



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Kako zadostiti zahtevam mnenja Ustavnega sodišča o Arbitražnem sporazumu?
Janez Čebulj

Article information:

To cite this document:

Čebulj, J. (2018). Kako zadostiti zahtevam mnenja Ustavnega sodišča o Arbitražnem sporazumu?, Dignitas, št. 45/46, str. 166-181.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/45/46-13>

Created on: 07. 12. 2018

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



**NOVA
UNIVERZA**

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Razmislek o spremembi Ustave pred ratifikacijo Arbitražnega sporazuma (ali kako zadostiti zahtevam mnenja Ustavnega sodišča)

prof. dr. Janez Čebulj

1. Položaj do izdaje mnenja Ustavnega sodišča

1.1 Razmerje med Arbitražnim sporazumom in TUL

Nesporno je, da je Arbitražni sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške (EPA 607-V – v nadaljevanju: BHRAS), ki je bil vložen v postopek ratifikacije v Državni zbor dne 17. 11. 2009, mednarodni sporazum, ki ga sklepata državi in bi kot tak lahko vseboval tudi določbe o državni meji. To samo po sebi še ne bi bilo v nasprotju s Temeljno ustavno listino o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (v nadaljevanju: TUL) in z Ustavo.

Člen 4 Ustave določa, da je Slovenija ozemeljsko enotna in nedeljiva država. Sama Ustava ozemlja Republike Slovenije oziroma njenih državnih meja ne določa. Izhaja pa (kot celota) iz določb TUL, kar je razvidno iz njene preambule. Pri tem niti Ustava niti TUL ne prepovedujeta sklepanja mednarodnih pogodb, ki bi urejala vprašanja meja, vključno z njihovo določitvijo. Vprašanje, ki se ob tem zastavlja, pa je, ali za ratifikacijo sporazuma, ki vsebuje obveznost Republike Slovenije, da spoštuje odločitev o določitvi državne meje, velja 86. člen Ustave in če, kako ga je treba razlagati. BHRAS je namreč mednarodna pogodba, na podlagi katere **bo sprejeta odločitev Arbitražnega sodišča, ki bo II. razdelek TUL dopolnila s tem, da bo določila mejo na morju**. Odločitev arbitražnega sodišča torej ne bo določila poteka meje, temveč bo mejo določila, s tem pa dopolnila II. razdelek TUL. Zato v obravnavanem primeru ni mogoče slediti razlagi, po kateri se na podlagi 86. člena Ustave državne meje lahko določijo (čeprav posredno prek razsodbe Arbitražnega sodišča) z mednarodno pogodbo, ki jo Državni zbor ratificira z večino opredeljenih glasov navzočih poslancev.

Določbe 86. člena Ustave, ki določa, da Državni zbor sprejema zakone in druge odločitve ter ratificira mednarodne pogodbe z večino opredeljenih glasov navzočih poslancev, kadar ni z Ustavo ali z zakonom določena drugačna večina, glede odločanja o potrebni večini za sprejem zakona o ratifikaciji BHRAS kot samostojno podlago, neodvisno od drugih ustavnih določb, sploh ni mogoče uporabiti. V njej vsebovane besedne zveze »ni z Ustavo ali zakonom drugače določeno« ne gre razlagati zgolj gramatikalno znotraj besedila 86. člena Ustave, temveč je treba izhajati tudi iz materije, ki se z mednarodno pogodbo ureja, in iz tega, ali je ta materija morda že urejena s kakšno določbo ustavnega ranga in ali je mogoče iz njih razbrati namen ustavodajalca glede odločanja o državni meji.¹ Določitev teritorija države in razglasitev suverenosti ljudstva na njenem teritoriju je suverena pravica Republike Slovenije, oboje pa je uredila TUL. Teritorij oziroma državne meje je uredila TUL v II. razdelku glede na tedanje obstoječe stanje, pri čemer je šlo pri državni meji z Republiko Hrvaško za »zamrznitev« dotedanje administrativne meje, saj je kot državna meja z Republiko Hrvaško določena »meja med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško v okviru dosedanje SFRJ«. Zato je treba besedno zvezo, vsebovano v 86. členu Ustave, ki se glasi »kadar z Ustavo [...] ni določena drugačna večina«, razlagati v povezavi z II. in tudi IV. razdelkom TUL.

1.2 Stališče Ustavnega sodišča o meji na morju

Ob sprejemanju TUL se je ustavodajalec zavedal, da je ozemlje, ki ga določajo državne meje, eden od konstitutivnih elementov samostojne in neodvisne države. Državne meje so tiste, ki so predmet obrambe na podlagi 124. člena Ustave, in katerih obramba zagotavlja ozemeljsko enotnost in nedeljivost Slovenije (4. člen Ustave).² Zato je državne meje, ki jih je lahko določil v času sprejetja TUL, določil v II. razdelku TUL. Pri tem je z Republiko Hrvaško lahko določil samo državno mejo na kopnem, in sicer kot mejo med republikama v okviru bivše SFRJ.³ **Na morju te meje**

¹ Enako kot ni mogoče »zlorabiti« ustavnega akta za urejanje zakonske materije, tudi ni mogoče »zlorabiti« zakonskega akta za urejanje ustavne materije.

² Tudi z vidika 124. člena Ustave je nelogično, da bi bil namen ustavodajalca, da se mejna vprašanja in celo določanje meje sprejema s pravnim aktom, ki ga sprejme Državni zbor z večino opredeljenih glasov navzočih poslancev, o obrambi teh meja pa s pravnim aktom, ki ga sprejme z dvotretjinsko večino glasov navzočih poslancev. Logika je ravno obratna, če uporabimo sklepanje z manjšega na večje.

³ Zato je nekoliko nenavadna navedba Vlade v Predlogu, da BHRAS v delu, v katerem predstavlja

ni bilo mogoče določiti, ker ni obstajala in ne obstaja niti danes. Tega ni storil niti Sporazum med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško o obmejnem prometu in sodelovanju (v nadaljevanju: SOPS),⁴ zato njegovih določb in prilog niti ne bo mogoče uporabiti v postopku pred Arbitražnim sporazumom tam, kjer je na kopnem meja sporna, in ne na morju. Še vedno torej velja II. razdelek TUL in stališče, ki ga je v zvezi s tem sprejelo Ustavno sodišče v zadevi št. Rm-1/00. O razlagi II. razdelka TUL je Ustavno sodišče zapisalo (24. točka obrazložitve Rm-1/00), da je treba določbo II. razdelka TUL⁵ v delu, ki govori o meji med Slovenijo in Hrvaško, razlagati z vidika, da gre pri obeh državah za državi naslednici nekdanje SFRJ kot zvezne države, ki je razpadla in prenehala obstojati kot mednarodnopravni subjekt. Prenehanje in nastanek držav ter pravne posledice glede državnega ozemlja in državnih meja, ki temu sledijo, so vprašanja, ki so v prvi vrsti v domeni mednarodnega prava. Pravna podlaga za takšno ugotovitev je v 8. členu Ustave, ki določa, da morajo biti zakoni in drugi predpisi »v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo.« Mednarodnopravno je s trenutkom nastanka suverene in neodvisne Slovenije njena nekdanja republiška meja s Hrvaško »v okviru dosedanje SFRJ« na podlagi načela *uti possidetis* postala njena dr-

podlago za določitev meje na morju, ni v neskladju z II. razdelkom TUL in 4. členom Ustave, ker meja na morju ni bila nikoli določena. To je res, vendar ostaja dejstvo, da je določitev meje (čeprav z implementacijo zavezujoče razsodbe Arbitražnega sodišča) ustavna materija. Ker meja na morju ni bila nikoli določena, bi 3. členu Arbitražnega sporazuma lahko očitali celo nejasnost in nedolžnost (neskladje z 2. členom Ustave), saj tako za kopno kot za morje določa, da Arbitražno sodišče določi potek meje.

⁴ V točkah 21. in 22. mnenja v zadevi Rm-1/00 (na katerega se sklicuje v svojem Predlogu tudi Vlada) je Ustavno sodišče med drugim zapisalo: »Izpodbijani Sporazum nima neposrednih določb o meji, temveč našteva naselja, ki spadajo v obmejno območje na kopnem (prvi odstavek 1. člena in prilogi A in B)« in »Tudi opis obmejnega območja na morju nima določb o določitvi meje na morju. Njegova posebnost v primerjavi z obmejnimi območjem na kopnem je v tem, da v tretjem odstavku 1. člena opredeljuje kot obmejno območje na morju enotni morski prostor pod suverenostjo vsake od pogodbenic, ki leži ...« in »Pri tem je bistvena razlika med morskimi in kopno mejo med državama v tem, da morskimi območje, ki spada pod suverenost ene ali druge države, med njima ni bilo nikoli opredeljeno na način, kot je to veljalo za kopno.«

⁵ Zadeve Rm-1/00 je razvidno tudi (6. točka obrazložitve), da je zahtevi za mnenje Vlada priložila tudi zabeležko s sestanka pravnih strokovnjakov v zvezi z vprašanji, ki ovirajo nadaljnji postopek ratifikacije BHROPS, ki je bil dne 15. 7. 1998. Na sestanku sta med drugimi sodelovala tudi mednarodnopravna strokovnjaka prof. dr. Borut Bohte in doc. dr. Miha Pogačnik s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Iz njune razprave je razvidno, da sta utemeljevala obstoj kopne meje med Slovenijo in Hrvaško na podlagi TUL, ki jo bo treba v naravi ugotoviti in označiti. Pri tem sta se sklicevala na Mnenje št. 3 Arbitražne komisije za Jugoslavijo. Glede meje na morju med državama sta zagovarjala stališče, da jo bo treba določiti, ker med njima ta meja še ni bila določena.

⁶ Ustavno sodišče je v tej zadevi zelo jasno povedalo, da je Temeljna ustavna listina živo pravo in da prav II. razdelek TUL predstavlja t. i. gornjo premiso, kadar gre za vprašanja, ki se tičejo določanja meje.

žavna meja. To načelo mednarodnega prava, ki se je razvilo v času osamosvajanja nekdanjih ameriških in afriških kolonij, je splošno priznано načelo mednarodnega prava in je kot takšno zavezujoče tudi za Slovenijo. Takšno naravo mu je pripisalo Meddržavno sodišče v Haagu v zadevi med Malijem in Burkino Faso in ga potrdilo v številnih kasnejših primerih, tudi glede morskih mej. V primeru postopka razpada nekdanje SFRJ je nanj nastanek novih držav v okviru nekdanjih republiških meja oprla tudi Arbitražna komisija Konference o nekdanji Jugoslaviji v Mnenju št. 3 z dne 11. 1. 1992. V primeru razpada nekdanje SFRJ se ji je uporaba načela *uti possidetis* zdela še zlasti primerna glede na dejstvo, da sta drugi in četrti odstavek 5. člena Ustave SFRJ določala, da se obseg ozemelj in meje nekdanjih republik lahko spremenijo le z njihovim soglasjem. Bistvo načela *uti possidetis* je v njegovem osnovnem namenu, ki je v tem, da se ohrani spoštovanje obstoječih ozemeljskih meja v trenutku, ko pride do neodvisnosti. Uporaba načela *uti possidetis* ima za posledico, da nekdanje administrativne meje, v slovensko/hrvaškem primeru nekdanja republiška meja, postanejo mednarodnopravno zaščitene meje. Mednarodno pravo in z njim načelo *uti possidetis* ima na novo državo takojšen učinek, pri čemer ne učinkuje retroaktivno. Uporablja se za državo, kakršna je ob svojem nastanku. Načelo *uti possidetis* »zamrzne« ozemeljski naslov; pri tem pride do ustavitve ure, pri čemer se kazalci ne pomaknejo nazaj. Slovenija se je mednarodnopravno zavezala k spoštovanju načela *uti possidetis* v postopku njenega priznanja s strani Evropskih Skupnosti in njihovih držav članic. Načelo *uti possidetis* nima značaja kogentne (*ius cogens*) norme mednarodnega prava in prizadeti državi lahko vedno z dogovorom uredita potek državne meje med njima v skladu z mednarodnim in notranjim pravom. Če pa takšnega dogovora med njima ni, kakor je v primeru Slovenije in Hrvaške, ki še nista sklenili dogovora o državni meji, pa velja med njima načelo spoštovanja ozemeljskega *statusa quo* v času njune neodvisnosti, ki se odraža v načelu *uti possidetis*.

Takšna ustavnosodna razlaga II. razdelka TUL, ki je vsebovana v mnenju št. Rm-1/00, s strani Ustavnega sodišča do danes še ni bila spremenjena. Določba II. razdelka TUL (in s tem tudi njena ustavnopravna razlaga) je določba, ki je bila sprejeta z večino, ki se zahteva za sprejem ustavnih norm – to pomeni z dvotretjinsko večino vseh poslancev.

Za razliko od SOPS, ki po svoji pravni naravi spada med t. i. te-

ritorialne ali radicirane mednarodne pogodbe, ki niso pogodbe o meji, temveč sporazumi o sodelovanju držav na določenih, najpogostejše obmejnih območjih,⁶ je BHRAS pogodba o meji. Res je sicer, da sam BHRAS ne določa meje, vendar pa z njegovo ratifikacijo bodoča odločitev Arbitražnega sodišča dejansko že postane sestavni del notranjega ustavnopravnega reda Republike Slovenije.⁷

1.3 Primat Arbitražnega sporazuma nad ustavnimi določbami

Ustavno sodišče je že v mnenju št. Rm-1/97 v 12. točki med drugim zapisalo: »V našem ustavnopravnem redu so v hierarhiji pravnih aktov mednarodne pogodbe nad zakonskimi določbami. Po določbi 8. člena Ustave morajo biti zakoni in drugi predpisi v skladu z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Po določbi drugega odstavka 153. člena Ustave morajo biti zakoni v skladu z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral Državni zbor, podzakonski predpisi in drugi splošni akti pa tudi v skladu z drugimi ratificiranimi mednarodnimi pogodbami. Da bi dejansko zagotovil to skladnost, je ustavodajalec v drugi alineji prvega odstavka 160. člena Ustave določil pristojnost Ustavnega sodišča, da odloča o skladnosti zakonov in drugih predpisov z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami. Mednarodne pogodbe so torej v hierarhiji pravnih aktov v Sloveniji višje od zakonskih določb. Ne sprejema pa naš pravni red primata mednarodnega prava nad ustavnimi določbami.«

Prav do takšnega primata pa bo prišlo z ratifikacijo BHRAS, saj BHRAS v spornih delih prenaša v odločanje Arbitražnemu sodišču ustavno materijo (določanje državne meje) in zavezuje ustavodajalca, da bo razsodbo, ki bo to ustavno materijo urejala, implemtiliral v II. razdelek TUL.⁸ **Z odločitvijo Arbitražnega sodišča, ki**

⁶ Predmet njihovega urejanja je lahko maloobmejni promet oseb, blaga ali storitev, varstvo, urejanje in uporaba vodotokov ter morja na obmejnem območju, varstvo obmejnih območij pred onesnaženjem, različne oblike sodelovanja obmejnih organov in mednarodne služnosti. Zato je tudi nesporno, da ne posegajo v ustavno materijo, zato tudi ni nujna drugačna večina za njihovo ratifikacijo, kot jo določa 86. člen Ustave.

⁷ O razsodbi Arbitražnega sodišča se ni mogoče pogajati. Po 7. členu BHRAS razsodba pomeni dokončno rešitev spora (torej dokončno določitev meje), pogodbenici pa jo morata izvršiti v šestih mesecih po njenem sprejetju in za njeno izvršitev spremeniti notranjo zakonodajo, če je to potrebno.

⁸ Tega ni mogoče storiti drugače kot z dopolnitvijo Ustavnega zakona za izvedbo TUL (podobno kot leta 1994 za NLB in NKBM – členi 22 a do 22 h), sprejetim na podlagi IV. razdelka TUL. Tudi če odmislimo navedbe v 5. točki tega mnenja, si je ob II. razdelku TUL težko predstavljati, da bi imela Slovenija državne meje z Republiko Avstrijo, z Republiko Italijo in z Republiko Madžarsko določene z ustavnim aktom, državno mejo z Republiko Hrvaško pa z zakonskim aktom. Ni pa mogoče izhajati

bo sprejeta na podlagi točke (a) prvega odstavka 3. člena BHRAS, bo v nasprotju z Ustavo dopolnjena II. točka TUL.

Pri vprašanju dvotretjinske večine za sprejetje BHRAS torej ne gre za vprašanje ustavnosti postopka ratifikacije oziroma zgolj za postopkovno vprašanje, temveč za vsebinsko vprašanje, katerega bistvo je v tem, ali lahko mednarodna pogodba (BHRAS) vsebuje ustavno materijo in spreminja oziroma dopolnjuje (pa čeprav preko obvezne implementacije odločitve Arbitražnega sodišča) ustavnopravne norme. Dejansko (in pravno) to pomeni primat mednarodnih pogodb nad ustavnimi določbami. Tej neustavnosti bi se lahko Državni zbor izognil na dva načina. Ali tako, da bi ustrezno spremenil II. razdelek TUL, tako da bi omogočil ratifikacijo mednarodne pogodbe, katere rezultat bo brezpogojna dopolnitev materije, vsebovane v II. razdelku TUL, z drugačno večino, kot se zahteva za spreminjanje ustavnih določb, ali pa tako, da bi z isto večino ratificiral Zakon o ratifikaciji BHRAS in s tem zadostil kriteriju za odločanje o ustavni materiji.

2. Položaj po izdaji mnenja Ustavnega sodišča

2.1 Ustavno sodišče kot »posvetovalni organ«

Ustavno sodišče je v obrazložitvi mnenja št. Rm-1/09 z dne 18. 3. 2010 sprejelo tri pomembna stališča, ki v določeni meri odstopajo od dosedanje ustavnosodne presoje v tovrstnih zadevah.

Prvo stališče se nanaša na razmerje med vlagateljem zahteve za izdajo mnenja in Ustavnim sodiščem. Glede na prvi odstavek 49. člena Zakona o Ustavnem sodišču (*Uradni list RS*, št. 64/07 – v nadaljevanju: ZUstS) je treba po mojem mnenju t. i. pravovarstveno potrebo izkazati tudi v primeru, ko gre za vlagatelja zahteve za mnenje o skladnosti mednarodne pogodbe z Ustavo. Namen ustavodajalca, ki je to pristojnost Ustavnemu sodišču dal v drugem odstavku 160. člena Ustave, zagotovo ni bil ta, da »prepričani« od Ustavnega sodišča dobijo z mnenjem še dodatno potrdilo o pravilnosti svojega »prepričanja«, še posebej, če so sami predlagatelji ratifikacije mednarodne pogodbe. S tem vprašanjem se je Ustavno sodišče že srečalo.

iz razlage, da naj bi državi na podlagi razsodbe Arbitražnega sodišča sklenili in (vsaj Slovenija) ratificirali z dvotretjinsko večino mednarodno pogodbo o meji, ker takšna razlaga nasprotuje vsebini obveznosti, vsebovani v 7. členu BHRAS.

V zadevi Rm-1/00 (13. točka obrazložitve) je Ustavno sodišče zelo jasno opredelilo namen predhodne presoje mednarodne pogodbe. Njen namen je, da Republika Slovenija ne bi prevzela mednarodne pravne obveznosti, ki bi bila v nasprotju z Ustavo.⁹ Če Vlada kot celota ni dvomila v ustavno skladnost BHRAS, po moji oceni nima legitimacije za vložitev predloga za oceno ustavnosti BHRAS. K takšnemu stališču navajajo tudi pomisleki sodnic in sodnikov v ločenih mnenjih, ki so jih dali v zadevi Rm-1/00, še zlasti pa ločeno mnenje sodnika dr. Cirila Ribičiča, ki je v 2. točki svojega ločenega mnenja med drugim izrecno poudaril: »Strinjam se s 14. točko obrazložitve, ki pravi, da gre kljub drugačnemu imenu za odločitev Ustavnega sodišča, katere pravna narava je po učinkih vsebinsko enaka drugim odločbam Ustavnega sodišča. Toda takšno stališče ima za posledico, da mora imeti Ustavno sodišče kot podlago za odločanje predlog, ki zatrjuje protiustavnost mednarodne pogodbe, kot to velja pri naknadni presoji ustavnosti aktov. Po mojem prepričanju lahko predsednik republike, Vlada ali tretjina poslancev zahteva mnenje Ustavnega sodišča, ki je za Državni zbor zavezujoče, samo takrat, kadar meni, da je mednarodna pogodba, ki je v postopku ratifikacije, v neskladju z Ustavo. Upravičeni predlagatelj mora torej zatrjevati pred Ustavnim sodiščem, da je mednarodna pogodba ali njen del v neskladju z Ustavo in predložiti za to svoje stališče ustrezne argumente in ne obratno. S tega vidika je bil sporen že predlog Vlade v zadevi Rm-1/97, vendar so za takratno priznanje statusa upravičenega predlagatelja obstajali nekateri posebni razlogi, ki jih v obravnavani zadevi ne vidim (Vlada je sicer res predlagala ratifikacijo mednarodne pogodbe, vendar v nasprotnem primeru sploh ne bi mogla sprožiti predloga, da o njej zavzame mnenje Ustavno sodišče; znotraj Vlade je ena od vladnih strank zatrjevala neustavnost pogodbe, kar je pomenilo, da obstoji znotraj Vlade dvom o njeni ustavnosti itd.). Tretjina poslancev v obravnavanem primeru ne zatrjuje protiustavnosti obmejnega sporazuma. Podpisani poslanci sploh ne dvomijo v ustavnost tega sporazuma.«

S takšnim stališčem se strinjam, če gre za Vlado in če je ta istočasno predlagateljica zakona o ratifikaciji mednarodne pogodbe in vlagateljica zahteve za izdajo mnenja o ustavnosti mednarodne

⁹ Že na tem mestu posebej poudarjam namen predhodne presoje mednarodne pogodbe, kot ga je opredelilo Ustavno sodišče. Ta je, »da Republika Slovenija ne bi prevzela mednarodne obveznosti [podčrtal J. Č.], ki bi bila v nasprotju z Ustavo«.

pogodbe. Drugačen pa je po mojem mnenju položaj, ko je vlagatelj zahteve za izdajo mnenja predsednik republike ali Državni zbor.¹⁰

2.2 Sprememba stališča o določenosti meje na morju

V mnenju št. Rm-1/00, v katerem je Ustavno sodišče presojalo skladnost SOPS z Ustavo, je v 22. točki zapisalo, da »tudi opis obmejnega območja na morju nima določb o določitvi meje na morju. Njegova posebnost v primerjavi z obmejnimi območjem na kopnem je v tem, da v tretjem odstavku 1. člena opredeljuje kot obmejno območje na morju enotni morski prostor pod suverenostjo vsake od pogodbenic, ki leži severno od vzporednika 45 stopinj in 10 minut zemljepisne širine ob zahodni obali Istre, merjeno od zunanjega roba teritorialnega morja Republike Hrvaške, do točke, kjer se ta vzporednik dotika s kopnim zahodne obale Istre (Grgatov rt Funtana). Sporazum torej zajema ves morski prostor severno od opisanega vzporednika, ki leži ob zahodni obali Istre nekoliko nad Vrsarjem, kot celoto, izvzemši v tem delu morja odprto morje in teritorialno morje Republike Italije. Tako opredeljeno obmejno območje na morju med drugim zajema ves morski prostor pod slovensko suverenostjo, glede na to, da njegovo območje na drugi (severni) strani ni določeno. Četrty odstavek 1. člena obmejno območje na morju za področje obmejnega morskega ribolova (torej za gospodarsko izkoriščanje živih morskih bogastev) omejuje na teritorialno morje vsake od pogodbenic. **Pri tem je bistvena razlika med morsko in kopno mejo med državama v tem, da morsko območje, ki spada pod suverenost ene ali druge države, med njima ni bilo nikoli opredeljeno na način, kot je to veljalo za kopno.**«

Do zadnjega stavka navedena točka obrazložitve govori o 1. členu SOPS, zadnji stavek pa se ne nanaša na SOPS, ampak na določenost meje med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško nasploh, torej na njeno določenost (oziroma nedoločenost) z II. razdelkom TUL. In iz tega zadnjega stavka izhaja, da morska meja nikoli ni bila opredeljena na način, kot to velja za kopensko. Iz tega dejstva je izhajala tudi Vlada, ko je zahtevala mnenje o ustavnosti BHROPS, saj je v predlogu Ustavnemu sodišču za izrek mnenja o njegovi skladnosti z Ustavo sama zapisala, da »**Arbitražni spo-**

¹⁰ Vprašanje bi seveda zahtevalo širšo obravnavo, vendar bi to preseglo namen tega prispevka.

razum v delu, v katerem predstavlja podlago za določitev meje na morju, ni v neskladju z II. razdelkom TUL in 4. členom Ustave, ker meja na morju ni bila nikoli določena.¹¹

Z mnenjem št. Rm-1/09 je Ustavno sodišče nadgradilo dosedanje stališče o nedoločenosti meje na morju in s tem seveda tudi stališče o vsebini II. razdelka TUL. Po takšnem, dopolnjenem stališču je glede na načelo *uti possidetis* »zamrznjeno stanje« meja na morju na črti, do katere je Slovenija pred osamosvojitvijo izvrševala dejansko oblast.

Vendar, če Ustavno sodišče tega ne bi storilo, bi se zastavilo vprašanje skladnosti BHRAS z načelom jasnosti in določnosti kot enim od načel pravne države iz 2. člena Ustave.¹² Točka (a) prvega odstavka 3. člena BHRAS določa, da Arbitražno sodišče **določi potek meje** med Republiko Hrvaško in Republiko Slovenijo na kopnem in morju. Če Ustavno sodišče ne bi določilo meje na morju, bi se zastavilo vprašanje, kako naj Arbitražno sodišče določi potek meje med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško na morju, če niti ni nesporen njen obstoj niti ni bila nikoli določena. Določitev poteka meje je namreč mogoča samo v primeru, ko meja že obstaja, ne ve pa se natančno (oziroma je sporno), kje poteka v naravi. Takšna nejasnost bi bila zato v neskladju z 2. členom Ustave oziroma s tistim od načel pravne države, ki zahteva jasnost in določnost pravnih norm. Norma, ki glede na obstoječi ustavnopravni red Republike Slovenije (zlasti glede na II. razdelek TUL in v njem vsebovano načelo *uti possidetis*), ne bi omogočala enoznačne razlage, ali predstavlja podlago za določitev poteka meje na morju ali podlago za določitev (ugotovitev obstoja) meje, namreč ni jasna in določna, ker se ne ve, kakšne so pristojnosti, ki jih bo imelo na podlagi točke (a) prvega odstavka 3. člena BHRAS Arbitražno sodišče, posledično pa tudi ni jasno, ali so te pristojnosti v skladu z II. razdelkom TUL. Zato je bilo treba v mnenje nujno vključiti interpretacijo Ustavnega sodišča, ki se glasi:

»Razdelek II Temeljne ustavne listine je treba razumeti v smislu

¹¹ Opozoril sem že na stališče strokovnjakov mednarodnega prava, na katere se je Vlada sklicevala v zadevi št. Rm-1/00. V tej zadevi je Vlada zahtevala za mnenje priložila tudi zabeležko s sestanka pravnih strokovnjakov v zvezi z vprašanji, ki ovirajo nadaljnji postopek ratifikacije BHROPS, ki je bil dne 15. 7. 1998. Na sestanku sta med drugimi sodelovala tudi mednarodnopravna strokovnjaka prof. dr. Borut Bohte in doc. dr. Miha Pogačnik s Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Iz njune razprave je razvidno, da sta utemeljevala obstoj kopne meje med Slovenijo in Hrvaško na podlagi TUL, ki jo bo treba v naravi ugotoviti in označiti. Pri tem sta se sklicevala na Mnenje št. 3 Arbitražne komisije za Jugoslavijo. Glede meje na morju med državama sta zagovarjala stališče, da jo bo treba določiti, ker med njima ta meja še ni bila določena.

¹² To vprašanje se je zastavilo že v zadevi št. Rm-1/00, torej pri presoji ustavnosti SOPS.

mednarodnopravnega načela *uti possidetis*. Zato je meja na kopnem ustavnopravno varovana tam, kjer je potekala meja med republikama v okviru nekdanje Socialistične federativne republike Jugoslavije, meja na morju pa po črti, do katere je Slovenija pred osamosvojitvijo izvrševala dejansko oblast do odprtega morja. Glede morske meje je namreč treba upoštevati, da je Republika Slovenija obalna država in da je bila že v okviru nekdanje Jugoslavije obalna republika, ki je na določenem delu Jadranskega morja izvajala dejansko oblast in je imela tudi teritorialni dostop do odprtega morja. Ustavnopravno varstvo državne meje med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško pa ne pomeni, da je na ustavni ravni določen tudi njen potek v naravi. Tako na kopnem kot na morju je treba ustavnopravno varovano mejo konkretizirati na ravni mednarodnega prava. Prav temu je namenjen Arbitražni sporazum, ki nalogo konkretizacije meje podeljuje arbitražnemu sodišču. Iz presojanih določb jasno izhaja, da Arbitražni sporazum ne določa poteka državnih mej med državama pogodbenicama, temveč gre za akt, katerega namen je vzpostaviti mehanizem za mirno rešitev mejnega spora. Pravila, ki določajo organizacijo, pristojnosti in delovanje arbitražnega sodišča, pa niso protiustavna.«

Navedeno pomeni, sicer nekoliko poenostavljeno, da je meja na kopnem in na morju med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško določena in ustavnopravno varovana. Ustavnopravna varovanost sicer že določene meje pa ne pomeni, da je ta tudi (tako na kopnem kot tudi na morju) določena v naravi. Arbitražno sodišče bo torej določilo potek sicer že določene meje v naravi.

Z navedenim stališčem je torej Ustavno sodišče postavilo »na glavo« tudi stališče Vlade, po katerem: »Arbitražni sporazum v delu, v katerem predstavlja podlago za določitev meje na morju, ni v neskladju z II. razdelkom TUL in 4. členom Ustave, ker meja na morju ni bila nikoli določena.«

2.3 In če bo meja v naravi določena drugače od ustavnopravno varovane črte?

Po mnenju Ustavnega sodišča je treba »tako na kopnem kot na morju ustavnopravno varovano mejo konkretizirati na ravni mednarodnega prava«. In kot je zapisalo: »Prav temu je namenjen Arbitražni sporazum, ki nalogo konkretizacije meje podeljuje arbitražnemu sodišču. Iz presojanih določb jasno izhaja, da Arbitražni

sporazum ne določa poteka državnih mej med državama pogodbenicama, temveč gre za akt, katerega namen je vzpostaviti mehanizem za mirno rešitev mejnega spora».

Ni sicer povsem jasno, kaj pomeni stavek, da je treba tako na kopnem kot na morju ustavnopravno varovano mejo konkretizirati na ravni mednarodnega prava. Res je, da meja ni ugotovljena in označena z mednarodno pogodbo, in jo zato državi lahko kadarkoli z mednarodno pogodbo uredita. Vendar pa je zaradi načela *uti possidetis* meja, določena v II. razdelku TUL, mednarodnopravno varovana. V 24. točki mnenja št. Rm-1/00 je namreč Ustavno sodišče jasno zapisalo, da je »bistvo načela *uti possidetis* v njegovem osnovnem namenu, ki je v tem, da se ohrani spoštovanje obstoječih ozemeljskih meja v trenutku, ko pride do neodvisnosti. Uporaba načela *uti possidetis* ima za posledico, da nekdanje administrativne meje, v slovensko-hrvaškem primeru nekdanja republiška meja, postanejo mednarodnopravno zaščitene meje. Mednarodno pravo in z njim načelo *uti possidetis* ima na novo državo takojšen učinek, pri čemer ne učinkuje retroaktivno. Uporablja se za državo, kakršna je ob svojem nastanku. ... Slovenija se je mednarodnopravno zavezala k spoštovanju načela *uti possidetis* v postopku njenega priznanja s strani Evropskih Skupnosti in njihovih držav članic. Načelo *uti possidetis* nima značaja kogentne (*ius cogens*) norme mednarodnega prava in prizadeti državi lahko vedno z dogovorom uredita potek državne meja med njima v skladu z mednarodnim in notranjim pravom. Če pa takšnega dogovora med njima ni, kakor v primeru Slovenije in Hrvaške, ki še nista sklenili dogovora o državni meji, pa velja med njima načelo spoštovanja ozemeljskega *statusa quo* v času njune neodvisnosti, ki se odraža v načelu *uti possidetis*«.

In, če se vrnem k stališču Ustavnega sodišča iz mnenja Rm-1/09, po katerem Arbitražni sporazum ne določa poteka državnih mej med državama pogodbenicama, temveč gre za akt, katerega namen je vzpostaviti mehanizem za mirno rešitev mejnega spora, to pomeni, da bo razsodba Arbitražnega sodišča lahko odstopila od mejne črte med Republiko Slovenijo in Republiko Hrvaško, kakor je določena v II. Razdelku TUL in z njim ustavnopravno, zaradi načela *uti possidetis* pa tudi mednarodnopravno varovana.

In ravno (precej verjetni) odstop od ustavnopravno varovane mejne črte na morju zaradi obvezne implementacije sodbe Arbitražnega sodišča predstavlja »prevzem mednarodne pravne obve-

znosti, ki bi bila v nasprotju z Ustavo«. Obveznost, sprejeta z mednarodno pogodbo, namreč državo zavezuje, da to obveznost tudi izpolni. Po določbi 26. člena Dunajske konvencije o pogodbenem pravu (*Uradni list SFRJ*, št. 30/72 – v nadaljevanju: MDKPP) vsaka veljavna pogodba veže članice in izpolnjevati jo morajo v dobri veri (*bona fide*). Načelo *pacta sunt servanda* je eno od temeljnih načel mednarodnega pogodbenega prava. Po določbi 27. člena te konvencije se posamezna članica ne more sklicevati na svoje notranje pravo, da bi opravičila neizpolnjevanje pogodbe, razen kadar je to dopustno po členu 46 te konvencije.

Tega se je Ustavno sodišče ob pisanju mnenja o ustavnosti Arbitražnega sporazuma zavedalo. Zato je v obrazložitev mnenja vključilo 62. in 63. točko. Ustavno sodišče je v 62. in 63. točki obrazložitve mnenja ugotovilo, da se lahko država po ratifikaciji Arbitražnega sporazuma s sodbo Arbitražnega sodišča znajde v položaju, ko bo morala ali kršiti zavezo iz Arbitražnega sporazuma o brezpogojni implementaciji sodbe Arbitražnega sodišča (s tem pa bo kršila mednarodno pravo) ali pa bo morala sprejeti zakonodajo, ki bo v neskladju z II. razdelkom TUL v zvezi s 4. členom Ustave. Torej – z ratifikacijo arbitražnega sporazuma bo država postavljena v položaj, ko bo morala kršiti ali mednarodno pravo ali pa Ustavo (še posebej, če imamo pred očmi, da je verjetnost, da bo sodba Arbitražnega sodišča določila mejno črto na morju tako, kot jo je opredelilo v tem mnenju Ustavno sodišče, zelo majhna).

S tega vidika torej ratifikacija Arbitražnega sporazuma pomeni prevzem mednarodne pravne obveznosti, ki bi lahko bila v nasprotju z Ustavo.

Zato bi moral Državni zbor v postopku ratifikacije dosledno spoštovati 63. točko obrazložitve mnenja Ustavnega sodišča in v njej vsebovano zahtevo, ki se glasi: »Ustavno sodišče opozarja Državni zbor, **naj pretehta**, ali ne bi bilo smiselno spremeniti Ustave tako, da sploh ne bi moglo priti do protiustavnosti notranje zakonodaje (zakonov, ki urejajo območja občin, sodišč, upravnih enot, volilnih okrajev ipd.), s katero bi se na podlagi Sporazuma izvrševala razsodba arbitražnega sodišča.« In nobenega dvoma ni, da ima tudi mnenje Ustavnega sodišča enake pravne učinke, kot jih imajo vse druge njegove odločbe. To pomeni, da enako vežejo izrek in razlogi zanj, oziroma z drugimi besedami – enako kot izrek veže tudi ustavnosodna razlaga. V 14. točki obrazložitve mnenja št. Rm-1/00 je namreč Ustavno sodišče zapisalo, da mne-

nje Ustavnega sodišča, izdano po določbi drugega odstavka 160. člena Ustave, ni posvetovalno mnenje. Kljub drugačnemu imenu gre za odločitev Ustavnega sodišča, katere pravna narava je po učinkih vsebinsko enaka drugim odločbam Ustavnega sodišča.¹³

Iz navedenega sledi, da kljub temu, da je Ustavno sodišče v izreku mnenja ugotovilo, da Arbitražni sporazum ni v neskladju z Ustavo, odločitev o sprejemu zakona o ratifikaciji ni le stvar politične presoje Državnega zbora. **Pri tej presoji je vezano tudi na ustavnopravne razloge, še posebej na 63. točko obrazložitve mnenja. Samo s takšno razlago je namreč lahko dosežen namen ustavodajalca glede predhodne presoje ustavnosti mednarodne pogodbe – to je preprečiti, da država sprejme mednarodne obveznosti, nasprotne Ustavi.** Odločitev Ustavnega sodišča ima namreč v vsakem primeru le notranjopravni učinek – mnenje (izrek in razlogi) je za Državni zbor obvezno, na mednarodnopravnem področju pa nima nobenih učinkov. Zato nobena kasnejša zakonodaja ne bo mogla »poseči« v potek meje, kot jo bo s svojo razsodbo določilo Arbitražno sodišče na podlagi Arbitražnega sporazuma. Slovenija bo moralo sodbo izvršiti in jo implementirati v notranjo zakonodajo, pri čemer se ne bo mogla sklicevati na to, da to ni mogoče, ker bi bilo to v neskladju z Ustavo. Pri tem tudi morebitna razveljavitev te zakonodaje zaradi neskladja z Ustavo s strani Ustavnega sodišča navzven (torej na s sodbo Arbitražnega sodišča določeno mejo) ne bo imela nobenih pravnih učinkov. Ravno obratno – implementacija sodbe Arbitražnega sporazuma bo terjala spremembo Ustave, če bo Slovenija hotela imeti notranje skladen ustavnopravni red.

2.4 Odstop od stališča v zadevi »Španski kompromis«

S položajem, ko bi zaradi ratifikacije mednarodne pogodbe Slovenija lahko prišla v položaj, da bi morala kršiti ali mednarodno pravo ali pa svojo lastno Ustavo, sta se Državni zbor in Ustavno sodišče že srečala, in sicer v zadevi, kjer je slednje izreklo mnenje o skladnosti Evropskega sporazuma o pridružitvi med Republiko Slovenijo na eni strani in Evropskimi skupnostmi in njihovimi državami članicami, ki delujejo v okviru Evropske Unije, na drugi

¹³ V 9. točki obrazložitve odločbe št. U-I-163/99 z dne 23. 9. 1999 (Ur. l. RS, št. 80/99) je Ustavno sodišče poudarilo, da zakonodajalca ustavnosodna razlaga Ustavnega sodišča obvezuje, kar izhaja že iz temeljev načela delitve oblasti. Zato je zakonodajalec dolžan izvršiti odločbo Ustavnega sodišča, sicer krši določbo 2. člena (načela pravne države) in tretjega odstavka 3. člena Ustave (načelo delitve oblasti).

strani – ESP (t. i. Španski kompromis).¹⁴ Gre za mnenje št. Rm-1/97 z dne 5. 6. 1997 (*Uradni list RS*, 40/97). V III. točki tega mnenja oziroma v njegovi obrazložitvi, je bilo Ustavno sodišče zelo jasno: »Določba I. točke priloge XIII k ESP, po kateri **bo Slovenija sprejela potrebne ukrepe**, s katerimi bo zagotovila ob pogoju vzajemnosti in na nediskriminatorni podlagi pravico do nakupa nepremičnin državljanom držav članic Evropske unije, je, kolikor se pravica do nakupa nepremičnin nanaša na nakup zemljišč, v neskladju z določbo Ustave, po kateri na zemljiščih tujci ne morejo pridobivati lastninske pravice, razen z dedovanjem ob pogoju vzajemnosti (drugi odstavek 68. člena Ustave).«

Tudi pri »Španskem kompromisu« je šlo torej za abstrakten, možen položaj, to je položaj, do katerega bi lahko prišlo, če bi morala po ratifikaciji ESP Slovenija spremeniti svojo zakonodajo (kar je tudi vključeno v pojem »sprejetje potrebnih ukrepov«), tako da bi jo prilagodila »Španskemu kompromisu«, kar pa bi bilo v neskladju z 68. členom Ustave. Šlo je torej za enak položaj, kot gre pri Arbitražnem sporazumu: z ratifikacijo ESP bi Državni zbor spravil državo v položaj, ko bi ob implementaciji »Španskega kompromisa« kršila Ustavo, če ga ne bi implementirala (češ takšna zakonodaja ne bi bila v skladu z Ustavo), pa bi kršila mednarodno pravo (Dunajsko konvencijo o pravu mednarodnih pogodb in ESP).

Če imamo pred očmi samo izrek mnenja o Arbitražnem sporazumu, bi lahko sklepali, da gre za odstop od stališč, ki jih je Ustavno sodišče sprejelo v mnenju o »Španskem kompromisu«. Gre za položaj, ko bi moralo Ustavno sodišče izreči negativno mnenje. Vendar tega ni storilo, je pa v 63. točki naložilo Državnemu zboru, naj pretehta, ali ne bi bilo treba, da država ne bo prišla v navedeni položaj, spremeniti II. razdelek TUL. Ob upoštevanju, da razlogi vežejo enako kot izrek mnenja, še lahko rečemo, da ne gre za odstop.

Gre pa za odstop od stališča, ki je vsebovano v mnenju RM-1/97, o tem, kdaj naj bi se Ustava spremenila. V 63. točki mnenja o Arbitražnem sporazumu je Ustavno sodišče med drugim zapisalo: »Da bi se država izognila taki izjemni pravni situaciji, ki je v tem

¹⁴ Šlo je za mnenje o določbi točke 7c 45. člena ESP, po kateri Slovenija državljanom držav članic Skupnosti in podružnicam družb Skupnosti podeli pravico, da pridobivajo in prodajajo nepremičnine in da imajo glede naravnih virov, kmetijskih zemljišč in gozdov enake pravice, kot jih uživajo slovenski državljani in družbe, če so te pravice potrebne za opravljanje gospodarskih dejavnosti.

trenutku sicer ni mogoče napovedati, Ustavno sodišče opozarja Državni zbor, naj pretehta, ali ne bi bilo smiselno spremeniti Ustave tako, da sploh ne bi moglo priti do protiustavnosti notranje zakonodaje (zakonov, ki urejajo območja občin, sodišč, upravnih enot, volilnih okrajev ipd.), s katero bi se na podlagi Sporazuma izvrševala razsodba arbitražnega sodišča.« Če beremo stavek kot celoto pomeni »izjemna pravna situacija« (možen) nastanek »protiustavnosti notranje zakonodaje«, z drugimi besedami – nastanek neustavnega položaja. Ta neustavni položaj pa se lahko, kot sem že navedel, odpravi samo s (sicer kasnejšo) spremembo Ustave. In tu gre za odstop od stališča, vsebovanega v mnenju št. Rm-1/97. V 36. točki obrazložitve tega mnenja je Ustavno sodišče zapisalo: »Z ratifikacijo mednarodne pogodbe, ki bi zahtevala za njeno izpolnitev [kasnejšo – op. J. Č.] spremembo Ustave, bi se odgovornost za morebitno kršitev sprejete mednarodne obveznosti prenesla na ustavodajalca, kar ni dopustno. Po določbi 86. člena Ustave Državni zbor sprejema zakone in druge odločitve ter ratificira mednarodne pogodbe z večino opredeljenih glasov navzočih poslancev, kadar ni z Ustavo ali z zakonom določena drugačna večina. V postopku za spremembo Ustave po določbi drugega odstavka 168. člena Ustave odloči Državni zbor najprej o predlogu za začetek postopka za spremembo Ustave z dvotretjinsko večino glasov navzočih poslancev. Akt o spremembi Ustave sprejme po določbi 169. člena Ustave z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev. Že dejstvo, da bi Državni zbor (po določbi 86. člena Ustave veljavno odloča, če je na seji navzoča večina poslancev – torej 46 poslancev – kar pomeni, da je odločitev lahko sprejeta s 24 glasovi ali v primeru vzdržanih glasov celo manj) z manj kot tretjino glasov vseh poslancev lahko posredno zavezal ustavodajalca, ki odloča z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev, govori proti temu, da bi bila takšna zaveza ustavno dopustna.«

Iz navedenega stališča bi lahko sklenili, da bi bila »možnost nastanka neustavnega položaja« po ratifikaciji Arbitražnega sporazuma z navadno večino in brez predhodne spremembe Ustave oziroma II. razdelka TUL lahko z ustavnopravnega vidika sanirana z naknadnim (potrditvenim) referendumom. **Vendar menim, da z referendumom ni mogoče potrditi nečesa, kar je neustavno ali bi lahko povzročilo neustavne posledice. Če že, potem bi to lahko storili samo na referendumu, ki je potreben za potrditev spremembe Ustave. Po drugem odstavku**

170. člena Ustave pa to pomeni, da bi za potrditev Arbitražnega sporazuma glasovala večina volivcev, ki so glasovali, pod pogojem, da se glasovanja udeleži večina vseh volivcev.