



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

5 | 2005

Procesnopravna jamstva

Ustavnopravne meje referendumске демокracije

Constitutional Limits of Referendum Democracy

Andraž Teršek



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1791>

DOI: 10.4000/revus.1791

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 novembre 2005

Number of pages: 77-90

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Andraž Teršek, « Ustavnopravne meje referendumске демокracije », *Revus* [Spletna izdaja], 5 | 2005,

Datum spletne objave: 12 février 2013, ogled: 15 septembre 2020. URL : [http://](http://journals.openedition.org/revus/1791)

journals.openedition.org/revus/1791

All rights reserved

U S T A V N O P R A V N E M E J E
R E F E R E N D U M S K E D E M O K R A C I J E
O B O D L O Č B I U S R S š t .
U - I - 1 1 1 / 0 4 - 2 1 I N » P R I M E R U D Ž A M I J A «

ANDRAŽ TERŠEK¹

1. O predmetu

Ustavno sodišče RS (v nadaljevanju: US in Sodišče) se je v odločbi št. U-I-111/04-21 soočilo z zahtevo za ustavnosodno presojo *Sklepa o razpisu naknadnega referenduma o uveljavitvi Odloka o spremembah in dopolnitvah Odloka o sprejemu prostorskih ureditvenih pogojev za plansko celoto Trnovo, Tržaška cesta, za območje urejanja VR 2/6, ob Cesti dveh cesarjev, št. 095-62/2003-163, in Sklepa o spremembah sklepa o razpisu naknadnega referenduma o uveljavitvi Odloka o spremembah in dopolnitvah Odloka o sprejemu prostorskih ureditvenih pogojev za plansko celoto V » - Trnovo, Tržaška cesta, za območje urejanja VR 2/6, ob Cesti dveh cesarjev, št. 095-62/2003-164, z dne 19. 4. 2004. S*

¹ Kot avtor študije o ustavnosti referendumskega predloga o gradnji džamije v Ljubljani, ki jo je županja MOL podpisala kot zahtevo za ustavnosodno presojo referendumskega predloga, sem se odločil to analitično delo nadaljevati v obliki komentarja in analize odločbe US št. U-I-111/04-21. Precedenčni, teoretični in pedagoški pomen te odločitve slovenskega ustavnega sodišča se mi zdi tolikšen, da zasluži poseben znanstveni odziv in dokumentiranje. V pričujočem besedilu analiziram samo dva dela odločbe: del, ki govori o ustavnosodni presoji sklepa o razpisu referenduma in referendumskega predloga »po vsebini« preko ustavnosodne presoje objavljenega sklepa o razpisu referenduma, in osrednji del, kjer US pojasnjuje svoje videnje problema - vsebinske - ustavnosti referenduma.

to zahtevo je bilo US pozvano k ustavnosodni presoji sklepa o razpisu t. i. referendumu o gradnji džamije² in k presoji ustavnosti razpisanega referendumu »po vsebini« preko ustavnosodne presoje objavljenega odloka o njegovem razpisu.

2. Ocena ustavnosti razpisanega referendumu »po vsebini« preko ustavnosodne presoje objavljenega sklepa o razpisu referendumu

Glede vprašanja, ali je mogoče preko ustavnosodne presoje sklepa o razpisu referendumu presojati tudi ustavnost referendumu v »vsebinskem« smislu, je US v sklepu št. U-I-257/03-8 zapisalo, da *»je eno izmed spornih vprašanj prav vprašanje, ali je mogoče preko sklepa o razpisu referendumu presojati tudi »vsebinsko« ustavnost referendumu«*. Poudarilo je, da o tem vprašanju v dosednji ustavnosodni praksi še ni sprejelo stališča. V zadevi U-I-29/91 je US npr. odločilo, da je bila zahteva za ustavnosodno presojo po tem, ko je volilna komisija že ugotovila rezultate referendumu in je bil sprejet predlog, ki je uresničil interes predlagatelja, brezpredmetna. S presojo aktov o razpisu referendumu v lokalnih skupnostih se je US soočilo tudi v zadevah U-I-25/91 in U-I-114/91. V zadevi U-I-29/93 je US določilo, da ni pristojno za presojo pravilnosti postopka izpeljave referendumu. V znameniti zadevi U-I-144/94, ki je vključevala MO Koper, je šlo za presojo akta o razpisu referendumu in za zadržanje izvršitve referendumu, sprejeta pa je bila začasna odločba US. V tej zadevi se je US še najbolj približalo vsebinski presoji referendumu. V zadevi U-I-201/96 je Sodišče zadržalo izvrševanje odloka o razpisu referendumu za volitve v Državni zbor (DZ) v zadevi U-I-304/96 pa je presojalo odlok o razpisu zakonodajnega referendumu za volitve v DZ po razpisu referendumu s strani DZ.

V 11. točki sklepa U-I-257/03-14 pa je Sodišče s tem v zvezi zapisalo: *»...To ne pomeni, da odloka, s katerim se razpiše zakonodajni referendum, ne bi bilo mogoče izpodbijati. Vendar se Ustavnemu sodišču v tem primeru ni bilo treba spuščati v vprašanje, kdo in pod kakšnimi pogoji bi lahko začel postopek oziroma vložil pobudo za začetek postopka ustavnosodne presoje.«* V času referendumske kampanje sem javno zavzel stališče, da bi bilo mogoče presojati »vsebinsko« ustavnost referendumu tudi preko ustavnosodne presoje sklepa o

² S takšno besedno označitvijo referendumskega predloga ne bodo soglašali tisti pravniki, ki še vedno menijo, da je šlo zgolj za referendumski predlog o določenem tehničnem aktu mestnih oblasti, in ne za referendum o gradnji islamskega verskega centra. Kot bo razvidno iz analize, takšnemu ustavnopravnemu stališču odločno nasprotujem.

njegovem razpisu. Pri tem bi bilo med drugim ustavnopravno možno uporabiti kriterij »izjemnosti« primera, tudi v povezavi s kriteriji »hude protiustavnosti«, »očitne in hude protiustavnosti« ali v povezavi z ustavnopravno logiko »preventivnega namena«.³

»Izjemnost« tega primera je bilo mogoče povezati z dejstvom, da ustavnosodne presoje referendumske pobude za izvedbo referenduma na lokalni ravni, v tem primeru v mestni občini, ni mogoče doseči drugače kot z ustavnosodno presojo referenduma »po vsebini« preko ustavnosodne presoje sklepa o njegovem razpisu. Zakon o lokalni samoupravi (ZLS) te možnosti, ki jo po drugi strani Zakon o referendumu in ljudski iniciativi (ZRLI) izrecno omogoča Državnemu zboru, ne predvideva. Edina pot občinskih oblasti na US je dana z uporabo 33. člena ZLS. O tem, ali je takšna pravna praznina v ZLS protiustavna, US še ni odločilo (sklep št. U-II-2/04 in U-I-76/04, točka 21). V tem primeru torej ni šlo samo za načelno vprašanje, ali bi bilo z vidika Ustave treba upravičenemu predlagatelju omogočiti pot na US za presojo ustavnosti referenduma po vsebini preko ustavnosodne presoje sklepa o njegovem razpisu, pač pa za vprašanje, ali je treba z vidika Ustave zagotoviti možnost, da se sploh doseže ustavnosodna presoja predlaganega in tedaj že razpisanega referenduma. Podobno kot zakonodaja omogoča DZ, da kot nosilec in izvajalec javne oblasti ter s tem tudi skrbnik ustavnosti in zakonitosti na »prvi ravni« zahteva ustavnosodno presojo referendumske pobude, bi morale biti tudi občinskim oblastem omogočeno, da dosežejo ustavnosodno presojo referendumske pobude na lokalni ravni.⁴ In US je temu pritrdilo. ZLS odpira pot na US samo županu oziroma županji (33. člen ZLS). Navsezadnje tudi ZLS funkcijo župana načelno opredeljuje kot varuha ustavnosti in zakonitosti.

Obravnavani primer s tega vidika ni bil primerljiv z zadevo U-I-257/03-14, v kateri je US zavrglo zahtevo skupine poslancev za ustavnosodno presojo sklepa o razpisu referenduma (o »izbrisanih«). Sodišče je odločilo, da je ZRLI *lex specialis*, kar zadeva možnost DZ, da zahteva ustavnosodno presojo referendumske pobude, in da zato skupina poslancev ne more zahtevati odločanja o isti zadevi (točka 10 iz obrazložitve). V primeru, ki je bil sedaj pred US, sploh ni določb v zakonodaji, ki bi omogočale predhodno ustavnosodno presojo referenduma na lokalni ravni. O npr. morebitni »zlorabi prava« ali »zlorabi prav-

³ Glede »namena« ali »cilja« glej sklep US št. U-II-3/03-15. Podrobno o tem v komentarju in analizi tega sklepa: Teršek, A., (*Referendumske meje in pasti ustavne demokracije. Analiza in komentar sklepa Ustavnega sodišča RS, št. U-II-3-03/15*, Pravna praksa, št. 1/2004, priloga.

⁴ V točki Ad I odgovora na zahtevo skupine svetnic in svetnikov MOL pobudniki referenduma zapišejo po mojem prepričanju majavo trditev, da analogije s 16. členom ZRLI ni mogoče priznati, ker je »zakonodajalec zavestno izključil možnost ustavnosodne presoje naknadnega referenduma na lokalni ravni«.

ne forma« bi lahko govorili v primeru, če bi nek subjekt lahko dosegel ustavnosodno presojo referendumске pobude preko sklepa o njegovem razpisu po tem, ko mu je že bila dana možnost, da zahteva takšno ustavnosodno presojo, pa tega iz določenih razlogov ni storil.

US je predstavljenim argumentom pritrdilo in pri tem poudarilo, da »je že doslej vsebinsko presojalo vse sklepe, s katerimi so bili razpisani referendumi za uvedbo krajevnih samoprispevkov, če so bili izpolnjeni procesni pogoji za njihovo obravnavo (op. št. 6)«. Pri tem je posebej poudarilo, da je po določbi 47/1/a člena ZLS »sestavina akta o razpisu referenduma tudi vsebina referendumskega vprašanja, zato je v primeru, če se zastavi vprašanje ustavnosti te vsebine, ta akt podvržen ustavnosodni presoji« (tč. 18).

3. Utemeljitev »vsebinske« protiustavnosti referenduma

a. Dejanski namen ali cilj pobudnikov referenduma

Podpisi, ki so jih pobudniki referenduma v zakonitem roku zbrali v podporo referendumski pobudi, so bili »okuženi s protiustavnostjo«. V medijih, na cesti, na panojih pred upravnimi enotami in na pisnih apelih za podporo referendumski pobudi so pobudniki referenduma in njihovi pomočniki pri zbiranju podpisov jasno in nedvoumno izrazili, da gre za »referendum proti džamiji« oziroma za »referendum proti mošeji«. ⁵ Televizijske reportaže so hkrati odražale nedvoumno prepričanje občanov, da podpisujejo pobudo za referendum zoper gradnjo džamije v Ljubljani, celo na slovenskih tleh. Javna razprava je bila osredotočena na vprašanje »ali džamija in muslimani sodijo v naš (kulturni) prostor«. Na ta način so pobudniki referenduma privabljali podpisnike tudi preko internetnih strani. Prvopodpisani med pobudniki je v izjavi za TV celo dejal, da so se odločili za takšen način zbiranja podpisov, ker sicer zagotovo ne bi dobili niti 100 podpisov, če bi zbirali podpise zoper določen občinski sklep kot tehnični akt. ⁶ Prišlo je do izpostavitve problema terorizma, Osame Bin Ladna, Turkov, zgodovine na slovenskih tleh, načina življenja, muslimanskih verskih obredov kot motečega faktorja, konzervativnosti okolja, stereotipov, nenavajenosti na takšna poslopja pri nas, splošnega nezaupanja in strahu ljudi ipd. Sodelujoči razpravljalci na javnih okroglih mizah, ki so s pobudniki soglašali, so utemeljevali svoja prepričanja na podoben način. Na to, da naj bi

⁵ To je bilo razvidno tudi iz sodišču predloženega pisnega in slikovnega gradiva kot priloge pobude.

⁶ POP TV, 24 ur, 20. 2. 2004, tudi POP TV, 24 ur, 4. 3. 2004.

šlo pri referendumu tudi za problem lokacije, so pobudniki postransko oziroma sekundarno navedli v referendumski pobudi, v javnosti pa so začeli resneje izpostavljati ta argument šele v zadnji fazi celotnega procesa.

Pri obravnavani referendumski zahtevi dejanskega namena pobudnikov ni bilo treba (špekulativno) ugotavljati, ker je bil slednji nedvoumno razviden že iz obrazložitve referendumske pobude. Pobudniki referendumа so menili, da za gradnjo džamije ni potrebe in da lahko muslimani svoje verske potrebe zadovoljujejo na preprostejši način: *»Vseskozi smo opozarjali, da za gradnjo velikega verskega centra na tej lokaciji ni potrebe, saj bi več molilnic v Ljubljani pripadnikom islamskega načina življenja omogočalo celotnejšo versko oskrbo ... Islamski verski kulturni center v konturah, sprejetih z odlokom na mestnem svetu, ni kakršenkoli objekt. Je versko-kulturni hram skoraj desetstisočglave množice oseb ... velike večine s slovenskim državljanstvom, bošnjaške narodnosti, pripadnikov islamskega načina življenja ...«*

b. Ustavnopravni pomen »dejanskega namena« ali »cilja«

V ustavnopravni teoriji je vprašanje dejanskega namena (tudi cilja), kadar gre za zakonodajne aktivnosti, pomembno vprašanje. Ameriška ustavnopravna teorija se s tem vprašanjem sooča predvsem na dva temeljna načina. Kadar Vrhovno sodišče ZDA⁷, ki ima tudi na tem področju najbolj razvito doktrino, pri ustavnosodni presoji uporabi omenjeni ustavni »test razumnosti« (angl. rationality test), ugotavlja zgolj artikulirani oziroma zatrjevani namen ali smoter. Kadar pa to sodišče uporabi »test stroge presoje« (angl. strict scrutiny), ocenjuje tudi dejanski ali prikriti namen oziroma možne posledice ukrepa (npr. zakona), ki se presoja.⁸ Z ustavnopravnega vidika je torej v primerih uporabe testa razumnosti (angl. tudi concievable, rational basis) irelevantno, če je razlog, s katerim zakonodajalec utemeljuje zakonsko klasifikacijo, tudi v resnici razlog, ki je zakonodajalca motiviral za sprejem takšne zakonske klasifikacije.⁹ Uporaba testa razumnosti torej dopušča, da je dejanski namen zakonodajalca drugačen od zatrjevanega namena. Pri uporabi testa razumnosti zakonodajalcu ni treba razkriti dejanskega namena in tudi ni treba, da bi bil takšen dejanski namen zakonodajalca v ustavnopravnem smislu nesporen. Na tistih,

⁷ Neustavni namen je to sodišče ugotovilo npr. že v primeru javnih šol *Griffin v. County School Board*, 377 U.S. 218 (1964).

⁸ Glej Nowak N. E., Rotunda R. D., *Constitutional Law*, 5th Ed., West Publishing, 1995, str. 600–606.

⁹ Gre za doktrino, ki jo je potrdilo Vrhovno sodišče ZDA v primeru *FCC v. Beach Communications Inc.* (508 U.S.307, 315 (1993)).

ki zatrjujejo neustavnost zakona ob uporabi testa razumnosti, leži breme dokazovanja neobstoja razumne podlage za ukrep države.¹⁰ Za ustavnosodni test razumnosti torej zadoščata presoja zatrjevanega namena zakonodajalca in razumna povezava med ciljem zakonodajalca in presojanim ukrepom. Presoja zakonodajalčevega dejanskega namena, ki je lahko drugačen od zatrjevanega, pride v poštev pri testu stroge ustavnosodne presoje in ko so v središču presoje temeljne pravice ali suspektna klasifikacija. Namen, tudi »animus«, igra posebno vlogo v primerih, ko je v središču ustavnosodne presoje določena skupina, ki jo je mogoče opredeliti npr. kot »politično nepriljubljeno skupino«. V teh primerih se pogosto uporablja zgolj test razumnosti (razumna povezava ukrepa v primerjavi z legitimnim ciljem), ki pa kljub temu običajno privede do ugotovitve protiustavnosti.¹¹

Po doktrini VS ZDA je mogoče diskriminatorni namen izkazati tudi zgolj s pomočjo posrednih dokazov. Diskriminacija oziroma diskriminatorni namen torej lahko obstaja *de facto* in *de iure*.¹² Sodišča severnoameriških zveznih držav niso spregledala dejanskega namena pobudnikov referendumskega odločanja oziroma dejanske motivacije volivcev, ki so se udeležili referendumskega glasovanja, ko so v nekaterih primerih z vidika pobudnikov pozitiven rezultat referenduma razglasila za neustavnega, ker so ugotovila, da je bila rasna diskriminacija pomemben faktor uspešnosti referenduma z vidika pobudnikov.¹³

Namen ali cilj je torej pogosto osrednji kriterij ustavnosodnega odločanja v primerih, ko država restriktivno posega v ustavne pravice in svoboščine.¹⁴ To velja tako za nacionalna ustavna sodišča kot tudi za Evropsko sodišče za

¹⁰ Oziroma v originalnem besedilu: »It is of no consequence that the actual purpose that has motivated the proposed bill may be different from that just articulated. See *Prudential Ins. Co. v. Commissioner of Revenue*, 429 Mass. 560, 568 (1999), citing *FCC v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 315 (1993). The criticism that my articulated rationale 'is but a post hoc, imaginative theory created ... to justify different treatment,' and not the actual rationale of the bill's proponents, ante at, is therefore beside the point. The rational basis test asks whether there is any conceivable basis for the distinction at issue. The test does not require that the Legislature disclose its actual motives or that those motives be pure. Nor does the test even place the burden on the Commonwealth to demonstrate the existence of a rational basis—rather, it is on those seeking to challenge the legislation to demonstrate the absence of any conceivable basis.«

¹¹ Glej npr. tipična primera *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), in *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). O tem podrobno v članku Teršek, A., *Ameriška ustavnosodna praksa v zvezi z »družinskimi« in »zakonskimi« vprašanji ter massachusettski primer Goodridge: prokreacija in heteroseksualnost nista nujna elementa zakonske zveze*, REVUS, št. 2, maj 2004.

¹² *Rogers v. Lodge*, 458 U.S. 613 (1982).

¹³ Cronin, Thomas E., *Direct Democracy. The Politics of Initiative, referendum, and Recall*, Harvard University Press, 1989, str. 93–94.

¹⁴ Prim. Nowak, J. E., Rotunda R. D., *Constitutional Law*, 5th Ed., West Publishing Co., 1995, 16. poglavje idr.; Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2nd Ed., The Foundation Press, 1988, str. 1502–1514 idr.

človekove pravice.¹⁵ V ustavnopravni teoriji je upoštevanje namena kot odločilnega ustavnopravnega kriterija znano tudi iz nekaterih znamenitih odločb Zveznega Ustavnega sodišča Nemčije. Slednje je npr. povezano tudi z nemško »doktrino o neustavnem ustavnem amandmaju«, po kateri ustavno sodišče lahko odloča celo o ustavnosti ustavnih amandmajev.¹⁶ Po mnenju nemškega ustavnega sodišča je tudi sprememba ustave z ustavnim amandmajem lahko neustavna, če npr. zakonodajalec ustavni amandma sprejme zgolj z namenom, da bi se izognil spoštovanju pomembne odločitve ustavnega sodišča.¹⁷

Slovensko ustavno sodišče je v nekaterih predhodnih odločbah že izpostavilo namen oziroma »motivacijo« kot element ustavnosodne presoje.¹⁸ O namenu kot kriteriju ustavnosti so v ločenih mnenjih pisali tudi nekateri ustavni sodniki.¹⁹ V 21. točki obrazložitve sklepa U-II-3/03 daje US odgovor na ustavnopravno vprašanje namena: *»To velja tudi, če bi se izkazalo, da je namen referenduma odlaganje oziroma zavlačevanje izvršitve odločbe Ustavnega sodišča.«* S to odločitvijo je US nedvoumno opozorilo, da namen določenega ukrepa ne sme biti v nasprotju z ustavnim redom. Pri ustavnosodni presoji je treba torej upoštevati dejstvo, da je lahko zahteva za razpis referenduma neustavna, četudi kot takšna, po besedni razlagi, na prvi pogled in upoštevajoč zgolj golo jezikovno formulacijo referendumskega vprašanja volivcem morebiti v tehničnem smislu postavlja zgolj vprašanje o njihovi volji, npr. v zvezi z uveljavitvijo prav takšne odločitve (odloka), kot jo je sprejel določen organ. Zgolj formulacija referendumskega vprašanja v smislu *»ali ste za to, da se uveljavi odlok o ..., sprejetem na 7. seji MS ...«* še ne pomeni, da pri referendumski pobudi dejansko ne more iti za protiustavnost, npr. za napad družbene večine na ustavne pravice versko opredeljive družbene manjšine. Besed-

¹⁵ Presoja »namen« je običajno sopotnica presoje »legitimnosti cilja« in »sorazmernosti ukrepa«, kadar gre za ustavnosodno presoj o restriktivnih ukrepih države na področje človekovih pravic in svoboščin. Omejena kriterija pri sodnem odločanju uporablja Evropsko sodišče za človekove pravice. Ob tem to sodišče pri omejitvah uporablja tudi kriterij »nujnosti v demokratični družbi«, saj so konvencijske pravice kot minimum evropskega varstva pravic »temeljne pravice«. O tem Macdonald, R. St. J., Matscher, F., Petzold, H. (ur.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992; Mowbray A., *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 2001, str. 518 idr.

¹⁶ O tem v slovenski pravni znanosti Jaklič, K., *Apel za legitimno pravno državo*, Nova revija, št. 221–222, Ljubljana 2000, str. 240 in nasl. Tudi Jaklič, K., Jambreč, P., *Prispevek k mnenju Beneške komisije*, Nova revija, št. 221–222, str. 263 in nasl. Glej tudi Kommers, D. P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997, str. 48–49.

¹⁷ Glej odločbe nemškega zveznega ustavnega sodišča 1 BverfGE 14, 1951; 5 BverfGE 85, 1956; 56 BverfGE 247, 1981 (tudi nekatere druge).

¹⁸ Glej odločbe US št. U-I-30/95, U-I-167/96, U-I-153/94, U-I-77/93.

¹⁹ Npr. sodnik mag. Krivic v ločenem mnenju k odločbi US št. U-I-77/96 ali sodnik dr. Zupančič, ki sta se mu pridružila sodnika dr. Šturm in dr. Šinkovec, v ločenem mnenju k odločbi št. Up-40/94.

ni formalizem, ki sam po sebi, izvzet iz konteksta konkretne zadeve, vsebinsko morda ni protiustaven, je lahko očitna in prepričljivo ugotovljiva pretveza njegove siceršnje vsebinske neustavnosti. US mora upoštevati tudi ta element tovrstnih ustavnopravnih kontroverz, pri ustavnosodni presoji pa tudi »namen« subjektov oziroma dejanski namen (tudi cilj) predlagateljev referenduma. In ko občani prevzamejo vlogo referendumskega zakonodajalca, zanje veljajo enake ustavne omejitve kakor sicer za rednega zakonodajalca. To nedvoumno izhaja tudi iz sklepa US št. U-II-3/03-15 (točka 21): *»Če bi se po presoji izkazalo, da bi z zavrnitvijo zakona nastale protiustavne posledice, bi bila zahteva za razpis naknadnega zakonodajnega referenduma v neskladju z Ustavo in Državni zbor ne bi smel razpisati takšnega referenduma ... Ustava in odločbe Ustavnega sodišča ne zavezujejo samo Državnega zbora kot zakonodajalca, temveč tudi državljane, kadar oblast izvršujejo neposredno (drugi odstavek 3. člena) z odločanjem o posameznem zakonu na referendumu (90. člen Ustave).«* V zvezi z namenom oziroma motivom, ki spremlja referendumsko pobudo in referendumsko glasovanje, je potem treba ugotoviti, s kakšnim namenom ali ciljem so predlagatelji zahtevali razpis referenduma in s kakšnim namenom se bodo volivci dejansko udeležili določenega referenduma: zaradi njihovega nesoglašanja ali pritrdjevanja sprejeti in nevtralni zakonski ureditvi ali z namenom restriktivno poseči v uresničevanje ustavnih pravic določene skupine ljudi. Načela demokratičnosti, ki ga sodoloča tudi pravica državljanov do neposrednega, referendumskega odločanja, ni dopustno uporabiti kot orožja zoper načelo pravne države, ki ga vrednostno opredeljujejo predvsem človekove pravice in svoboščine. In *»svoboda delovanja verskih skupnosti se navezuje tudi na splošno ustavno načelo demokratičnosti države (1. člen Ustave).«*²⁰

Nekdanja predsednica US dr. Wedam Luki} v ločenem mnenju (točka 8) k sklepu US št. U-I-3/03 zapiše: *»Pri presoji, ali bi zaradi uveljavitve oziroma zavrnitve zakona na referendumu nastale protiustavne posledice, mora Ustavno sodišče nedvomno upoštevati, da je pravica do odločanja na referendumu iz 90. člena Ustave izpeljava pravice do neposrednega sodelovanja državljanov pri upravljanju javnih zadev iz 44. člena Ustave in da je zato omejevanje te pravice 'podvrženo režimu iz 15. člena Ustave' (strogi test sorazmernosti).«* V ločenem mnenju k odločbi US št. U-I-163/99 je nekdanji predsednik US Testen pojasnil, da je *»Ustavno sodišče že nekajkrat povedalo, da na protiustavnost zakona lahko vpliva tudi zakonodajalčeva motivacija ... torej ne le nagib, ampak resnična causa ... Če je motivacija protiustavna, je tudi sprejeti predpis obreme-*

²⁰ Odločitev US v zadevi U-I-68/98, točka 12.

njen s protitustavnostjo ... Ustavno sodišče preskusi, ali je zakonodajalec navedel resnične razloge za svoj poseg, in presoja ustavnost zakona tudi v luči dejanskih, morebiti neustavnih razlogov za njegov sprejem.»²¹

V obravnavanem primeru je torej šlo za problem ustavnosti namenskega jedra referendumске pobude. Ne gre spregledati dejstva, da bi v nasprotnem primeru volivci lahko vsakokrat onemogočili objavo in uresničevanje določenega zakona z vlaganjem referendumskih pobud, ki bi se na prvi pogled, tudi golo jezikovno, zdele ustavno nevtralne (npr. z referendumskimi vprašanji v smislu »ali ste za uveljavitev prav takšnega zakona (akta), kot ga je sprejel Državni zbor (ali mestne oblasti)«, dejansko pa bi npr. šlo za onemogočanje uresničevanja ustavnih pravic določene skupine ljudi. Pomembno vprašanje s tem v zvezi je, ali je treba počakati na morebitno večkratno referendumsko odločanje, ki neposredno zadeva materialne ustavne pravice določene skupine ljudi, da bi lahko referendumsko pobudo končno opredelili kot protitustavno. Takšnemu argumentu ni mogoče pritrditi.²² V tovrstnih primerih, ko gre za neposreden konflikt med družbeno večino in npr. versko, tudi etnično in nacionalno opredeljivo družbeno manjšino, se obseg pravice do neposrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev in do referendumskega odločanja zoži,²³ še posebej če restriktivnega poseganja v pravice ene skupine ljudi ni mogoče utemeljiti z varstvom pravic druge skupine ljudi.

Navsezadnje tudi *Evropska konvencija o človekovih pravicah* v 17. členu prepoveduje razlago določb Konvencije na ta način, kakor »da vsebuje za katerokoli državo, skupino ali posameznika pravico do kakršnekoli dejavnosti ali dejanja, ki je usmerjeno h kršenju katerihkoli pravic ali svoboščin, ki so tu določene, ali k njihovem omejevanju v večjem obsegu, kot je določeno v tej konvenciji«.²⁴ EKČP torej tudi posameznikom in družbenim skupinam prepoveduje uporabo oziroma izvrševanje temeljnih pravic na način oziroma z namenom, da bi se nedopustno onemogočilo ali omejilo uresničevanje temeljnih pravic

²¹ Odklonilno ločeno mnenje ustavnega sodnika Testena k odločbi US št. U-I-163/99, Ur. l. RS, št. 59/99 in 80/99.

²² Ustavno sodišče je temu stališču pritrdilo v 31. točki Obrazložitve odločbe in pri tem poudarilo naslednje: »Pri presoji, ali gre za poseg v to pravico, Ustavno sodišče ni moglo upoštevati argumenta predlagateljev referendum, da bi bilo o kršitvi človekovih pravic Islamske verske skupnosti mogoče govoriti šele tedaj, če bi bila gradnja džamije na večkrat ponovljenih referendumih zavrnjena in ta verska skupnost ne bi imela drugih možnosti za opravljanje verskih obredov. V vsakem posamičnem primeru bi šlo namreč za povsem enak pravni položaj. Prav tako ni bilo mogoče upoštevati zatrjevanja, da gre za vprašanje lokacije objekta ali upravičevanje zahteve, da pripadnikom islamske vere zadostuje več molilnic[527] in da zato ne potrebujejo džamije za svobodno izpovedovanje svoje vere.«

²³ Prim. Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Foundation Press, 1988, str. 1095–1097.

²⁴ Konvencija o varstvu človekovih in temeljnih svoboščin s protokoli, IDCSE, Ljubljana, 1999.

drugih posameznikov ali skupin, oziroma takšno uresničevanje pravic, ki bi bilo v nasprotju z demokratičnimi načeli in vrednotami.²⁵

5. Slovenska ustavnosodna praksa v zvezi s svobodo veroizpovedi

Ustava RS v 7. členu določa: »*Verske skupnosti so enakopravne; njihovo delo je svobodno.*« V 14. členu Ustave je določena enakost pred zakonom (preprež diskriminacije), torej tudi enakost, kar zadeva možnost uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin v skladu z ustavnim redom in zakonom, ne glede na vero, politično in drugo prepričanje, narodnost ali kako drugo osebno okoliščino.²⁶ Enakopravnost verskih skupnosti in enakost pred zakonom njenih članov ni zagotovljena že s tem, da lahko npr. zgolj rimokatoliška, evangeličanska ali pravoslavna cerkev zgradijo svoje cerkvene objekte za uresničevanje njihovih ustavnih pravic in bogoslužnih interesov. Za enakopravnost gre, če lahko tudi pripadniki islamske vere uresničujejo iste ustavne pravice na enak oziroma enakovreden način.²⁷ Preprečitev versko opredeljeni manjšini oziroma določeni verski skupnosti, da v skladu z nacionalno ustavo in zakoni uresniči svojo željo po (v primerjavi z ostalimi verskimi skupnostmi enakovrednem) uresničevanju verske svobode in ustavno zagotovljene pravice do svobode vesti in veroizpovedi, pomeni tako kršitev ustavne določbe o svobodnem delovanju verskih skupnosti in enakosti pred zakonom kakor tudi (po smiselni povezavi) kršitev pravice iz 41. člena Ustave RS (svoboda vesti in svoboda religije).

Svobodno delovanje verskih skupnosti je zagotovljeno le v primeru, če lahko verske skupnosti v skladu z ustavo in zakoni države same svobodno odločajo o načinu verskega delovanja oziroma same svobodno urejajo način svoje-

²⁵ ESČP je v odmevnih zadevah *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (31. julij 2001 in 13. februar 2003) in *Gozelik and Others v. Poland* (20. december 2001) nedvoumno opredelilo vsebinske kriterije demokratičnosti. ESČP tako demokracijo kot tudi vladavino prava razume kot visoko zavarovani vrednoti, celo nadvrednoti, ki upravičujeta tudi državna restriktivna poseganja v izvrševanje temeljnih pravic in svoboščin. Država ima pri tem široko diskrecijsko presojo, saj lahko restriktivno poseže npr. v pravico do združevanja ali celo delovanja politične stranke že ob zadovoljivi nevarnosti za demokracijo oziroma ob utemeljenem predvidevanju, da bi lahko prišlo do ogrožanja ali uničenja demokratične ureditve, da je torej namen določebega ravnanja usmerjen zoper demokracijo v smislu načel in vrednot ter zato v nasprotju z EKČP. Kar zadeva delovanje političnih strank, po mnenju ESČP pri presoji skladnosti delovanja stranke z ustavo ni dovolj le analiza ciljev, ki jih stranka proklamira v svojem programu, temveč tudi dejanska dejanja in aktivnosti stranke oziroma njenih članov. Za podrobnejši prikaz teh sodb ESČP glej REVUS, št. 2, maj 2004, str. 184, avtorica Zarja Čibej.

²⁶ Prim. *Komentar Ustave RS*, ur. Šturm, L., FPDEŠ, Ljubljana, 2002, str. 124, § 8, 9.

²⁷ Prim. *Komentar Ustave RS*, str. 125, § 9.

ga delovanja. »Država jim priznava pravico, da se notranje organizirajo po svojih pravilih in da neodvisno in avtonomno opravljajo svoje poslanstvo«. ²⁸ Če se jim takšno ravnanje onemogoči, se pripadnikom teh verskih skupnosti kršijo njihove ustavne pravice. ²⁹ Svoboda delovanja verskih skupnosti se navezuje tudi na splošno ustavno načelo demokratičnosti države (1. člen Ustave). ³⁰ Ustava RS nadalje v četrtem odstavku 15. člena določa, da »nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali do jo priznava v manjši meri«. Tudi ESČP je npr. v primeru *Hasan in Chaush proti Bolgariji* ³¹ odločilo, da brez varovanja organizacijskega vidika življenja v verski skupnosti ni mogoče varovati drugih vidikov individualne svobode vere. Povedano je neposredno povezano z jedrom demokracije, ki ga na eni strani opredeljuje postopkovno načelo večinskega sprejemanja odločitev, na drugi strani pa odgovornost demokracije za zaščito pravic vsakokratne družbene manjšine. ³²

Iz načela ločenosti cerkve in države oziroma države in verskih skupnosti (7. člen Ustave) in iz EKČP (konvencijske določbe in njihova interpretacija v judikaturi ESČP) izhaja »pozitivna dolžnost države«, da na svojem ozemlju zagotovi versko enakopravnost. Načelo ločitve cerkve in države, ki ga US strogo zagovarja, med drugim pomeni tudi to, da država ne sme ne privilegirati ne diskriminirati določene vere ali določenih ver ³³ na ta način, da bi določeni verski skupnosti, ki tradicionalno in zgodovinsko prihaja iz nekega drugega okolja, zagotavljala ustavne pravice le v manjši meri in jo na ta način deprivilegirala. Načelo laične države je njena nevtralnost do vseh ver in prepričanj. ³⁴ Demokratična Republika Slovenija je tudi glede na odločitve US ideološko nevtralna. ³⁵ Država mora zato dejavno ustvarjati pogoje za uresničevanje te ustavne pravice; ne samo v zasebnosti, pač pa tudi na javnih prostorih. ³⁶ In navsezadnje, v religiozno motivirane odločitve posameznikov je treba posegati v primeru, ko je to potrebno zaradi zagotavljanja sožitja med posamezniki in zara-

²⁸ Komentar Ustave RS, str. 123, § 2.

²⁹ Prim. Komentar Ustave RS, str. 123.

³⁰ Odločitev Ustavnega sodišča v zadevi U-I-68/98, točka 12.

³¹ Apl. No. 30985/96.

³² Podrobno o tem v Teršek, A., *Ustavna demokracija in konstitucionalizem: (evropska) izhodišča in onkraj njih*, Zbornik referatov z XII. dnevnega javnega prava, Portorož 2004.

³³ Komentar Ustave RS, str. 124, § 5.

³⁴ Komentar Ustave RS, str. 123, § 4, str. 124, § 5.

³⁵ Komentar Ustave RS, str. 124, § 5, str. 129, § 26. Enako načelno prepričanje je utemeljilo npr. tudi Zvezno Ustavno sodišče Nemčije, v zadevi 93 BverfGE I (1995).

³⁶ Komentar Ustave RS, str. 125, § 8, 11, 12.

di ohranitve temeljev družbenega reda.³⁷ Povedanemu ustreza tudi logika razlogovanja in odločitev US v zadevah U-I-25/92, U-I-107/96, U-I-121/97, U-I-326/98, U-I-68/98.³⁸

6. Ustavnosodni epilog

Ustavno sodišče je predstavljenemu razlogovanju pritrdilo. V točki 23 je poudarilo, da je iz obrazložitve zahteve za razpis referendumu *»razvidno, da pobudniki izhajajo iz predpostavke, da je to, kakšni objekti so primerni za izpovedovanje vere, stvar večinskega odločanja«*, kar je protiustavno.³⁹ US je ocenilo, da je na temelju argumentacije v zahtevi in priloženega gradiva razvidno, da je *»očitno in nedvoumno prevladovala argumentacija, izražena v zahtevi za razpis referendumu – namreč da islamska verska skupnost ne potrebuje tako velikega objekta za svoje verske potrebe, temveč bi zadostovalo le več t. i. molilnic. Zato odločanje o Odloku na referendumu ne bi pomenilo zgolj odločanja o umeščanju določenega objekta v prostor, pomenilo bi tudi odločanje o tem, ali naj se Islamski verski skupnosti zagotovi pravica do izpovedovanja vere v džamiji ali ne (točka 24).«*⁴⁰

US poudari, da *»Ustava zavezuje tudi državljane, kadar oblast izvršujejo neposredno ... Enako mora veljati tudi za primer neposrednega odločanja na lokalnem referendumu. V Republiki Sloveniji je vzpostavljena t. i. ustavna demokracija, katere bistvo je to, da lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej temeljne človekove pravice in svoboščine (Preambula k Ustavi), prevladajo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine ... [N]a referendu-*

³⁷ Komentar Ustave RS, str. 130, § 27.

³⁸ Doktrinarno in načelno je pristop slovenskega ustavnega sodišča primerljiv s prisopom nemškega ustavnega sodišča. Glej npr. Kommers D. P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997, 9. poglavje.

³⁹ Ustavno sodišče v opombi št. 27 posebej poudari, da *»prostorov, ki si jih je ogledal Komisar Sveta Evrope za človekove pravice, ki so po naravi garaže, stanovanja, najbrž ni mogoče šteti za molilnice v pravem pomenu besede.«*

⁴⁰ Ustavno sodišče v opombi št. 13 opozori na odločitev Zveznega Ustavnega sodišča Nemčije 1 BVQ 6/04 iz leta 2004: *»V tem primeru je pritožnica, ki ji je pristojni upravni organ prepovedal zborovanje, navajala, da ne gre za nasprotovanje gradnji sinagoge kot takšni, temveč za nasprotovanje porabi javnih sredstev v ta namen. Zvezno ustavno sodišče je odločilo, da javni interes prepovedi zbiranja in združevanja pretehta nad pritožnično pravico do javnega shoda. Ocenilo je, da je geslo javnega shoda sledilo cilju hujšakaškega in agresivnega izključevanja judovskih državljanov Nemčije in da tega ne spremeni niti kasnejša finančno-politična zahteva. Po presoji sodišča je šlo pritožnici le za to, da sinagoga sploh ne bi bila zgrajena. Čeprav novo geslo ne napolnjuje dejanskega stanu hujškanja množic, ob prisotnosti starega poziva v javnosti ne spreminja ničesar.«*

mu ni dovoljeno sprejemati odločitev, ki bi bile v nasprotju z Ustavo (točka 26).«⁴¹

Po sklicevanju na številne mednarodnopravne dokumente US v 28. in 29. točki obrazložitve odločbe zapiše: »Za uresničevanje pravice do svobodnega izpovedovanja vere je bistveno, da je verskim skupnostim dovoljeno graditi lastne zgradbe, ki ustrezajo njihovemu načinu verskega čaščenja in verskim obredom ter običajem. Pri tem je treba upoštevati, da izpovedovanje določene vere ni nujno osredotočeno le na versko čaščenje (bogoslužje) in opravljanje verskih obredov, temveč je lahko povezano tudi s socialnim, izobraževalnim in kulturnim delovanjem. Izpovedovanje vere na način, ki je običajen in splošno sprejet za izpovedovanje posamezne vere, je pogoj za uresničevanje svobodnega individualnega in skupinskega izpovedovanja vere in zato uživa ustavno varstvo ... [P]ravica do svobodnega izpovedovanja vere vključuje pravico posameznikov in verskih skupnosti, da individualno ali skupinsko izpovedujejo vero v objektih, ki so običajni in splošno sprejeti (tradicionalni) za njihovo izpovedovanje vere in opravljanje verskih obredov. Ta vidik pravice do svobode vere ne izhaja le iz prvega odstavka 41. člena Ustave, temveč tudi iz drugega odstavka 7. člena Ustave, po katerem je delovanje verskih skupnosti svobodno. Glede na navedeno je zmotno prepričanje vlagateljev zahteve za razpis referendumu, da gradnja verskih objektov na način, ki je za izpovedovanje posamezne vere tradicionalen, ni sestavni del pravice do svobode vere.«⁴²

US je pri odločanju v tej zadevi uporabilo strogi test sorazmernosti (točka 32). Osredotočilo se je na cilj pobudnikov referendumu: »(34.) Predpogoj za dopustnost posega v človekovo pravico je ta, da je cilj, ki se zasleduje s posegom, legitimen, tj. stvarno upravičen (tretji odstavek 15. člena Ustave). Sklep o razpisu referendumu bi predstavljal (skupaj z dejansko izvedbo glasovanja) uveljavitev pravice do lokalnega referendumu, ki ga, kot je bilo že navedeno, ob izpolnjenih zakonskih pogojih zagotavlja 44. člen ZLS. Že iz same zahteve za razpis lokalnega referendumu ter iz kampanje, ki so jo pobudniki sprožili ob zbiranju podpisov, je bilo razvidno, da želijo vlagatelji zahteve za razpis referendumu doseči, da se glasovalne upravičenke in glasovalni upravičenci izrečejo proti gradnji džamije. Kot je bilo že povedano, ne gre za vprašanje umeščenosti objekta v prostor, temveč za preprečitev gradnje takšnega objekta, ki je za izpovedovanje islamske vere tradicionalen in do katerega imajo pravico na pod-

⁴¹ Ustavno sodišče v opombi št. 16 citira mnenje podpredsednika ZusN Hassemerja, *Ustavna demokracija*, Pravnik, št. 4-5/2003, str. 214.

⁴² Ustavno sodišče v opombi št. 23 citira naslednji deli: Johan D. van der Vyver, John White (ur.), *Religious Human Rights in Global Perspective, Legal Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers; W. Cole Durham, *Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework*.

lagi prvega odstavka 41. člena Ustave. Cilj referendumu je torej preprečiti, da bi pripadniki Islamske verske skupnosti individualno ali skupinsko izpovedovali vero v objektu, ki je običajen in splošno sprejet (tradicionalen) za njihovo izpovedovanje vere in opravljanje verskih obredov. (35.) Iz navedenega je mogoče sklepati, da je cilj, ki ga zasleduje izpodbijani predpis, omejitev pravice iz prvega odstavka 41. člena Ustave. Takšen cilj pa je glede na tretji odstavek 15. člena Ustave, po katerem se lahko človekove pravice omejijo samo zaradi pravic drugih (in v primerih, ki jih določa ta ustava), nedopusten, ker gre le za namen omejevanja pravice, ne pa za hkratno varstvo pravic drugih. Zato je 2. točka Sklepa o razpisu referendumu v neskladju s pravico do svobodnega izpovedovanja vere. Tako se poseg izkaže za ustavno nedopusten že na podlagi presoje po t. i. testu legitimnosti, zato se Ustavnemu sodišču ni bilo treba ukvarjati še s presojo njegove prekomernosti.«

US je odločbo sprejelo s sedmimi glasovi proti enemu. Sodnica dr. Škrk je bila pri odločanju pri tej zadevi izločena. Če je moja domneva o tem, da je bila takšna odločitev sprejeta zaradi razloga neposredne bližine domovanja sodnice in kraja, kjer naj bi bila džamija zgrajena, izločitvi iz tega razloga ustavnopravno nasprotujem, ker to po mojem prepričanju ne more in ne sme biti razlog za izločitev ustavnega sodnika z vidika dvoma v njegovo nepristranskost. Proti odločbi je glasoval predsednik US dr. Čebulj, ki pa se ni odločil za pot v smeri zagotovitve visoke ustavnopravno razlogovalne prepričljivosti (tudi legitimnosti) njegovega nesoglašanja z mnenjem kolegov, navsezadnje tudi ne za zmanjšanje manevrskega prostora za utemeljevanje javnomnenjskih in znanstvenih očitkov o morebitni pretirani političnosti njegovega glasovanja, z institutom ločenega mnenja. Po drugi strani pa je njegovo odločitev o tem, da svojih ustavnopravnih stališč v tej zadevi javno ne pojasni in da odločitve kolegov na ta način ne kritizira, mogoče razumeti kot prispevek k razlogovalni prepričljivosti obrazložitve odločbe in s tem k visoki legitimnosti ustavnosodnega precedensa.