

Uvodnik

O presežkih Revusovega desetletja

Pred desetimi leti je bila sprejeta odločitev o izbrisanih,¹ ki je Ustavno sodišče Republike Slovenije uvrstila na zemljevid prepoznavnih in uglednih varuhov človekovih pravic. Ta odločitev ustavnih sodnic in sodnikov (dr. Dragica Wedam Lukić, dr. Janez Čebulj, dr. Zvonko Fišer, Lojze Janko, mag. Marija Krisper Kramberger, Milojka Modrija, dr. Ciril Ribičič, dr. Mirjam Škrk in Jože Tratnik) ima pomembno vlogo pri razvoju varstva človekovih in manjšinskih pravic na Slovenskem. Ob njenem sprejetju se ni zdelo tako. Prav nasprotno. Vrstili so se ugovori in diskvalifikacije, in to ne samo od zapriseženih šovinistov in političnih veljakov, ki ne poznajo prava človekovih pravic oziroma ga ignorirajo, zaradi česar se njihova zmerjanja ustavnih sodnikov niso mogla dotakniti, ker so prihajali od zapriseženih šovinistov in političnih veljakov, ki ne poznajo oziroma ignorirajo pravo človekovih pravic. Eden slednjih, Janez Janša, je uradnikom, ki bi si odločbo Ustavnega sodišča upali izvrševati, celo grozil s kazenskim pregonom. Bolj so skelele neodmerjene diskvalifikacije ustavnopravnih strokovnjakov, ki so se povezali v nekakšno alternativno sestavo ustavnih sodnikov. Kolikor vem, ni še nihče od njih preklical katerega od krivičnih očitkov, ki smo jih (drugače od današnjih ustavnih sodnikov) prenašali skoraj stoično in molče. Danes je jasno, da je šlo za odločitev, mimo katere ne bo mogel nihče, ki se bo kdaj poglobljeno ukvarjal z ustavno demokracijo in pozitivnim sodnim aktivizmom. Še zlasti ne more biti o tem nobenega dvoma, odkar je bila leta 2012 sprejeta v zadevi *Kurić in ostali v. Slovenija* sodba Velikega senata Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP). V njej je soglasno ugotovil, da je šest pritožnikov treba šteti za žrtve zatrtih kršitev konvencijskih pravic in da sta bili kršeni njihovi pravici do zasebnosti in do učinkovitega pravnega sredstva ter prepoved diskriminacije; z devetimi glasovi proti osmim pa je razsodilo, da to ne velja za dva pritožnika, ker nista poskušala pridobiti dovoljenja za prebivanje.²

1 U-I-246/02, z dne 3. aprila 2003.

2 Seveda je izčrpanje pravnih sredstev pogoj za dostop na ESČP. Toda v primeru izbrisanih ta pravna sredstva niso bila učinkovita. Tako se dozdeva, da poprava krivic izbrisanim na podlagi sodbe ESČP ne bo dosegla tistih med njimi, pri katerih je bil izbris najučinkovitejši: obupali so nad državo, jo zapustili ali v njej živeli ilegalno, ne da bi sprožali kakšne pravne postopke zoper dejanja, ki so jih pahnili v takšen nečloveški položaj. Po pravniški logiki so sicer res opustili prizadevanje za to, da se kršitev pravic ugotovi pred nacionalnimi in mednarodnimi sodišči; po človeški plati pa jim ni mogoče ničesar očitati, saj jim je stala nasproti izvršilna

ESČP je po zatonu herojskega obdobja Vrhovnega sodišča ZDA postalo najpomembnejši varuh človekovih pravic v svetovnem merilu. Nadaljevalo je izročilo o živi ustavi, ki se na področju varstva človekovih pravic posodablja z ustvarjalno razlago, s katero prilagaja ustavno (konvencijsko) ureditev spremenjenim družbenim razmeram. Njegova praksa je prepričljiv dokaz, da je ustavna demokracija ob ustvarjalnih in aktiv(istič)nih sodnikih, ki ne ostajajo v varnih mejah teorij o tekstualizmu in negativnem zakonodajalcu, mogoča, da ni le utopični privid kakšnega nadarjenega mladega doktoranda (kakršen je bil pred desetimi leti mag. Andraž Teršek³). ESČP pravni akt, ki je podlaga njegovega delovanja, ustvarjalno dograjuje in prilagaja spremenjenim razmeram na področju varstva človekovih pravic in glede razvoja človeške civilizacije. Čeprav redko, se tudi evropskim sodnikom zgodi kakšen zdrs, ko preozko razlagajo konvencijske določbe o dostopu do sodišča, popustijo pritisku katere od petih najbolj vplivnih članic Sveta Evrope ali pomanjkanje volje za sprejem pravične sodbe prikrivajo s sklicevanjem na svobodno polje proste presoje držav članic Sveta Evrope.

Ko govorim o pozitivnem aktivizmu ESČP, mislim na vzpenjajoči se lok odločitev, ki se začnejo s primerom *Soering v. Združeno kraljestvo* iz leta 1989, s katerim je ESČP razglasilo za protikonvencijsko izročitev pritožnika državi, ki bi utegnila kršiti minimalne evropske standarde varstva človekovih pravic (na primer z nehumanim kaznovanjem, kot je večletno čakanje v celici na usmrnitev, ki ga omogočata ameriška ureditev in sodna praksa, prepoveduje pa 3. člen konvencije). S to sodbo je ESČP varstvo človekovih pravic razširilo na področje možnih prihodnjih, še ne storjenih kršitev in z evropskega kontinenta na vse druge celine, kjer bi se te kršitve po izročitvi lahko zgodile.

Druga enako pomembna stopnica, pri kateri je pomembno sodeloval evropski sodnik iz Slovenije dr. Boštjan M. Zupančič, je sodba v zadevi *Broniovski v. Poljska*, ki je kot prva pilotna sodba z enim samim vehementnim zamahom

oblast s celotnim represivnim aparatom. Zato se priključujem pomislekom iz ločenih mnenj evropskih sodnikov, ki so bili preglasovani. Menim celo, da se Slovenija ne bi smela čutiti vezano na ta del odločitve ESČP, ker to sodišče določa minimalne standarde varstva pravic, ki državi ne preprečujejo, da jih na podlagi nacionalne ustave razlaga in uresničuje širše. V nasprotnem primeru država privoli, da so minimalni evropski standardi širši kot varstvo pravic na podlagi preozke razlage slovenske ustave, kot se je to že zgodilo v primeru *Lukenda v. Slovenija*.

- 3 »Od ustavnega sodišča (postavljenega v razmerje z instancami rednega sodstva, upravnim aparatom, dnevno politiko in državljanji) pričakujemo ne le odgovorno, strokovno, prepričljivo argumentirano in ne nazadnje tudi politično modro varstvo ustave in ustavnosti, temveč tudi prebijanje golega ali grobega pravnega formalizma, še posebej pa zakonskega črkobralstva in sklicevanja na očitno nelegitimno ali nerazumno vsebino zakonskih določb /.../. Od ustavnega sodišča zato pričakujemo tudi občasni ustavnosodni aktivizem in odločno soustvarjanje prava, torej strokovno, skrbno in premišljeno ustavnosodno pravotvorje, utemeljeno z močjo in logiko prepričevalnega ustavopravnega argumenta, ki omejuje ali zavira uveljavljanje argumenta in logike moči.« Teršek (2007: 537, 538).

razrešila na desettisoče zadev hkrati, pa čeprav je šlo za kršitve, ki so trajale od spremembe državne meje med takratno Sovjetsko zvezo in Poljsko med drugo svetovno vojno, torej od časa, ko še ni bilo niti Sveta Evrope niti ESČP.

Dosedanji vrh tega loka je sodba, ki ni povsem nova, vendar izpričuje, da je kdaj tudi najvišja sodna oblast v Evropi hitrejša in daljnovidnejša od politike in postaja zaradi dogodkov okrog otoka Lampedusa iz dneva v dan bolj aktualna. V sodbi v zadevi *Hirsi Jamaa in drugi v. Italija* z začetka leta 2012 je bila tožena država v Strasbourgu obsojena zaradi kršitev vrste konvencijskih določb (prepoved mučenja, prepoved kolektivnega izгона tujcev, pravica do učinkovitega pravnega sredstva). Obsojena je bila zato, ker so njene ladje z vojaško posadko v mednarodnih vodah prestregle skupino beguncev, jih prepeljale v Tripoli in izročile oblastem Libije. Temeljna podlaga te sodbe je določba 1. člena EKČP, ki pravi, da morajo države članice Sveta Evrope priznavati konvencijske pravice »vsakomur, ki sodi v njihovo pristojnost«. ESČP jo razlaga tako, da konvencijske pravice uživajo tudi tisti, ki bi radi dosegli politični azil v državi članici Sveta Evrope, čeprav niso prebivalci nobene od članic in sploh še niso stopili na evropski kontinent! Tiste, ki se jim takšna razlaga EKČP ne zdi nič posebnega, velja spomniti, da obstaja in se v praksi uveljavlja tudi povsem nasprotno razumevanje eksteritorialnega učinkovanja določb o varstvu človekovih pravic. Najvplivnejša država na svetu zadržuje ujete sovražnike zunaj svojega ne ravno majhnega območja zato, da zanje ne bi veljale pravice, ki izhajajo iz njene ustave.

Diametralno nasprotna sta pristopa, od katerih prvi širi pravice, ki jih priznava vsem prebivalcem evropskega kontinenta, na ljudi, ki se znajdejo pod nadzorom katere od evropskih držav, drugi pa zunaj območja svoje države ubija svoje domnevne sovražnike brez sojenja in nedolžne žrtve, ki so kolateralna škoda ob takšnih usmrtitvah, na primer z brezpilotnih letal. Ta pristopa sta nedavno spet trčila v zadevi *El Masri v. Makedonija*, v kateri ESČP vztraja pri odgovornosti evropskih držav zaradi nečlovečnega ravnanja s komerkoli, ne glede na to, od kod prihaja. V omenjeni zadevi je bila tožena država pred ESČP obsojena tudi zato, ker je z izročitvijo pritožnika (ki je iz Nemčije prišel na počitnice v Skopje) ameriškim agentom omogočila oziroma dopustila, da so mu bile flagrantno kršene konvencijske pravice, najprej v Makedoniji in pozneje dolge tedne in mesece v Afganistanu (dokler ga niso odvrgli v Albaniji, ker so ugotovili, da gre za pomoto in da nimajo opravka s pripadnikom Al Kaide). Po mojem mnenju je opisani pristop ESČP glede eksteritorialnega učinkovanja EKČP globoko human in bo kmalu iz aktivističnega odpiranja vrat novim vidikom varstva človekovih pravic postal normalna sestavina odločanja rednih, ustavnih in evropskih sodišč, če seveda ne bodo zmagali tisti, ki rešitev vidijo v neprepustnem preprečevanju prihoda priseljencev na evropska tla.

Tudi ko analiziramo prakso ESČP glede slovenskih primerov, lahko ugotovimo, da distanca, s katere to sodišče presoja kršitve človekovih pravic v Sloveniji,

omogoča objektivnejši kritični pristop, pa naj gre za stanje v prenatrpanih zaporih (*Štrucl in ostali v. Slovenija* iz leta 2011 ter *Praznik v. Slovenija* iz leta 2012), (ne)učinkovitost pri ugotavljanju razlogov in odgovornosti za zdravniške napake (primer *Šilih v. Slovenija*, ki se vleče še iz časa pred ratifikacijo konvencije v Sloveniji), nadzor in sankcioniranje policijskega nasilja (*Rehbock v. Slovenija* in *Matko v. Slovenija*) itd. V vseh teh primerih, še zlasti pa v zadevah, vezanih na počasnost sojenja (primer *Lukenda v. Slovenija*), se slovensko pravosodje in Ustavno sodišče nista pokazala, da bi lahko bila enako kritična do kršitev človekovih pravic kot ESČP. Če je v sodbah ESČP poudarek na vsebinski presoji in iskanju pravične sodbe, so odločbe Ustavnega sodišča pogosto preobremenjene s formalizmom in logiko negativne selekcije zadev.⁴

Častna izjema so veličastne odločbe⁵ in še zlasti odločba o izbrisanih, čeprav je zaradi vpetosti v slovensko družbo ustavnim sodnikom težje zavzeti potrebno distanco, ki omogoča kritično presojo in pravično odločitev o storjenih kršitvah. Tudi zato je pomembno, da ustavna sodišča ne opuščajo proforskega pristopa pri reševanju ustavnih pritožb in pobud, tako pri kadrovske sestavi kot glede načina delovanja. Če že ne morejo biti v podobnem položaju kot ESČP, ki z varne razdalje, teritorialne in časovne, presoja skladnost delovanja slovenske države z evropskimi standardi, morajo biti ustavni sodniki v razmerju kritične distance vsaj do rednega sodstva. Ne smejo se spremeniti v nekakšno nadinstanco rednega sodstva; bolj morajo posnemati prakso ESČP kot vrhovnega sodišča. O tem prepričljivo govori dr. Boštjan M. Zupančič v pritrdilnem ločenem mnenju k sodbi Velikega senata ESČP v zadevi *Kurić in ostali*, kjer omenja nepomirljivost med pravnim formalizmom in občutkom za pravičnost, ki jo je nemogoče definirati, jo je pa mogoče zlahka prepoznati: »Da bi bili pošteni do domačega pravnega sistema, moramo upoštevati častno in pogumno stališče, ki ga je - postavljeno pred dolgotrajnost tega grozljivega stanja - dvakrat sprejelo slovensko ustavno sodišče. To vedno znova dokazuje, da je nacionalno varstvo ustavnih pravic najboljša predsoja za tukajšnje varstvo človekovih pravic. Na odločbi ustavnega sodišča sta se v Ljubljani v tistem času osorno odzvali izvršilna in tudi zakonodajna veja oblasti. Ceno bo zdaj plačal slovenski davkoplačevalec.«

V oceni neustavnosti izbrisa so si bile edine vse generacije slovenskih ustavnih sodnic in sodnikov; prva se je še posebej izkazala, ko je zelo zgodaj aktivistično prepovedala zbiranje podpisov za referendum o odvzemu državljanstva tistim, ki so ga pridobili ob osamosvojitvi, žal pa se je precej počasneje odzvala na izbris, druga, v katero sem spadal tudi sam, ki je soglasno sprejela odločbo, o kateri pišem, in tretja, ki je leta 2010 z nekaj obotavljanja nekaterih sodnikov prepovedala referendum proti zakonu, ki naj bi uresničil odločbo Ustavnega

4 Več Wedam Lukić (2013: 469 in nasl.).

5 Več o tem Ribičič (2010: 50 in nasl.).

sodišča o izbrisanih. S to odločbo je dalo Ustavno sodišče ustavnim vrednotam (načela pravne države, enakost pred zakonom, pravica do dostojanstva, pravica od odprave kršitev pravic in avtoriteta Ustavnega sodišča) prednost pred pravico do referendumskega odločanja. Šlo je za ponovitev pobud za razpis referenduma, ki so se v obdobju po sprejetju sodbe iz leta 2003 vrstile skoraj vsak dan, in s tem do aktualiziranja vprašanja, ali je v Sloveniji (še vedno) v veljavi ustavna demokracija.⁶ Ustavna demokracija je ureditev, v kateri imata varstvo človekovih pravic in spoštovanje ustavnih vrednot prednost in prevlado nad odločitvami državnih organov, četudi te odražajo večinsko voljo, izraženo v parlamentu ali na vseljudskem referendumu.

Ustavno sodišče se je na ustavno demokracijo sklicevalo tudi v drugih zadevah, kadar je prepovedovalo izvedbo referendumov, ker bi lahko vodile do protiustavnih posledic. Svojo doktrino o ustavni demokraciji je utemeljilo in razvilo ravno v primerih, ko se je znašlo pred dilemo, ali dovoliti ali prepovedati razpis referenduma, če bi lahko bile z njim ogrožene človekove pravice in svobosčine ter druge ustavne vrednote. Odločitve ustavnih sodnikov, s katerimi so bili prepovedani referendumi, so med najboljše utemeljenimi, kar jih je nastalo za ovalno mizo na Beethovnovi 10, kar velja še zlasti za prepoved referenduma o gradnji džamije.⁷ Ko je bilo zaradi zamude roka v parlamentu Ustavno sodišče prisiljeno dopustiti razpis referenduma o pravicah izbrisanih,⁸ je zapisalo: »Z morebitno zavrnitvijo Zakona na naknadnem referendumu ne bo ugasnila dolžnost Državnega zbora, da izvrši odločbo Ustavnega sodišča, in ne bo ugasnila dolžnost Ministrstva za notranje zadeve, da takoj začne z izvrševanjem 8. točke odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-246/02.«

V Evropi obstajajo še drugi pogumni ustavni sodniki in ustvarjalne odločbe ustavnih sodišč, ki si zaslužijo oceno, da so prispevale k razvoju teorije o ustavni demokraciji in pozitivnem aktivizmu. Kljub temu je kaj malo odločb, kakršna je obravnavana odločba o izbrisanih, ki se nanašajo na večjo skupino prizadetih in zato spominjajo na pilotne sodbe ESČP, so sprejete v korist širšega varstva človekovih pravic in uveljavljene proti večinski volji ljudi, poslancev in ministrov.

6 Pri utemeljevanju ustavne demokracije v odločbi Ustavnega sodišča, s katero je bil prepovedan referendum o gradnji džamije, se ustavni sodniki sklicujejo na stališča dr. Hassemerja: »V pojmu ustavne demokracije pridevnik 'ustavna' ni le okrasni pridevek ali blaga sprememba samostalniškega pomena besede /.../. Pridevnik 'ustavna' v pojmu ustavne demokracije predstavlja pravi poseg v sam samostalničnik. Določa nič manj in nič več kot mejo demokratičnega načela; izraža, da je presoja, ali so odločitve večine pravilne, odslej podvržena temeljnemu zadržku, namreč zadržku, ali so te odločitve v skladu z ustavo.« Tako podpredsednik Ustavnega sodišča ZRN Hassemer (2003: 214). Več o tem Ribičič (2012: 291 in nasl.).

7 Več Ribičič (2013).

8 U-II-3/03, z dne 22. decembra 2003.

Razprava o sodnem aktivizmu, ki naj varuje človekove in manjšinske pravice pred kršitvami vsakokratne politične večine, je aktualna na vseh straneh neba. Na Kitajskem sodstvo zaradi hitrih družbenih sprememb namesto formalističnega in pasivnega izvrševanja predpisov prevzema aktivno vlogo pri ustvarjanju novih pravnih pravil.⁹ V Indiji so se sodišča vključila v aktivistično reševanje nakopičenih družbenih problemov takrat, ko je bilo vsakomur omogočeno (neke vrste *actio popularis*), da pred njimi sproži postopek zaradi kršitve človekovih pravic.¹⁰ Ustavno sodišče Kolumbije usmerja svojo »napredno«¹¹ aktivistično usmeritev na področje socialnih pravic kot institucija, ki naj zapolnjuje programska ustavna načela, da ne ostajajo mrtva črka na papirju.¹² Sodišče Evropskih skupnosti oziroma Sodišče EU je s svojim aktivističnim pristopom pomagalo graditi trdnejšo Evropsko unijo¹³ zlasti v časih, ko se države članice niso mogle sporazumeti o njeni krepitvi na podlagi političnega sporazumevanja njihovih predstavnikov. Ta proces je skoraj prekinilo prizadevanje za sprejem Ustave za Evropo, ponesrečenega in preslabo pripravljenega velikega koraka, ki ga Evropska unija zaradi postopnega razvoja evropskih integracij ni navajena in ga vsaj nekatere države članice zavračajo. V Turčiji je pravo vojno med politiko in sodstvom sprožila odločitev tamkajšnjega ustavnega sodišča, da razveljavi ustavni amandma, ki naj bi privedel do svobodnega nošenja muslimanskih rut na državnih univerzah, ker da ni skladen z ustavnim načelom sekularizma.¹³

Precej pogumnih in daljnosežnih je med odločbami nemškega zveznega ustavnega sodišča, s katerimi se je pogumno uprlo zoževanju varstva pravic. Z odločbo v zadevi *Solange* je zavarovalo doseženo raven ustavnega varstva človekovih pravic v Nemčiji. Z drugo odločbo je razveljavilo nemški zakon, ki je implementiral evropski zaporni nalog oziroma postopek predaje lastnih državljanov drugim državam članicam Evropske unije. Prevladujočemu toku v času vojne s terorizmom se je uprlo tudi z odločbo, ki je ugotovila neustavnost predpisane možnosti sestrelitve letala, ki so ga prevzeli teroristi.

Skoraj vsako ustavno sodišče prej ali slej sprejme odločitev, s katero bistveno širše in bolj naklonjeno kot sicer obravnava pravice in svoboščine posameznikov ali skupin, ki so jim bile v posebnih zgodovinskih okoliščinah kršene temeljne človekove pravice. Takšna je odločba slovenskega Ustavnega sodišča o izbrisanih, podobno pogumna pa je tudi odločba Ustavnega sodišča Bosne in Hercegovine v zadevi št. U 9/11 iz leta 2011, v kateri je ugotovilo neustavnost zakonskih določb, po katerih bi prišlo do prenehanja državljanstva BiH za tiste,

9 Prim. Wang (2006: 524 in nasl.).

10 Več Verma (2001: 148 in nasl.).

11 Več Nunes (2010: 67 in nasl.).

12 Prim. Grimm (2012).

13 Več Tezcür (2010: 467 in nasl.).

ki so pridobili drugo državljanstvo, pa ne živijo v državah, s katerimi je BiH sklenila poseben sporazum o dvojnem državljanstvu. Odločba se je nanašala na ogromno število državljanov Bosne in Hercegovine,¹⁴ ki jih je največkrat vojna vihra odnesla v druge države, v katerih so mnogi pridobili novo državljanstvo. Ustavno sodišče je soglasno odločilo, da je zakonska ureditev neustavna, in naložilo parlamentarni skupščini, da jo spremeni v roku šestih mesecev in o tem obvesti Ustavno sodišče. Ustavno sodišče se je pri tem sklicevalo na določbo Ustave BiH, po kateri je njegova dolžnost, da podpira Ustavo BiH, in na ustrezne mednarodne sporazume. Ocenilo je, da je v interesu Bosne in Hercegovine, da ohranja državljansko vez z nosilci državljanstva BiH kot originalnega, izvirnega državljanstva in da je to še posebej pomembno za uresničitev ustavnih določb o pravici do vračanja vseh beguncev in izseljenih na njihove domove.

Tudi slovensko Ustavno sodišče prve pogumne odločitve ni sprejelo šele leta 2003. Poleg že omenjenih prepovedi zbiranja podpisov za referendum o odvzemu državljanstva in odločbe iz leta 1999 glede izbranih lahko med aktivistične uvrstimo tudi prvo odločbo o ustavni pritožbi v letu 1992.¹⁵ Z njo je omogočilo, da je na volitvah nastopila strankarska lista s spornim imenom, kandidatne liste katere niso dobile potrditve nekaterih volilnih komisij, namesto volilnih komisij je potrdilo kandidatne liste te stranke, deloma je spremenilo njeno ime itd. Kakšna veličastna odločba se najde tudi pred letom 1991, na primer v zadevi, pomembni za uveljavljanje enakopravnosti žensk pri zaposlovanju,¹⁶ kar je vredno omeniti tudi zato, ker v teh mesecih ustavna sodišča na območju nekdanje Jugoslavije drugo za drugim proslavljajo 50-letnico obstoja, medtem ko se v Sloveniji za to pristojni pretvarjajo, kot da je Ustavno sodišče nastalo šele z ustavo iz leta 1991, in s tem uvrščajo Slovenijo med države, ki so ustavno sodišče dobile šele po padcu berlinskega zidu.

Ena od veličastnih odločitev Ustavnega sodišča je povezana s prepovedjo izvedbe referenduma o gradnji džamije¹⁷ in se nanaša na večinsko odločanje o svoboščinah muslimanske manjšine. Ko je ocenjevalo, ali poseg v pravice pripadnikov Islamske verske skupnosti¹⁸ (do katerega bi prišlo, če bi večina glasov gradnjo džamije zavrnila) prestopi strogi test sorazmernosti, je ugotovilo, da se v obravnavanem primeru zatakne že na prvi stopnički tega testa, to je pri ugotavljanju, ali gre za legitimni poseg, za legitimno omejevanje svobode vere.

14 Pobudnik, član predsedstva BiH, Bakir Izetbegović je ocenil, da se učinki zakona nanašajo na približno milijon oseb, od katerih so se mnoge že vrnile v Bosno in Hercegovino, čeprav so med bivanjem v tujini pridobile drugo državljanstvo.

15 Up-16/92, z dne 25. novembra 1992.

16 U-I-37/76, z dne 6. januarja 1977.

17 U-I-111/04, z dne 28. aprila 2004.

18 Ustavno sodišče se sklicuje na poročilo komisarja za človekove pravice Sveta Evrope, ki je podprl gradnjo džamije in opozoril, da se je v Sloveniji pri popisu prebivalstva 48.000 ljudi opredelilo za muslimane.

Ugotovilo je, da gre samo navidezno za nestrinjanje z umeščenostjo objekta v prostor, v resnici pa gre za omejevanje takšnega izpovedovanja vere, ki je v svetu običajno (tradicionalno). Ker pri tem na drugi strani tehnice ni pravic drugih (kar je po 15. členu Ustave edina možna pravna podlaga za omejevanje pravic), temveč gre za golo omejevanje, poseg ni samo čezmeren, temveč ni legitimen in je zato nedopusten.

Odločba o izbrisanih v zadevi št. 246/02 iz leta 2003 izhaja iz odločbe Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-284/94 iz leta 1999 in jo dograjuje.¹⁹ Prva odločba je skušala spodbuditi zakonodajalca, da uredi položaj oseb, ki so izgubile stalno bivališče na neustaven način in so v času sprejetja te odločbe imele že sedem let neurejen status prebivanja v Sloveniji. Druga odločba gre korak dlje in najprej ugotavlja, da veljavna ureditev statusa izbrisanih oseb ni skladna z Ustavo, ker jim »ne priznava stalnega prebivališča za ves čas od dneva izbrisa«. Ustavno sodišče je določilo, da morajo izbrisani dobiti stalno bivališče za nazaj, od izbrisa, ki se je zgodil 26. februarja 1992. Pri tem poudarja, da se na stalno bivališče vežejo različne pravice, ki jih niso mogli uresničevati, njihov položaj pa je z izbrisom postal pravno neurejen in negotov in je v času sprejema odločbe trajal že deset let. Ustavno sodišče je zavzelo stališče, da so odločbe o priznavanju stalnega bivališča deklaratorne, ker samo ugotavljajo dejanski položaj izbrisanih oseb.

Njihov retroaktivni učinek je utemeljen že po naravi stvari. V načinu izvršitve, ki ga je določilo Ustavno sodišče, je zapisalo, da mora ministrstvo za notranje zadeve »po uradni dolžnosti izdati dopolnilne odločbe o ugotovitvi njihovega stalnega prebivanja v Republiki Sloveniji od 26. 2. 1992 dalje«. Ravno ta določba, ki je omogočila neposredno izdajanje upravnih odločb na podlagi odločbe Ustavnega sodišča, je bila deležna v strokovni in širši javnosti najostrejših kritik, ki so zatrjevale, da je Ustavno sodišče preseglo svoje pristojnosti, čeprav je odločba prepričljivo utemeljila razloge za takšen način izvršitve (točka 20 obrazložitve odločbe): »Kot je bilo že obrazloženo, zakonodajalec vprašanja časovnega učinkovanja pravne ureditve ne bi mogel urediti drugače, kot da bi določil, da imajo navedene osebe, ki so pridobile dovoljenje za stalno prebivanje, priznано tudi stalno prebivanje za nazaj.« Iz te obrazložitve je jasno, da Ustavno sodišče ni hotelo prevzemati funkcije zakonodajalca, temveč je način izvršitve (kot že velikokrat prej) sprejelo iz razlogov racionalnosti in zato, ker je pravno neurejen status izbrisanih trajal že deset let. Iz odločbe pa jasno izhaja tudi, da bi bila vsaka drugačna rešitev protiustavna in prej ali slej soočena s tveganjem, da bi bila pred Ustavnim sodiščem razveljavljena. Kritiki te odločitve namreč pozabljajo, da ni šlo za povzročanje protiustavne neenakosti z odločbo Ustavnega sodišča, temveč za odpravljanje neenakosti.

¹⁹ U-I-284/94, z dne 4. februarja 1999.

Danes ne bi napisal enakega ločenega mnenja, kot sem ga leta 2003. V njem sem sicer skoraj jasnovidno napovedal, da bodo izbrisani ostali majhna packa na zgodbi o uspehu, povezanem z osamosvojitvijo in pridobivanjem državljanstva, samo, če bo država odločbo Ustavnega sodišča uresničila dosledno in hitro (kar se, kot vemo, še ni zgodilo niti do danes). Moja napaka, ki je takrat nisem znal predvideti, je bila drugje. Zapisal sem namreč, da smo se nekateri ustavni sodniki zavzeli za sprejem interpretativne odločbe, ki bi sama razrešila tisto, kar je sprejeta odločba naložila parlamentu, in bi se tako lahko izognili nepotrebnim zapletom in zastojem. Šele poznejši organizirani odpor zoper odločbo ter omahovanje in zavlačevanje izvršilne in zakonodajne oblasti z njeno uresnitvijo so pokazali, da bi bila interpretativna odločba preveč radikalna in bi do njene uresnitve prišli, če sploh, še pozneje in ob še večjih tveganjih za obstoj ustavnega sodstva v Sloveniji.²⁰ Ločeno mnenje je bilo zato nerealno in je slabilo sporočilo, ki ga je dalo Ustavno sodišče s soglasno sprejeto odločbo.

Ko se tisti, ki kritično presojujejo delovanje Ustavnega sodišča, sprašujejo, kaj je ostalo za odločbami Ustavnega sodišča v nekem obdobju, za neko sestavo Ustavnega sodišča in za posameznimi sodnicami in sodniki, ne morejo mimo spopada med pristopom, ki v ospredje postavlja pravice in pravičnost, ter pristopom, ki prisega na formalistično uveljavljanje in razvijanje procesnih omejitev; med pozitivističnim oziroma črkobralskim in aktivističnim pristopom; med pristopom, ki prisega na večinsko voljo ljudi in poslancev, ter drugim, ki poudarja primarnost ustavnih vrednot in človekovih pravic in svoboščin; med privrženci in nasprotniki ustavne demokracije in pozitivnega aktivizma.

O pozitivnem aktivizmu ustavnega sodišča in ESČP lahko govorimo takrat, kadar ustvarjalno in razvojno razlaga ustavo oziroma evropsko konvencijo in široko razlaga svoje pristojnosti v korist varstva človekovih pravic. Njegovo nasprotje je formalistično zidanje vse višjih ovir za dostop do ustavnega in evropskega sodišča, ki v ospredje postavlja neizpolnjevanje procesnih pogojev za sprejem v obravnavo kršitev človekovih pravic ter pravilnost odločitev nasproti pravičnosti. Primerov formalizma in pozitivizma kot načina razbremenjevanja ustavnega sodišča in ESČP je ogromno, zelo redko pa so posejane odločitve, ki si zaslužijo oceno, da izražajo pozitivni aktivizem sodišča.

Težko je razumeti motive takšnega delovanja ustavnih sodnikov, ki temeljno pozornost in energijo usmerja v širjenje in utemeljevanje vse strožjih pogojev in vse višjih pregrad za dostop do Ustavnega sodišča. Seveda je res, da so ustavni sodniki izjemno (pre)obremenjeni. Ko sem sam opravljal to funkcijo, sem moral vsak dan odločiti, vključno z nedeljami in prazniki, o petih zadevah. To

20 O tem, ali neuresničevanje odločbe Ustavnega sodišča o izbrisanih lahko ogrozi sam obstoj tega sodišča, v ločenih mnenjih k odločbi, s katero je bil leta 2010 prepovedan referendum o zakonu, ki naj bi uresničil odločbo, polemizirata sodnika mag. Miroslav Mozetič in Jan Zobec.

ogroža poslanstvo ustavnih sodnikov in uresničevanje ustavne vloge Ustavnega sodišča. Slovenija je bila razmeroma blizu sprejetja ustavne spremembe, ki bi negativno selekcijo zamenjala s pravico Ustavnega sodišča, da pozitivno izbira najpomembnejše zadeve, tako za pritožnika kot s systemskega vidika.²¹ Toda izogibanje vsebinskemu odločanju o najtežjih zadevah ni samo posledica ustavne ureditve in preobremenitve. Je tudi posledica subjektivnih slabosti v delovanju ustavnih sodnikov.

Kako je lahko ustavni sodnik prepričan, da najbolje uresničuje svoje poslanstvo, če svojo kreativnost namenja predvsem izogibanju odločanja o najbolj pomembnih ustavnopravnih vprašanjih? Bo pripovedoval svojim vnukom, da je vsako leto stotinam pritožnikov preprečil, da bi se pojavili pred njegovim obličjem, in štel za svojo zaslugo, da je veliko prispeval k samoomejevanju Ustavnega sodišča, odvrčal profesorje prava od kandidiranja za ustavne sodnike, češ da procesno niso dovolj usposobljeni za opravljanje te funkcije, vztrajal pri spoštovanju meja že precej zastarele teorije o ustavnem sodstvu kot negativnem zakonodajalcu in natikal plašnice, ki naj preprečujejo ne le pogled na levo in desno, temveč tudi navzgor, da se ne bi katera njihova odločba povzdignila na triglavske višave, kot se je v primeru izbrisanih? Gotovo so razlogi za takšna stališča, sicer se ne bi tako vztrajno ohranjala v praksi številnih ustavnih sodišč, vendar bodo o njih lahko bolj prepričljivo in avtentično spregovorili zlasti tisti, ki so prepričani, da je treba konservativno vztrajati pri vrednotah samoomejevanja, negativni selekciji in načelih t. i. negativnega zakonodajalca. Osebnostno menim, da gre za napačen odziv na preobremenjenost, katerega posledice čutijo tisti, ki so jim kršene pravice, in država, ki jo moralno in materialno sankcionira ESČP v zadevah, ki bi jih lahko pravično razrešilo že Ustavno sodišče samo.

Izbrisani so tisti pripadniki narodov nekdanje skupne države, ki so prišli v Slovenijo s trebuhom za kruhom in jim je nova država ob svojem nastanku obljubila, da se jim položaj zaradi osamosvojitve ne bo poslabšal in da bodo lahko pridobili državljanstvo na podlagi stalnega bivališča. To bivališče, ki je omogočilo pridobitev državljanstva, je bilo vezano na datum plebiscita za samostojno in neodvisno Slovenijo. Na njegovi podlagi so bili pred in med osamosvojitvijo izenačeni s slovenskimi državljani. Tako so na prvih večstrankarskih volitvah spomladi leta 1990 imeli volilno pravico in konec tega leta pravico glasovanja na plebiscitu. Zato jih lahko uvrstimo med soustanovitelje samostojne slovenske države. Tak privilegirani položaj so razumljivo izgubili vsi, ki niso zaprosili za slovensko državljanstvo ali jim ga ni uspelo pridobiti iz različnih razlogov, ki so bili na njihovi strani ali na strani slovenske države. Niso mogli pričakovati, da se v njihovem položaju ne bo nič spremenilo; vedeli so ali bi

21 Več Kaučič, Pavlin, Bardutzky (2011).

morali vedeti, da bodo prej ali slej postali tujci oziroma bodo po pravicah in dolžnostih izenačeni z drugimi tujci.

Vendar izbris ni izenačil izbranih s tujci, temveč jim je odvzel stalno prebivališče in s tem podlago za številne socialne in druge pravice, ki so neločljivo povezane s prebivališčem (zaposlitev, stanovanjska pravica, zdravstveno in socialno zavarovanje, pravica do socialne podpore, prosto gibanje prek državne meje, pa vse do nemožnosti podaljšanja vozniškega dovoljenja). Postali so brezpravni tujci, izenačeni s tistimi, ki bi na novo in ilegalno prišli v Slovenijo, čeprav so mnogi od njih v njej živeli desetletja, si tu ustvarili družine in opravljali z njihovega in širšega družbenega vidika koristno delo. Če je niso na hitro zapustili, so v Sloveniji začeli prebivati kot ilegalci, brez statusa, temeljnih človekovih pravic in veljavnih dokumentov za prebivanje. Nobenim drugim tujcem, ki so bili dotlej v bistveno slabšem položaju od njih, se ni zgodilo kaj podobnega. Ne glede na to, da so posamezne ocene izbrisa in primerjave tega dejanja z zločini zoper človečnost, etničnim čiščenjem in rasizmom pretiravanja, jih velja razumeti kot razumljiv odziv na dolgoletno zatiskanje oči pred grozotami, ki sta jih pomembnemu delu prebivalcev Slovenije povzročila izbris in zavlačevanje s popravilo storjenih krivic.

Je treba biti (daleč) zunaj države, kot je stotine kilometrov oddaljen Strasbourg, da bi lahko realno presodili storjene krivice in ugotovili okoliščine in odgovornost za njihovo povzročitev? Morda. Ustavno sodišče je dokazalo, da je tudi nacionalna institucija, če je resnično zavezana ustavnosti in varstvu človekovih pravic, sposobna presekati z neodgovornim ravnanjem državnih funkcionarjev, ki ga najbolj ilustrirajo t. i. depeše ministrstva za notranje zadeve.²² Ustavno sodišče je ugotovilo, da za izbris, ki je imel za prizadete nepredvidljive posledice, ni bilo niti ustavne ali zakonske podlage niti na parlamentarni ravni sprejete odločitve, ki bi ga spodbudila ali dopuščala. Sprejet je bil v nasprotju z Ustavo in z evropskimi demokratičnimi standardi, na katere je Slovenija že pred osamosvojitvijo prisegla in se zavezala, da jih bo spoštovala.²³

Znana sta nešteto krat ponovljeno stališče ESČP, da konvencijske pravice niso in ne smejo biti mrtva črka na papirju, temveč morajo biti učinkovite ne le v teoriji, temveč tudi v praksi, in stališče Ustavnega sodišča Slovenije, da ima pravni interes samo tisti, čigar pravni položaj se bo izboljšal, če bo uspel pred Ustavnim sodiščem. S tega vidika je jasno, da bo velik pomen odločbe Ustavnega sodišča o izbranih prepričljivo izkazan šele, ko bo uresničena, ko se bo prizadetim na njeni podlagi pravni, materialni in siceršnji položaj odločilno izboljšal. Kratkoročno je odločba položaj izbranih celo poslabšala, kolikor so

²² Več Kogovšek Šalamon (2012).

²³ Deklaracijo o spoštovanju temeljnih konvencij Sveta Evrope, v kateri sta izražena enostranska zaveza k spoštovanju teh konvencij in interes, da postane članica Sveta Evrope, je skupščina Republike Slovenije sprejela decembra 1990. Več Ribičič (1992: 38).

se odprle deloma že zarasle rane mednacionalnih nasprotij iz obdobja razpada skupne države. Dolgoročno pa bo privedla do pozitivnih sprememb za izbrisane. To je dobra stran razvoja dogodkov zadnjih let.

Slaba stran je v tem, da je slovenska država v popravo ugotovljenih krivic privolila šele takrat, ko to od nje ni več zahtevala le odločba Ustavnega sodišča, temveč tudi sodbi ESČP, ki so ju dosegli izbrisani s pomočjo italijanskih odvetnikov.

Druga slaba stran so aktualni zapleti in konflikti glede odškodnin izbranim. ESČP v svojih sodbah dosledno prisoja ob moralni obsodbi odgovornih za kršitve tudi pravično (materialno) zadoščenje, če je le izkazana materialna in nematerialna škoda. Gotovo na odločanje o odškodninah vpliva tudi gospodarska kriza. Toda zavedati se moramo, da ekonomske krize niso zakrivili izbrisani, temveč so tisti, ki so izbris povzročili in preprečevali popravo krivic, prizadeli Sloveniji veliko moralno škodo, ker so t. i. nacionalni interes razlagali neodvisno in proti interesom pomembnega dela prebivalcev Slovenije. Zato bi morali pri odločanju o odškodninah paziti, da se ne približamo miselnosti, ki je zakrivila izbris in je pozneje vodila v stališče, da so si izbrisani za svojo uso-do krivi sami. Ni res, za poslabšanje njihovega položaja je izključno odgovorna slovenska država, ki je odgovorna tudi za to, da v dveh desetletjih ni znala podati niti dostojnega opravičila, kaj šele, da bi storjene krivice kolikor mogoče popravila.

Kljub temu ne gre podcenjevati že doseženih velikih pozitivnih sprememb glede razumevanja izbrisa in položaja izbranih. Najpomembnejša je gotovo sprememba v dojemanju javnega mnjenja. Do nje je prišlo le postopoma, ko je med ljudmi izgubljala podporo nacionalistična politikantska kampanja, ki je skušala izbrisane prikazovati kot škodljiv in nevaren tujek v slovenskem narodnem telesu. To je bilo dolga leta zapeljano s sovražno propagando, ki je prikazovala izbrisane kot sovražnike slovenske osamosvojitve in izbris kot upravičeno sankcijo nove države zoper njene nasprotnike. Zasluga za to, da je danes več razumevanja in empatije do izbranih, gre širokemu krogu aktivistov iz vrst izbranih in njihovih združenj, iz institucij, kot so Mirovni inštitut, Helsinški monitor, varuhinja človekovih pravic in Amnesty International, ter uglednim pravnikom, kot so mag. Matevž Krivic, dr. Ljubo Bavcon, dr. Neža Kogovšek in velika večina ustavnih sodnikov.

Doseženo je realna podlaga za to, da lahko upamo, da bodo storjene krivice v praksi vsaj deloma popravljene. Kot si želimo, da bi sodba ESČP v zadevi *Hirsi Jamaa in drugi v. Italija* privedla do drugačnega razumevanja položaja in spoštovanja pravic beguncev, ki v Evropi vidijo upanje za svoje preživetje in boljše življenje, tako naj bi tudi odločba Ustavnega sodišča o izbranih prispevala k utrjevanju strpnosti in razumevanja med vsemi prebivalci Slovenije, ne glede na njihovo poreklo. O vprašanju, koliko je k temu pripomogel svež pristop do

varstva človekovih pravic, kot se izraža v teoriji o ustavni demokraciji in pozitivnem aktivizmu, pa se bodo mnenja avtorjev verjetno kresala tudi v drugem desetletju izhajanja Revusa.

prof. dr. Ciril Ribičič,

*redni profesor za ustavno pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani,
član Evropske komisije za demokracijo skozi pravo pri Svetu Evrope ter
soustanovitelj in prvi sourednik Revusa*

Seznam navedenk

- Andreas GRIMMEL, 2012: Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. *European Law Journal* 18 (2012) 4. 518-535. DOI: 10.1111/j.1468-0386.2012.00615.x.
- Winfried HASSEMER, 2003: Ustavna demokracija. *Pravnik* 58 (2003) 4-5. 207-226.
- Igor KAUČIČ, Peter PAVLIN & Samo BARDUTZKY (Eds.), 2011: *Ustavna reforma ustavnega sodstva. Zbornik gradiv*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ministrstvo za pravosodje.
- Neža KOGOVŠEK ŠALAMON, 2012: *Izbris in (ne) ustavna demokracija*. Ljubljana: GV Založba.
- Rodrigo M. NUNES, 2012: Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health. *Latin American Politics and Society* (2010) 52. 67-97. DOI: 10.1111/j.1548-2456.2010.00090.x.
- Ciril RIBIČIČ, 1992: *Ustavno-pravni vidiki osamosvajanja Slovenije*. Ljubljana: Uradni list RS.
- , 2010: Veličastnih sedem. In: *Človekove pravice in ustavna demokracija*. Ljubljana: Študentska založba.
- , 2012: Constitutional democracy in the decisions of the Constitutional Court of Slovenia. In: *Pomen ustavnosti in ustavna demokracija: zbornik ob 20-letnici Ustave Republike Slovenije*. Ed. Igor Kaučič. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ustavno sodišče Republike Slovenije.
- , 2013: Ustavno-pravne granice referendumskog odločevanja. Collection of papers from a round table *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji - ustavnopravno uređenje, iskustva i perspektive*. Conducted in Varaždin on 4 July 2013. In print.
- Andraž TERŠEK, 2007: *Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije*. Doctoral Dissertation. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Güneş Murat TEZCÜR, 2010: Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case. *Law & Society Review* (2010) 15. 305-336. DOI: 10.1111/j.1540-5893.2009.00374.x.
- Arvind VERMA, 2001: Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India. *The Howard Journal of Criminal Justice* (2001) 40. 148-165. DOI: 10.1111/1468-2311.00198.
- Chenguang WANG, 2006: Law-making functions of the Chinese courts: Judicial activism in a country of rapid social changes. *Frontiers of Law in China* (2006) 3. DOI: 10.1007/s.11463-006-0000-0.
- Dragica WEDAM LUKIČ, 2013: Vpliv odločitev ESČP na odločanje Ustavnega sodišča Republike Slovenije. *Ustavnosodno odločanje*. Eds. Marijan Pavčnik & Aleš Novak. Ljubljana: GV Založba (Pravna obzorja; 45).
- *
- Bosnia and Hercegovina Court Decisions. Constitutional Court (www.ccbh.ba):
- U 9/11 from 28th September 2012.
- European Court of Human Rights Decisions (www.echr.coe.int):
- *Broniowski v. Poland*. App. no. 31443/96 from 22nd June 2004.
- *El Masri v. FYRM*. App. no. 39630/09 from 13th December 2012.
- *Hirsi Jamaa and others v. Italy*. App. no. 27765/09 from 23rd February 2012.

- *Kurić and others v. Slovenia*. App. no. 26828/06 from 26th June 2012.
- *Lukenda v. Slovenia*. App. no. 23032/02 from 6th October 2005.
- *Matko v. Slovenia*. App. no. 43393/98 from 2nd November 2006.
- *Praznik v. Slovenia*. App. no. 6234/10 from 28th June 2012.
- *Rehbock v. Slovenia*. App. no. 29462/95 from 28th November 2000.
- *Soering v. United Kingdom*. App. no. 14038/88 from 7th July 1989.
- *Šilih v. Slovenia*. App. no. 71463/01 from 9th April 2009.
- *Štrucl and others v. Slovenija*. App. no. 5971/10 from 25th June 2013.

Slovenian Court Decisions. Constitutional Court
(www.us-rs.si):

- U-I-37/76 from 6th January 1977.
- Up-16/92 from 25th November 1992.
- U-I-284/94 from 4th February 1999.
- U-I-246/02 from 3rd April 2003.
- U-II-3/03 from 22nd December 2003.
- U-I-111/04 from 28th April 2004.