

Številka: 004-01/92-8/36
Ljubljana, 14. 11. 2007

USTAVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE

Državni svet Republike Slovenije je na 59. seji, dne 14. 11. 2007, na podlagi tretje alineje prvega odstavka 23a. člena Zakona o Ustavnem sodišču Republike Slovenije (uradno prečiščeno besedilo, ZUstS-UPB1, Uradni list RS 64/07) sprejel

ZAHTEVO

za začetek postopka za oceno ustavnosti šestega odstavka 4. člena Zakona o volilni in referendumski kampanji (Uradni list RS, št. 41/07) (v nadaljevanju - ZVRK) in

PREDLAGA

- da Ustavno sodišče Republike Slovenije ugotovi, da je šesti odstavek 4. člena ZVRK v neskladju z ustavo in
- da zahtevo obravnava prednostno.

OBRAZLOŽITEV

Razlogi za prednostno obravnavo

1. Državni svet skladno s tretjim odstavkom 46. člena Poslovnika Ustavnega sodišča podaja predlog za prednostno obravnavo zadeve zaradi reševanja pomembnega pravnega vprašanja. Kaže, da je diskrecijsko odločanje še vedno pereč problem, ne glede na vse izdane odločbe Ustavnega sodišča. V predmetni zadevi se vlada sklicuje na diskrecijsko pravico, ki po mnenju državnega sveta ni skladna z ustavo. Vlada Republike Slovenije lahko s sklepom nameni sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je pobudnik ali predlagatelj referenduma proračunski uporabnik. Izvedba zakonodajnega referenduma je po mnenju državnega sveta otežena, ker so sredstva za referendumsko kampanjo po mnenju vlade namenjena le za "najpomembnejša vprašanja, povezana z daljnosežnimi posledicami za vse državljane Republike Slovenije, kot je bila odločitev o vstopu Slovenije v NATO ali v Evropsko unijo, ko se

država odpove delu suverenih pravic«, kar napotuje le na referendum o spremembi ustave in referendum o mednarodnih povezavah, medtem ko sta zakonodajni in posvetovalni referendum o vprašanjih iz pristojnosti državnega zbora, popolnoma izključena. Tak kriterij vlade, ki ni določen v zakonu, otežuje uporabo ustavne pristojnosti državnega sveta, ki ima od možnih referendumov le pristojnost zahteve za razpis zakonodajnega referenduma.

2. Ker se napovedujejo tudi drugi zakonodajni referendumi, predvsem iz vrste opozicijskih poslancev, ki bi v nasprotju z mnenjem vlade zahtevali zakonodajni referendum, je ob dejstvu, da je ravno Vlada RS tista, ki diskrecijsko odloča (in je hkrati tudi predlagateljica napadenega zakona) toliko bolj upravičeno, da ima diskrecija v ZRVK vse potrebne sestavine in da se vse predlagatelje obravnava na enak in zakonit način.

3. Državni svet ima v skladu z 90. členom in četrto alinejo 97. člena Ustave pristojnost zahtevati razpis zakonodajnega referenduma. Poleg Državnega sveta ima takšno pristojnost še Državni zbor, tretjina poslancev in 40.000 volivcev. Pomembno je, da ima predlagatelj zahteve za razpis referenduma možnost sodelovati v volilni kampanji in omogočiti volivcem, da se seznani z vsebino referenduma in argumenti predlagatelja. Vendar ima predlagatelj kot državni organ (Državni zbor, Državni svet) v prvem odstavku 4. člena Zakona o volilni in referendumski kampanji prepoved financiranja volilne kampanje s proračunskimi sredstvi. Šesti odstavek istega člena sicer določa izjemo, s katero lahko predlagatelj pridobi dodatna finančna sredstva za referendumsko kampanjo, vendar o tem odloča Vlada z diskrecijsko pravico. V praksi je malo verjetno, da bi Vlada dala dodatna finančna sredstva za referendumsko kampanjo proti zakonu, ki ga je sama predlagala Državnemu zboru v sprejem. Vladi ni v interesu, da zakon ne dobi podpore na referendumu in to lahko stori tudi s tem, da predlagatelju onemogoči vsakršno financiranje referendumske kampanje. Vlada na eni strani v skladu z Ustavo ni eden izmed predlagateljev zakonodajnega referenduma, na drugi strani pa odloča o dodelitvi sredstev za kampanjo, v kateri lahko nastopa kot nasprotni udeleženec. Ne more o sredstvih diskrecijsko odločati Vlada, ki je nosilec izvršilne veje oblasti, medtem ko Državni zbor in Državni svet spadata v zakonodajno vejo oblasti. Zakonodajna veja oblasti naj bi opravljala nadzor nad izvršilno vejo oblasti, vendar pa v primeru dodeljevanja sredstev za to kampanjo velja ravno obratno, saj Vlada diskrecijsko odloča o sredstvih, ki jih ustavna organa zakonodajne veje oblasti lahko porabita za referendumsko kampanjo. Državni zbor in svet torej lahko zahtevata razpis referenduma, vendar pa ne smeta porabiti ničesar iz svojih proračunskih sredstev za samo kampanjo. V kolikor Vlada ne omogoči dodatnih sredstev za financiranje referendumske kampanje, bi zakon predlagatelju referenduma moral omogočiti vsaj koriščenje lastnih proračunskih sredstev v ta namen.

4. Dne 7.11.2007 so državljanke in državljani na domove dobili brošuro Urada Vlade RS za komuniciranje¹, ki se nanaša na naknadni zakonodajni referendum o zakonu o

¹ Sklep o nalogah Urada Vlade Republike Slovenije za komuniciranje (Ur.l.RS, št. 77/03 in 16/07) je bil izdan na podlagi 25. člena Zakona o vladi RS (za organizacijsko, strokovno in drugo pomoč pri delovanju vlade in usklajevanju dela ministrstev lahko vlada ustanavlja vladne službe), zato bi se morale naloge urada nanašati le

spremembah in dopolnitvah zakona o lastninskem preoblikovanju zavarovalnic. Ne glede na to, da je Vlada RS zavrnila državnemu svetu namenitev sredstev za referendumsko kampanjo, je državni svet spoštoval določbe Zakona o volilni in referendumski kampanji in ni financiral referendumske kampanje s proračunskimi sredstvi. *Nasprotno je Vlada RS, ne glede na to, da ni in ne more biti predlagatelj referenduma, oblikovanje in tisk brošure z referendumsko vsebino financirala s proračunskimi sredstvi* (pri čemer ni uporabila enakega kriterija, ki ji je služil kot zavrnitev sredstev državnemu svetu). Glede na to, da Vlada RS ni organizator referendumske kampanje, da je neposredni proračunski uporabnik, da ni pobudnik ali predlagatelj referenduma in da pozna določbe ZVRK o prepovedi financiranja kampanje s proračunskimi sredstvi, lahko zaključimo, da je **Vlada RS s 723.000 brošurami z referendumsko vsebino, nezakonito uporabila proračunska sredstva, ki jih je Državnemu svetu RS, zavrnila.** S tem je samovoljno presegla svoje pristojnosti in neposredno posegla v pristojnosti Državnega sveta. *Vlada RS je samovoljno in nezakonito (nepravilno pravo) ravnala pri zavrnitvi sredstev državnemu svetu, s kasnejšim lastnim proračunskim financiranjem referendumske vsebine pa je namerno ravnala na način, za katerega bi Radbruch dejal, da »nima narave prava«.* Odreči sredstva enemu organu, mora v vsaki pravni državi pomeniti, da jih je treba ob obstoju enakih dejstev, znikati tudi sebi.

Odločitev Vlade RS

5. Ministrstvo za finance je 23. oktobra 2007 prejelo vlogo Državnega sveta RS za zagotovitev dodatnih pravic porabe za izvedbo referendumske kampanje v zvezi z razpisanim referendumom o zakonu o spremembah in dopolnitvah zakona o lastninskem preoblikovanju zavarovalnic. Vlada Republike Slovenije je v zvezi z vlogo sprejela sklep, da se Državnemu svetu RS za izvedbo referendumske kampanje o zakonodajnem referendumu o Zakonu o spremembah in dopolnitvah zakona o lastninskem preoblikovanju zavarovalnic, ki bo potekal 11. novembra 2007, ne zagotovijo pravice porabe za izvedbo navedene referendumske kampanje. Vlada RS je - **zgolj v sporočilu za javnost², ne pa tudi v obrazložitvi sklepa** (glej priloga), **ki je sploh ni** - navedla, da »šesti odstavek 4. člena Zakona o volilni in referendumski kampanji podeljuje diskrecijsko pravico (ne obvezo), da s sklepom nameni sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je pobudnik ali predlagatelj referenduma proračunski uporabnik. Vlada RS državnemu svetu pravice porabe ne zagotovi, saj meni, da je zakonodajalec, ko je oblikoval navedeni odstavek 4. člena, imel v mislih najpomembnejša vprašanja, povezana z daljnosežnimi posledicami za vse državljane

na zagotavljanje javnosti dela vlade in obveščanje javnosti o delu predsednika vlade in ministrstev. Referendumska kampanja Vlade zaradi odločitve Državnega zbora (kot druge veje oblasti), ni naštet med nalogami urada.

² Dostopno na:

http://www.vlada.si/index.php?&i1=UVI&i2=slo&i3=1&i4=svj&i5=ter_dvl_021&i10=artic&i12=F30B0EABDE3F39D8C1257387006BDAB7&i15=on_Gnovica&j1=utf-8&j2=content&j3=gids&j4=

Republike Slovenije, kot je na primer odločitev o vstopu Slovenije v NATO ali v Evropsko unijo, ko se država odpove delu suverenih pravic. Izhajajoč iz navedenega in iz načela racionalnosti porabe proračunskih sredstev ter upošteva načelo, da se izjeme tolmačijo restriktivno (pravilo v prvem odstavku 4. člena določa, da referendumске kampanje ni dovoljeno financirati s proračunskimi sredstvi), vlada meni, da v konkretnem primeru ne gre za tako vprašanje».

Določbe zakona

6. Zakon o volilni in referendumski kampanji (v nadaljevanju - ZVRK) Ur.l.RS, št. 41/07 med splošnimi določbami v 1. členu določa, da zakon ureja poleg vprašanj volilne kampanje tudi vprašanja, ki se nanašajo na referendumsko kampanjo. **Referendumska kampanja** so oglaševalske vsebine in druge oblike propagande, katerih **namen** je **vplivati na odločanje volivcev** pri glasovanju na referendumu (tretji odstavek 1. člena).

7. Po 3. členu lahko referendumsko kampanjo organizira predlagatelj referendumu in drugi, za izid referendumu zainteresirani subjekti.

4. člen ZVRK določa:

(1) Predvolilni shodi niso dovoljeni v prostorih državnih organov, organov samoupravnih lokalnih skupnosti, javnih zavodov in drugih oseb javnega prava ter v prostorih verskih skupnosti, razen kadar je verska skupnost organizator referendumske kampanje. **Volilne kampanje ni dovoljeno financirati s proračunskimi sredstvi ter sredstvi gospodarskih družb, v katere je vložen javni kapital v višini več kot 25% in gospodarskih družb, ki so v njihovi večinski lasti**, razen s sredstvi, ki jih v skladu z zakonom, ki ureja politične stranke, iz proračuna dobijo politične stranke.

(2) Kadar so organizatorji referendumske kampanje organizacije sindikata ali svetov delavcev, imajo za pojasnjevanje svojih stališč članom pravico uporabljati ustrezne prostore v gospodarskih družbah in zavodih, v skladu s kolektivno pogodbo ali internimi akti, ki zagotavljajo sindikalno delovanje.

(3) Izjemoma je dovoljeno organizirati predvolilne shode v prostorih iz prvega odstavka tega člena, če v kraju ni na voljo nobene druge zgradbe z dvorano, v kateri bi bilo mogoče zbrati večje število ljudi.

(4) Prepoved iz prvega odstavka tega člena se ne uporablja za organizacijo predvolilnih shodov v tistih prostorih, ki so namenjeni predvsem javnim prireditvam.

(5) V primeru iz tretjega in četrtega odstavka tega člena morajo biti prostori na voljo vsem organizatorjem volilne kampanje pod enakimi pogoji. Pogoje mora objaviti lastnik ali upravljavalec prostorov najpozneje 60 dni pred dnem glasovanja na volitvah oziroma 25 dni pred dnem glasovanja na referendumu.

(6) Ne glede na določbo prvega odstavka tega člena lahko Vlada Republike Slovenije s sklepom nameni sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je pobudnik ali predlagatelj referendumu proračunski uporabnik. Sredstva, ki jih Vlada Republike Slovenije nameni za referendumsko kampanjo, ne smejo presegati 25% dopustne višine stroškov iz šestega odstavka 23. člena tega zakona.

(7) Kadar je organizator referendumске kampanje lokalna skupnost, lahko nameni sredstva za referendumsko kampanjo največ v višini 25% dopustne višine stroškov iz šestega odstavka 23. člena tega zakona.

8. Sporni šesti odstavek v povezavi s prvim odstavkom in četrtim odstavkom 1. člena³ privede do razlage, da referendumске kampanje ni dovoljeno financirati s proračunskimi sredstvi ter sredstvi gospodarskih družb, v katere je vložen javni kapital v višini več kot 25 % in gospodarskih družb, ki so v njihovi večinski lasti. Ne glede na to, pa lahko Vlada Republike Slovenije s sklepom nameni sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je pobudnik ali predlagatelj referenduma proračunski uporabnik. Sredstva, ki jih Vlada Republike Slovenije nameni za referendumsko kampanjo, ne smejo presegati 25% dopustne višine stroškov iz šestega odstavka 23. člena tega zakona. Zakon v šestem odstavku tega člena za referendumsko kampanjo predvideva izjemo od splošne prepovedi financiranja kampanje s proračunskimi sredstvi in določa maksimum dodeljenih sredstev in sicer »sredstva, ki jih Vlada Republike Slovenije nameni za referendumsko kampanjo, ne smejo presegati 25% dopustne višine stroškov iz šestega odstavka 23. člena tega zakona«, ne pa tudi minimuma.

Možne interpretacije 4. člena ZVRK

9. Iz sporočila za javnost s seje vlade izhaja, da je »jedro nerazumevanja« interpretacija šestega odstavka 4. člena ZVRK v povezavi s prvim odstavkom istega člena in s tem povezano uporabo diskrecijske pravice. Šesti odstavek 4. člena ZVRK omogoča več interpretacij:

- A. gre za prosto diskrecijsko pravico, ki omogoča Vladi RS (in si jo vlada glede na obrazložitev tako tolmači), da popolnoma sama zaradi odsotnosti zakonskih kriterijev presoja, kdo bo dobil proračunska sredstva in kdo ne;
- B. druga interpretacija napotuje na vezano diskrecijsko oceno, ki upošteva namen referendumске kampanje (vplivati na odločanje volivcev - tretji odstavek 1. člena), morebiten drug namen zakonodajalca, ki je zapisan v drugih določbah zakona ali (pred sprejemom še) predloga zakona v povezavi s pristojnostjo ustavnega organa (državnega sveta), da zahteva razpis zakonodajnega referenduma;
- C. tretja razlaga bi bila, da člen ne omogoča diskrecije ne glede na zapisano besedo »lahko«, ker ne določa namena diskrecije niti kriterijev niti ne omenja kakršnekoli "vloge" ali "prošnje", na podlagi katere bi se sredstva lahko namenila.

Ad) A.

10. Po mnenju Vlade RS ima le ta diskrecijsko pravico, da s sklepom nameni sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je pobudnik ali predlagatelj referenduma proračunski uporabnik. Vlada RS v konkretnem primeru pravice porabe ni zagotovila, ker je sama

³ (4) Za referendumsko kampanjo veljajo določbe o volilni kampanji, razen če ta zakon ne določa drugače.

(arbitrarno) postavila kriterij, ki ga v ZVRK ni. Ta kriterij so »najpomembnejša vprašanja, povezana z daljnosežnimi posledicami za vse državljane Republike Slovenije« in kot primer navedla odločitev o vstopu Slovenije v NATO ali v Evropsko unijo, ko se država odpove delu suverenih pravic. Izhajajoč iz tega in iz načela racionalnosti porabe proračunskih sredstev ter upošteva načelo, da se izjeme tolmačijo restriktivno (pravilo v prvem odstavku 4. člena določa, da referendumске kampanje ni dovoljeno financirati s proračunskimi sredstvi), je vlada menila, da v konkretnem primeru ne gre za tako vprašanje«.

Ad) B.

11. Druga interpretacija napotuje na vezano diskrecijsko oceno, ki upošteva namen referendumске kampanje (naveden v tretjem odstavku 1. člena – **»vplivati na odločanje volivcev«**), in morebiten drug namen zakonodajalca, ki je zapisan v predlogu zakona. V drugi točki predloga zakona (Cilji, načela in poglobitve rešitve) je navedeno, da je »financiranje kampanje eno osrednjih vprašanj, ki lahko bistveno vpliva na izid volitev, zato je predlagatelj zasledoval poglobitveni cilj – **preglednost virov financiranja in nadzor nad njimi«**. Namen je potrebno povezati še pristojnostjo državnega sveta, da lahko zahteva razpis zakonodajnega referendumа.

12. Namišljeni kriterij Vlade o »najpomembnejših vprašanjih, povezanih z daljnosežnimi posledicami za vse državljane Republike Slovenije, kot je bila odločitev o vstopu Slovenije v NATO ali v Evropsko unijo, ko se država odpove delu suverenih pravic« napotuje na določbe zakona o referendumu in o ljudski iniciativi (ZRLI - UPB2) (Uradni list RS, št. 26/07), po katerem bi se kriterij vlade lahko nanašal zgolj na referendum o spremembi ustave in referendum o mednarodnih povezavah, medtem ko bi bila zakonodajni in posvetovalni referendum o vprašanjih iz pristojnosti državnega zbora, popolnoma *izključena*⁴. Ker ima državni svet med pristojnostmi tudi zahtevo za razpis zakonodajnega referendumа, bi tak kriterij vlade že v startu izničil ustavno pristojnost državnega sveta.

13. ZVRK določa maksimalno višino (»sredstva ne smejo presegati...«), ne pa minimalne, zato načelo racionalnosti porabe proračunskih sredstev ne more obveljati v takšni meri, da ne bi bil namenjen niti en sam evro. Narejena je bila zgolj pavšalna ocena, da »je treba varčevati«, ne da bi se kakorkoli upoštevalo ali utemeljilo dejansko (gospodarsko) stanje.

Ad) C.

14. Člen ne omogoča diskrecije, ne glede na zapisano besedo »lahko«; gre le za **izjemo** od splošnega pravila, ki določa prepoved financiranja kampanje s proračunskimi sredstvi. Vladi RS šesti odstavek 4. člena ZVRK ne podeljuje diskrecijske pravice, da bi »lahko« s sklepom namenila sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je pobudnik

⁴ Po takšnem mnenju bi bila zavrnjena tudi sredstva, če bi šlo npr. za referendum o dosmrtni kazni zapora, odprave splava ali uvedbe evtanazije.

ali predlagatelj referenduma proračunski uporabnik; člen prav tako ne govori o "vlogi" ali "prošnji" organa, da bi lahko zaprosil za namenitev sredstev.

15. Obrazložitev členov v zvezi s 4. členom (takrat še predloga) ZVRK navaja, da je »za izvajanje kakršnih koli volilnih aktivnosti prepovedana uporaba prostorov, opreme in drugih sredstev, ki so namenjeni za delo državnih organov. Dopuščena pa je **izjema**, kadar je organizator volilne kampanje proračunski uporabnik, npr. kot v primeru referenduma o vstopu v NATO. V tem primeru **mora vlada** oziroma občina **določiti višino sredstev**, ki se iz proračuna namenijo za financiranje referendumске kampanje. Določena je tudi višina sredstev, ki jih vlada oziroma občina nameni za referendumsko kampanjo in ne sme presegati 25% dopustne višine stroškov, ki jih določa 23. člen tega zakona. Nadzor nad uporabo teh sredstev pa tako, kot pri vseh organizatorjih volilne kampanje, opravi Računsko sodišče»⁵. Iz zapisane obrazložitve ne izhaja, da je zakonodajalec imel v mislih »najpomembnejša vprašanja, povezana z daljnosežnimi posledicami za vse državljane Republike Slovenije, kot je na primer odločitev o vstopu Slovenije v NATO ali v Evropsko unijo, ko se država odpove delu suverenih pravic«, tako kot to meni Vlada RS, pač pa *določa izjemo glede na splošno pravilo*. Ko se ugotovi obstoj te izjeme, nastopi dolžnost (»mora določiti višino sredstev«) dodelitve sredstev predlagateljem, ki so proračunski uporabniki. Primer odločitve o vstopu Slovenije v NATO je bil naveden zato, ker je bil organizator kampanje proračunski uporabnik, tako kot bi bil lahko naveden tudi za referendum o tehničnem zakonu ali trgovini.

16. Sprejet amandma k 4. členu s strani Odbora DZ za notranjo politiko javno upravo in pravosodje je spremenil prvi odstavek z vsebino, ki jo sedaj določa veljavni 4. člen. Obrazložitev navaja, da »predlagane spremembe določneje opredeljujejo kje in za kakšne namene so dovoljeni javni shodi za volilno ali referendumsko kampanjo, s katerimi proračunskimi sredstvi se lahko financira organizacija volilne ali referendumске kampanje in v katerih primerih ter v kakšni višini je za ta namen dovoljeno uporabljati tudi proračunska sredstva«. Nikjer ni govora o diskreciji, pač pa o »primerih ter v kakšni višini je za ta namen dovoljeno uporabljati tudi proračunska sredstva«.

17. Beseda »lahko« pomeni **pooblastilo**⁶ vladi, da lahko nameni sredstva. Po drugem odstavku 120. člena Ustave so upravni organi pri svojem delu vezani na okvir, ki ga določata Ustava in zakon in nimajo pravice delovati brez vsebinske podlage v zakonu. Iz magnetograma 32. redne seje Odbora DZ za notranjo politiko, javno upravo in pravosodje izhaja, da glede predmetnega člena **ni omenjene diskrecije**, pač pa se je pojavljala le dilema, ali lahko vlada v primeru zakonodajnega referenduma s sredstvi tudi sama kot organizator sodeluje v kampanji, ker bi menila, da pobudniki nimajo prav. Če bi sama sebi lahko namenila sredstva v takšnem primeru, bi pobudniki kampanje ostali praznih rok in v podrejenem položaju. Minister Gregor Virant je poudaril, da je vprašanje

⁵ Poročevalec DZ RS, št. 135/2006 z dne 06.12.2006.

⁶ Beseda »lahko« pomeni lahko tudi splošno izvršilno klavzulo, ki pristojnemu ministru daje pooblastilo, da lahko izda podrobnejše predpise za izvajanje zakona (glej npr. 143. člen ZDoh-2) ali upravičenje osebe, da uveljavi svojo pravico (npr. 41. člen zakona o državljanstvu - priglasitev državljanstva). Beseda »lahko« lahko kaže na diskrecijo, kar pa glede na navedeno, ni nujno. Diskrecijo je potrebno ne glede na besedo »lahko« z razlago določb še ugotoviti in utemeljiti.

vključevanja vlade v kampanjo rešeno s petim odstavkom 4. člena (sedanji šesti op.), ki že v osnovnem tekstu pravi »ne glede na določbo prvega odstavka lahko vlada namení sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je organizator referendumske kampanje proračunski uporabnik«, tako da bi lahko vlada v kampanji nastopala in tudi vložila 25% sredstev, ki jih sicer lahko vsak organizator namení za kampanjo, *v primeru kadar sama inicira nek referendum, ne pa tudi kadar se želi vključiti s kampanjo proti*. Iz magnetograma 27. redne seje državnega zbora (obravnavo ZVRK) je prav tako razvidno, da *ni bilo govora niti o diskreciji niti o kakršnihkoli kriterijih, ki bi narekovali podelitev ali zavrnitev sredstev*, ki jih je Vlada našla v »najpomembnejših vprašanjih, povezanih z daljnosežnimi posledicami za vse državljane Republike Slovenije«.

18. Z zavrnitvijo sredstev je Vlada dosegla enak cilj, kot ji je z zakonom izrecno prepovedan: sama si sicer ni namenila sredstev za kampanjo proti (sporni zakon je predlagala vlada), pač pa je z zavrnitvijo sredstev neposrednemu proračunskemu uporabniku dosegla enak namen, kot če bi bila vključena v kampanjo proti.

Lastnosti diskrecijskega pooblastila

19. Delo organov, ki postopajo in odločajo o upravnih stvareh, ni prepuščeno njihovi presoji in prosti volji, kar je bila značilnost policijske uprave v dobi absolutizma, temveč je vezano na predpise državnih organov. Načelo zakonitosti je najpomembnejše načelo našega pravnega sistema, ki izključuje kakršnokoli samovoljo. Pri prodiranju ideje zakonitosti se je vodila pomembna in težka bitka na področju delovanja državnih organov. Tu se je pojavil velik odpor, katerega ostanki se še sedaj vidijo v nekaterih pozitivnih ureditvah in med njimi je predmet različnega obravnavanja, zlasti problem prostega preudarka⁷.

20. Predpisi, ki urejajo posamezna upravna področja, le redko izrecno povedo, da je pristojni organ pooblaščen odločiti v konkretni zadevi po prostem preudarku. Pooblastilo je dano skoraj vedno posredno, navadno z izrazi "organ lahko", "organ sme", "organ je pooblaščen" in podobno. Navadno ti izrazi kažejo na to, da imajo organi pravico odločati po prostem preudarku, *vendar je za takšno ugotovitev potrebno pregledati celotno besedilo predpisa, njegove razloge nastanka in cilje, ki jih zasleduje, da lahko trdimo, da je takšno pooblastilo tudi zares dano*. Beseda "kann" v avstrijski pravni teoriji sicer kaže na to, da lahko pristojni organ odloča po prostem preudarku, vendar je potrebno pri tem biti previden, saj obstaja veliko "nepravih" prostih preudarkov, ki se pojavljajo v različnih besednih zvezah. Ali je pooblastilo za uporabo prostega preudarka dano, ne moremo sklepati zgolj in samo iz zakonskega besedila, temveč je potrebno ugotoviti, ali je zakonodajalec predvidel tudi kriterije za prosti preudarek. V skladu z načeloma ustavnosti in zakonitosti se diskrecijska pravica uporabi le v okviru danega pooblastila in z namenom, s katerim je dana. Izraz ne pomeni svobode upravnih organov, da v konkretni pravni situaciji odločajo po svoji volji⁸.

⁷ Rupko Godec, Upravne norme in upravni akti, Upravni zbornik, Institut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana, 1993, str. 194.

⁸ Ludvig K. Adamovich- Bernard Christian Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. izdaja, Springer Verlag, Wien 1987, str. 121.

21. Iz določb slovenske ustave razberemo načelo vezanosti uprave na ustavo in zakon. To pomeni, da **moramo prosti preudarek razlagati restriktivno in da je pravica do ustvarjanja prava prek prostega preudarka močno omejena**⁹. Takšno stališče je tudi v skladu z odločbami ustavnega sodišča in stališči teoretikov Ivančevića, Vavpetiča, Godca in Androjne, ki se zavzemajo za vse večjo pravno vezanost uprave. Prosti preudarek mora biti skladen z načelom pravne vezanosti uprave, zato se polje prostega preudarka vedno bolj *zožuje*. O pravici do prostega preudarka slovenska ustava ne govori, iz več ustavnih določb pa izhaja načelo neposredne (120. 157. člen) in posredne vezanosti uprave na zakon (2., 22. 23. in 25. člen). Tudi za odločanje po prostem preudarku velja načelo zakonitosti; meje pooblastila za prosti preudarek in namen, zaradi katerega je pooblastilo dano, ne sme biti preseženo. Ko organ odloči po prostem preudarku, mora predhodno *popolnoma ugotoviti dejansko stanje* ter v obrazložitvi odločbe navesti ugotovljeno dejansko stanje in razloge, ki so bili odločilni za presojo posameznih dokazov, zlasti če gre za negativno odločbo. Prav tako je organ dolžan navesti razloge, iz katerih bo razvidno, da pri odločanju po prostem preudarku ni ravnal samovoljno, ampak v mejah in v skladu z namenom pooblastila, ki mu ga daje zakon. Iz obrazložitve vlade izhaja, da relevantni razlogi niso razvidni in da vlada ni odločila v skladu z namenom pooblastila, pač pa ravno nasprotno – z zavrnitvijo sredstev je poskusila negativno vplivati na volivce (sploh ob upoštevanju dejstva, da gre za zakon, ki ga je predlagala vlada) in se posredno postavila v vlogo organizatorja referendumске kampanje (»drugi, za izid referenduma zainteresirani subjekti« - prvi odstavek 3. člena ZVRK). V obrazložitvi bi morali biti predstavljeni vsaj glavni objektivni in stvarni razlogi, da bi bil sploh mogoč preizkus razumnosti same odločitve.

Nekatere odločitve Ustavnega sodišča v zvezi z diskrecijo

22. Ustavno sodišče je v zvezi z diskrecijo navedlo, da mora »zakonodajalec sprejeti jasne norme ter določiti njihovo vsebino. Nedopustno je, če prepušča določitev vsebine norme drugemu organu. Če norma ni jasno opredeljena, je dana možnost različne uporabe zakona in arbitrarnost državnih organov ali drugih organov za izvrševanje javnih pooblastil, ki odločajo o pravicah posameznikov. Zakon je skladen z Ustavo, če je mogoče z jezikovno in teleološko interpretacijo ugotoviti vsebino predpisa in je na ta način ravnanje organov, ki ga morajo izvajati, determinirano. Zakonodajalec torej lahko sprejme vsak ukrep, ki bo pomenil izpolnitev njegove obveznosti. Pri tem je vezan na ustavna načela in spoštovanje ustavno zagotovljenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Vendar mu to ne preprečuje, da v mejah svoje pristojnosti določa kriterije, po katerih bo določena podobna dejanska stanja med seboj razlikoval in na njih vezal različne pravne posledice. Tovrstna diskrecija, s katero zakonodajalec zasleduje ustavno dopustne cilje, je bistvena sestavina zakonodajne pristojnosti«. Sklep U-I-282/94-5 z dne 18.10.1995.

⁹ Jerovšek Tone, Pravica do prostega preudarka. Podjetje in delo, št. 5, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1996, str. 1100.

23. V odločbi št. U-I-69/92 z dne 10.12. 1992 je navedlo, da mora zakon, da zadosti 120. členu Ustave, *vse bistvene sestavine za delovanje upravnih organov določiti tako, da lahko prizadeti ugotovi svoj pravni položaj že na podlagi zakona*. V skladu s tem legalitetnim načelom za delovanje uprave, mora biti namen pooblastila za odločanje upravnega organa po prostem preudarku določen že v zakonu ali iz njega jasno razviden. Določba zakona, ki pooblašča upravni organ, da odloča po prostem preudarku, pa iz nje ni razviden namen takega pooblastila, ni v skladu z ustavo. Sodnik ustavnega sodišča mag. Matevž Krivic je v ločenem mnenju k obrazložitvi odločbe št. U-I-98/91 z dne 10.12. 1992, navedel, da zakonodajna tehnika določanja diskrecijskih pooblastil pri nas ni povsem ustrezna. Opozoril je na dve glavni pomanjkljivosti, in sicer:

** namen pooblastila za diskrecijsko odločanje mora biti v zakonu izrecno določen in to praviloma za vsako vrsto specifičnih primerov posebej;*

** zakonsko besedilo mora na jasn način, razumljiv tudi nepravnikom, povedati, da lahko organ odloča po prostem preudarku, in o čem lahko tako odloča, kateri pa so zakonski pogoji, ki morajo biti za tako odločanje izpolnjeni in pri katerih ne gre za odločanje po prostem preudarku.*

24. Ustavno sodišče je v omenjeni odločbi razveljavilo izpodbijani 13.a člen zakona o državljanstvu. Pri tej določbi ni bil razviden namen, zakaj je upravni organ dobil pooblastilo za odločanje po prostem preudarku, in je bila zato prizadeta ustavna pravica do učinkovitega pravnega sredstva, saj v morebitnem upravnem sporu sodišče nima zakonskega kriterija (v zakonu določenega namena pooblastila), po katerem bi lahko presojalo, ali je bil tak zakonsko določen namen pri diskrecijskem odločanju spoštovan ali ne. Šesti odstavek 4. člena ZVRK je v zvezi z navedenim in razveljavljenim 13a. členom zakona o državljanstvu zanimiv predvsem zato, ker je *formulacija (veljavne in razveljavljene) diskrecije v obeh primerih zelo podobna*: »ne glede na (določen člen zakona) lahko....«. Zakonsko besedilo mora na jasn in razumljiv tudi nepravnikom način povedati, da lahko o nekem vprašanju organ odloča po prostem preudarku in o čem lahko tako odloča, kateri pa so zakonski pogoji, ki morajo biti za tako odločanje izpolnjeni in pri katerih ne gre za odločanje po prostem preudarku (namesto "lahko Vlada RS s sklepom nameni sredstva...." se uporabi npr. "Vlada RS lahko po prostem preudarku nameni sredstva, če so izpolnjeni pogoji..."). V zadevi U-I-98/91 je ustavno sodišče ugotovilo, da je bila **pravica kršena** z zakonsko ureditvijo, po kateri upravnemu organu v odločbi, izdani po prostem preudarku, **ni bilo treba navajati razlogov za zavrnitev prošnje**. Vlada v sklepu o zavrnitvi sredstev ni navedla nobenega razloga za zavrnitev - še več - sklep sploh nima obrazložitve.

Razlogi neskladnosti z ustavo in zakonom

25. Načela pravne države zahtevajo, da so norme opredeljene tako, da jih je mogoče v podobnih primerih podobno izvajati; da je mogoče z razlago ugotoviti vsebino predpisa in da je na ta način ravnanje državnih organov s tem determinirano. V neskladju z Ustavo je, da zakon (ker tega vprašanja ni uredil), prepušča odločitev o tej pravici popolni vladni diskreciji. To je v neskladju z drugim odstavkom 120. člena Ustave v zvezi s četrtem odstavkom 153. člena Ustave: upravni organi opravljajo svoje delo le v okviru Ustave in zakonov, posamični akti uprave pa morajo temeljiti na zakonu ali na zakonitem

predpisu. Diskrecijsko odločanje na katerega se je oprla vlada, ne sme biti samovoljno; temeljiti mora na razumnih in stvarno utemeljenih razlogih, spoštujoč načelo enakosti vseh pred zakonom, načelo zakonitosti ter pristojnosti posameznega državnega organa.

26. V primeru šestega odstavka 4. člena zakona ZVRK se ne ve jasno, ali gre za izjemo od pravila ali za diskrecijo; iz dikcije člena izhaja, da Vlada lahko po lastni oceni odloči ali sredstva nameni ali ne, zakon pa ne določa nobenih kriterijev, da bi sploh lahko govorili o diskreciji. Določba šestega odstavka 4. člena ZVRK naj bi pooblašчала vlado za odločanje po prostem preudarku (mnenje vlade iz sporočila za javnost), kar pomeni, da bi moral biti **namen tega pooblastila praviloma izrecno določen že v zakonu ali vsaj jasno razviden oziroma ugotovljiv iz zakonskega besedila in ne morda le iz obrazložitev zakonskega predloga v zakonodajnem postopku**¹⁰.

27. Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP-UPB2) (Uradni list RS, št. 24/06). V 6. členu določa načelo zakonitosti; v drugem in tretjem odstavku istega člena, je določeno, da "v upravnih zadevah, v katerih je organ po zakonu ali po predpisu samoupravnih lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, *mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano. Namen in obseg pooblastila določa zakon* ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku. Tudi v upravnih zadevah, v katerih je organ upravičen odločati po prostem preudarku, mora postopati po tem zakonu".

28. Namen referendumске kampanje je sicer jasno izražen v tretjem odstavku 1. člena – »vplivati na odločanje volivcev pri glasovanju na referendumu«, vendar le ta ne more biti popolnoma enak namenu, ki bi vodil vlado pri diskrecijskem odločanju. Splošna prepoved financiranja kampanje s proračunskimi sredstvi, ki je določena v prvem odstavku 4. člena ZVRK ne more pokazati na namen podelitve pooblastila, pač pa na restriktivno razlago pri podelitvi in čim večji omejitvi proračunskih sredstev, ki bi bila namenjena v okviru šestega odstavka 4. člena. Namen pooblastila za odločanje po prostem preudarku ni določen in ga tudi ni mogoče ugotoviti iz zakonskega besedila z interpretacijo po pravilih pravne stroke. Če bi izhajali iz tega, da je tudi pri podelitvi sredstev proračunskim uporabnikom namen »vplivati na odločanje volivcev pri glasovanju na referendumu«, potem bi bilo diskrecijsko odločanje izničeno, ker bi tako s podelitvijo, kot zavrnitvijo sredstev, vlada vstopila v vlogo organizatorja kampanje (namen je vplivati na sprejem ali zavrnitev odločitve tudi prek ne/podelitve sredstev).

29. Z logično razlago, da je za uspeh referenduma potrebna ustrezna kampanja, v zvezi s prepovedjo namenitve siceršnjih proračunskih sredstev organa, ki so mu bila z državnim proračunom namenjena za opravljanje rednih nalog (enajsti odstavek 2. člena zakona o javnih financah¹¹ in prvi odstavek 4. člena ZVRK) lahko pridemo do ugotovitve, da so »izredna sredstva« izjema, ki omogoča proračunskemu uporabniku možnost vplivanja na volivce za odločitve na referendumu, ki jo zagovarja proračunski uporabnik.

¹⁰ Primerjaj besedilo odločbe Ustavnega sodišča U-I-69/92-30 z dne 10/12-1992.

¹¹ Neposredni uporabniki lahko prevzemajo obveznosti in izplačujejo sredstva proračuna v breme proračuna tekočega leta samo za namen ter do višine, ki sta določena s proračunom, in če so za to izpolnjeni vsi z ustavo, zakoni in drugimi predpisi določeni pogoji, če s tem zakonom ni drugače določeno.

Možnost vplivanja je neposredno povezana s samo *učinkovitostjo* zahteve za razpis referenduma, ki bi morala biti jasno izražena kot namen diskrecije¹². Vlada bi morala v vsakem posamičnem primeru ugotoviti, ali je organ kot predlagatelj dovolj ustrezno promoviral svojo zahtevo za referendum, kakšne dejanske možnosti promocije ima, od kdaj zagovarja svojo odločitev, koliko je splošno znana javnosti¹³ in kakšen pomen bi imela odločitev na referendumu za državo.

30. Določba šestega odstavka 4. člena zakona ni v skladu z drugim odstavkom 120. člena ustave, pa tudi ne z 2. členom ustave. Iz zakona namen pooblastila za odločanje (po prostem preudarku) ni nedvomno ugotovljiv; prav tako je v primeru, ko je odločitev o podelitvi sredstev zaupana vladi, ki je bila tudi predlagateljica zakona (kadar gre za referendum zaradi zakona, ki je bil predlagan s strani vlade), kršeno staro načelo Rimskega prava »*Nemi iudex in causa sua*«, tj. nihče ne more razsojati v zadevi, v katero je sam vpleten. Ravno v takih primerih bi morali biti kriteriji za odločanje vlade, toliko bolj jasno določeni. **Člen omogoča več tolmačenj (odstop od *lex certa*) in ne pove jasno ali gre za diskrecijo ali ne (člen je tako nejasen, da se ne da s stopnjo gotovosti, ugotoviti niti ali gre za diskrecijo ali ne); zaradi tega omogoča nepredvidljivo ravnanje vlade, ki predlagateljem ne omogoča ugotoviti njihovega pravnega položaja že na podlagi zakona.**

31. Iz obrazložitve predloga ZVRK in magnetogramov sej delovnega telesa in državnega zbora izhaja, da zakonodajalec ni imel v mislih diskrecije (vsaj govoril ni o njej), pač pa izjemo od splošne prepovedi in izredno pooblastilo vladi, da naj proračunskim uporabnikom nameni sredstva (če za njih zaprosijo), ker državni organi v primeru predlagateljstva ne smejo uporabljati svojih sicer s proračunom namenjenih sredstev organa. V ta prid govori tudi odsotnost dolžnosti, da bi proračunski uporabnik moral vložiti "vlogo" ali "prošnjo". V kolikor bi vseeno govorili o diskreciji, bi morale biti pooblastila za diskrecijsko odločanje opremljena z jasnejšimi kriteriji (npr.: "pri čemer je treba upoštevati ekonomske, socialne ali nacionalne interese države") in namenom (npr. »zaradi učinkovite referendumске kampanje proračunskega uporabnika«), zaradi katerega je bilo diskrecijsko pooblastilo dano. Kadar hoče zakonodajalec upravnemu organu prepustiti nekaj v odločanje po prostem preudarku (kadar je to v pravni državi dopustno), mu mora to tudi dejansko omogočiti z ustrezno formulacijo o namenu tega pooblastila, ki se ne sme sprevreči zgolj v dodaten zakonski pogoj. Ker je vplivanje na

¹² Ob tem ne gre pozabiti na odločbo Ustavnega sodišča U-I-104/01 z dne 14. 6. 2001, ki se nanaša na urejanje referenduma v Poslovniku Državnega zbora. S to Odločbo je Ustavno sodišče, v zvezi z referendumom o zapiranju prostocarinskih prodajaln, razveljavilo določbe Poslovnika Državnega zbora, ki so onemogočale oz. oteževale izvedbo naknadnega zakonodajnega referenduma v primeru, ko je bil predhodno vložen veto Državnega sveta. Ustavno sodišče je poudarilo, da je treba izhajati od tega, da je ustavna ureditev referenduma široka in neomejujoča, kar je treba upoštevati pri razlagi zakonske ureditve: "Pri interpretaciji zakonske izvedbe te ustavne pravice je treba navedeno izhodišče upoštevati, kar pomeni, da **restriktiven pristop ni sprejemljiv in je treba v dvomu interpretirati in uporabljati zakonsko ureditev in favorem pravici do referenduma**" (tč. 19).

¹³ "Prve in redke raziskave javnega mnenja, ki so jih pred referendumi opravili, so pokazale predvsem, da *ljudje ne vedo, da referendum sploh bo, še manj, o čem bo potekalo odločanje*. Ni čisto jasno, ali se zadnji teden to lahko spremeni". Peter Jančič, Referendumski privid. Sobotna priloga Dela z dne 3.11.2007

odločitev volivcev (namen referendumske kampanje) v neposredni zvezi s samo učinkovitostjo zahteve za razpis referenduma, bi moralo biti dokazovanje upravičenosti diskrecijske odločitve mnogo bolj jasno in natančno (izključitev možnosti samovolje) ter v skladu z zakonsko določenim namenom diskrecijskega odločanja.

32. Kolikor se je v določbo zakona dejansko »zapisala« diskrecija (v kolikor besedilo tako razumemo le glede na besedo "lahko"), je le ta, tako kot je zapisana (tako kot tudi sam odstavek, ne glede na to ali ga pojmujejo za diskrecijo ali ne), v nasprotju z 2. in 120. členom Ustave. Ne glede na neustavnost določbe, bi Vlada RS lahko vsaj glede na preteklo množico odločb in člankov s področja diskrecije in vezanega odločanja, ravnala bolj odgovorno in odločila skladno z rešitvami teorije in prakse. Državni svet meni, da je, glede na vse navedeno in **v odsotnosti obrazložitve sklepa**, zaradi neustavnosti šestega odstavka 4. člena ZVRK vlada ravnala neustavno in nezakonito ter v škodo državnega sveta in vseh tistih volivcev, ki niso bili dovolj seznanjeni z vsebino in razlogi referenduma o zakonu o spremembah in dopolnitvah zakona o lastninskem preoblikovanju zavarovalnic.

P r e d s e d n i k
Janez Sušnik