. Neučinkovit in še posebno dolgotrajen postopek o varstvu in vzgoji otroka lahko pripelje do kršitve 8. člena EKČP. V tem primeru je pritožnik uveljavljal kršitev te pravice, ker država ni zagotovila uveljavitve dogovora o stikih starša z otrokom, določenih v upravnih postopkih, in zaradi dolgega sojenja o varstvu otroka in sporazumu o stikih. V tem kontekstu je ESČP zavrnilo tudi ugovor vlade, da pritožnik ni vložil ustavne pritožbe.

Ustavna pritožba, kot je urejena v Sloveniji, bi sicer po naravi stvari morala biti učinkovito pravno sredstvo, vendar, kot je videti, bi se US na družinskem področju poprej najbrž morale lotiti glavnega problema. Zakonska ureditev je taka, da zahteva številne posamezne odločitve, pristojnostno razdeljene med centre za socialno delo in sodišča. To lahko povzroči v razmerjih med starši in otroki dolgotrajno nevzdržne položaje. Treba bi bilo koncentrirati vse odločitve, ki zadevajo varstvo in vzgojo otroka (vključno z morebitnim odvzemom otroka in njegovo namestitvijo v rejniško družino) ter stike otroka s staršem, pri katerem ne živi, v rokah enega (civilnega) sodnika, do katerega morajo imeti dostop vsi, ki jih v teh razmerjih varuje konvencijska določba. Dokler ne bo tako, ugotovitve kršitev 8. člena EKČP ne bodo presenečale.⁵⁸ Ilustrativno kaže na pretirano kopičenje postopkov tudi ugovor vlade v zadevi *V. proti Sloveniji*, ki bi glede stikov starša z otrokom pritožnika poleg vseh postopkov, ki jih predvideva družinska zakonodaja, poslala še v civilni postopek, v katerem naj bi uveljavljal odškodnino zaradi posega v njegove osebne pravice. ESČP je razumljivo podvomilo, da bi lahko to pravno sredstvo pripomoglo k ureditvi stikov.⁵⁹ Človekove pravice morajo biti upoštevane v postopku, v katerem se odloča o pravici, obveznosti ali pravni koristi oziroma o obtožbi proti osebi. Če niso, so na voljo pravna sredstva v sodni hierarhiji, vključno z ustavno pritožbo, ki morajo to zagotoviti. Nedopustno je zato pričakovati, da bi morale stranke poleg njih sprožati še popolnoma nove sodne postopke, v katerih naj bi dosegle učinkovito varstvo svojih pravic, ki bi morale biti tako in tako spoštovane že v temeljnem postopku.

Poseben primer kršitve pravice iz 8. člena EKČP, ki sicer ne spada v obravnavani drugi sklop zadev, je zadeva »izbrisanih«. Treba jo je omeniti z vidika izčrpanja pravnih sredstev zaradi nekaterih nesprejemljivih ugovorov vlade.⁶⁰ Med drugim je ugovarjala, da pritožniki niso vložili novih pobud za začetek postopka za oceno ustavnosti zakonske ureditve in ustavnih pritožb, na podlagi katerih bi lahko Ustavno sodišče po prvem odstavku 60. člena ZUstS kar samo odločalo o pravicah. ESČP je ta ugovora zavrnilo.

Odločba US, s katero je bila ugotovljena protiuustavnost izbrisa, je obvezujoče pravno učinkovala *erga omnes*, na kar je opozorilo tudi ESČP. Šlo je za njeno nespoštovanje, za katero nosi vso odgovornost politika.⁶¹ V takem primeru bi US morebitne nove pobude zavrnilo, če več od ugotovitve iste protiuustavnosti tudi v novih postopkih ne bi bilo mogoče doseči.⁶² US sicer izjemoma lahko s t. i. stopnjevanjem sankcije začasno uredi na podlagi drugega odstavka 40. člena ZUstS določeno vprašanje, dokler se zakonodajalec ne odzove na njegovo odločbo. Vendar to odločitev lahko sprejme samo tedaj, ko oceni, da je to po naravi stvari mogoče. US namreč ni niti usposobljeno za zakonodajno dejavnost, niti nima zadostnih informacij, da bi jo izvajalo, pa še načelo ločitve oblasti (drugi stavek drugega odstavka 3. člena Ustave) mu narekuje, da je pri začasnem stopanju na zakonodajno polje zadržano.⁶³ Zato v skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo udeleženec v postopku niti nima pravice zahtevati take odločitve US. Torej ni videti, kako bi bila lahko v tem primeru nadaljnja pobuda za pritožnika učinkovito pravno sredstvo, ki bi ga moral izčrpati pred vložitvijo pritožbe na ESČP. Težko si je tudi predstavljati razumevanje 60. člena ZUstS, kot ga je ponudila vlada. Gre za izjemno možnost v postopku odločanja o ustavni pritožbi, ne pa za izvajanje nalog, ki bi jih moral opraviti zakonodajalec, saj je bilo šele na podlagi ustrezne zakonske ureditve mogoče odločati o pravici v posameznem primeru. Če bi bilo mogoče sodno odločanje brez odziva zakonodajalca, potem ne bi bilo nobene potrebe za ugotovitev US o obstoju t. i. protiuustavne zakonske praznine glede ureditve položaja izbrisanih.

5 Vpliv odločitev ESČP o dovoljenosti na odločanje domačih oblasti

Primarna obveznost vseh organov države pogodbenice mora biti spoštovanje konvencijskih pravic. Če kljub temu pride do kršitev, je treba za njihovo odpravo zagotoviti sistem učinkovitih pravnih sredstev že v sami državi. Najprej je to naloga zakonodajalca. Pravica do sodnega varstva (prvi odstavek 23. člena, za človekove pravice še specialno četrti odstavek 15. člena Ustave) in pravica do učinkovitega (instančnega) pravnega sredstva (25. člen Ustave) sta po svoji naravi pravici, ki ju ni mogoče uresničevati neposredno na podlagi Ustave in tudi neposredno na podlagi EKČP ne. Tu nastopi obveznost zakonodajalca (drugi odstavek 15. člena Ustave), da uredi način izvrševanja teh pravic, ker je to nujno zaradi njune narave. Pri tem sicer lahko določi tudi njune sorazmerne omejitve, vendar morata biti pravici kljub temu učinkoviti. In to prav v pomenu, kakor ga zahteva tudi 13. člen EKČP. Če zakonodajalec to svojo dolžnost protiuustavno (kar vključuje tudi v nasprotju z zahtevami EKČP, kakor jih je razložilo ESČP) opusti, nastopi naloga US, da to ugotovi in zakonodajalca obveže k odpravi te protiuustavnosti.

Upoštevanje sodne prakse ESČP mora biti také po vsebini kot tudi s procesnih vidikov stalnica domače ustavnosodne presoje. S procesnih vidikov doslej zaznamujejo jasen vpliv na odločanje US stališča, ki jih je ESČP sprejelo še pred sodbo v zadevi *Lukenda*

v zvezi z varstvom pravice do sojenja v razumnem roku. Tudi odločitve glede procesnega vidika pravice do življenja in obveznosti, ki iz njega izhajajo za državo, so vplivale na nadaljnje odločanje US, tako v zadevi *Šilih* kot tudi v zadevi Up-555/03, Up-827/04, ki je doživela svoje nadaljevanje še v odločbi Up-679/12.⁶⁴ Prav tako lahko ugotovimo, da je na odločanje US vplivala zadeva *Flisar*, saj US po njej nekoliko širše razlaga pomen tretjega odstavka 55.a člena ZUstS, ko gre za dovoljenost odločanja o ustavni pritožbi v prekrškovnih zadevah.⁶⁵

Vendar bo v prihodnje treba odpreti še nekaj vprašanj, povezanih predvsem s procesnimi vidiki 2., 3. in 8. člena EKČP, kot izhajajo prav iz zadev, omenjenih v prejšnjem poglavju. Njihovo skupno bistvo je v tem, da te določbe EKČP državi nalagajo pozitivne obveznosti, da v vseh postopkih in še posebno v sodnih postopkih zagotovi njihovo učinkovitost. Iz omenjenih sodb ESČP izhaja obveznost ustrezne jasne in določne zakonske ureditve s ciljem spoštovanja teh pravic. Vsakomur mora biti že na podlagi zakona jasno, kakšna pravna sredstva za uveljavljanje pravic ima na voljo. Šele temu sledi obveznost sodišč, da v primeru sporov zakone razlagajo tako, da bodo človekove pravice spoštovane oziroma da bodo z učinkovitimi domačimi pravnimi sredstvi morebitne kršitve teh pravic popravljene. Drži, da mora vsak sodnik ravnati kot evropski sodnik, da prepreči obsodbo države pred ESČP (Ribičič, 2010: 118). Vendar iz omenjenih sodb jasno izhajajo tudi neposredne pozitivne obveznosti države, ki jih mora izvesti po uradni dolžnosti, kar bi moralo biti najprej ustrezno zakonsko urejeno.

Poseben nauk iz nekaterih sodb ESČP bi morali uvideti državni tožilci in sodniki. V nekaterih primerih je ESČP jasno poudarilo, da je njihovo neukrepanje pripeljalo do kršitev človekovih pravic. Pri tem morajo sodišča svoje delo organizirati tako, da bo spoštovana ne le pravica do sojenja v razumnem roku, temveč tudi vse tiste pravice, katerih uresničevanje je še posebno občutljivo na časovni vidik.

Seveda bo lahko prihajalo do različnih vsebinskih pogledov na posamezno zadevo pred US in pred ESČP. Tako kot na primer v sodbi v zadevi *Mladina proti Sloveniji*.⁶⁶ V takih primerih gre lahko tudi za različne vrednostne poglede ustavnih in evropskih sodnikov na razmerje med posameznimi pravicami.⁶⁷ Lahko bo prihajalo tudi do ugotovitev kršitev v postopkih pred US,⁶⁸ čeprav jih je treba obžalovati in si prizadevati, da jih ne bi bilo. Ne glede na vse to bi morala biti ustavna pritožba, kot je urejena v slovenskem pravnem redu, učinkovito pravno sredstvo, ki ga je treba izčrpati pred vložitvijo pritožbe na ESČP. Prav s tega vidika je lahko zaskrbljujoče, ko se mimo US odvijajo zadeve, v katerih ESČP izčrpanje pravnih sredstev in obstoj učinkovitih pravnih sredstev poveže z vsebinsko obravnavo ter ugotovi prav kršitev pozitivnih obveznosti, ki za državo izhajajo iz 2., 3. in 8. člena EKČP. To med drugim zahteva vnovičen preizkus nekaterih stališč US, povezanih z aktivno legitimacijo subsidiarnih tožilcev in zasebnih tožilcev pred US.⁶⁹ Pri tem bi bilo treba znova preigrati ugovore, da odločitev US v nobenem primeru ne more posegati v pravnomočno oprostilno sodbo

zaradi 31. člena Ustave, medtem ko lahko ostanejo človekove pravice subsidiarnih in zasebnih tožilcev povsem nezavarovane. Vnovičen premislek bi bil na mestu prav v povezavi z možnostjo širše uporabe t. i. ugotovitvenih odločb US, ki bi lahko uravnotežile nasprotujoče si pravice.⁷⁰ V dosedanji ustavnosodni presoji jim je bilo US pri ustavnih pritožbah prej ko ne nenaklonjeno. Korak v drugačno smer morda pomeni odločba, s katero je učinkovito zavarovalo odvetniško zasebnost.⁷¹ Če tega ne bi storilo, bi bila Slovenija prav gotovo znova obsojena pred ESČP zaradi kršitve zelo pomembnih človekovih pravic.

V okviru postopka z ustavno pritožbo lahko US po uradni dolžnosti začne tudi postopek za oceno ustavnosti zakonske ureditve. Če se zakonodajalec glede na jasno izražena stališča ESČP ne bi odzval in poskrbel za zakonsko vzpostavitev ustreznih neodvisnih preiskovalnih mehanizmov v primerih nepravilnega izvrševanja policijskih pooblastil,⁷² morebitnih zdravniških napak in ravnanja z zaporniki, bi morale poseči US. Seveda je pogoj ta, da so sodne odločitve v postopku pred njim ustrezno izpodbijane, za kar bi morali še posebno kakovostno poskrbeti odvetniki.

Če v postopku z ustavno pritožbo sploh niso uveljavljane kršitve, ki se za tem uveljavljajo pred ESČP, ni mogoče trditi, da so pritožniki izčrpali domača pravna sredstva. Tega ESČP ne bi smelo spregledati. Pri tem imajo pritožniki sicer pravico, da hkrati z ustavno pritožbo, če ne gre za neposredno uporabljive zakonske določbe, vložijo tudi pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti zakona. Niso je pa dolžni vložiti, prav zato, ker ima US pooblastilo, da pri odločanju o ustavni pritožbi samo oceni ustavnost zakona, na katerem temelji izpodbijana sodna odločba. Zato v primerih, ko ne gre za neposredno učinkujoče zakonske določbe, od pritožnikov sploh ni mogoče zahtevati vlaganja pobud. In s tem seveda tudi ne v postopku pred ESČP zatrjevati, da niso izčrpana domača pravna sredstva, če jih ne vložijo. Ko zakonska ureditev ne vsebuje učinkovitih pravnih sredstev za varstvo posameznih človekovih pravic, pa gre dejansko za njeno neposredno učinkovanje, ki odpre vrata takojšnjega dostopa do US s pobudo za začetek postopka za oceno njene ustavnosti.

6 Sklep

ESČP ima zadnjo besedo o tem, ali v Sloveniji zagotavljamo učinkovita pravna sredstva za varstvo konvencijskih pravic. Šele, ko so zagotovljena, nastopi za posameznika (pravno osebo) obveznost, da jih izčrpa, preden vloži pritožbo na ESČP. Iz dosedanjih odločitev je razvidno, da pogled iz Strasbourga pogosto ni pritrdil domačim mnenjem o tem, ali je bila izpolnjena obveznost iz 13. člena EKČP. Pritrdil ni niti nekaterim stališčem US, ki jih je to občasno (pre)pozno spremenilo. V primerih, ko iz določb EKČP hkrati izhajajo pozitivne obveznosti, je pot v Strasbourg včasih obšla US, kar ni v interesu učinkovitega varstva človekovih pravic v državi. Pri tem je treba opozoriti na tiste pozitivne konvencijske obveznosti, ki od države zahtevajo posebno ukrepanje, kot

je to recimo v primeru varovanja procesnih vidikov pravice do življenja, prepovedi mučenja ali pravice do družinskega življenja. V takih primerih se zahteva po učinkovitosti domačega pravnega sredstva zlije s temeljnim vprašanjem, ali je prišlo do kršitve človekove pravice. Tu se nakazuje že neustreznost zakonske ureditve, ki bi morala na eni strani jasno vzpostaviti pravna sredstva, ki jih ima na voljo pritožnik, na drugi strani pa obveznosti, ki jih mora po uradni dolžnosti izpolniti država.

Nepotrebno kopičenje pravnih sredstev, ki hkrati povzročajo drobljenje postopkov, še toliko bolj, če o povezanih vprašanjih odločajo različni državni organi, nemalokrat vodi v neučinkovita domača pravna sredstva. Napačno zdravilo zanje je pošiljanje ljudi še v nadaljnje postopke. Na koncu od učinkovitosti pravice ne ostane dosti, česar ESČP ne spregleda.

ESČP pogosto ni pritrdilo številnim stališčem nacionalnega agenta, ki je v posameznih primerih neupravičeno ugovarjal izčrpanosti pravnih sredstev. Nacionalni agent pred ESČP mora za kakovostno zastopanje države dobro poznati domačo ureditev, kar vključuje tudi njeno življenje, torej razlage zakonov, ki jih s svojimi odločitvami oblikujejo pristojna sodišča. Seveda pa je za uspešnost agentov v postopkih pred ESČP še kako pomembno, da najprej prav ta – domača sodišča, vključno z ustavnim, opravijo naloge, ki jih od njih zahteva EKČP.

Zahteva, da vsi domači sodniki neposredno uporabljajo EKČP, nujno terja poznavanje sodne prakse ESČP. Ravnanje v skladu z njo pomeni dobre in učinkovite korake na poti spoštovanja človekovih pravic. Sodniki so njihov varuh, ustavni sodniki zadnji domači varuh, oboji pa so, ko gre za konvencijske pravice, pod stalno in zadnjo kontrolo ESČP. Prav vsi, tudi ESČP, pa so tu zato, da se zagotovita svoboda človeka in njegovo dostojanstvo ter spoštujejo njegove človekove pravice.

Opombe / Notes:

¹ Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94.

² Člen 1 EKČP.

³ Člen 13 EKČP.

⁴ Temeljno pravilo mednarodnega prava *pacta sunt servanda* zavezuje države, da v dobri veri izpolnjujejo obveznosti, ki so zanje določene v mednarodni pogodbi (Türk, 2015: 204). Spoštovanje temeljnih načel mednarodnega prava in mednarodnih pogodb zagotavlja mednarodnopravno verodostojnost države; glej odločbo Ustavnega sodišča Republike Slovenije (US) št. U-II-1/12, U-II-2/12 z dne 17. decembra 2012 (Uradni list RS, št. 102/12, in OdlUS39/XIX).

⁵ Ne sicer z vidika njene inkorporacije v domači pravni red (o načinu inkorporacije v Sloveniji glej Škrk, 2007: 279–280). Posebnost nastane pri njenem učinkovanju.

⁶ Člen 19 EKČP. O njegovem položaju glej Ribičič, 2007: 175–179. Türk (2015: 137) meni, da je poleg materialne vsebine prav dejavnost tega implementacijskega mehanizma zagotovila avtoriteto EKČP.

⁷ Tako US v mnenju št. Rm-1/97 z dne 5. junija 1997 (Uradni list RS, št. 40/97, in OdlUS VI, 86).

⁸ Glej sklep US št. Up-43/96 z dne 30. maja 2000 (OdlUS IX, 141). Drugače Jambreč (1997: 330), ki je menil, da ji pripada raven pod Ustavo in nad zakoni.

⁹ Kolikor ta ima neposredno uporabljive – *self-executing* določbe.

¹⁰ Ribičič (2007: 111) pravi, da na področju človekovih pravic ne bi smeli govoriti o »višjih« in »nižjih« predpisih, ampak o njihovi medsebojni prirejenosti in konkurenci; zato naj se uporablja predpis, ki je z vidika ravnih varstva človekove pravice zahtevnejši.

¹¹ To se sicer ne dogaja pogosto, ker ima Ustava obsežen katalog človekovih pravic in včasih zagotavlja višjo raven varstva človekove pravice od mednarodnih instrumentov. Res je, kot pravi Ribičič (2010: 115, 116), da se na videz širši, popolnejši, podrobnejši in zahtevnejši katalog ustavnih pravic v primerjavi s tistim iz EKČP precej zmanjša, ko upoštevamo, da EKČP ni samo to, kar je v njenem besedilu, temveč tudi vse, kar je v njej prebralo in ji dodalo ESČP. Vendar enako lahko rečemo tudi za Ustavo in »vse, kar je v njej prebralo in ji v 25 letih dodalo US«.

¹² Z vidika EKČP to ne povzroči težav, ker ta v 53. členu vzpostavlja vsebinsko enako zahtevo, kot jo ima Ustava v petem odstavku 15. člena.

¹³ V tem pogledu Zobec (2016: 88) govori o navidezni notranji ustavni antinomiji, ki je rešljiva prav z navedeno ustavno določbo.

¹⁴ Člen 125 Ustave.

¹⁵ O ustavnoskladni razlagi zakonov glej Pavčnik, 2013: 65–101.

¹⁶ Zato lahko tudi v tem primeru govorimo o t. i. protiustavnih pravnih prazninah, o nedopustnih zakonodajalčevih opustitvah, prav enako kot v primeru, ko gre za protiustavnost zakonske ureditve, če zakonodajalec ne zagotovi uresničevanja pravice, ki jo daje Ustava.

¹⁷ ZUstS v drugem odstavku 22. člena določa, da ocena ustavnosti predpisa vsebuje tudi oceno njegove skladnosti z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami in s splošnimi načeli mednarodnega prava.

¹⁸ Odločba št. U-I-65/05 z dne 22. septembra 2005 (Uradni list, št. 92/05, in OdlUS XIV, 72), ki je ocenila ustavnost učinkovitosti pravnih sredstev za varstvo pravice do sojenja v razumnem roku.

¹⁹ Zupančič, 2008: 380–383.

²⁰ Tudi Omejevca (2014: 547) meni, da je n primer s sodbo velikega senata v zadevi *Kudla proti Poljski* z dne 26. oktobra 2000 nastala obveznost držav pogodbenic, da v svoj pravni red uvedejo pravno sredstvo za zaščito pravice do sojenja v razumnem roku.

²¹ Na to je US opozorilo v odločbi št. Up-2443/08 z dne 7. oktobra 2009 (Uradni list RS, št. 84/09, in OdlUS XVIII, 86.). Poudarilo je, da ima v postopku odločanja o ustavni pritožbi zoper sodbo, izdano v pravnem postopku, drugačna pooblastila od ESČP. Po eni strani so namreč pooblastila US močnejša, saj lahko sodbo razveljavi. Po drugi strani pa je US vezano na preizkus očitkov, ki jih uveljavlja pritožnik v ustavni pritožbi.

²² Ta slikovito oriše Ribičič (2015: 285), ko pravi: »ESČP ni brez zobi tiger, kot so to večinoma nadzorna telesa mednarodnih organizacij in varuhi pravic, ki lahko avtoritativno kažejo kršiteljicam rumene kartone, ne morejo pa jih finančno kaznovati in prisiliti k drugačnemu ravnanju. Iz EKČP izhaja, da lahko zaradi kršitev konvencijskih pravic moralno obsodi državo in ji naloži plačilo pravičnega zadoščenja. Vendar je ESČP samo razvilo metode odločanja, s katerimi uspešno prisili države k spremembi njihove zakonodaje in sodne prakse, doseže obnovo

kazenskih postopkov, zahteva vzpostavitev prejšnjega stanja in jim določi za izvedbo zelo kratke roke.«

²³ Rules of Court (z zadnjimi spremembami, sprejetimi na plenarni seji ESČP 1. junija in 5. oktobra 2015, uveljavljenimi s 1. januarjem 2016) – v nadaljevanju: Poslovnik ESČP; na voljo na spletni strani ESČP.

²⁴ Več o tem glej Harris, O' Boyle & Warbrick, 2014: 43–45, 61–64, 68–70, 81–86, Rainey, Wicks & Ovey 2014: 31–38, Reid, 2008: 25–27, 36–41 in Omejec, 2014: 564–572.

²⁵ Če bi bili pri označevanju narave teh pravil natančni, bi ugotovili, da se procesna pravila pomembno prepletajo s pogledi na samo vsebino človekovih pravic – z vsebinsko presojo zatrjevanih kršitev človekovih pravic. Vsebinska presoja zatrjevanih kršitev je potrebna najmanj za odločitev o očitni neutemeljenosti pritožbe in odločitev, da za pritožnika ni nastal znatno neugoden položaj; glej Harris, O' Boyle & Warbrick, 2014: 43, 68–70, 78–80, Rainey, Wicks & Ovey, 2014: 40 in Reid, 2008: 34, 39. Vendar je pri ESČP ta pristop, ki nam ni tuj niti v domačem ustavnoprocensnem pravu, presežen s še večjimi poudarki, o čemer več v nadaljevanju.

²⁶ Več o tem glej Harris, O' Boyle & Warbrick, 2014: 47; Rainey, Wicks & Ovey, 2014: 34; Reid, 2008: 29, 44–45; in Omejec, 2014: 534–535.

²⁷ Omejec, 2014: 534. Omejeva navaja, da je ESČP celovit pogled na svoj položaj subsidiarnosti predstavilo v odločbi v zadevi *Demopoulos in drugi proti Turčiji* z dne 1. marca 2010. ESČP se pogosto sklicuje na sodbo velikega senata v zadevi *Akdivar in drugi proti Turčiji* z dne 16. septembra 1996.

²⁸ Točka f prvega odstavka 47. člena Poslovnika ESČP.

²⁹ Sodba v zadevi *Majarič proti Sloveniji* z dne 8. februarja 2000.

³⁰ Odločba z dne 2. oktobra 2001.

³¹ Na to je večkrat opozoril sodnik Ribičič v svojih ločenih mnenjih k odločitvam US. Glej na primer njegovo pritrđilno ločeno mnenje k odločbi št. Up-763/03 (na voljo na spletni strani US).

³² Pritožnik bi moral po mnenju vlade sprožiti upravni spor po drugem odstavku 157. člena Ustave, s tem da naj bi bilo v primeru kršitve te pravice pred vrhovnim sodiščem mogoče zahtevati njeno varstvo z ustavno pritožbo pred US, po končanih postopkih pa naj bi imel na voljo tudi odškodninsko varstvo po 26. členu Ustave, tj. na podlagi odškodninske odgovornosti države za nezakonito ravnanje njenih organov. Podlaga za te ugovore so bile odločitve US. Njegova tedanja stališča so strnjeno povzeta v 10., 11. in 13. točki odločbe št. U-I-65/05.

³³ Sodba z dne 9. decembra 2004.

³⁴ O nastanku in namenu pilotnih sodb ter pogojih za njihovo izdajo glej Zobec, 2016: 64–79.

³⁵ Glej str. 41–45 navedene sodbe.

³⁶ O sodbi v zadevi Lukenda in tej odločbi US glej tudi Ribičič, 2007: 187–196.

³⁷ Neučinkovitost tedaj obstoječih pravnih sredstev je analiziral sodnik Ribičič v pritrđilnem ločenem mnenju k sklepu št. Up-95/03 (na voljo na spletni strani US).

³⁸ Na podlagi navedene odločbe US in sodbe ESČP je bil sprejet poseben zakon o varstvu pravice do sojenja v razumnem roku. Uvedel je kombinacijo dveh pravnih sredstev: nadzorstveno pritožbo z rokovnim predlogom, kar omogoča pospešitev postopkov, ki so v teku, in odškodninsko varstvo v obliki pravičnega zadoščenja za nepremoženjsko in premoženjsko škodo. ESČP je to kombinacijo označilo za najboljšo rešitev, ko gre za popravo kršitve pravice do sojenja v razumnem roku. Ob tem, ko zakonska ureditev zahteva, da domači organi obstoj kršitve te pravice presojujejo na podlagi kriterijev, ki jih je v svoji sodni praksi vzpostavilo ESČP, je to ocenilo celoto pravnih sredstev za učinkovito (glej na primer sodbo v zadevi *Grzinčič proti Sloveniji* z dne 3. maja 2007). Ker navedeni zakon ni uredil položaja oseb, ki jim je kršitev pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja prenehala pred začetkom njegove uporabe, pa te

osebe varstva svoje pravice niso zahtevale pred ESČP, je US z odločbo št. U-I-207/08, Up-2168/08 z dne 18. marca 2010 (Uradni list RS, št. 30/10, in OdlUS XIX, 3) ugotovilo njegovo protiuustavnost in določilo rok zakonodajalcu za njeno odpravo. Določilo je tudi način izvršitve svoje odločbe, ki je omogočil takojšnjo uporabo zakonske ureditve tudi za navedene primere.

³⁹ V isto smer gre očitno tudi 5. člen 15. protokola k EKČP. Gre za rešitve, ki jih narekuje preobremenjenost sodišč s prevelikim številom zadev, med katerimi je veliko nepomembnih zadev, ki jemljejo čas, zaradi česar se podaljšuje odločanje v zelo pomembnih zadevah. Enako velja za najvišja domača sodišča (vključno z ustavnimi) in tudi za ESČP. Tudi slednje praviloma potrebuje nekaj let, da v zadevi sprejme odločitev.

⁴⁰ Sodba z dne 29. septembra 2011.

⁴¹ Glede na to, da ZUstS določa pogoje, pod katerimi lahko Ustavno sodišče sprejme ustavno pritožbo v obravnavo (določeni so v drugem odstavku 55.b člena in tretjem odstavku 55.a člena ZUstS), in da je trditveno breme po prvem odstavku 53. člena ZUstS na pritožniku, mora ta izkazati izpolnjenost pogojev za sprejem ustavne pritožbe.

⁴² Da je lahko ustavna pritožba v zadevah prekrškov kljub 55.a členu ZUstS učinkovito pravno sredstvo, nedvomno dokazujejo številne odločbe, ki jih je US v takih zadevah izdalo po letu 2007. Glej na primer odločbe št. Up-1293/10 z dne 21. junija 2012 (Uradni list RS, št. 52/12), Up-3663/07 z dne 10. septembra 2009 (Uradni list RS, št. 77/09, in OdlUS XVIII, 83), Up-1544/10 z dne 21. junija 2012 (Uradni list RS, št. 53/12) in Up-965/11 z dne 9. maja 2013 (Uradni list RS, št. 47/13, in OdlUS XX, 15).

⁴³ Sodba z dne 15. maja 2014.

⁴⁴ Enako tudi sodba v zadevi *Kastelic proti Sloveniji* z dne 19. junija 2014.

⁴⁵ Glej na primer odločbo št. Up-456/10, U-I-89/10 z dne 24. februarja 2011 (Uradni list RS, št. 26/11).

⁴⁶ Glej sodbo v zadevi *Šilih proti Sloveniji* z dne 28. junija 2007 in sodbo velikega senata z dne 9. aprila 2009.

⁴⁷ O tej sodbi z dne 2. novembra 2006 glej tudi Ribičič, 2007: 179–186.

⁴⁸ Do njega se je opredelil tudi slovenski sodnik Zupančič v svojem delno odklonilnem ločenem mnenju; ostal je v manjšini z razlago prvega odstavka 35. člena EKČP, po kateri vlada ne bi smela biti omejena s postavitvijo tega ugovora zgolj na obdobje pred obravnavo sprejemljivosti zadeve.

⁴⁹ Uradni list RS, št. 78/06, in OdlUS XV, 92. ESČP je sicer pozdravilo navedeno odločbo US, vendar je hkrati jasno opozorilo, da je pravilno le tako ravnanje, ki zagotovi hitro uradno preiskavo, ki mora biti sposobna pripeljati do identifikacije odgovornih oseb in, če je treba, tudi do njihovega kaznovanja.

⁵⁰ Sodba z dne 2. novembra 2006.

⁵¹ Sodba z dne 26. aprila 2012.

⁵² Sklep z dne 14. decembra 2010, na voljo na spletni strani US.

⁵³ Sodba z dne 20. oktobra 2011. Glej tudi sodbo v zadevi *Pečenko proti Sloveniji* z dne 4. decembra 2014.

⁵⁴ Glej sodbo v zadevi *Y. proti Sloveniji* z dne 28. maja 2015.

⁵⁵ Sodba z dne 15. januarja 2015. Enak ugovor je bil podani že v zadevi *W. proti Sloveniji*, v kateri je pritožnica prav tako zatrjevala kršitev 3. člena EKČP zaradi dolgotrajnosti postopkov in odgovornosti države, da zagotovi učinkovit sistem pregona storilcev kaznivih dejanj. Tudi odgovor ESČP je bil v sodbi z dne 23. januarja 2014 enak.

⁵⁶ Sodba z dne 1. decembra 2009.

⁵⁷ Glej tudi sodbo v zadevi *Gobec proti Sloveniji* z dne 3. oktobra 2013.

⁵⁸ To je mogoče reči, čeprav v naslednjem enakem primeru v sodbi v zadevi Trdan in Č. proti Sloveniji z dne 7. decembra 2010 ESČP ni ugotovilo kršitve te pravice.

⁵⁹ Sodba z dne 1. decembra 2011.

⁶⁰ Sodba velikega senata v zadevi *Kurič in drugi proti Sloveniji* z dne 26. junija 2012.

⁶¹ Več o tem Sovdat, 2016: 196–197.

⁶² Glej sklep Ustavnega sodišča št. U-I-168/97 z dne 3. julija 1997 (OdlUS VI, 103).

⁶³ Več o tem, kdaj naj bo Ustavno sodišče aktivistično in kdaj zadržano pri svojem odločanju, glej Sovdat (2015: 95–103). O pravotvorju Ustavnega sodišča v tem zborniku tudi Teršek (2017) in Nerad (2017).

⁶⁴ Odločba z dne 16. oktobra 2014 (Uradni list RS, št. 81/14, in OdlUS XX, 39). V njej je US precedenčno razložilo vsebino 26. člena Ustave in med drugim poudarilo, da nespoštovanje obveznosti, ki za državo izhajajo tako iz 17. člena Ustave kot tudi iz 2. člena EKČP, vzpostavlja tudi njeno odškodninsko odgovornost. Pri tem je država tista, ki mora nositi breme prepričljivega utemeljevanja, da je ob izvedbi policijske akcije ravnala zakonito, da je bila uporaba sile sorazmerna in da je kar najbolj poskrbela za ukrepe, s katerimi bi preprečila predvidljivo tveganje za življenje in zdravje preiskovanih oseb.

⁶⁵ Glej na primer odločbe Up-1293/10, Up-1544/10, Up-965/11, Up-718/13 in Up-187/13, vse z dne 7. oktobra 2015 (obe Uradni list RS, št. 80/15). Pomembno ustavnopravno vprašanje je tudi to, da sodišče ne sledi precedenčnim odločitvam ESČP in US.

⁶⁶ Sodba z dne 17. aprila 2014. V tej zadevi sicer tudi sama menim, da bi že domača sodišča morala dati prednost pravici do svobode izražanja.

⁶⁷ Wedam Lukičeva (2013: 495) opozarja na to, da lahko pride do različnega gledanja ESČP in US na varstvo posameznih človekovih pravic iz več razlogov, pri čemer je še posebno, kadar je treba tehtati med nasprotujočimi si pravicami, rezultat odvisen tudi od tega, katerim vrednotam so posamezni sodniki bolj naklonjeni.

⁶⁸ Glej na primer sodbe ESČP v zadevah *Švarc in Kavnik proti Sloveniji* z dne 8. februarja 2007, *Hit d. d. Nova Gorica proti Sloveniji* z dne 5. junija 2014 in *Gaspari proti Sloveniji* z dne 21. julija 2009, ki bi zahtevale posebno obravnavo.

⁶⁹ Glej tudi Ribičič, 2016: 95–107.

⁷⁰ Na to je v svojih številnih ločenih mnenjih vse od odklonilnega ločenega mnenja k sklepoma št. Up-285/97, Up-168/98 (na voljo na spletni strani US) opozarjal sodnik Ribičič.

⁷¹ Odločba št. U-I-115/14, Up-218/14 z dne 21. januarja 2016 (Uradni list RS, št. 8/16).

⁷² Vprašanje je, ali postopki po 130. do 156. členu Zakona o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol, Uradni list RS, št. 15/13) skupaj s 199. členom Zakona o državnem tožilstvu (ZDT-1, Uradni list RS, št. 58/11) ustrezajo zahtevam ESČP, jasno predstavljenim v zadevah *Matko* proti Sloveniji in *Butolen* proti Sloveniji.

Literatura / References:

- Harris, D., O'Boyle, M. & Warbrick (2014) *Law of the European Convention on Human Rights, Third Edition*. New York: Oxford University Press.
- Jambrek, P. (1997) Slovensko ustavno sodišče pod okriljem evropskih standardov in mehanizmov za varovanje človekovih pravic. Marijan Pavčnik, Ada Polajnar-Pavčnik & Dragica Wedam-Lukić (ur.): *Temeljne pravice*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Nerad, S. (2017) Ustavno sodišče kot (pozitivni) normodajalec. V M. Žgur, N. Kogovšek Šalamon, B. Koritnik (ur.), *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju*. Liber Amicorum Ciril Ribičič. Maribor: Lex Localis.
- Omejec, J. (2014) *Konvencija za zaščito ljudskih prava i sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava, Strasbourgški acquis*. Zagreb: Novi informator.
- Pavčnik, M. (2013) Ustavnoskladna razlaga (zakona). Marijan Pavčnik & Aleš Novak (ur.): *(Ustavno)sodno odločanje*. Ljubljana: GV Založba.
- Rainey, B., Wicks, E. & Ovey, C. (2014) *The European Convention on Human Rights, Sixth Edition*. New York: Oxford University Press.
- Reid, K. (2008) *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 3rd Edition*. London: Sweet & Maxwell.
- Ribičič, C. (2007) *Evropsko pravo človekovih pravic, izbrana poglavja*. Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani.
- Ribičič, C. (2010) *Človekove pravice in ustavna demokracija*. Ljubljana: Študentska založba.
- Ribičič, C. (2015) *Med pravom in pravičnostjo, sto in en utrinek*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba.
- Ribičič, C. (2016) Ustavna pritožba subsidiarnega tožilca. Viktorija Žnidaršič Skubic, Matija Damjan & Boštjan Koritnik (ur.): *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava, Liber amicorum Lojze Ude*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Inštitut za primerjalno pravo.
- Sovdat, J. (2015) Judicial Activism in the Case-Law of the Slovenian Constitutional Court. Mato Tadić (ur.): *Constitutional Court – Between a Negative Legislator and Positive Activism, Collected papers of the International Conference*. Sarajevo: Ustavni sud Bosne i Hercegovine.
- Sovdat, J. (2016) The Constitution between Politics and Law: Limits of Constitutional Review. Jadranka Sovdat (ur.): *Constitutional Court of the Republic of Slovenia – 25 Years, Conference Proceedings*. Ljubljana: Ustavno sodišče Republike Slovenije.
- Škrk, M. (2007) Odnos med mednarodnim pravom in notranjim pravom v praksi Ustavnega sodišča, *Pravnik*, 6–8, str. 275–311.
- Teršek, A. (2017) Ustavnosodno pravotvorje v sodobnem ustavništvu. V M. Žgur, N. Kogovšek Šalamon, B. Koritnik (ur.), *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju*. Liber Amicorum Ciril Ribičič. Maribor: Lex Localis.
- Türk, D. (2015) *Temelji mednarodnega prava, 2. pregledana in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba.
- Wedam Lukić, D. (2013) Vpliv odločitev ESČP na odločanje Ustavnega sodišča Republike Slovenije. Marijan Pavčnik & Aleš Novak (ur.): *(Ustavno)sodno odločanje*. Ljubljana: GV Založba.
- Zupančič, B. M. (2008) *The Owl of Minerva, Essays on Human Rights*. Utrecht: Eleven International Publishing.
- Zobec, J. (2016) Pilotne sodbe – Strasbourg kot ustavno sodišče? Viktorija Žnidaršič Skubic,

Matija Damjan & Boštjan Koritnik (ur.): *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava, Liber amicorum Lojze Ude*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Inštitut za primerjalno pravo.

Pravica do nepristranskega sodnika v odločitvah Ustavnega sodišča Republike Slovenije

DRAGICA WEDAM LUKIČ

Povzetek Iz odločitev Ustavnega sodišča Republike Slovenije izhaja, da ne presoja neodvisnosti sojenja samo na podlagi subjektivnega kriterija, to je, ali je bil sodnik v konkretnem primeru dejansko nepristranski, temveč tudi po objektivnem kriteriju, to je, ali so bile v postopku zagotovljene varovalke, da je bil izključen vsak upravičen dvom v njegovo nepristranskost. Po avtoričinem mnenju bo morale Ustavno sodišče zaradi sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, izdanih proti Sloveniji, v katerih je bila ugotovljena kršitev pravice do nepristranskega sodišča, zaostriti kriterije v primerih, ko se sodniku očita nepristranskost zaradi njegove vpletenosti v postopek v kateri od prejšnjih faz postopka.

Ključne besede: • pravica do nepristranskega sodnika • izločitev sodnika • ustavna pritožba • Ustavno sodišče RS • Evropsko sodišče za človekove pravice

NASLOV AVTORJA: Dr. Dragica Wedam Lukič, zaslužna profesorica, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenija, e-pošta: dragica.wedam@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.17 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2017 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

The Right to Impartial Tribunal in the Case-Law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

DRAGICA WEDAM LUKIČ

Abstract In the case-law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia the impartiality of a tribunal is determined not only by applying a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, but also by applying an objective test, that is, by ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect. After the author's opinion, however, in consequence with the judgements of the of the European Court of Human Rights issued against Slovenia in which a violation of the right to impartial tribunal was found, the Constitutional Court should be stricter when deciding the cases, in which the impartiality of a judge is questioned because of his or her involvement in a preliminary phase of the proceedings.

Keywords: • the right to an impartial tribunal • disqualification of judges
• constitutional complaint • Constitutional Court of the Republic of Slovenia • European Court of Human Rights

CORRESPONDENCE ADDRESS: Dragica Wedam Lukič, Ph.D., Professor Emeritus, University of Ljubljana, Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia, e-mail: dragica.wedam@pf.uni-lj.si.

DOI 10.4335/978-961-6842-77-8.17 ISBN 978-961-6842-77-8
© 2016 Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila Maribor
Dostopno na <http://books.lex-localis.press>.

1 Uvod

Dr. Ciril Ribičič je bil kot sodnik Ustavnega sodišča odločen zagovornik človekovih pravic, pri tem pa je posebno pozornost posvečal pravici do svobode izražanja. V primerih, ko je prišlo do kolizije med to pravico in pravicami drugih oseb, je zastopal stališče, da mora imeti pravica do svobode izražanja praviloma prednost, še zlasti če se z izjavami čutijo prizadete javne osebe ali predstavniki oblasti.¹ To njegovo stališče se je pokazalo tudi v primerih, ko je Ustavno sodišče obravnavalo dopustnost kaznovanja odvetnikov za domnevno žaljive izjave v postopku.² Glede kaznovanja odvetnikov in drugih udeležencev v postopku se postavlja tudi vprašanje, ali je v skladu s pritožnikovo pravico do nepristranskega sodnika, če o kaznovanju odloča sodnik, ki se je z njegovo izjavo čutil prizadetega. Eden od takih primerov je bil podlaga za obsodbo Slovenije pred ESČP zaradi kršitve pravice do nepristranskega sodnika. Kršitev te pravice je ESČP kljub pozornosti, ki jo sicer Ustavno sodišče posveča temu vprašanju, ugotovilo še v treh primerih, zato sem se odločila, da predstavim prakso Ustavnega sodišča, ki se nanaša na to pravico.

Pravica do nepristranskega sodnika je eno od temeljnih procesnih jamstev, ki jih zagotavljata člena 22 in 23 Ustave ter 6. člen Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP). Hkrati je logično povezana z načelom neodvisnosti sodnikov iz 125. člena Ustave, ki določa, da so sodniki pri opravljanju sodne funkcije neodvisni in vezani (samo) na ustavo in zakon. Vsebinsko tega načela je Ustavno sodišče podrobno obrazložilo v odločbi U-I-60/06 z dne 7. decembra 2006, ki jo je dr. Ciril Ribičič uvrstil med sedem najpomembnejših odločitev Ustavnega sodišča (Ribičič, 2015, : 223). Po mnenju Ustavnega sodišča je neodvisnost sodnikov predpogoj za njihovo nepristranskost pri odločanju v konkretnih sodnih postopkih in s tem za kredibilnost sodstva ter zaupanje javnosti v njegovo delovanje. To načelo na eni strani pomeni, da mora biti sodnikom zagotovljeno, da delujejo brez neprimernih pritiskov, groženj ali vmešavanj v njihovo odločanje, na drugi strani pa je odraz načela delitve oblasti, ki izhaja iz 3. člena Ustave.

Po drugem odstavku 23. člena Ustave ima vsakdo pravico, da mu sodi sodnik, ki je izbran po pravilih, vnaprej določenih z zakonom in sodnim redom. Če v konkretnem postopku obstajajo okoliščine, ki vzbujajo dvom v neodvisnost sodnika, pa se mora sodnik izločiti. Pravila o izločitvi sodnikov, ki jih vsebujejo procesni zakoni, določajo primere, ko se domneva, da sodnik zaradi povezanosti s katero od strank ali z vsebino zadeve ne more biti nepristranski in zato ne sme opravljati sodniške funkcije (izključitveni razlogi – *iudex inhabilis*), ter vsebujejo splošno določbo, da se mora sodnik izločiti tudi v primeru, če obstajajo druge okoliščine, ki zbuja dvom v njegovo nepristranskost (odklonitveni razlogi – *iudex suspectus*). Pod vplivom prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) je Ustavno sodišče za presojo kršitev pravice do nepristranskega sojenja sprejelo subjektivno-objektivni test. Ker je

ugotavljanje subjektivne pristranskosti sodnika problematično, ESČP pogosto ponavlja, da se sodnikova nepristranskost predpostavlja, dokler se ne dokaže nasprotno. Za presojo, ali gre za kršitev pravice do nepristranskega sodnika, je pomemben tudi objektivni kriterij, ki temelji na angleškem načelu *the justice must not only be done, it must be seen to be done* (Jacot-Guillarmod, 1993,: 398).

V nadaljevanju bom prikazala nekaj najpomembnejših odločitev Ustavnega sodišča, ki se nanašajo na pravico do nepristranskega sodnika v konkretnih sodnih postopkih.

2 Presoja skladnosti zakonov z ustavo

Ustavno sodišče je v nekaj primerih presojalo določbe Zakona o kazenskem postopku (ZKP)³ ki urejajo izločitev sodnikov. Z odločbo U-I-92/96 z dne 21. marca 2002 je Ustavno sodišče na zahtevo Okrožnega sodišča v Ljubljani in Okrajnega sodišča v Mariboru ugotovilo neskladnost ZKP z zahtevo po nepristranskem sojenju iz 23. člena Ustave, ker je omogočal, da se je razpravljajoči sodnik seznanil z obvestili, ki jih je pridobila policija v predkazenskem postopku, pri tem pa ni predvideval izločitve sodnika, ki se je z njimi seznanil. Ta obvestila morajo biti sicer izločena iz spisa in se nanje sodba ne sme opirati, vendar to po mnenju Ustavnega sodišča ni dovolj, saj se sodnik, če se seznanil z gradivom, ki ga ne sme uporabiti, izpostavlja nevarnosti, da bo spoznanje o tem vplivalo na njegovo odločitev. Na to odločbo se je zakonodajalec odzval tako, da je z novelo ZKP-E⁴ v 39. členu določil, da se mora sodnik, ki se je pri odločanju o kateremkoli vprašanju seznanil z dokazom, ki se mora izločiti iz spisa, izločiti, razen če vsebina dokaza ni taka, da bi lahko vplivala na njegovo odločitev. Zakonodajalec je s tem uveljavil ureditev, ki jo je kot eno od možnosti navedlo Ustavno sodišče v 23. točki obrazložitve svoje odločbe.

V naslednji zadevi je bila predmet presoje ureditev, po kateri je bilo mogoče odklonitvene razloge za izločitev sodnika uveljavljati samo do začetka glavne obravnave. Ta ureditev je bila uveljavljena z novelo ZKP-A,⁵ pred tem pa je bilo mogoče sodnika tudi iz odklonitvenih razlogov izločiti do konca glavne obravnave. Do spremembe je prišlo, ker naj bi prihajalo do neutemeljenih zahtev za izločitev sodnikov in s tem do podaljševanja kazenskih postopkov. Po presoji Ustavnega sodišča izpodbijana ureditev obdolžencu ni omogočala, da bi učinkovito uveljavljal svojo pravico iz 23. člena Ustave, saj se lahko ravnanje sodnika, ki kaže na to, da so pri njem prisotne okoliščine, zaradi katerih ima osebni razlog za odločanje v korist ene izmed strank, pokaže šele med sojenjem. Poleg tega stranka izve za sestavo celotnega senata šele tik pred začetkom glavne obravnave in tako nima časa preveriti, ali morda za katerega od članov senata obstajajo take okoliščine, če ji te okoliščine niso znane vnaprej. Ustavno sodišče je zato sporni del besedila: »v primeru iz 6. točke 39. člena tega zakona pa samo do začetka glavne obravnave« razveljavilo (odločba U-I-149/99 z dne 3. aprila 2003).

Ustavno sodišče je obravnavalo tudi dve pobudi, v katerih so stranke izpodbijale peti odstavek 73. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)⁶, po katerem zoper sklep, s katerim se zahteva izločitev sodnika, ni posebne pritožbe. Po mnenju pobudnikov naj bi bilo to v nasprotju s pravico do nepristranskega sodnika iz 23. člena Ustave in s pravico do učinkovitega pravnega sredstva iz 25. člena Ustave. Ustavno sodišče je te očitke zavrnilo. Po mnenju Ustavnega sodišča je učinkovito varstvo pravice do izločitve sodnika možno tudi naknadno v pritožbenem postopku. Če pritožbeno sodišče pritožbi zoper sklep o zavrnitvi predloga za izločitev sodnika ugodi, izpodbijano sodbo razveljavi in zadevo vrne sodišču v nov postopek. V novem postopku bo namesto izločenega sodnika odločal drug sodnik, pravna dejanja, ki jih je opravil izločeni sodnik po trenutku, v katerem je bila zahtevana njegova izločitev, pa so brez pravnega učinka (drugi odstavek 74. člena ZPP). Ustavno sodišče je obe pobudi kot očitno neutemeljeni zavrnilo (sklep U-I-275/06, Up-811/07 z dne 29. maja 2008 in sklep U-I-164/07, Up-1888/07 z dne 15. januarja 2009).⁷

V dveh primerih pa je Ustavno sodišče obravnavalo vprašanje, ali je v skladu z Ustavo ureditev, po kateri o kaznovanju za žaljive izjave ali vloge odloča sodnik, proti kateremu je bila žaljiva izjava usmerjena. V odločbi U-I-145/03 z dne 23. junija 2005 je Ustavno sodišče presojalo določbe 11. in 109. člena ZPP ter presodilo, da izpodbijana ureditev ni v neskladju z Ustavo. V obrazložitvi je zapisalo, da pobudnica napačno razume pomen in namen instituta kaznovanja po 109. členu ZPP, saj v tem primeru varovana dobrina ni čast in dobro ime konkretnega sodnika, temveč varstvo zaupanja v sodstvo in varstvo avtoritete sodne veje oblasti. Zato po mnenju Ustavnega sodišča ne drži očitek, da sodnik (če seveda pravilno razume 109. člen ZPP in pravilno obrazloži sklep o kaznovanju) odloča v zadevi, v kateri je bil sam žrtev oziroma oškodovanec. Ustavno sodišče je to stališče še nekajkrat ponovilo pri odločanju o ustavnih pritožbah, med drugim tudi v odločbi Up-332/03 z dne 27. oktobra 2005, s katero je bila pritožnična ustavna pritožba s sklicevanjem na odločbo U-I-145/03 zavrjnena. Odločba je bila sprejeta s petimi glasovi proti štirim – proti njej sta poleg sodnika Ribičiča in mene glasovala sodnica Krisper Kramberger in sodnik Čebulj. Pritožnica se je nato pritožila na ESČP. ESČP je najprej ugotovilo, da je v tej zadevi uporabljen 6. člen EKČP, ker je bilo v pritožničinem primeru mogoče spremeniti izrečeno denarno kazen v kazen zapora.⁸ V nadaljevanju je ugotovilo, da je bila pritožnici kršena pravica do nepristranskega sodišča iz prvega odstavka 6. člena EKČP, ker je o žaljivi izjavi odločal sodnik, čigar vedenje je pritožnica kritizirala (sodba *Alenka Pečnik proti Sloveniji*, z dne 27. septembra 2012). V obrazložitvi je navedlo, da to, da sodnik nastopa hkrati kot žrtev, pričar, tožilec in sodnik, vzbuja resen dvom v njegovo nepristranskost.

Ustavno sodišče je stališče, ki ga je ESČP zavzelo v zadevi *Alenka Pečnik proti Sloveniji*, upoštevalo pri odločanju o ustavnosti 78. člena ZKP, ki ureja kaznovanje za žaljive izjave v kazenskem postopku. Z odločbo Up-185/14, U-I-51/16 z dne 28. septembra 2016 je določbo 78. člena ZKP, kolikor se nanaša na primere, ko je

domnevno žaljiva izjava usmerjena osebno zoper sodnika oziroma senat, pred katerim je bila dana oziroma ki je pristojen odločiti o vlogi, ki jo vsebuje, razveljavilo. Hkrati je določilo način izvršitve svoje odločbe, po katerem se v takem primeru predlog za kaznovanje obravnava kot nova zadeva in dodeli drugemu sodniku v skladu s pravili Sodnega reda. Člen 78 ZKP do zdaj še ni bil spremenjen, tako da morajo sodišča še vedno ravnati v skladu z načinom izvršitve iz navedene odločbe, na področju pravnega postopka pa je bil z novelo ZPP-E⁹ v 109. členu dodan nov tretji odstavek, ki se glasi:

»Če se žaljiva izjava nanaša na sodnika ali senat in sodnik ali predsednik senata oceni, da so izpolnjeni pogoji za kaznovanje, poda predlog za kaznovanje, ki se obravnava kot novo vložena zadeva in se dodeli drugemu sodniku v skladu s sodnim redom.«

3 Odločanje o ustavnih pritožbah

Pri odločanju o ustavnih pritožbah je Ustavno sodišče večinoma obravnavalo vprašanje, ali so v konkretnem primeru obstajale druge okoliščine, ki vzbujajo dvom v nepristranskost sodnika, ter nekatere procesne vidike uveljavljanja zahtev za izločitev. Iz njegovih odločitev izhaja, da pri presoji, ali je bilo pritožniku zagotovljeno nepristransko sojenje, ni pomembno samo to, da je nepristranskost sojenja dejansko zagotovljena, temveč se mora ta odražati tudi navzven. Kot navaja Galič (2011: 372), je test vtisa nepristranskosti objektiviziran, tako da ni dovolj, da je sum podan v očeh pritožnika, temveč morajo biti izkazane okoliščine, »ki objektivno vzbudijo resen sum v nepristranskost po kriterijih razumnega človeka«. V primeru, ko je pritožnik zatrjeval, da mu je bila kršena pravica do nepristranskega sojenja, ker sodnična sorodnika zastopata nasprotno stranko v drugih sodnih postopkih in ji pravno svetujeta, se je Ustavno sodišče omejilo zgolj na presojo, da iz pravice do nepristranskega sojenja ne izhaja, da bi moralo sodišče določbo, po kateri je izločitveni razlog sorodstveno razmerje ali zakonska zveza med sodnikom in pooblaščenecem stranke, razširiti tudi na take primere, vprašanja, ali je bil v konkretnem primeru prizadet videz nepristranskosti, pa ni presojalo (sklep Up-290/98 z dne 30. januarja 2001). Kriterij »objektivnega videza nepristranskosti« je upoštevalo v nekaterih poznejših odločitvah. Na njegovi podlagi je ocenilo, da okoliščina, da sta pri odločanju o pritožnikovi reviziji odločala sodnika, ki nista bila izvoljena za ustavna sodnika, ni taka, da bi lahko pri razumnem človeku vzbudila resen sum v njuno nepristranskost zgolj zato, ker je tudi pritožnikova zadeva povezana z neimenovanjem v Državnem zboru (sklep Up-295/01 z dne 26. februarja 2002). Po presoji Ustavnega sodišča pritožniku tudi ni bila kršena pravica iz 23. člena Ustave s stališčem Vrhovnega sodišča, da zgolj poznanstvo s sodniki sodišč v Kopru ni taka okoliščina, da bi vzbudila dvom v nepristranskost sojenja (sklep Up-671/04 z dne 5. maja 2006), kot tudi ne v primeru, ko je sodnik sodeloval pri odločanju o enakem pravnem vprašanju med istima strankama v drugi pravdi (sklep Up-149/01 z dne 17. februarja 2004). S sklicevanjem na prakso ESČP pa je Ustavno sodišče ugotovilo kršitev pravice do nepristranskega sojenja v primeru, ko je o pritožnikovi krivdi odločal sodnik, ki je pred tem odločal o krivdi soobdolženih, sodba zoper soobdolžene pa je

vsebovala presojo pritožnikovih konkretnih ravnanj, o katerih je sodišče odločalo v poznejši sodbi, izdani zoper pritožnika v izločenem postopku (odločba Up-57/14 z dne 26. januarja 2017). Po mnenju Ustavnega sodišča za okoliščino, ki vzbuja dvom v nepristranskost sodnice, ni mogoče šteti tega, da se sodnica javno zavzema za zadržanost pri odmerjanju odškodnine za nepremoženjsko škodo (odločba Up-270/01 z dne 19. februarja 2004). Za okoliščino, ki vzbuja dvom v nepristranskost sojenja, pa je Ustavno sodišče ocenilo ravnanje predsednika Vrhovnega sodišča, ko se je v javnem govoru odzval na kritike sodstva in pri tem kritiziral tudi izjave obsojenca o pritožbenem sodišču, za tem pa kot predsednik senata sodeloval pri odločanju o obsojenčevi zahtevi za varstvo zakonitosti v njegovi zadevi (odločba Up-879/14 z dne 20. aprila 2015).

Vprašanje, ali je bil v konkretnem primeru prizadet videz nepristranskosti, se je postavilo tudi v primerih, ko je sodnik v obravnavani zadevi sodeloval pri odločanju v predhodnem postopku. Po 5. točki 71. člena jugoslovanskega Zakona o pravnem postopku (ZPP77)¹⁰ je bil eden od izključitvenih razlogov, če je sodnik v isti zadevi sodeloval *pri izdaji odločbe* nižjega sodišča, samoupravnega sodišča ali drugega organa. V 70. členu ZPP je ta izključitveni razlog oblikovan širše, tako da se sodnik izloči, če je sodeloval *v postopku* pred nižjim sodiščem, arbitražo ali drugim organom. Taka opredelitev zajema tudi položaje, ko je sodnik sodeloval v kateri od zgodnejših faz postopka, pri predhodnem preizkusu tožbe ali v pripravljalnem postopku. V praksi pa se je pojavilo vprašanje, ali lahko o pravnem sredstvu odloča sodnik, ki sicer ni sodeloval v postopku izdaje odločbe, ki je predmet izpodbijanja s pravnim sredstvom, temveč v kateri od prejšnjih faz postopka, v kateri je bila prej izdana odločba razveljavljena in vrnjena v novo odločanje. Ustavno sodišče je v enem primeru presodilo, da je z vidika pravice iz 23. člena Ustave nesprejemljivo stališče Vrhovnega sodišča, da se pojem »ista zadeva« ne nanaša na celoten postopek od vložitve tožbe, temveč le na postopek od zadnje izdane prvostopenjske sodbe do pravnomočnosti. Po mnenju Ustavnega sodišča si je sodnik, ki je že dvakrat odločal o isti zadevi na prvi stopnji, s tem ustvaril določeno mnenje o spornem predmetu, v pritožbenem postopku pa je sodil o vprašanih, o katerih je sam odločal že v postopku na prvi stopnji (odločba Up-52/99 z dne 21. novembra 2002). V drugem primeru, ko je pri odločanju na Vrhovnem sodišču sodeloval sodnik, ki je v prejšnjem postopku sodeloval pri izdaji sodbe, ki je bila pozneje razveljavljena, Ustavno sodišče ustavne pritožbe ni sprejelo v obravnavo z utemeljitvijo, da zgolj to dejstvo ne pomeni, da sodišče ni odločalo nepristransko, neodvisno in pošteno (sklep Up-574/03 z dne 6. julija 2005). Kršitev pravice do nepristranskega sojenja pa je Ustavno sodišče ugotovilo v primeru, ko je o predlogu za obnovo kazenskega postopka odločal sodnik, ki je sodeloval pri odločanju o ugovoru zoper obtožnico in o predlogu državnega tožilca za odreditev pripora (odločba Up-2422/08-17 z dne 1. julija 2010). Menilo je, da je Vrhovno sodišče, ki se je pri odločanju oprlo samo na 412. člen ZKP, po katerem pri odločanju o zahtevi za obnovo postopka ne more sodelovati sodnik, ki je sodeloval pri sodbi v prejšnjem postopku, pri

tem pa ni upoštevalo razlogov za izločitev sodnika iz 39. člena ZKP, sprejelo stališče, ki je z vidika pravice iz prvega odstavka 23. člena Ustave nesprejemljivo.

Zaradi vloge, ki jo je imel sodnik v predhodnem sodnem postopku, je bila Slovenija pred ESČP trikrat obsojena zaradi kršitve pravice do nepristranskega sojenja. V primeru *Švarc in Kavnik proti Sloveniji* (sodba z dne 8. februarja 2007) je ESČP ugotovilo kršitev te pravice, ker je sodnik, ki je bil član senata, ki je odločil, da se ustavna pritožba ne sprejme v obravnavo, v predhodnem pravnem postopku za eno od strank napisal pravno mnenje, ki za odločanje o ustavni pritožbi niti ni bilo relevantno. V drugem primeru je na Vrhovnem sodišču o pritožnikovem pravnem sredstvu odločal sodnik, ki je sodeloval pri odločanju na pritožbenem sodišču, ko je to razveljavilo prvostopenjsko sodbo in zadevo vrnilo v novo sojenje. Pritožnik je kršitev pravice do nepristranskega sojenja uveljavljal z ustavno pritožbo, ki pa jo je Ustavno sodišče zaradi pomanjkanja pravnega interesa zavrglo, ker je nasprotna stranka med postopkom prenehala obstajati. ESČP je glede na vse okoliščine primera, zlasti glede na vlogo, ki jo je imel sodnik v obeh postopkih, odločilo, da je bil prizadet videz nepristranskosti sojenja, in to ne samo v očeh pritožnika, temveč v objektivnem smislu (sodba *Peruš proti Sloveniji* z dne 26. septembra 2012). Kršitev pravice do nepristranskega sojenja je ESČP ugotovilo tudi v primeru, ko je v senatu Ustavnega sodišča, ki je sprejel (neobrazložen) sklep o nesprejemu pritožnikove ustavne pritožbe v obravnavo, odločala sodnica, ki je v predhodnem sodnem postopku na Višjem delovnem in socialnem sodišču sodelovala pri odločanju o pritožbi nasprotne stranke v eni od predhodnih faz postopka (sodba *Hit d. d. Nova Gorica proti Sloveniji* z dne 5. junija 2014).

V nekaj zadevah je Ustavno sodišče presojalo procesne vidike uveljavljanja razlogov za izločitev sodnika. Kršitev pravice do nepristranskega sojenja je Ustavno sodišče ugotovilo v primeru, ko je pri odločanju o pritožnikovi pritožbi sodelovala sodnica, katere izločitev je zahteval, o tej zahtevi pa je sodišče odločilo šele po izdaji odločbe in njegovo zahtevo zavrnilo. Sodišče se je pri tem sklicevalo na določbo prvega odstavka 74. člena ZPP, po kateri lahko sodnik, če se zahteva izločitev iz odklonitvenih razlogov (6. točka 70. člena ZPP), nadaljuje z opravljanjem pravnih dejanj. Po mnenju Ustavnega sodišča je edina ustavno skladna razlaga te določbe, da mora biti o predlogu stranke za izločitev sodnika odločeno najpozneje do izdaje končne odločbe v tej zadevi, sicer je videz nepristranskosti sojenja v »tolikšni meri«¹¹ okrnjen, da ga tudi z naknadno odločitvijo ni mogoče ponovno vzpostaviti (odločba Up-365/05 z dne 6. julija 2006). Iz odločbe sicer izhaja, da je mogoče zagotoviti varstvo pravice do nepristranskega sojenja že z ustrezno ustavno skladno razlago zakona, kljub temu pa je bil z novelo ZPP-D¹¹ prvi odstavek 74. člena ZPP dopolnjen tako, da lahko sodnik opravlja nadaljnja dejanja, *razen izdaje odločbe, s katero se postopek pred tem sodiščem konča.*

Stranka je pri uveljavljanju razlogov za izločitev sodnika časovno omejena. Izločitev sodnika mora stranka zahtevati takoj, ko izve za razlog zanjo, vendar (praviloma)

najpozneje do konca glavne obravnave. Izločitev sodnika višjega sodišča lahko stranka v pravnem postopku zahteva do izdaje odločbe, v kazenskem postopku pa le do začetka seje senata. Izključitvene razloge lahko sicer stranka uveljavlja tudi še s pritožbo in izrednimi pravnimi sredstvi, odklonitvenih razlogov pa po koncu glavne obravnave oziroma po izdaji odločbe ne more več uveljavljati. To pomeni, da je treba iz odklonitvenih razlogov zahtevati izločitev sodnika višjega in Vrhovnega sodišča (ker se v postopku pred Ustavnim sodiščem smiselno uporabljajo določbe ustreznih procesnih zakonov, pa tudi sodnika Ustavnega sodišča) vnaprej. Težava je v tem, da stranka običajno šele iz odločbe izve, da je o njenem pravnem sredstvu odločal sodnik, glede katerega obstaja dvom v njegovo nepristranskost. Galič (2004: 424) zastopa stališče, da ta ureditev prestane ustavnosodni preizkus, v izjemnih primerih pa še vedno pride v poštev ustavna pritožba. Ustavno sodišče dveh ustavnih pritožb, vloženih zaradi kršitve pravice do nepristranskega sojenja pri odločanju o strankinem pravnem sredstvu, ni sprejelo v obravnavo. V prvem primeru je navedlo le, da ker pritožnica ni predlagala sodnikove izločitve v postopku odločanja o pritožbi, ko je izvedela za razlog izločitve, ne more prvič uspešno uveljavljati kršitve pravice do nepristranskega sodnika v postopku z ustavno pritožbo. Iz obrazložitve pa ni razvidno, ali je pritožnica vedela, da bo sodeloval pri odločanju o njeni pritožbi (sklep Up-139/95 z dne 4. februarja 1997).

V drugem primeru je pritožnik uveljavljal kršitev pravice do nepristranskega sojenja, ker sta v postopku pred višjim sodiščem pri odločanju o njegovi pritožbi sodelovala sodnika, ki sta bila oškodovanca v kazenskem postopku zaradi razžalitve, do katere je prišlo po razveljavitvi zanj ugodne prve sodbe v isti zadevi. Po mnenju Ustavnega sodišča v tem primeru ni šlo za kršitev pravice do nepristranskega sojenja, ker bi lahko pritožnik predvideval, da obstaja vsaj verjetnost, da bosta tudi v naslednjem postopku pred višjim sodiščem odločala ista sodnika, in bi z zadostno skrbnostjo pravočasno poskrbel za to, da bi se njegov predlog za izločitev obravnaval (sklep Up-132/03 z dne 12. marca 2004).

Drugačno stališče je Ustavno sodišče zavzelo v zadevi Up-679/06, U-I-20/07 (odločba z dne 10. oktobra 2007).¹² V tem primeru je pritožnik iz časopisa izvedel, da je o njegovi zadevi na Vrhovnem sodišču odločal sodnik, s katerim je bil v sporu o temeljnem vprašanju sodniške etike in je, še preden mu je bila vročena sodba, zahteval njegovo izločitev. Predsednik Vrhovnega sodišča je njegovo zahtevo zavrgel, ker je bilo o zadevi že odločeno na seji pred vložitvijo zahteve za izločitev. Po oceni Ustavnega sodišča so bile okoliščine konkretnega primera take, da pri razumnem človeku vzbujajo resen dvom v nepristranskost sojenja ne le v očeh pritožnika, temveč tudi objektivno. Sodniku so bile te okoliščine poznane, zato bi moral o tem obvestiti predsednika Vrhovnega sodišča, da bi odločil o njegovi izločitvi, to pa bi morali storiti tudi članici senata, ki sta bili s temi okoliščinami prav tako seznanjeni. Ker tega niso storili, je Ustavno sodišče odločilo, da sodišče ni zagotovilo videza nepristranskosti sojenja in da je bila zato pritožniku kršena pravica iz prvega odstavka 23. člena Ustave. Ta odločba je bila

izdana, preden je bila izdana sodba v zadevi *Hit d.d. Nova Gorica proti Sloveniji*, v kateri ESČP med drugim ni sprejelo ugovora slovenske vlade, da pritožnica ni izčrpala pravnih sredstev. Po mnenju Vlade bi lahko pritožnica zahtevala izločitve sodnice že v postopku pred Ustavnim sodiščem, saj je sestava Ustavnega sodišča objavljena na njegovi spletni strani in bi lahko predvidevala, da bo ta sodnica odločala o njeni zadevi. ESČP je ta argument zavrnilo z utemeljitvijo, da bi bilo od stranke pretirano zahtevati, da zahteva izločitev sodnika zgolj na podlagi verjetnosti, da bo odločal o njeni zadevi.

Vprašanje nepristranskosti sojenja se lahko pojavi tudi v primeru, ko sicer ni razlogov za izločitev konkretnega sodnika oziroma sodnikov, obstaja pa povezava katere od strank ali obravnavane zadeve s sodiščem, ki je pristojno za njeno obravnavanje (na primer stranka je zaposlena na tem sodišču ali pa je zadeva v ožjem okolju vzbudila tolikšno pozornost javnosti, zato obstaja nevarnost pritiskov na sodnike, ki naj bi o njej odločali). V sodni praksi ni bilo enotnega stališča o tem, ali je to lahko razlog za prenos pristojnosti iz »drugih tehtnih razlogov« na drugo stvarno pristojno sodišče (Ude, 2005, : 305 in Betetto, 2005, : 291). Ustavno sodišče je o tem odločalo v zadevi Up-799/13 (odločba z dne 22. januarja 2015). Zavzelo je stališče, da ustavno skladna razlaga zakonske določbe o prenosu krajevne pristojnosti zahteva, da se kot tehtni razlogi za določitev drugega stvarno pristojnega sodišče upoštevajo tudi okoliščine, s katerimi se utemeljuje dvom v videz nepristranskosti sojenja vseh sodnikov sodišča. Zato po mnenju Ustavnega sodišča od pritožnika ni mogoče zahtevati, naj si zagotovi spoštovanje pravice do nepristranskega sojenja najprej z izločanjem vsakega posameznega sodnika, ki bi mu bila zadeva dodeljena v delo, in šele ko bi mu uspelo izločiti zadnjega sodnika tega sodišča, predlagati prenos krajevne pristojnosti.

4 Sklep

Čprav veljajo v kazenskem postopku in v civilnih sodnih postopkih nekatere posebnosti, so nekatera stališča, ki jih je Ustavno sodišče sprejelo ob obravnavi posameznih zadev, relevantna za obe vrsti postopkov. Iz predstavljenih odločitev izhaja, da Ustavno sodišče pri odločanju o kršitvi pravice do nepristranskega sodnika upošteva objektivni kriterij, ki temelji na zahtevi, da mora sodišče pri ravnanju v posamezni zadevi tudi navzven ustvarjati oziroma ohranjati videz nepristranskosti. Kaže pa, da mora glede na strogost ESČP pri presoji tega kriterija svoje stališče še zaostri, kar je v nekaterih primerih (na primer glede kaznovanja za žaljive vloge) že storilo. Upoštevati je treba, da je ESČP še posebej nepopustljivo, ko gre za vpletenost sodnika v predhodne faze postopka, in ne sprejema niti argumentov o časovni oddaljenosti te vpletenosti niti o tem, da v predhodnem postopku ni šlo za odločanje o istih vprašanjih.

Ne kaže zanikati, da nekateri institut izločitve sodnika izrabljajo za zavlačevanje postopka, po izdaji sodbe pa za izpodbijanje zanje neugodne odločitve. Zato je razumljivo, da mora biti zaradi zagotovitve učinkovitosti postopka in varstva pravic

drugih udeležencev v postopku možnost uveljavljanja izločitvenih razlogov časovno omejena, vendar morajo imeti stranke dejansko možnost, da te razloge pravočasno uveljavljajo. Ker ESČP glede neizčrpanja pravnih sredstev ni naklonjeno argumentu, da bi morala stranka predlagati izločitev sodnika »na zalogo«, je treba poskrbeti za to, da bodo stranke pravočasno obveščene, kateri sodnik oziroma sodniki bo(do) odločali o njeni zadevi. V skladu s priporočilom, ki ga je ESČP zapisalo v sodbi *Peruš proti Sloveniji*, bi bilo tudi treba uvesti varovalke, ki bi sodnike obveščale o njihovi vpletenosti v predhodni postopek. Ustavno sodišče pa bi se pri odločanju o kršitvah pravice do nepristranskega sojenja ne smelo izogibati vsebinski presoji zaradi pomanjkanja pravnega interesa, temveč bi moralo v primeru, ko pritožniku zanj ugodna odločitev ne bi več mogla izboljšati njegovega pravnega položaja, izdati ugotovitveno odločbo, kot je to storilo v zadevi Up-679/06, U-I-20/07. Za tako rešitev se je v primeru kršitev najpomembnejših človekovih pravic zavzemal sodnik Ciril Ribičič, za kar pa drugi sodniki žal nis(m)o imeli vedno razumevanja.

Opombe / Notes:

¹ Glej zlasti odklonilno ločeno mnenje sodnika Ribičiča k odločbi Up-1391/07 z dne 10. septembra 2009 v zadevi Mladina, na katero se je sklicevalo Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) v sodbi *Mladina proti Sloveniji* z dne 17. aprila 2014.

² Glej zlasti odklonilno ločeno mnenje sodnika Ribičiča k odločbi Up-309/05 z dne 15. maja 2008. Zadeva je še odprta pred ESČP pod št. 40975/08 (*Peter Čeferin proti Sloveniji*).

³ Uradni list RS, št. 63/94 in naslednji.

⁴ Uradni list RS, št. 56/03.

⁵ Uradni list RS, št. 77/98.

⁶ Uradni list RS, št. 26/99 in naslednji.

⁷ V obeh primerih sta bili vloženi tudi ustavni pritožbi. V prvem primeru (Up-811/07) Ustavno sodišče ustavne pritožbe ni sprejelo v obravnavo, v drugem (Up-1888/07) pa jo je zaradi neizčrpanja pravnih sredstev zavrglo.

⁸ Z odločbo U-I-145/03 je Ustavno sodišče to možnost sicer razveljavilo, vendar je v času, ko je bila pritožnica kaznovana zaradi razžalitve sodišča, še vedno obstajala.

⁹ Uradni list RS, št. 10/17. Novela ZPP-E je začela veljati 14. marca 2017, uporabljala pa se bo od 14. septembra 2017.

¹⁰ Uradni list SFRJ, št. 4/77.

¹¹ Uradni list RS, št. 45/08.

¹² V tej zadevi je bila (iz drugih razlogov) vložena tudi pobuda za oceno ustavnosti drugega odstavka 62. člena Zakona o sodiščih (ZS, Uradni list RS, št. 19/94), in drugega stavka tretjega odstavka 321. člena ZPP, vendar je Ustavno sodišče odločilo, da izpodbijani 62. člen ZS ni v neskladju z Ustavo, v delu, v katerem se je nanašala na 321. člen ZP, pa jo je kot očitno neutemeljeno zavrnilo.

Literatura / References:

- Betto, N. (2005). Določitev krajevne pristojnosti po višjem sodišču. *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, I. knjiga*. Ljubljana: GV Založba in Uradni list RS, str. 287–295.
- Galič, A. (2004). *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba.
- Galič, A. (2011). Pravica do sodnega varstva v civilnih zadevah. Šturm, L. (ur.). *Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev – A.*, Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije, str. 337–385.
- Jacot-Guillarmod, O. (1993). Rights Related to Good Administration of Justice. MacDonald, R.St.J., Matscher, F., Petzold, H. *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, str. 381–404.
- Ribičič, C. (2009). Veličastnih sedem. *Revus – revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* (2009) 11.
- Ude, L. (2002). *Civilno procesno pravo*. Ljubljana: Založba Uradni list Republike Slovenije.
- Ude, L. (2005). Izložitev. Ude, L., Galič (ur.). A. *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, I. knjiga*. Ljubljana: GV Založba in Uradni list RS, str. 301–311.

