

**IZBOR ODLUKA
USTAVNOG SUDA
SAVEZNE REPUBLIKE
NJEMAČKE**

Zaklada Konrad Adenauer
program Pravna država u Jugoistočnoj Europi

IZBOR ODLUKA USTAVNOG SUDA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE

Odabir odluka:

prof. dr. Jürgen Schwabe
Thorsten Geissler

Predgovor:

Thorsten Geissler,
voditelj programa Pravna država u Jugoistočnoj Europi
Zaklade Konrad Adenauer

prof. dr. Andreas Voßkuhle,
predsjednik Saveznog ustavnog suda Njemačke

prof. dr. Jasna Omejec,
predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske

Prijevod:

Ines Meštrović

Urednici:

Tobias Zern
Martin Bauch



Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

Klingelhöferstr. 23

10785 Berlin

Njemačka

tel. (+49) (0)30 269 96 453

faks: (+49) (0)30 269 96 555

webstrana: www.kas.de

**Zaklada Konrad Adenauer
program Pravna država u Jugoistočnoj Europi**

Ulica Franzelarilor br. 5

020785 Bukurešt

Rumunjska

tel. (+40) (0) 21 302 02 63

faks: (+40) (0) 21 323 31 27

e-mail: office.rspsoe@kas.de

webstrana: www.kas.de/rspsoe

Prijevod: Ines Meštrović

Urednici: Tobias Zern
Martin Bauch

Autorska prava: Vlasnik autorskih prava za fotografije na naslovnici je Savezni ustavni sud Njemačke.

Nakladnik: **Zaklada Konrad Adenauer**

Za nakladnika: Thorsten Geissler

Priprema i grafički dizajn: Seniko studio, Zagreb

Tisak: Tiskara Zelina, Zelina

Tiskano u 450 primjeraka

Zagreb, 2015.

CIP zapis dostupan u računalnome katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem [897492](#).

ISBN: 978-953-95030-7-7

Ova je publikacija besplatna. Nastala je na inicijativu Zaklade Konrad Adenauer u okviru programa Pravna država u Jugoistočnoj Europi.

© 2015. Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

Sadržaj

Predgovor - Thorsten Geissler, voditelj programa Pravna država u Jugoistočnoj Europi Zaklade Konrad Adenauer	11
Predgovor - prof. dr. Andreas Voßkuhle, predsjednik Saveznog ustavnog suda Njemačke	13
Predgovor - prof. dr. Jasna Omejec, predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske	15
Popis korištenih kratica	27

Prvi dio: Načela

§ 1. Pravo i obveza poštivanja temeljnih prava	33
1) BVerfGE 128, 226 (Frankfurter Flughafen / Zračna luka Frankfurt)*	34
2) BVerfGE 129, 78 (Anwendungserweiterung / Proširenje primjene)*	40

Drugi dio: Temeljna prava (čl. 1-19. Temeljnog zakona)

§ 2. Opće pravo osobnosti (čl. 2. I. u vezi sa čl. 1. I. GG)	45
3) BVerfGE 128, 1 (Gentechnikgesetz / Zakon o genetskoj tehnologiji)*	46
§ 3. Pravo na pravično suđenje (čl. 2. I. u vezi sa čl. 20. III. GG)	51
4) 2 BvR 2048/13 (Verständigung im Strafverfahren / Sporazum u kaznenom postupku)*	52
§ 4. Pravo na život i tjelesni integritet (čl. 2. II. 1. GG)	55
5) BVerfGE 46, 160 (Schleyer / predmet Schleyer)	56
§ 5. Osobna sloboda (čl. 2. II. 2. GG)	59
6) BVerfGE 128, 326 (EGMR - Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung / O naknadnom izricanju mjere „sigurnosnog zatvora“)*	60

§ 6. Opće načelo jednakosti (čl. 3. I. GG)	67
7) BVerfGE 55, 72 (Präklusion I / Prekluzija I)	68
8) BVerfGE 124, 199 (Hinterbliebenenrente für eingetragene Lebenspartner / Pravo na obiteljsku mirovinu kod registriranog životnog partnerstva osoba istog spola)*	74
9) BVerfGE 126, 400 (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften / Porezna diskriminacija registriranih životnih partnerstava osoba istog spola)*	76
10) BVerfGE 133, 59 (Sukzessive Adoption durch eingetragene Lebenspartner / Postupno posvojenje djece u registriranom životnom partnerstvu)*	79
11) 1 BvR 990/13 u. a. (Platzvergabe im NSU-Verfahren / Dodjela mjesta u sudnici tijekom postupka protiv Nationalsocijalističkog podzemlja)*	83
12) BVerfGE 133, 377 (Steuersplitting für eingetragene Lebenspartner / Splitting poreza kod registriranog životnog partnerstva osoba istog spola)*	86
 § 7. Sloboda vjere, savjesti, vjerskih i svjetonazorskih uvjerenja (čl. 4. GG)	93
13) BVerfGE 102, 370 (Zeugen Jehovas / Jehovini svjedoci)	94
14) 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 (Pauschales Kopftuchverbot / Paušalna zabrana nošenja marama)*	98
 § 8. Sloboda mišljenja, tiska, medija i informiranja (čl. 5. I. GG)	107
15) BVerfGE 20, 162 (Spiegel / Politički tjednik)	108
16) BVerfGE 90, 27 (Parabolantenne / Parabolična antena)	113
17) BVerfGE 117, 244 (Cicero / Predmet „Cicero“)*	120
18) BVerfGE 124, 300 (Rudolf Heß-Gedenkfeier / Komemoracija za Rudolfa Hessa)*	122
19) 1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11 (ZDF-Staatsvertrag / Državni ugovor o ZDF-u)*	125
20) 1 BvR 1036/14 (Kollektivbeleidigung / Kolektivna uvreda)*	131
 § 9. Sloboda umjetnosti i znanosti (čl. 5. III. GG)	133
21) BVerfGE 67, 213 (Anachronistischer Zug / Anakronistička povorka)	134

§ 10. Zaštita braka i obitelji (čl. 6. GG)	143
22) BVerfGE 108, 82 (Schutz des biologischen Vaters / Zaštita biološkog oca)	144
23) BVerfGE 121, 69 (Elterliche Erziehungs- und Umgangspflicht / Dužnosti roditelja vezane uz odgoj i održavanje kontakata s djetetom)*	148
24) 1 BvR 1178/14 (Sorgerechtsentziehung bei Kindeswohlgefährdung / Oduzimanje prava na roditeljsku skrb)*	151
§ 11. Sloboda okupljanja (čl. 8. I. GG)	155
25) 1 BvR 2135/09 (Versammlungsrechtliche Auflagen / Obaveze iz propisa o javnim okupljanjima)*	156
§ 12. Sloboda udruživanja (čl. 9. GG)	159
26) 1 BvR 3017/11 (Rauchverbot bei öffentlichen Veranstaltungen / Zabrana pušenja na javnim skupovima)	160
§ 13. Tajnost pisma i pošte (čl. 10. GG)	163
27) BVerfGE 125, 260 (Vorratsdatenspeicherung / Preventivno pohranjivanje podataka)*	164
§ 14. Sloboda kretanja (čl. 11. GG)	177
28) BVerfGE 2, 266 (Notaufnahme / Hitan prihvrat izbjeglica)	178
29) BVerfGE 110, 177 (Spätaussiedler / Sloboda kretanja za tzv. kasne useljenike)*	179
§ 15. Sloboda izbora zanimanja (čl. 12. GG)	183
30) BVerfGE 121, 317 (Rauchverbot in Gaststätten I / Zabrana pušenja u ugostiteljskim objektima I)*	184
31) 1 BvR 1746/10 (Rauchverbot in Gaststätten II / Zabrana pušenja u ugostiteljskim objektima II)	189
§ 16. Jamstvo vlasništva, izvlaštenje, odšteta (čl. 14. GG)	191
32) 1 BvR 3139/08 i 1 BvR 3386/08 (Garzweiler II / Rudnik Garzweiler II)*	192

§ 17. Učinkovita pravna zaštita i jamstvo pravne zaštite (čl. 19. IV. GG)	199
33) 2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10 (Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Richtervorbehalt / Zabrana korištenja dokaza kod povrede obveze ishođenja sudskog naloga)*	200

Treći dio: Načela državnog ustroja i privilegija stranaka

§ 18. Načelo socijalne države (čl. 20. I. GG)	205
34) BVerfGE 125, 175 (Hartz IV / Zakon Hartz IV)*	206

§ 19. Načelo pravne države (čl. 20. II. 2. u vezi sa čl. 20. III. GG)	215
------------------------------------------------------------------------------------	-----

35) BVerfGE 129, 300 (Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG / Izborni prag od 5% u Zakonu o izborima za Europski parlament)	216
36) BVerfGE 131, 316 (Landeslisten / Liste u saveznim zemljama)*	221
37) 2 BvE 2/13 u.a. (Drei-Prozent-Sperrklausel EuWG / Izborni prag od 3% u Zakonu o izborima za Europski parlament)	225

§ 20. Privilegija stranaka (čl. 21. GG)	231
------------------------------------------------------	-----

38) 2 BvE 11/12 (Negative Feststellung der Verfassungswidrigkeit / Negativna ocjena neustavnosti)*	232
39) 2 BvE 4/13 (Äußerungsbefugnis des Bundespräsidenten / Ovlasti saveznog predsjednika za izražavanje mišljenja)*	234

Četvrti dio: Otvorena državnost i međunarodna suradnja

§ 21. Prenošenje suverenih prava, EU, NATO, međunarodni ugovori (čl. 23, čl. 24, čl. 25. i čl. 59. II. GG)	239
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

40) BVerfGE 6, 309 (Reichskonkordat / Ugovor između Svete Stolice i Njemačkog Reicha)	240
41) BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung / Uredba o uređenju tržišta banana)*	241

42) BVerfGE 118, 244 (Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr / Misija njemačke vojske u Afganistanu)*	245
43) BVerfGE 123, 267 (Lissabon / Lisabonski ugovor)*	247
44) BVerfGE 126, 286 (Ultra-vires-Kontrolle Mangold / Kontrola prekoračenja ovlasti u predmetu Mangold)*	255
45) BVerfGE 129, 124 (Mechanismus zur Stabilisierung des europäischen Finanzmarktes [EFS] / Mehanizam za europsku financijsku stabilnost)*	259
46) BVerfGE 132, 195 (Europäischer Stabilitätsmechanismus / Europski stabilizacijski mehanizam)*	262
47) 2 BvR 1390/12 u. a. (Ultra vires-Kontrolle OMT / Kontrola prekoračanja ovlasti kod odluke o izravnim monetarnim transakcijama)*	269
§ 22. Jednakost državljana – Javne službe (čl. 33. II. GG)	275
48) 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 (Altershöchstgrenzen im öffentlichen Dienst / Najviša dobna granica za zapošljavanje u javnim službama)*	276
Peti dio: Pravosuđe i temeljna prava (čl. 100. ff. GG)	
§ 23. Pravo na pristup sudu (čl. 103. I. GG)	283
49) BVerfGE 133, 168 (Absprachen im Strafprozess / Sporazumi u kaznenom postupku)*	284
§ 24. Ne bis in idem (čl. 103. III. GG)	289
50) BVerfGE 95, 96 (Mauerschützen / Strijelci na Zidu)	290
§ 25. Pravna jamstva kod lišavanja slobode (čl. 104. GG)	299
51) BVerfGK 15, 474 (Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen / Načelo žurnosti postupka u kaznenim predmetima povezanim s lišavanjem slobode)*	300
Kazalo pojmova	302

* Priopćenja za tisak Saveznog ustavnog suda (1999–2015)

Predgovor

Proteklih godina program Pravna država u Jugoistočnoj Europi Zaklade Konrad Adenauer objavio je zbirke odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda na nekoliko jezika te regije, a prvo izdanje na hrvatskom jeziku objavljeno je 2009. godine. Otada je Savezni ustavni sud donio brojne odluke koje su imale odjeka i izvan Njemačke. Stoga nam se samo po sebi činilo razumljivim da sada objavimo dodatni svezak koji će omogućiti proučavanje aktualne sudske prakse Saveznog ustavnog suda. Osim toga, u ovu smo zbirku uvrstili i nekoliko starijih odluka Saveznog ustavnog suda koje su zbog razvoja proteklih godina ponovo postale aktualne.

Dijalog o praksi i jurisdikciji ustavnih sudova proteklih se godina još više intenzivirao. Prije svega, ustavni sudovi u Europi intenzivno razmjenjuju informacije, a uspostavljanjem i radom Konferencije europskih ustavnih sudova, čije su članice kako njemački Savezni ustavni sud tako i Ustavni sud Republike Hrvatske, za tu je razmjenu stvoren i institucionalni okvir.

Sudska praksa ustavnih sudova je, doduše, povezana s tradicijom i posebnostima nacionalnih država, a svaki ustavni sud ima svoju metodologiju kod tumačenja ustava vlastite zemlje. Stoga se podrazumijeva samo po sebi da ustavni sudovi drugih zemalja ne mogu preuzeti sudsku praksu njemačkog Saveznog ustavnog suda, no to i nije namjera ove publikacije. Štoviše, ona bi čitateljima s hrvatskog govornog područja trebala omogućiti bolje razumijevanje idejnog slijeda i rješenja do kojih je došao Savezni ustavni sud, koji se uistinu može osvrnuti na dugu tradiciju, te dati određene poticaje.

Zadaća je ustavnih sudova da bdiju nad ustavnošću postupanja države, odnosno radnji koje ona poduzima. Stoga je zaštita temeljnih prava građana i građanki od posebno velikog značaja. Zato smo kod izbora odluka težište svjesno stavili na one koje se tiču temeljnih prava, tim više što hrvatski Ustav i njemački Temeljni zakon po tom pitanju imaju brojne podudarnosti.

Ustavni sud Republike Hrvatske, kao i drugi ustavni sudovi u Jugoistočnoj Europi već dugi niz godina dobro i tijesno surađuju s njemačkim Saveznim ustavnim sudom, o čemu svjedoče uzajamne posjete ustavnih sudaca, kao i susreti na međunarodnim konferencijama. Ovom zbirkom odluka program Pravna država u Jugoistočnoj Europi želio bi dati doprinos daljnjem produbljanju tih odnosa. Ova

IZBOR ODLUKA USTAVNOG SUDA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE

je publikacija istovremeno namijenjena donositeljima odluka u državi i društvu te pravnim znanstvenicima i svima koji se bave primjenom prava, ali i budućim generacijama pravnika.

Želio bih srdačno zahvaliti svima koji su sudjelovali u objavljivanju ove knjige. Posebice je Ustavni sud Republike Hrvatske od samog početka uistinu podržao ovaj projekt i pružio nam svekoliku pomoć.

Nadam se da će ova zbirka odluka naći put do brojnih zainteresiranih čitatelja.

Thorsten Geissler
voditelj programa Pravna država u Jugoistočnoj Europi
Zaklade Konrad Adenauer

Pozdravna riječ

Šest godina nakon predstavljanja zbirke „Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda“ objavljuje se dodatni svezak na hrvatskom jeziku. Ovaj kontinuitet, koji nas raduje, pokazuje da je ta zbirka dobro prihvaćena u znanstvenim krugovima te u široj javnosti u hrvatskom govornom području, koja je i zbog praktične primjene zainteresirana za sudsku praksu Saveznog ustavnog suda. Pozitivan odjek je daljnji poticaj za produblјivanje dijaloga nacionalnih ustavnih sudova unutar Europske konferencije ustavnih sudova.

Proteklih smo godina također bili svjedoci jačanja tog dijaloga. U međuvremenu, sudovi pomažu jedni drugima kod osiguravanja vladavine prava. To vodi do institucionalnog jačanja sudova u ostvarivanju prava u odnosu na politiku, nadležna tijela država članica ili u odnosu na Europsku uniju. Tako se, primjerice, odluke portugalskog Ustavnog suda o planiranim mjerama štednje Vlade ili turskog Ustavnog suda o tzv. blokadi Twittera te pravosudnoj reformi mogu smatrati pokazateljem „nove snage“ ustavnih sudova. Integriranjem rada ustavnih sudova u međunarodnom i europskom kontekstu komparativna analiza prava imat će sve veći značaj. Izričito upućivanje na odluke ustavnih sudova drugih država članica Europske unije njihovim citiranjem jača poziciju suda koji recipira njihovu praksu, a osim toga daje i važan doprinos nastanku zajedničkog europskog pravnog poretka.

Predmetna aktualizirana zbirka, koja sada uglavnom sadrži priopćenja za tisak o ključnim odlukama Saveznog ustavnog suda od 2009. sve do travnja 2015. godine i prevedena je na hrvatski jezik, predstavlja izvrstan doprinos dijalogu između sudova.

Stoga i drugom svesku zbirke odluka Saveznog ustavnog suda želim da bude dobro prihvaćen od strane stručne publike i šire javnosti.

prof. dr. Andreas VoBkuhle
predsjednik Saveznog ustavnog suda Njemačke

PREDGOVOR

Jurisprudencija njemačkog Saveznog ustavnog suda i hrvatsko ustavno sudstvo

„Polako, vrlo polako Nijemci su naučili kako čitati svoj Temeljni zakon. Vjerojatno u tome nikada ne bi uspjeli da Savezni ustavni sud s njima nije neumorno vježbao ustavnu abecedu. Dio priče bilo je i to što su političari morali shvatiti kakve su obilne nadležnosti dodijelili tom sudu.“

(Jutta Limbach, predsjednica Saveznog ustavnog suda 1994. – 2002.)

Ne mogu zamisliti ljepši dar „Zaklade Konrada Adenauera“ hrvatskim pravnicima od zbirke prijevoda izabranih odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda.¹ Poznate su riječi Jutte Limbach: „Povijest utjecaja Saveznog ustavnog suda jest priča o uspjehu“.² Ovom je knjigom hrvatskoj javnosti omogućen uvid u način na koji je taj uspjeh izgrađivan.

Unatoč tome što je ustavno sudstvo u hrvatski pravni poredak uvedeno još prije više od pola stoljeća (1964.), tek su se poslije 2000. godine, kad je postupno postajala zamjetna europsko-integrativna uloga hrvatskog ustavnog sudstva, u njegovoj jurisprudenciji počela primjećivati obilježja po kojima je njemački Savezni ustavni sud planetarno poznat kao model-uzor. Stoga je ova knjiga-dar osobito vrijedna jer dolazi u vrijeme kad se i pravnička struka, i politička zajednica, i šira javnost u Republici Hrvatskoj na nov način susreću s ulogom i utjecajem domaćeg ustavnog sudstva.

¹ Uobičajena je kratica za odluku njemačkog Saveznog ustavnog suda: BVerfGE. Koristi se i u ovom tekstu.

² *Limbach, Jutta* (1999.) *The Role of the Federal Constitutional Court*, u: *The Basic Law: A Fifty Year Assessment*, AICGS Conference Report Paper, American Institute for Contemporary German Studies, The Johns Hopkins University, 19.–34. (cit. na 30.).

Prvo bih željela podsjetiti na ono što ustav – Temeljni zakon (*Grundgesetz*) – znači Njemačkoj i Nijemcima. Zbog njegove jednostavnosti i jasnoće, izabrala sam opis koji je ponudio Donald P. Kommers: „Temeljni zakon je osnovni zakon nacije. Kao takav, [ustav] svoj autoritet crpi izravno iz naroda, a iz ustava zauzvrat izvire sva državna vlast. Sukladno tome, Temeljni zakon je vrhovno pravo zemlje; on je obvezujući dokument i, kao što nekoliko njegovih odredaba potvrđuje, on kontrolira cjelokupni pravni poredak, kategorički odbacujući weimarsko načelo supremacije parlamenta u svim pitanjima. Temeljni zakon propisuje da u njemu sadržana prava i vrijednosti, obvezuju zakonodavstvo, izvršnu vlast i sudstvo kao izravno primjenjivo pravo. Kako bi se o tome otklonila svaka sumnja, Temeljni zakon predviđa pravno sredstvo za svaku povredu temeljnog prava i ustanovljuje snažan ustavni sud kako bi čuvao i štitio ustav kao cjelinu. Pored vlastite supremacije, Temeljni zakon ustanovljuje za vječnost i vlastita osnovna načela (*core principles*). Ona su stalna. Članak 79. stavak 3. – tzv. ‚klauzula vječnosti‘ – zabranjuje ustavne amandmane koji bi štetno djelovali ili podrivali načela vezana uz dostojanstvo (*dignitarian principles*) iz članka 1. ili temeljna strukturalna načela ustavnog poretka propisana člankom 20. (to jest federalizam, diobu vlasti, vladavinu prava i socijalnu državu blagostanja). ... Sastavljači su ... vjerovali da je najbolji način zaštite ljudskog dostojanstva i očuvanja, demokratske i socijalne savezne države, i danas i u budućnosti, staviti određena načela vladanja (*principles of government*) izvan mogućnosti naroda da ih mijenja ...“ [bilješke u tekstu su ispuštene].³

Zadaća Saveznog ustavnog suda u njemačkom pravnom poretku oduvijek je bila usmjerena na definiranje, zaštitu i usuglašavanje različitih i često suprotstavljenih ustavnih vrednota, ali i rješavanje rastućih tenzija između demokracije i konstitucionalizma. U provedbi te zadaće Savezni ustavni sud bio je sudski aktivan, a u pojedinim je pitanjima ustavnog života Njemačke njegova uloga dosegla i onu transformativnu. Prema mišljenju Jutte Limbach, koncept sudskog samoograničenja, shvati li ga se doslovno, nikada nije bio uvjerljiv kad je riječ o njemačkom Saveznom ustavnom sudu jer nikakva ograničenja ne mogu biti „opća strategija za sud kojemu je primarna dužnost kontrolirati vlast i osigurati zaštitu temeljnih prava. Kao što je Konrad Hesse pravilno naglasio, ova posljednja zadaća prije bi zahtijevala odlučnu intervenciju nego suzdržanost – čak i po cijenu sukoba s nekim drugim ustavnim organom. Kad je riječ o formuli sudskog samoograničenja, Benda je s pravom naziva pristupom ili svojstvom: sud nije ovdje da ograničava svoje vlastite ovlasti i funkciju nego da provodi svoje zadaće. Naravno, ne smije ih ni prekoračiti uzme li se u obzir načelo diobe vlasti koje mora biti poštovano.“⁴

³ *Kommers, Donald P.* (1999.) *The Basic Law: A Fifty Year Assessment*, u: *The Basic Law: A Fifty Year Assessment*, AIGS Conference Report Paper, American Institute for Contemporary German Studies, The Johns Hopkins University, 1.– 8. (cit. na 2.–3.).

⁴ *Limbach*, *ibid.* (v. bilj. 2), 24. Autorica se pri tom pozvala na: Hesse, Konrad (1981.) *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, u: *Recht als Prozeß und Gefüge*, Festschrift für Hans Huber, Bern, 261. ff., 264.; Benda, Ernst (1981.) *Constitutional Jurisdiction in West Germany*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 19, br. 1, 11. f.

Stoga se osnovanom čini ocjena da je Savezni ustavni sud bio i ostao krucijalni čimbenik njemačke ustavne politike.⁵

Istaknula bih tri aspekta jurisprudencije Saveznog ustavnog suda koja smatram osobito važnima za hrvatsko ustavno pravo. Prvi je vezan uz koncept temeljnih prava (u hrvatskom ustavnopravnom izričaju, riječ je o ljudskim pravima i temeljnim slobodama zajamčenim Ustavom, to jest o ustavnim pravima). Drugi je vezan uz opseg i sadržaj ustavnosudske kontrole presuda redovnih i specijaliziranih sudova. Treći je vezan uz odnos njemačkog Saveznog ustavnog suda prema europskom (i međunarodnom) pravu.

1. Koncept temeljnih prava

Njemački Temeljni zakon jamči obilje međusobno prožimajućih prava, u čijem je središtu ljudsko dostojanstvo (članak 1. stavak 1. propisuje: „Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Obaveza je svih državnih vlasti da ga poštuju i štite.“). Stoga se on često definira i kao ustav ljudskog dostojanstva (njem. *Verfassung der Würde*; engl. *constitution of human dignity*).⁶ Ustavna interpretacija uvijek ide za tim da se pronađe i postigne ravnoteža među zajamčenim temeljnim pravima s ciljem konkretizacije ljudskog dostojanstva, ali i ravnoteža s drugim suprotstavljenim ustavnim vrednotama. Središnju ulogu u tome ima Savezni ustavni sud.

Temeljna se prava u njemačkom ustavnopravnom poretku štite institutom individualne ustavne tužbe (*Individual-Verfassungsbeschwerde*). Nadležnost njemačkog Saveznog ustavnog suda za odlučivanje o individualnim ustavnim tužbama izvire iz članka 93. stavka 1. točke 4.a Temeljnog zakona koji propisuje da Savezni ustavni sud odlučuje o ustavnoj tužbi koju svatko može podnijeti smatra li da je javna vlast povrijedila neko od njegovih temeljnih prava (sadržanih u člancima od 1. do 19. Temeljnog zakona) ili neko od prava koja su ekvivalentna temeljnim pravima (sadržanih u članku 20. stavku 4. te člancima 33., 38., 101., 103. i 104. Temeljnog zakona).

Temeljna prava u njemačkoj pravnoj doktrini u prvom redu obuhvaćaju *subjektivna* prava pojedinca u odnosu prema državnoj i javnoj vlasti (neovisno o njezinom pojavnom obliku, to jest o tijelu te vlasti), ali i ustavne odredbe iz kojih se takva prava izvode (primjerice, odredbe prvog dijela Temeljnog zakona). To su prije svega obrambena prava građana protiv državnog upletanja (miješanja) u njihovu sferu slobode. Ta prava određuju odnos između države i građanina i ograničavaju

⁵ *Kommers, Donald P.* (1997.) *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Second Edition, Duke University Press, 1.–2.

⁶ U tom smislu *Kommers* stavlja u opreku njemački Temeljni zakon spram Ustava SAD koji određuje kao "ustav slobode" (njem. *Verfassung der Freiheit*; engl. *constitution of freedom*). *Usp. Bahners, Patrick*, What distinguishes Germany's Basic Law from the United States Constitution?, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ.NET od 18. svibnja 2009.

državno djelovanje u društvenoj i građanskoj sferi života u državi.⁷ Stoga je i primarna svrha ustavne tužbe zaštita individualnih pozicija pred neodmjerenom ili proizvoljnom uporabom državnih ovlasti, neovisno o tome jesu li te pozicije povrijeđene apstraktnom pravnom normom, konkretnom sudskom odlukom ili pak činjenjima odnosno propuštanjima nadležnih tijela državne ili javne vlasti.

Nadalje, osim odnosa „država – građanin“, koji je javnopravni odnos jednostranog obvezivanja, postoje i građanskopravni (privatnopravni) odnosi sporazumnog obvezivanja koji počivaju na premisi da subjekti tih odnosa djeluju na osnovama privatne autonomije volje. Vodeća presuda njemačkog Saveznog ustavnog suda o „učinku zračenja“ temeljnih prava na privatnopravne odnose (*Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht*) donesena je davno 15. siječnja 1958. u slučaju *Lüth* (1 BVerfGE 7, 198). Njemačka je dogmatika na toj osnovi izgradila teoriju o neizravnom horizontalnom učinku temeljnih prava izvan odnosa „država – građanin“, to jest o neizravnom učinku temeljnih prava u privatnopravnim odnosima – „prema trećima“ (*Theorie der „mittelbaren Drittwirkung“*).

Međutim, prema pravnim shvaćanjima Saveznog ustavnog suda, temeljna prava ne obuhvaćaju samo subjektivna prava građana. Ona stvaraju i sferu *objektivnog* prava stvorenu kroz tzv. vrijednosnu teoriju temeljnih prava koja polazi od postavke da ta prava prožimaju i obuhvaćaju cjelokupno pravno ustrojstvo jer su u njima utjelovljene osnovne vrijednosti državne zajednice, zbog čega upravo ta prava čine element i sredstvo „uzdizanja države“ (*Lehre von der Grundrechten als System Objektiver Wertentscheidungen*). Sukladno tome, temeljna prava u cijelosti obvezuju sva tijela državne i javne vlasti. Kad Savezni ustavni sud govori da se „sustav vrijednosti, fokusiran na slobodu razvoja ljudskog bića u društvu, mora primjenjivati kao ustavni aksiom kroz cjelokupni pravni sustav: on mora određivati smjernice i za zakonodavno, i za upravno, i za sudsko odlučivanje“,⁸ riječ je zapravo o odlukama Saveznog ustavnog suda koje štite odgovarajuće vrijednosti objektivnog pravnog poretka. Pri tome, kod vaganja (*balancing*) tih vrijednosti nikada „ne smije biti riječi o odabirima politika, kompromisima ili *ad hoc* rješenjima (*ad-hocery*), nego o interpretaciji ustavnih prava unutar piramidalnog, ‚objektivnog‘ sustava vrijednosti“.⁹

Time je u temeljna prava Savezni ustavni sud zapravo utjelovio sustav funkcionalnih smjernica i obvezujućih mjerila za obnašanje državne vlasti, čime

⁷ Usp. *Šarčević, Edin* (2005.) Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke. Uvod u njemačko državno pravo (sa izvornim tekstom Ustava i prijevodom na bosanski jezik), uredio M. M. Kapidžić, KULT B Sarajevo, Sarajevo: Fondacija Heinrich Böll – Regionalni ured u Bosni i Hercegovini, Ambasada Savezne Republike Njemačke u Bosni i Hercegovini, 56.

⁸ BVerfGE 7, 198 [...] – *Lüth*.

⁹ *Bomhoff, Jacob* (2008.) *Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing*, German Law Journal, vol. 9, br. 2, 121.–124. (cit. na 124.).

su temeljna prava u njemačkom ustavnom poretku preuzela „funkciju korelata pravne, tačnosti` državnih akata`.¹⁰

Konačno, u njemačkom ustavnopravnom poretku temeljna prava imaju i zaštitnu funkciju: ona obvezuju državu da zaštiti ustavna pravna dobra od njihova ugrožavanja koja bi mogla činiti treće, osobito privatne osobe. To se u prvom redu odnosi na dobra sadržana u članku 2. stavku 2. (prvoj rečenici) Temeljnog zakona, koji glasi: „Svatko ima pravo na život i tjelesni integritet.“ Adresat takve obveze nije, dakle, treća osoba koja ugrožava ta temeljna prava. Obveznik je sama država koja mora spriječiti ugrožavanje odnosno zaštititi ugroženog.¹¹

Zaključno, individualna ustavna tužba u Saveznoj Republici Njemačkoj na jednoj strani služi zaštiti temeljnih prava građana, odnosno zaštiti subjektivnih pravnih pozicija, a na drugoj strani stvaranju i održavanju objektivnog ustavnog poretka.

Navedene doktrinarne postavke njemačkog Saveznog ustavnog suda imale su značajan utjecaj na praksu hrvatskog Ustavnog suda. Pristup ustavnom tekstu kao jedinstvenoj smisljenoj logičko-teleološkoj cjelini („*die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes*“¹²), kao i stajalište Saveznog ustavnog suda da se odredbe Ustava uvijek moraju interpretirati tako da rezultat bude suglasan s osnovnim načelima Ustava, to jest s njegovim objektivnim poretkom vrijednosti utemeljenim na individualnim ustavnim pravima,¹³ danas ima čvrsto mjesto i u hrvatskoj ustavnosudskoj jurisprudenciji.¹⁴ Hrvatski Ustavni sud

¹⁰ Šarčević, ibid. (v. bilj. 7), 54. i 66.

¹¹ Usp. Šarčević, ibid. (v. bilj. 7), 64. i 69.–71.

¹² BVerfGE 19, 206 [220]; BVerfGE 30, 1 [19]; BVerfGE 33, 23 [29].

¹³ BVerfGE 1, 14 [32]; BVerfGE 7, 198 [205].

¹⁴ Tako je u rješenju broj: U-I-3789/2003 i dr. od 8. prosinca 2010. (Narodne novine broj 142/10.) Ustavni sud izložio sljedeće načelno stajalište: “8.2. Ustav čini jedinstvenu cjelinu. Njemu se ne može pristupati na način da se iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju izvlači jedna odredba, pa se ona onda tumači zasebno i mehanički, neovisno o svim ostalim vrijednostima koje su Ustavom zaštićene. Ustav posjeduje unutarnje jedinstvo i značenje pojedinačnog dijela vezano je uz sve ostale odredbe. Promatra li ga se kao jedinstvo, Ustav odražava pojedina sveobuhvatna načela i temeljne odluke u vezi s kojima se moraju tumačiti sve njegove pojedinačne odredbe. Stoga se nijedna ustavna odredba ne može izvući iz konteksta i samostalno interpretirati. Drugim riječima, svaka pojedina ustavna odredba uvijek se mora tumačiti u skladu s najvišim vrednotama ustavnog poretka koje su temelj za tumačenje samog Ustava.” Taj je pristup Ustavni sud prihvatio i u nizu svojih kasnijih odluka. Primjerice, u novijoj odluci broj: U-III-4149/2014 od 24. srpnja 2015. na tom je pristupu zasnovao tumačenje opsega i domašaja članka 5. Promjene Ustava iz 2010. godine (Narodne novine broj 76/10.), kojim je u članak 31. Ustava (*načelo nullum crimen, nulla poena sine lege*) dodan novi stavak 4. o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije. U toj je odluci istaknuo da se “ustavne odredbe, a osobito ustavni amandmani naknadno uneseni u ustavni tekst, moraju tumačiti u duhu cjelokupnog pravnog poretka oblikovanog u Ustavu tako da njihovo tumačenje izvire iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju” (točka 80.) i stoga je “potrebno precizno određenje opsega i domašaja članka 5. Promjene Ustava/2010 (novog stavka 4. članka 31. Ustava), kako ni tumačenje ni primjena te ustavne promjene iz 2010. ne bi proturječili najvišim vrednotama ustavnog poretka, u ovom slučaju ustavnom načelu zakonitosti u kaznenom pravu, kao esencijalnom elementu vladavine prava u demokratskom društvu (članak 31. stavak 1. u vezi s člankom 3. Ustava)” (točka 81.). U odluci je višekratno isticao da se novi stavak 4. članka 31. Ustava ne može “razmatrati zasebno i odvojeno od stavka 1. tog istog članka jer samo zajedno s njim čini smislenu normativnu cjelinu, a ne može se izdvajati ni iz cjelokupnog teksta Ustava kao jedinstvene cjeline” (točka 154.).

prihvatio je, dakle, pravno shvaćanje Saveznog ustavnog suda o tome da ustav sadržava sferu objektivnog prava stvorenu kroz vrijednosnu teoriju temeljnih prava.¹⁵

Štoviše, ako Ustavni sud ocijeni da praksa njemačkog Saveznog ustavnog suda ima univerzalno značenje za rasvjetljavanje pitanja koje razmatra, ne suspreže se od izričitog pozivanja na tu praksu. Primjer je odluka od 17. studenoga 2009. u kojoj je Ustavni sud odbio zahtjev za ocjenu suglasnosti s Ustavom pojedinih odredaba Zakona o posebnom porezu na plaće, mirovine i druge primitke (u daljnjem tekstu: Odluka o posebnom porezu iz 2009.).¹⁶ Polazeći od toga da je praksa njemačkog suda „zbog usporedivih ustavnih osnova primjenjiva i u hrvatskom ustavnopravnom poretku“, Ustavni sud je u Odluci o posebnom porezu iz 2009. izrijekom naglasio da se u tom ustavnosudskom postupku koristio praksom njemačkog Saveznog ustavnog suda „koja ima univerzalno značenje za rasvjetljavanje pitanja vezanih uz poreznu politiku u socijalnoj državi, odnosno za rasvjetljavanje obveza zakonodavca u primjeni načela porezne jednakosti i pravednosti“ (točke 3.4. i 15.1.). Na tim su osnovama u Odluci o posebnom porezu iz 2009. podrobno citirana stajališta njemačkog Saveznog ustavnog suda o značenju i domašajima načela porezne pravednosti i jednakosti u odnosu na zakonodavnu djelatnost, osobito ona izražena u dvjema njegovim odlukama vezanima uz porez na dohodak.¹⁷

U Odluci o posebnom porezu iz 2009. podrobno su citirana stajališta njemačkog Saveznog ustavnog suda i o granicama ovlasti ustavnog suda u kontroli zakonodavne djelatnosti kad je riječ o načelu porezne pravednosti i jednakosti, koje je utemeljeno na doktrini područja slobodne prosudbe države i načelu svrsishodnosti državnih akcija koje ostaje izvan granica ustavnosudske kontrole.¹⁸

¹⁵ Primjerice, u odluci broj: U-I-3597/2010 i dr. od 29. srpnja 2011. (Narodne novine broj 93/11.) Ustavni sud je utvrdio: „30. Pitanje o suglasnosti s Ustavom rješenja, koje u okviru općeg izbornog sustava predviđa unaprijed zajamčena i osigurana zastupnička mjesta za bilo koju manjinu, Ustavni sud razmatrao je polazeći od strukturalnog jedinstva ustavnog teksta iz kojeg proizlazi objektivni poredak vrijednosti koji je Ustavni sud dužan štiti i promicati.“

¹⁶ USRH, odluka i rješenje broj: U-IP-3820/2009 i U-IP-3826/2009 i dr. od 17. studenoga 2009. (Narodne novine broj 143/09.).

¹⁷ BVerfGE 26, 302 [...] – *Einkommensteuergesetz*; BVerfGE 107, 27 [...] – *Einkommensteuergesetz*.

¹⁸ „Koji su elementi mjerodavni za životne odnose koje treba urediti kako bi se prema njima postupalo jednako ili nejednako, načelno odlučuje zakonodavac koji pri utvrđivanju poreznih osnova ima široku slobodu odlučivanja. Ona završava tek tamo gdje jednako ili nejednako postupanje prema reguliranim činjeničnim stanjima više nije spojivo s načinom promatranja koji je usmjeren prema zamisli pravde, gdje, dakle, nedostaje očigledan razlog za jednako ili nejednako postupanje. Zadaća je ustavnih sudova da provjeravaju samo poštovanje tih vanjskih granica zakonodavčeve slobode (zabrana proizvoljnosti), ali ne je li zakonodavac u konkretnom slučaju pronašao najsvrsishodnije, najracionalnije i najpravednije rješenje (Savezni ustavni sud Savezne Republike Njemačke, BVerfGE 26, 302)“ (točka 15.4. Odluke o posebnom porezu iz 2009.).

Ustavni sud se u Odluci o posebnom porezu iz 2009. koristio i univerzalnim postavkama njemačke ustavnosudske jurisprudencije o socijalnoj državi.¹⁹

Konačno, u Odluci o posebnom porezu iz 2009. Ustavni sud prihvatio je i prvi put u svojoj praksi obrazložio metodološki pristup ispitivanju zakona kod kojih se s aspekta ustavnosti osporavaju samo pojedine odredbe ili dijelovi. U toj je odluci izrijeckom naglasio da je na Zakon o posebnom porezu „primjenjivo pravno stajalište Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke (BVerfGE 21, 12, presuda Prvog senata od 20. prosinca 1966. – 1 BvR 320/57, 70/63) da se kod obuhvatnog poreznog predmeta praktično ne može pronaći formulacija kojom bi se neosporeni dio razgraničio od osporenog dijela zakona, odnosno da je razgraničenje moguće „samo na teorijskoj razini.“ (točka 8. Odluke o posebnom porezu iz 2009.).²⁰

Prihvaćanjem fundamentalnih postavki njemačke ustavnosudske doktrine kad je riječ o pristupu Ustavu i tumačenju ustavnog teksta, hrvatski Ustavni sud uspio je svladati najteži problem u svom dugogodišnjem traženju puta prema istinskoj konstitucionalnoj jurisprudenciji. Međutim, time je istodobno otvorio drugi problem: onaj pristajanja hrvatske javnosti na takvu jurisprudenciju. Čini se da u praktičnom pravnom, političkom i društvenom životu Hrvatske predstoji dugo i teško razdoblje koje Jutta Limbach naziva „neumornim vježbanjem ustavne abecede“. Ova knjiga pomaže u ostvarenju tog cilja.

2. Koncept tzv. specifičnog ustavnog prava

Kad je riječ o granicama njegove nadležnosti u kontroli sudskih odluka, njemački Savezni ustavni sud u pravilu nadzire samo one sudske odluke koje primjenjuju i interpretiraju tzv. specifično ustavno pravo (njem. *spezifisches Verfassungsrecht*), a suzdržava se kad je riječ o sudskim odlukama koje primjenjuju i tumače tzv. obično pravo. Rūth ističe da „Savezni ustavni sud nije čuvar prava koje nema ustavno značenje (engl. *non-constitutional law*). Drugim riječima, ako presuda dovodi do povrede zakona koji nema ustavno značenje, to je ne čini automatski

¹⁹ Ustavni sud pošao je od toga da „doktrinarne postavke o socijalnoj državi i socijalnoj pravdi dobivaju osobit izraz u ustavnosudskom nadzoru zakonodavne djelatnosti koji provode ustavni sudovi. On proizlazi iz sljedećeg temeljnog problema: kako odrediti granicu na kojoj se konstitucionalizacija socijalnih prava sukobljava s demokracijom? Riječ je o problemu koji je smješten na samom raskrižju dva osnovna pitanja političke filozofije koja su važna i za suvremenu ustavnu politiku: na raskrižju pitanja demokracije i pitanja distributivne pravde. Taj je problem na osobit način prisutan u radu ustavnih sudova u svim postupcima u kojima oni nadziru ustavnost zakona koji se bave javnim politikama, osobito onom socijalnom. Navedena je granica, naime, ujedno i granica dopuštene ustavnosudske kontrole zakonodavne djelatnosti s aspekta socijalne države (članak 1. Ustava) i socijalne pravde (članak 3. Ustava). Mjerila koja je za određivanje te granice u ustavnosudskoj praksi oblikovao Savezni ustavni sud Savezne Republike Njemačke danas se smatraju vladajućim smjernicama u djelovanju europskih ustavnih sudova“. U tom je kontekstu Ustavni sud u Odluci o posebnom porezu iz 2009. citirao BVerfGE 59, 231 [...] – *Freie Mitarbeit* (točka 13.3.).

²⁰ Kasnije je to isto stajalište Ustavni sud primijenio i kod donošenja rješenja broj: U-I-3101/2014 i dr. od 12. siječnja 2015. (Narodne novine broj 5/15.) o pokretanju postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Obiteljskog zakona iz 2014.

podobnom za ustavno ispitivanje. Ako podnositelj prigovara, primjerice, povredi supstancijalnih temeljnih prava i zasniva taj prigovor isključivo na tvrdnji da je običan zakon primijenjen ili interpretiran na pogrešan način, ustavna tužba, u pravilu, neće imati nikakvog izgleda na uspjeh. ... U svom nadzoru, Savezni ustavni sud ograničava sebe na ispitivanje je li povrijeđeno specifično ustavno pravo. Da bi se ta pretpostavka ispunila, nije dovoljno da presuda bude objektivno pogrešna; umjesto toga, sudska presuda mora sadržavati fundamentalno pogrešno stajalište o značenju temeljnih prava.”²¹

Vodeća odluka u kojoj je Savezni ustavni sud obrazložio stajalište o svojoj nadležnosti da nadzire samo specifično ustavno pravo jest BVerfGE 18, 85 [92 f.]. Tipična formulacija kojom to izriče u svojim odlukama sadržana je, primjerice, u rješenju 2 BvR 321/94: „Odmjeravanje kazne uključujući utvrđivanje činjenica na temelju kojih se ona određuje u isključivoj je nadležnosti sudova (*der Fachgerichte*)²²; ona se utvrđuje tumačenjem i primjenom tzv. običnog prava. Ustavnopravna provjera se ograničava na kršenja specifičnog ustavnog prava (stalna pravosudna praksa; usp. BVerfGE 18, 85 [92 f.]).”²³ Stoga ustavne tužbe protiv sudskih odluka ne smjeraju njihovoj cjelovitoj kontroli: ispituju se samo navodne pogreške u primjeni prava koje imaju specifičnu vezu s temeljnim pravima. U tim je okvirima Savezni ustavni sud u svojoj praksi stvorio okvirne skupine slučajeva u kojima – prema mjerilu specifičnog ustavnog prava – nadzire presude redovnih sudova. To su: (1) pogreške u interpretaciji i primjeni običnog prava koje su relevantne za temeljna prava; (2) arbitrarne sudske odluke; (3) intenzitet zadiranja u temeljno pravo (najčešće kao dopunski aspekt), i (4) upravljanje sudskim postupkom (*administration of justice*).²⁴

²¹ *Rüth, Christina; Lohse, Kai* (2005.) Constitutional Review of Decisions of Non-Constitutional Courts by the German Federal Constitutional Court (Report), Venice Commission, CDL-JU(2005)061 – CCS 2005/11, Strasbourg, 8 November 2005, <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2005\)061-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2005)061-e)> (pristup: 30. srpnja 2015.).

²² Budući da se pod generički pojam *Fachgerichte* u njemačkom pravnom sustavu podvode svi sudovi koji nemaju ustavnosudsku jurisdikciju (redovni, upravni, financijski te oni za radne i socijalne sporove), taj se pojam na engleski jezik prevodi i kao *non-constitutional courts*. V. bilj. 21.

²³ BVerfG, 2 BvR 321/94 od 26. veljače 1999., <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/02/rk19990226_2bvr032194.html> (pristup: 30. srpnja 2015.).

²⁴ *RüthiLohse*, *ibid.* (v. bilj. 21), pozivajući se na Benda i Kleina (Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991., 250.). Rodin navodi sljedeće skupine slučajeva u kojima Savezni ustavni sud postupa "prema kriteriju ustavom zajamčenih prava": a) ako redovni sud povrijedi neko od ustavom zajamčenih temeljnih procesnih prava stranaka u postupku; b) ako redovni sud primjeni zakon koji je suprotan Ustavom zajamčenim temeljnim pravima (ova situacija uključuje konkretnu kontrolu ustavnosti zakona); c) ako redovni sud interpretira zakon ili primjeni zakon na način suprotan temeljnim pravima; i d) ako redovni sud odluku donese proizvoljno. *Rodin, Siniša* (2009.) Ustavni sud i članstvo Republike Hrvatske u Europskoj uniji, u: *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić* (1928.–2008.), Zagreb: Novi informator, 330.

Na zasadama njemačkog ustavnosudskog koncepta „specifičnog ustavnog prava“ hrvatski Ustavni sud stvorio je vlastiti koncept ispitivanja postoji li u konkretnom slučaju „ustavnopravna bit stvari“. Taj je koncept krajem 2009. godine rezultirao i novim postupanjem Ustavnog suda koje se sastoji u tzv. „meritornom odbacivanju“ ustavnih tužbi. Taj je postupak do danas primijenjen na više tisuća ustavnih tužbi, počevši s rješenjem broj: U-III-1747/2009 od 10. studenoga 2009. (Narodne novine broj 139/09.). Ukratko, za odlučivanje o ustavnoj tužbi relevantno je da Ustavni sud nije tijelo sudbene vlasti, ne provodi sudski postupak i ne odlučuje meritorno o sudskim stvarima. On je posebno tijelo utemeljeno Ustavom, radi zaštite pojedinačnih ljudskih prava i temeljnih sloboda (ustavnih prava) u postupku pokrenutom ustavnim tužbom. Također je relevantno da ustavna tužba nije redovni ili izvanredni pravni lijek u sustavu domaćih pravnih lijekova. Ona je posebno ustavnopravno sredstvo zaštite ustavnih prava u pojedinačnim slučajevima. Stoga nije dostatno pozvati se u ustavnoj tužbi na povrede koje su rezultat navodnih nezakonitosti što ih je počinilo nadležno tijelo ili sud u sudskom postupku. Protiv takvih nezakonitosti pravnu zaštitu pružaju redovni i specijalizirani sudovi u postupcima ustrojenim u više stupnjeva sudske zaštite. One, iznimno, mogu biti i predmet ispitivanja pred Ustavnim sudom, ali samo ako i u mjeri u kojoj mogu povrijediti ljudska prava i temeljne slobode zaštićene Ustavom. Nadalje, svaka ustavna tužba mora sadržavati konkretne i obrazložene razloge eventualne povrede određenog ustavnog prava. U njoj mora biti obrazloženo u čemu se sastoji ustavnopravna specifičnost konkretnog slučaja da bi taj slučaj morao biti ispitan pred Ustavnim sudom. Podnositelj u ustavnoj tužbi mora pokazati da nadležni sud u postupanju ili pri donošenju sporne odluke ili rješenja nije poštovao odredbe Ustava o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, odnosno da je proizvoljno protumačio mjerodavne odredbe zakona ili drugih propisa. U tim okvirima, ocijeni li da konkretan slučaj ne otvara pitanje ostvarenja ustavnih prava podnositelja, onda ne postoji ni „ustavnopravna bit stvari“ o kojoj bi Ustavni sud odlučivao.

Navedene postavke hrvatskog Ustavnog suda jasno upućuju na zaključak da je na izgradnju instituta „ustavnopravne biti stvari“ u velikoj mjeri utjecala njemačka ustavnosudska doktrina specifičnog ustavnog prava.

3. Primjena europskog (i međunarodnog) prava u praksi njemačkog Saveznog ustavnog suda

S obzirom da se pravo Unije i konvencijsko pravo Vijeća Europe²⁵ u najvećem dijelu isprepliću kad je riječ o ljudskim pravima, dosadašnja jurisprudencija Saveznog ustavnog suda pokazuje da su oba ta prava relevantna za gotovo sve predmete iz tog područja o kojima je njemački Savezni ustavni sud nadležan odlučivati.

²⁵ Pod konvencijskim pravom Vijeća Europe razumije se jurisprudencija Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu u primjeni Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori broj 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak, 14/02. i 1/06.). Konvencija je na snazi za Republiku Hrvatsku od 5. studenoga 1997.

Kad je riječ o pravu Unije, iz povijesne su perspektive vjerojatno najvažniji odluke Saveznog ustavnog suda u predmetima *Solange II*²⁶, *Maastricht*²⁷ i *Tržište banana*,²⁸ u kojima je potvrđeno da Sud pravde jamči u svojoj praksi standard temeljnih prava koji ispunjava minimum što ga zahtijeva njemački Temeljni zakon.

S druge strane, najvažnije odluke u kojima se Savezni ustavni sud referirao na jurisprudenciju Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (u daljnjem tekstu: ESLJP) jesu one u kojima je definirao: – područje zaštite u smislu članka 13. Temeljnog zakona (nepovredivost doma)²⁹; – učinkovito područje zaštite prava osobnosti javnih osoba³⁰; – u obiteljskom pravu, nedopuštene dokaze u kaznenim postupcima³¹. Novije odluke izravno povezane s praksom ESLJP-a bave se problemom preventivnog (sigurnosnog) pritvaranja³², pridržaja prava naloga preventivnog (sigurnosnog) pritvaranja³³, i terapijskim zatvaranjem.³⁴

Unatoč tome što je isključivi i jedini standard za presude Saveznog ustavnog suda Temeljni zakon, taj je sud vezan načelom otvorene državnosti (*offene Staatlichkeit*), neizravnom pravnom obvezom koja izvire iz tzv. „povezujućih odredaba“ (*Scharniernormen*), to jest iz članka 1. stavka 2., članka 23. stavka 1. i članka 24. stavka 1. Temeljnog zakona. To znači da je Savezni ustavni sud dužan uzimati u obzir europsko (i međunarodno) pravo u mjeri u kojoj ono nadvladava, preoblikuje ili utječe na odredbe Temeljnog zakona, kao i odluke europskih i međunarodnih sudova, kako bi se, koliko god je moguće, izbjegli sukobi između obveza Savezne Republike Njemačke prema Uniji i međunarodnom pravu, s jedne strane, i nacionalnog prava, s druge strane.

Prema stajalištu njemačkog Saveznog ustavnog suda, sukobi bi iznimno mogli nastati ako mjera poduzeta na temelju prava Unije predstavlja jasno ili strukturalno značajno djelovanje *ultra vires*³⁵ ili šteti njemačkom ustavnom identitetu zaštićenom člankom 79. stavkom 3. Temeljnog zakona, što uključuje i minimalne

²⁶ BVerfGE 73, 339 [368] – *Solange II*.

²⁷ BVerfGE 89, 155 [202] – *Maastricht*.

²⁸ BVerfGE 102, 147 [153 f.] – *Bananenmark*.

²⁹ BVerfGE 130, 1 [31] – *Beweisverwertungsverbot im Strafprozess*.

³⁰ BVerfGE 120, 180 [201 ff.] – *Caroline v. Hannover III*; bez pozivanja na Konvenciju: BVerfGE 101, 361 ff. – *Caroline I*; BVerfG, NJW 005, 1857 ff. – *Caroline II* (rješenje 1. vijeća 1. Senata).

³¹ BVerfGE 130, 1 [30 f.] – *Beweisverwertungsverbot im Strafprozess*.

³² BVerfGE 128, 326 [370, 375 f.] – *Sicherungsverwahrung II*.

³³ BVerfGE 131, 268 [296 f.] – *vorbehaltene Sicherungsverwahrung*.

³⁴ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 – 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 – EuGRZ 2013, S. 536 [543 f.], Rn. 61 ff. – ThUG.

³⁵ BVerfGE 89, 155 [187. i 188.] – *Maastricht*; BVerfGE 123, 267 [353., 400.] – *Lisbon*; BVerfGE 126, 286 [304.] – *Honeywell*.

standarde zaštite temeljnih prava koje zahtijeva njemački ustav.³⁶ Takve iznimke, međutim, do danas nisu bile primijenjene u praksi Saveznog ustavnog suda. U svakom slučaju, postanu li relevantne, načelo otvorenosti prema europskom pravu obvezivalo bi taj sud da pronađe rješenje koje je najmanje štetno za integritet prava Unije.³⁷

Konačno, pozivanje na Povelju o temeljnim pravima Europske unije³⁸ može se naći u mnogobrojnim odlukama Saveznog ustavnog suda nakon 2000. godine koji se odnose na zaštitu temeljnih prava na razini Europske unije.³⁹ Novija među njima je odluka Prvog senata o bazi podataka vezanoj uz protuterorizam.⁴⁰ Za razliku od Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe, njemački sud poziva se na Povelju o temeljnim pravima Europske unije i onda kad treba odrediti razinu zajedničke europske zaštite temeljnih prava.⁴¹

Kad je riječ o pravu Unije, vrijeme će pokazati hoće li, odnosno u kojoj će mjeri jurisprudencija njemačkog Saveznog ustavnog suda utjecati na praksu hrvatskog Ustavnog suda u definiranju odnosa između hrvatskog Ustava i prava Unije.

Odavno su značenje i utjecaj njemačkog Saveznog ustavnog suda prešli nacionalne okvire. Već iz prethodnih, vrlo šturih napomena o djelovanju tog suda može se nazrijeti da je njegova jurisprudencija stalan i neiscrpan izvor načela, općih pravila i metoda ustavne interpretacije u postupcima zaštite temeljnih prava građana i očuvanja objektivnog nacionalnog ustavnopravnog poretka. Ona je stoga vrlo često poticaj ustavnim sudovima drugih nacionalnih država i smjernica za njihovo djelovanje.

³⁶ BVerfGE 37, 271 [278. et seq.] – *Solange I*; BVerfGE 73, 339 [375. et seq.] – *Solange II*; BVerfGE 89, 155 [...] – *Maastricht*; BVerfGE 102, 147 [...] – *Bananenmark*. U odnosu prema Sudu pravde, njemački Savezni ustavni sud danas se koristi konstrukcijom "odnosa kooperacije": on se smatra načelno pozvanim da pravne akte Europske unije proglašuje neprimjenjivim na njemačkom ustavnom području ako zaštita temeljnih prava na europskoj razini – putem Suda pravde – ne bude zajamčena na zadovoljavajući način. Razina zaštite temeljnih prava koju osigurava njemački Temeljni zakon u tom je smislu standard ispod kojeg se ne smije spuštati razina pravne zaštite individualnih pozicija na europskoj razini. Sažeto, u odnosu prema europskom sustavu, njemački Savezni ustavni sud pridržao je sebi pravo osiguravati razinu "minimalnog standarda zaštite ljudskih prava". Usp. Šarčević, *ibid.* (v. bilj. 7), 51.

³⁷ *Huber, Peter M.; Paulus, Andreas L.* (2014.) National Report – Germany, XVIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts "Cooperation of Constitutional Courts in Europe – Current Situation and Perspectives", Ustavni sud Austrije, Beč, 12.–14. svibnja 2014. Izvješće je objavljeno u: *Verfassungsgerichtshof (Hrsg.): Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven*, Verlag Österreich, 1 Band, 2015.

³⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2010/C 83/02), Official Journal of the European Union C 83/389, 30. 3. 2010. Povelja je na snazi od 1. prosinca 2009., a Republiku Hrvatsku pravno obvezuje od 1. srpnja 2013.

³⁹ BVerfGE 126, 286 [290] – *Honeywell*, Rn. 78; BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07.

⁴⁰ EuGRZ 2013, 174 [184] – *Antiterrordatei*, Rn. 88 ff. (engl. *Counter-terrorism database judgment*).

⁴¹ BVerfGE 124, 199 [220] – *VBL (Diskriminierung wegen sexueller Orientierung)* Rn. 88.

Kako je naglasila Ruth Bader Ginsberg, nema sumnje da stranim pravnim izvorima trebamo pristupiti s osjećajem za vlastite različitosti i s punom sviješću da je naše razumijevanje društvene, povijesne, političke i institucionalne pozadine, iz koje su ti strani pravni izvori potekli, po prirodi stvari „nesavršeno“. Međutim, spoznaja o vlastitim ograničenjima nikada nas ne smije odvratiti od toga da naučimo najviše što možemo iz iskustva i mudrosti koje ti strani pravni izvori nose.⁴² To je osobito važno kad je riječ o izvorima koje stvara najveći ustavni sud na svijetu, onaj kojemu je „jednostavno najočitija karakteristika ... njegova istinski iznimna snaga (*truly extraordinary power*)“,⁴³ a ti izvori pripadaju istom europsko-kontinentalnom pravnom krugu kojemu pripada i hrvatsko pravo.

U ime svih čitatelja, zahvaljujem Zakladi Konrada Adenauera na brižljivom odabiru, uređenju i prijevodu na hrvatski jezik niza vodećih odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda. Bez njih se danas ne može čitati veliki njemački ustav iz 1949., a ponajmanje razumjeti suvremena njemačka dogmatika o demokratskoj i socijalnoj državi utemeljenoj na vladavini prava (na nacionalnoj razini i u kontekstu njemačkog članstva u Europskoj uniji), ali ni razvitak prava same Europske unije.

Zagreb, 1. kolovoza 2015.

prof. dr. sc. Jasna Omejec,
predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske

⁴² *Ginsberg, Ruth Bader* (2012.) Foreword to the Third Edition, u: Donald P. Kommers; Rusell A. Miller, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Third Edition, Revised and Expanded, Duke University Press, xii.

⁴³ *Borowski, Martin* (lipanj 2003.) The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court, *Ratio Juris*. vol. 16, br. 2, 155.-186. (cit. na 155.).

Popis kratica

a.A.	anderer Auffassung / drugačijeg shvaćanja
a.F.	alte Fassung / stara verzija
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in der Fassung aufgrund des am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon / Ugovor o funkcioniranju Europske unije u verziji koja je stupila na snagu na temelju Lisabonskog ugovora 1.12. 2009.
AG	Aktiengesellschaft / dioničko društvo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch / Građanski zakonik
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Teil I, Teil II und Teil III) / njemački Službeni list
BGH	Bundesgerichtshof / Savezni vrhovni sud
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen / Odluke Saveznog vrhovnog suda u kaznenim predmetima
BSHG	Bundessozialhilfegesetz / njemački Zakon o socijalnoj pomoći
BVerfG	Bundesverfassungsgericht / Savezni ustavni sud
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts / Odluke Saveznog ustavnog suda
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Zakon o Saveznom ustavnom sudu
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts / Odluke senata Saveznog ustavnog suda
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts / Odluke Saveznog upravnog suda
BvF	Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts: Abstrakte Normenkontrolle / Oznaka predmeta Saveznog ustavnog suda: apstraktna kontrola ustavnosti zakona
BvG	Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts: Bund-Länder-Streitigkeit / Oznaka predmeta Saveznog ustavnog suda: spor savezne razine i saveznih zemalja

BvL	Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts: Konkrete Normenkontrolle / Oznaka predmeta Saveznog ustavnog suda: konkretna kontrola ustavnosti zakona
BvR	Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts: Verfassungsbeschwerde / Oznaka predmeta Saveznog ustavnog suda: individualna ustavna tužba
BWG	Bundeswahlgesetz / Zakon o saveznim izborima
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands / Kršćansko-demokratska unija
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e.V. / Bavarska kršćansko-socijalna unija
DDR	Deutsche Demokratische Republik / Njemačka Demokratska Republika
EFSF	Europäische Finanzstabilisierungsfazilität / Europski fond za financijsku stabilnost
EG	Europäische Gemeinschaft / Europska zajednica
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte / Europski sud za ljudska prava
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft / Ugovor o osnivanju Europske zajednice
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention / Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz / Zakon o porezu na nasljedstva i darovanja
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus / Europski stabilizacijski mehanizam
ESMV	Vertrag über den Europäischen Stabilitätsmechanismus / Ugovor o europskom stabilizacijskom mehanizmu
EStG	Einkommensteuergesetz / Zakon o porezu na dohodak
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken / Europski sustav središnjih banaka
EU	Europäische Union / Europska unija
EuGH	Europäischer Gerichtshof / Sud Europske unije
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift / Europski bilten za ljudska prava
EUV	Vertrag über die Europäische Union, in der Fassung aufgrund des am 1. prosinca 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon / Ugovor o Europskoj uniji u verziji koja je stupila na snagu na temelju Lisabonskog ugovora 1.12. 2009.

EuWG	Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland (Europawahlgesetz) / Zakon o izborima zastupnika za Europski parlament iz Savezne Republike Njemačke
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit / Zakon o poslovima izvanparničnog sudstva
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen) / Opći sporazum o carinama i trgovini
GenTG	Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz) / Zakon o genetskoj tehnologiji
GG	Grundgesetz / Temeljni zakon (njemački Ustav)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung / društvo s ograničenom odgovornošću (d.o.o.)
GrenzG	Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik (DDR-Grenzgesetz) / Zakon o državnoj granici Njemačke Demokratske Republike
Grenzo	Anordnung über die Ordnung in den Grenzgebieten und in den Territorialgewässern der Deutschen Demokratischen Republik (DDR-Grenzordnung) / Dekret o ustroju pograničnih zona i teritorijalnih voda Njemačke Demokratske Republike
GSG	Gesetz des Freistaates Bayern zum Schutz der Gesundheit vom 23. srpnja 2010 (Bayerisches Gesundheitsschutzgesetz) / Bavarski zakon o zaštiti zdravlja od 23.07.2010.
i.V.m.	in Verbindung mit / u vezi s
ISAF	International Security Assistance Force (Internationale Sicherheitsunterstützungstruppe) / Međunarodna mirovna misija u Afganistanu
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz / Zakon o sigurnosti zračnog prometa
n.F.	neue Fassung / nova verzija
NATO	North Atlantic Treaty Organisation (Nordatlantikpakt-Organisation) / Sjevernoatlanski savez
NJW	Neue Juristische Wochenschrift / Novi pravna revija
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands / Njemačka nacionaldemokratska stranka
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund / Nationalsocijalističko podzemlje
NVA	Nationale Volksarmee / Narodna armija Njemačke Demokratske Republike

OMT	Outright Monetary Transactions / Izravne monetarne transakcije
PDS	Partei des Demokratischen Sozialismus / Stranka demokratskog socijalizma
S.	Seite / strana
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands / Jedinstvena socijalistička stranka Njemačke (u doba DDR-a)
SGB	Sozialgesetzbuch / Socijalni zakonik
SKSV	Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion / Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u ekonomskoj i monetarnoj uniji
StGB	Strafgesetzbuch / Kazneni zakonik
StPO	Strafprozessordnung / Zakon o kaznenom postupku
stRspr	ständige Rechtsprechung / stalna sudska praksa
ThUG	Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz) / Zakon o terapiji i hospitalizaciji psihički poremećenih nasilnika
TKG	Telekommunikationsgesetz / Zakon o telekomunikacijama
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz) / Zakon o skraćenom radnom vremenu i ugovorima o radu na određeno vrijeme
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) / Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) / Zakon o javnim okupljanjima i povorkama
vgl.	vergleiche / usporedi
VoPoG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei (DDR-Volkspolizeigesetz) / Zakon o zadaćama i ovlastima njemačke policije (Zakon o policiji Njemačke Demokratske Republike)
WoZuG	Gesetz über die Festlegung eines vorläufigen Wohnortes für Spätaussiedler (Wohnungszuweisungsgesetz) / Zakon o dodjeli boravišta za doseljenike nakon 1.1. 1993.
WRV	Weimarer Reichsverfassung / Weimarski ustav
z.B.	zum Beispiel / na primjer (npr.)
ZPO	Zivilprozessordnung / Zakon o parničnom postupku

Prvi dio

Načela



§ 1.

Pravo i obveza poštivanja temeljnih prava

1) BVerfGE 128, 226
(Frankfurter Flughafen / Zračna luka Frankfurt)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 18/2011 od 22. veljače 2011.

Odluka od 22. veljače 2011.
- 1 BvR 699/06 -

Sloboda okupljanja vrijedi i u zračnoj luci Frankfurt

I. Činjenično stanje

1. Zračnu luku u Frankfurtu na Majni vodi dioničko društvo „Fraport AG“. Većinski udjeli u tom društvu u javnom su vlasništvu, pri čemu jedan dio drži savezna zemlja Hessen, a drugi dio grad Frankfurt na Majni. Osim infrastrukture potrebne za odvijanje zračnog prometa, u sastavu zračne luke nalaze se brojni trgovački ili ugostiteljski objekti dostupni široj javnosti.

2. Podnositeljica tužbe članica je „Inicijative protiv deportacija“, koja se bori protiv izгона stranaca iz zemlje uz pomoć privatnih aviokompanija. Kada je zajedno s 5 drugih članova u hali za polaske zračne luke u Frankfurtu u ožujku 2003. godine na šalteru za check-in dijelila letke protiv jedne deportacije, društvo „Fraport AG“ uručilo joj je zabranu pristupa zračnoj luci uz napomenu da će protiv nje podnijeti kaznenu prijavu zbog smetanja posjeda ako je ponovno „neopravdano“ zateknu u zračnoj luci. U popratnom pismu s pojašnjenjem podnositeljicu tužbe upućuju na odredbu iz Pravilnika o korištenju zračne luke sukladno kojoj je za okupljanje, reklamiranje ili dijeljenje letaka potrebna suglasnost „Fraport AG“, te se navodi da se načelno ne toleriraju „nenajavljeni prosvjedi na terminalu i to zbog neometanog odvijanja poslovanja i iz sigurnosnih razloga“.

3. Tužba za utvrđenje protupravnosti izrečene zabrane prosvjeda i izražavanja mišljenja za područje zračne luke Frankfurt, koju je podnositeljica podigla protiv društva „Fraport AG“ na građanskim sudovima, prošla je sve instance bez uspjeha. U svojoj ustavnoj tužbi podnositeljica, između ostalog, ističe prigovor povrede svojih temeljnih prava - slobode izražavanja mišljenja i slobode okupljanja - u osporenim odlukama građanskih sudova.

II. Odluka njemačkog Ustavnog suda

Prvi senat Saveznog ustavnog suda sa 7 glasova „za“ i jednim glasom „protiv“ odlučio je da su osporenim odlukama građanskih sudova povrijeđena temeljna prava podnositeljice tužbe iz čl. 5. st. 1, al. 1 (sloboda mišljenja) i čl. 8. st. 1 Temelnog zakona (sloboda okupljanja), pa ih je stoga ukinuo. Predmet je vraćen na ponovno suđenje na Općinski sud u Frankfurtu na Majni.

III. Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Društvo „Fraport AG“ u odnosu na podnositeljicu ustavne tužbe neposredno obvezuju temeljna prava. Korištenje građansko-pravnih oblika društava državnu vlast ne razrješuje obveze poštivanja temeljnih prava sukladno čl. 1. st. 2 Temelnog zakona. Poduzeća u mješovitom vlasništvu, u kojima javni sektor drži većinu udjela, jednako kao i javna poduzeća u stopostotnom vlasništvu države, koja su organizirana kao društva prema privatnom pravu, neposredno obvezuju temeljna prava.

Sukladno čl. 1. st. 3. Temelnog zakona temeljna prava obvezuju zakonodavnu, izvršnu i sudbenu vlast kao neposredno važeće pravo. Ona ne vrijede samo za određena područja, funkcije ili oblike postupanja kod obnašanja zadaća države, već opsežno i u cijelosti obvezuju državnu vlast. Pritom je čl. 1. st. 3. Temelnog zakona utemeljen na jednoj elementarnoj razlici: dok je građanin načelno slobodan, država je u načelu obvezana [poštivati temeljna prava]. U skladu s time građanina temeljna prava ne obvezuju neposredno, nego ga preko njih država priznaje kao slobodnu osobu koja je sama odgovorna za razvijanje svoje osobnosti. To što ga obvezuje pravni poredak, već je unaprijed relativirano i načelno ograničeno; jer i tu država stvara ravnotežu između raznih nositelja temeljnih prava i time među njima posredno vrijede temeljna prava. U skladu s time država kao povjerenik obnaša zadaće za građane i dužna im je „polagati račune“. Aktivnosti države ne shvaćaju se kao iskazivanje slobodnih subjektivnih uvjerenja u ostvarivanju osobnosti, već distancirano poštuju različita uvjerenja državljana te ih u skladu s time Ustav opsežno i u cijelosti obvezuje na poštivanje temeljnih prava. To vrijedi i onda kada se država u obnašanju svojih zadaća služi građanskim pravom.

Neposredna obvezatnost temeljnih prava vrijedi ne samo za poduzeća koja su u stopostotnom javnom vlasništvu, već i za poduzeća u mješovitom vlasništvu, ukoliko u njima većinu udjela drži javni sektor. To je u pravilu slučaj onda kada je više od polovice udjela u javnom vlasništvu. Pretpostavka neposredne obvezatnosti temeljnih prava ne samo za vlasnike udjela već i dotičnog poduzeća u skladu je s njegovim karakterom samostalne jedinice i osigurava efektivnu obvezatnost temeljnih prava neovisno o tome može li, u kojoj mjeri i u kojem obliku, vlasnik sukladno propisima o trgovačkim društvima utjecati na vođenje poslova, te neovisno o tome na koji se način kod poduzeća s raznim javnim vlasnicima udjela osigurava koordinacija prava utjecaja tih javnih vlasnika. Privatni vlasnici udjela time nisu neopravdano prikraćeni za svoja prava: oni mogu slobodno odlučiti hoće

li imati udjele u poduzeću s većinskim javnim vlasništvom ili ne, a čak i kada bi se većinski odnosi naknadno promijenili, mogu slobodno na to reagirati, kao i inače kod promjena većinskih odnosa. To ne utječe na njihov status nositelja temeljnih prava, posebice prava na vlasništvo, neposredno u odnosu na javne vlasnike udjela ili u odnosu na javnu vlast.

2. Osporene odluke predstavljaju povredu slobode okupljanja podnositeljice tužbe.

a) Činjenično stanje potpada pod domašaj slobode okupljanja. Sloboda okupljanja nositeljima temeljnih prava između ostalog jamči pravo na slobodan odabir mjesta okupljanja. Međutim, time ne stječu pravo pristupa bilo kojem mjestu. Skupovi se prije svega ne mogu samo tako održati na nekom proizvoljno odabranom privatnom zemljištu. Međutim, sloboda okupljanja nije ograničena samo na javne prometnice. Štoviše ona jamči održavanje skupova i na drugim mjestima gdje je neko javno poduzeće omogućilo javni promet. Ako danas komunikacijsku funkciju javnih prometnica sve češće preuzimaju ili dopunjuju trgovački centri ili druga okupljališta, ne može se izuzeti sloboda okupljanja na javnim površinama takvih objekata, čim postoji neposredna obvezatnost temeljnih prava ili se takav zahtjev može postaviti prema privatnim osobama temeljem posrednog učinka na treće. To vrijedi neovisno o tome nalaze li se te površine unutar vlastitog objekta ili su povezane s infrastrukturnim sadržajima, jesu li natkrivene ili na otvorenome.

Mjesta koja općenito služe javnoj komunikaciji, a pored javnih cesta bi se mogla koristiti za održavanje okupljanja, prije svega su ona mjesta koja su općenito otvorena za javnost i pristupačna javnosti. Za razliku od toga, s jedne su strane isključena mjesta gdje se pristup individualno kontrolira, a njihovo je korištenje dopušteno samo za pojedine, ograničene svrhe. S druge strane, kod odgovora na pitanje može li se neko mjesto koje se ne nalazi na javnoj cesti, putu ili trgu smatrati javnim (komunikacijskim) prostorom, treba poći od ideje javnog foruma. Za njega je karakterističan velik broj raznih djelatnosti koje se tu odvijaju ili različitih interesa, uslijed čega se stvara raznolika i otvorena komunikacijska mreža. Mjesta okupljanja koja je namjeravala odabrati podnositeljica ustavne tužbe potpadaju pod domašaj slobode okupljanja, jer se radi o područjima u zračnoj luci Frankfurt koji su općenito zamišljeni kao mjesta za javnu komunikaciju.

b) Osporene odluke zadiru u slobodu okupljanja. Načelno se kao pravna osnova za mjere upravnih tijela nadležnih za okupljanja, ili policije kao izvršnog tijela, i na frankfurtskoj zračnoj luci primjenjuju odredbe Zakona o javnim okupljanjima. Osim toga, mjere od strane operatera zračne luke mogu se temeljiti na privatno-pravnom pravu donošenja kućnog reda u skladu sa čl. 903. al. 1 i čl. 1004. njemačkog Građanskog zakonika, kao zakona kojim se ograničava sloboda okupljanja u smislu čl. 8. st. 2. Temeljnog zakona. Okupljanja na mjestima za javnu komunikaciju su okupljanja na otvorenom u smislu čl. 8. st. 2. Temeljnog zakona. To vrijedi neovisno o tome nalaze li se mjesta otvorena za javnost u prirodi ili u zatvorenim objektima, odnosno zgradama. Mjerodavno je to da se okupljanja na

takvim mjestima odvijaju na javnom prostoru, tj. prostoru otvorenom za javnost, te da nisu prostorno odvojena od njega.

c) Zadiranje u temeljnu slobodu nije opravdano zato što je zabrana koju su potvrdili građanski sudovi nerazmjerna. Načelno se građansko-pravne ovlasti ne mogu tumačiti tako da izlaze iz granica koje vrijede za upravna tijela nadležna za okupljanja, a zacrtane su ustavnim pravom. U skladu s time zabrana okupljanja dolazi u obzir samo ako se na temelju raspoznatljivih okolnosti može zaključiti da postoji neposredna opasnost za elementarna pravna dobra, koja su jednako vrijedna kao sloboda okupljanja. Međutim, to ne predstavlja prepreku da se na specifičan način nešto poduzme zbog posebnog potencijala opasnosti kod okupljanja u zračnoj luci, kako bi se uzela u obzir i prava drugih nositelja temeljnih sloboda. Budući da je primarna funkcija zračne luke [neometano] odvijanje zračnog prometa, posebna osjetljivost na smetnje u tom smislu opravdava čak i ograničenja koja prema načelu razmjernosti kod javnih cesta ne bi morala biti prihvatljiva. Operater zračne luke u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima može donijeti transparentna pravila za ostvarivanje prava na slobodu okupljanja u zračnoj luci, prilagođena prostornoj situaciji i posebice specifičnim uvjetima vezanim uz opasne situacije. Takva pravila ne bi utjecala na suverene ovlasti upravnih tijela nadležnih za okupljanja ili interventne jedinice policije na licu mjesta.

Navedena zabrana podnositeljici ustavne tužbe – i to bez konkretne prognoze opasnosti – na neograničeno vrijeme priječi provođenje bilo kakvih okupljanja u svim dijelovima zračne luke, osim ukoliko ih na temelju svog načelnog diskrecionog prava prethodno nije odobrilo društvo „Fraport AG“. To je nespojivo sa slobodom okupljanja.

3. Osparavane odluke predstavljaju i povredu slobode mišljenja podnositeljice tužbe.

a) Međutim, i sloboda izražavanja mišljenja je građanima dopuštena samo tamo gdje stvarno imaju pristup. Za razliku od čl. 8. st. 1. Temelnog zakona izražavanje mišljenja po svom domašaju ide dalje, te nije ograničeno samo na javne forume koji služe komunikaciji. Jer za razliku od slobode okupljanja koja se upražnjava kolektivno, sloboda izražavanja mišljenja implicitno podrazumijeva da se radi o pravu pojedinca koje upražnjava sam, za što u pravilu nije potreban neki poseban prostor, te se uslijed toga ne stvara „promet“ koji je obično povezan sa smetnjama. Kao individualno pravo ono načelno pripada građaninu na bilo kojem mjestu na kojem se nalazi.

b) Zabrana koju su potvrdili građanski sudovi, kojom se podnositeljici ustavne tužbe brani da bez dozvole društva „Fraport AG“, koju treba ishoditi unaprijed, dijeli letke u zračnoj luci je nerazmjerna. Želja da se stvori „ugodna atmosfera“ u svijetu čistog konsumerizma, slobodnog od političkih diskusija i društvenih rasprava, ne može biti legitiman razlog za ograničenje slobode mišljenja. Također su isključene zabrane koje služe tome da se određena mišljenja spriječe samo zbog toga što

ih ne dijeli društvo operater zračne luke, ili ih sadržajno ne odobrava, ili ih zbog kritičnih izjava prema dotičnom poduzeću ocjenjuje štetnima za društvo. Za razliku od toga, korištenje površina u zračnoj luci za širenje mišljenja može se ograničiti ili urediti samo prema istim kriterijima koji vrijede i za javne ceste, polazeći od funkcionalnih aspekata, radi zaštite pravnog dobra. Međutim, ograničenja u tom slučaju moraju biti u skladu s načelom razmjernosti. To u svakom slučaju isključuje općenitu zabranu dijeljenja letaka u zračnoj luci, a time i u svim područjima koja su zamišljena kao javni forumi, ili općenito njihovu ovisnost o dozvoli. Za razliku od toga, ograničenja koja se odnose na određena mjesta, načine ili vrijeme izražavanja mišljenja u svrhu sprječavanja smetnji načelno nisu isključena. No oporene odluke ne udovoljavaju tim zahtjevima.

Izdvojeno mišljenje suca Schluckebiera:

1. Pretpostavka neposredne obvezatnosti temeljnih prava za društvo „Fraport AG“ je u osnovi točna, no obrazloženje nije dovoljno diferencirano. Neposredna obvezatnost koja vrijedi za „Fraport AG“ kao tzv. mješovito dioničko društvo uslijed većinskih udjela raznih nositelja državne vlasti, koji su svaki za sebe – pored privatnih vlasnika udjela – samo manjinski vlasnici, može se obrazložiti samo onda ako bi javni vlasnici udjela zbrojili svoje udjele u temeljnom kapitalu kako bi svoj potencijal utjecaja podvrgli pravno obvezujućoj koordinaciji ili bi se na drugi način osigurala ravnoteža interesa. Uvjet za pretpostavku da postoji takva prevlast ispunjen je u Ugovoru o konzorciju između Savezne Republike Njemačke, savezne zemlje i društva u kojem grad ima udjele. No senat zanemaruje zahtjev koordinacije potencijala utjecaja, koji je u propisima o trgovačkim društvima priznat kao pretpostavka da postoji prevlast, premda bi „javna društva koja su vlasnici udjela“ ovisno o političkoj većini mogla slijediti različite, možda čak i suprotstavljene interese po pitanju zračne luke. Nadalje, većina članova senata svojom pretpostavkom da ovlasti vezane uz utjecaj prema propisima o trgovačkim društvima same po sebi, čak i kod zbroja većinskih udjela iznad 50%, nisu primjerene da bi zamijenile obvezatnost temeljnih prava za takva društva, upada u proturječje: kada bi uistinu postojali deficiti po pitanju utjecaja, upravo stoga se dioničko društvo ne bi smjelo supsumirati pod izvršnu vlast (čl. 1. st. 3. Temeljnog zakona). Osim toga, izvršna vlast je kao državna vlast uvjetovana legitimacijom od strane naroda (čl. 20. st. 2. Temeljnog zakona), što kod nedostatnih mogućnosti utjecaja državnih dioničara nije osigurano u dovoljnoj mjeri.

2. Većina senata proširuje domašaj slobode okupljanja i time pravo pristupa okupljanja na tzv. „javne forume“ (misli se: otvorene za javnost). Njih razgraničava od mjesta koja su javnosti zbog vanjskih okolnosti raspoloživa samo u određene svrhe ili pretežito služe određenoj funkciji. Već na temelju te definicije bi check-in šaltere velike zračne luke trebalo izuzeti iz domašaja, budući da pretežito služe jednoj funkciji, naime za check-in putnika. Premda istovremeno nudi i mogućnosti kupnje putničkih potreština, ipak apsolutno prevladava funkcija „zračne luke“. Senat za proširenje domašaja u biti navodi samo obrazloženje da „danas

komunikacijsku funkciju javnih cesta, putova i trgova“ sve češće preuzimaju ili dopunjuju javni forumi u smislu definicije većine članova senata.

Trenutačno stvarne okolnosti ne opravdavaju takvu ocjenu. Na velikim kolodvorima ili u zračnim lukama već dugo postoje prolazi s dućanima i ugostiteljski objekti, koji se do sada nisu smatrali „konkurencijom“ javnim cestama kao mjestima za okupljanja ili čak doveli do gubitka značaja javnih cesta kao mjesta okupljanja. Trenutačno ne postoji bojazan da će komunikacijsku funkciju javnih cesta za koje se uvriježilo da služe u javne svrhe ugroziti stvaranje „javnih foruma“ u smislu obrazloženja odluke. Obrazloženje odluke, osim toga, potiče shvaćanje da bi i forume isključivo privatnih nositelja trebalo uključiti u domašaj slobode okupljanja sukladno široj definiciji većine članova senata. Time bi kod pitanja zaštićene osnove odluka o koliziji između prava vlasništva i temeljne slobode okupljanja već naprijed išla u korist čl. 8. Temeljnog zakona.

3. Kod provjere razmjernosti u vezi čl. 8. Temeljnog zakona senat doduše priznaje posebnu osjetljivost prostora za okupljanje koji se razmatra. Međutim, zaključci do kojih na temelju toga dolazi ne idu dovoljno daleko. Čak i neznatna smetnja u halama za odlazak velike zračne luke može brzo prerasti u znatnu smetnju koja uvelike ometa poslovanje, koja bi se – u slučaju da je nužno zatvoriti određene prostore – zbog guste mreže u zračnom prometu mogla negativno odraziti na brojne druge zračne luke i putnike u tim zračnim lukama. Putnici koji žele koristiti svoju slobodu kretanja i opću slobodu djelovanja, uslijed smetnji ili eventualnih zatvaranja pojedinih funkcija mogu time brojčano i po intenzitetu biti pogođeni u puno većoj mjeri nego što bi to bio slučaj kod okupljanja na javnim prometnicama ili trgovima. Upravo zbog te posebnosti velika zračna luka iziskuje posebnu zaštitu. Senat je stoga imao povoda dati konkretne naputke o specifičnim mogućnostima ograničavanja okupljanja na takvim mjestima (primjerice ograničenje broja sudionika na manje grupe i isključenje povorki kroz aerodromske zgrade). Također se mogla pojasniti ovlast zakonodavca da kod tako osjetljivih „forum“ može uvesti restriktivnija pravila u propisima o javnim okupljanjima.

2) **BVerfGE 129, 78** (Anwendungserweiterung / Proširenje primjene)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 56/2011 od 09. rujna 2011.

Odluka od 19. srpnja 2011.
- 1 BvR 1916/09 -

U vezi zaštite temeljnih prava pravnih osoba iz EU i prava distribucije u skladu sa Zakonom o autorskom pravu (kopije dizajnerskog namještaja)

Prema njemačkom Zakonu o autorskom pravu (UrhG), autor jedni ima pravo na distribuciju svoga djela. U čl. 17. st. 1. Zakona o autorskom pravu (UrhG) pravo distribucije definirano je kao pravo da se original ili kopije djela ponude javnosti ili puste u promet. Taj zakon, između ostalog, služi implementaciji čl. 4. europske Direktive o autorskim pravima 2001/29/EZ. Prema do sada uvriježenom shvaćanju, pojam distribucije obuhvaćao je svaku radnju kojom se djelo stavlja na raspolaganje javnosti, za što je dovoljan i bilo koji oblik ustupanja posjeda. Osim toga, čl. 96. Zakona o autorskom pravu (UrhG) sadrži zabranu komercijalnog korištenja protuzakonito proizvedenih replika.

Podnositelj tužbe, društvo s ograničenom odgovornošću prema talijanskom pravu, sa sjedištem u Italiji, proizvodi namještaj prema nacrtima arhitekta i dizajnera namještaja Le Corbusiera, koji je umro 1965. godine, te na osnovu licence koristi autorska prava za njegova djela. Tuženik u prvobitnom sudskom postupku, proizvođač cigara, u umjetničkom i izložbenom paviljonu uredio je *lounge* za cigare koji je opremio replikama namještaja Le Corbusiera. Podnositelj je podnio tužbu na propuštanje te dobio spor pred Zemaljskim sudom (LG) i Višim zemaljskim sudom (OLG).

Savezni vrhovni sud je pak odbacio tužbu uz obrazloženje da postavljanje namještaja ne predstavlja povredu ni prava na distribuciju ni prava na korištenje autorskih djela. U svojoj se odluci oslanja na presudu Suda Europske unije, koji je u paralelnom postupku prethodnog mišljenja na zahtjev Njemačkog vrhovnog suda odlučio da se o distribuciji u smislu čl. 4. st. 1. Direktive o autorskim pravima radi samo kod prijenosa vlasništva. U skladu s time – tako navodi Savezni vrhovni sud – nije došlo do povrede prava na distribuciju ako se replike namještaja, zaštićenog autorskim pravom, javnosti stave na raspolaganje samo radi korištenja. Direktiva

o autorskim pravima je obvezujuća regulativa u smislu najvišeg stupnja zaštite, a sud države članice ne smije izaći iz tog okvira.

Podnositelj tužbe smatra da je time povrijeđeno njegovo ustavno pravo vlasništva. Osim toga, ističe prigovor povrede prava na zakonitog suca, jer je Savezni vrhovni sud unaprijed trebao pokrenuti postupak prethodnog mišljenja pred Sudom Europske unije u svezi pitanja je li ustupanje radi korištenja umjetnički oblikovanih predmeta uopće potpada pod područje primjene Direktive o autorskim pravima i je li Direktivom utemeljen najviši stupanj zaštite.

Prvi senat Saveznog ustavnog suda odbacio je ustavnu tužbu kao neutemeljenu. Podnositelj tužbe je kao strana pravna osoba sa sjedištem u EU doduše nositeljica temeljnih prava iz Ustava. Međutim, u spornom predmetu nisu povrijeđena njezina ustavna prava.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Savezni ustavni sud razmatrao je pitanje mogu li strane pravne osobe, koje imaju sjedište u EU, biti nositelji materijalnih temeljnih prava iz Ustava, te je na to pitanje odgovorio potvrdno.

Sukladno čl. 19. st. 3. Temeljnog zakona, temeljena prava vrijede i za tuzemne pravne osobe, ukoliko se po svojoj prirodi mogu primijeniti na njih. Premda se kod pravnih osoba iz država članica EU ne radi o „tuzemnim“ pravnim osobama u smislu Ustava, proširenje primjene zaštićene osnove tog temeljnog prava na te pravne osobe u skladu je s ugovornim obvezama preuzetim „europskim ugovorima“, koje dolaze do izražaja posebice kod europskih temeljnih sloboda i opće zabrane diskriminacije zbog državljanstva. One obvezuju države članice i sva njihova tijela te [nadležne] službe na izjednačavanje pravnih osoba iz drugih država članica s tuzemnima, čak i glede mogućnosti stjecanja pravne zaštite. Propisi europskog prava ne zamjenjuju čl. 19. st. 3. Temeljnog zakona, već samo potiču na proširenje zaštite temeljnih prava na druge pravne subjekte zajedničkog tržišta EU. Pretpostavka za takvo izjednačavanje je dovoljna povezanost pravne osobe s tuzemstvom, koje je u pravilu ispunjena ako pravna osoba posluje u Njemačkoj te može podići tužbu ili biti tužena na specijaliziranim sudovima.

2. Savezni ustavni sud nadalje je morao razjasniti moraju li i u kojoj mjeri specijalizirani sudovi kod primjene njemačkog prava, koje je u cijelosti ili djelomično usklađeno s europskim pravom, poći od mjerila koja postavlja Temeljni zakon i *acquis communautaire*, te do koje mjere Savezni ustavni sud mora provjeriti je li tumačenje specijaliziranih sudova bilo u skladu s Ustavom. Građanski sudovi kod tumačenja propisa o autorskim pravima moraju voditi računa o zaštiti prava vlasništva u skladu s Ustavom, ukoliko europsko pravo tu ostavlja slobodan prostor za interpretaciju. Ako sudovi očito smatraju da je preko prava EU provedena potpuna harmonizacija, bez da su uputili prethodno pitanje Sudu Europske unije, to podliježe provjeri Saveznog ustavnog suda, koji pritom nije ograničen samo na

kontrolu arbitrarnosti. Ukoliko država članica nema slobodan prostor u tumačenju, sudovi moraju provjeriti je li europsko pravo koje se primjenjuje u konkretnoj situaciji spojivo s temeljnim pravima iz propisa EU, te je li potrebno pokrenuti postupak prethodnog pitanja na Sudu Europske unije.

Prema tim kriterijima osporenom presudom nije povrijeđeno autorsko pravo podnositelja ustavne tužbe sadržano u čl. 14. st. 1. Temelnog zakona na kontrolu distribucije replika namještaja. Pretpostavci njemačkog Vrhovnog suda da Direktiva o autorskim pravima u tumačenju Suda Europske unije ne ostavlja prostora da se puko ustupanje plagijata namještaja radi korištenja uvrsti u zaštitu autorskih prava, s gledišta Ustava ne može se prigovoriti. Sud Europske unije u paralelnom postupku nije spomenuo eventualni manevarski prostor glede implementacije, a proširenje pojma „distribucije“ izričito je prepustio europskom zakonodavcu. Savezni vrhovni sud stoga je mogao poći od toga da mu presuda Suda Europske unije ne ostavlja slobodan prostor za tumačenje čl. 17. njemačkog Zakona o autorskom pravu (UrhG) u skladu s Ustavom.

3. Osporenom odlukom podnositelj tužbe nije prikraćen za svoje pravo na zakonitog suca (čl. 101. st.1. al.2. Temelnog zakona). Prema sudskoj praksi Suda Europske unije, nacionalni sud koji je zadnja instanca mora ispuniti svoju obvezu postavljanja prethodnog pitanja Sudu Europske unije ako se kod postupka u tijeku pojavi pitanje vezano uz europsko pravo, osim ako sud nije ustanovio da to pitanje nije relevantno za odluku, da je ono već bilo predmet tumačenja od strane Suda Europske unije ili da je ispravna primjena europskog prava toliko očita da nema prostora za razumnu sumnju. Savezni vrhovni sud provjerava samo je li primjena tih pravila očigledno neodrživa.

Budući da je Savezni vrhovni sud pitanja koja je smatrao relevantnim za odluku u paralelnom postupku uputio Sudu Europske unije, čak ni u slučaju spora nije načelno pogrešno procijenio svoju obvezu pokretanja postupka prethodnog pitanja. Iz osporene presude razvidno je prihvatljivo uvjerenje da čl. 4. st. 1. Direktive o autorskim pravima sadrži u cijelosti harmonizirane odredbe o pravu distribucije te da je Sud Europske unije konačno i opsežno razjasnio kako treba protumačiti pojam „distribucija“ iz Direktive.

Drugi dio

Temeljna prava

(čl. 1–19. Temeljnog zakona)

§ 2.

**Opće pravo osobnosti
(čl. 2. I. u vezi s čl. 1.
I. Temeljnog zakona)**

3) BVerfGE 128, 1
(Gentechnikgesetz / Zakon o genetskoj tehnologiji)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 108/2010 od 24. studenog 2010.

Odluka od 24. studenog 2010.
- 1 BvF 2/05 -

Zahtjev za ocjenu ustavnosti Zakona o genetskoj tehnologiji se odbija

Prvi senat Saveznog ustavnog suda danas je objavio svoju odluku u postupku kontrole ustavnosti Zakona o genetskoj tehnologiji (GenTG) vlade savezne zemlje Sachsen-Anhalt u svezi:

- definicija pojmova „organizam modificiran primjenom genetskih tehnologija“ i „puštanje u promet“ (čl. 3. toč. 3. i 6. GenTG),
- registra lokacija (čl. 16a GenTG),
- postupanja s proizvodima puštenim u promet (čl. 16b GenTG) i
- zahtjeva u slučaju negativnih posljedica uporabe (čl. 36a GenTG)

i utvrdio da su čl. 3. toč. 3. i 6, čl. 16a st. 1. do 5, čl. 16b st. 1. do 4. i čl. 36a Zakona o genetskoj tehnologiji u verziji koja je zadnji puta izmijenjena člankom 1. Zakona o izmjenama zakona o genetskoj tehnologiji, izmjenama zakona kojim se implementiraju Uredbe EU o genetskoj tehnologiji i izmjenama Uredbe o novim prehrambenim proizvodima i sastojcima prehrambenih proizvoda od 1. travnja 2008. (Službeni list I, str. 499), u skladu s njemačkim Ustavom.

Informacije o zahtjevu za kontrolu ustavnosti zakona mogu se naći u Priopćenju za tisak br. 29/2010 od 5. svibnja 2010. Priopćenje se nalazi na web stranici Saveznog ustavnog suda.

Odluka se uglavnom temelji na sljedećem obrazloženju:

Osporene norme su formalno i materijalno-pravno u skladu s Ustavom.

1. Zakonodavna nadležnost savezne razine proizlazi iz čl. 74. st. 1 br. 26, 2. alter. Ustava, na kojem se temelju nadležnost saveznog zakonodavca za uređivanje propisa o genetskim tehnologijama, koja osim humane genetike, obuhvaća i korištenje genetskih tehnologija kod životinja i biljaka.

2. Ako osporeni propisi zadiru u temeljno pravo na zaštitu osobnih podataka (čl. 2 st. 1. u vezi sa čl. 1. st. 1 Temelnog zakona), slobodu znanosti (čl. 5. st. 3. al. 1 Temelnog zakona), slobodu izbora zanimanja (čl. 12. st. 1. Temelnog zakona) i vlasništvo (čl. 14. st. 1. Temelnog zakona), to je zadiranje opravdano.

a) Zakonodavac osporenim regulativom slijedi legitimne ciljeve od općeg dobra, pri čemu mu se kod ostvarivanja tih ciljeva – upravo s obzirom na široku društvenu i znanstvenu debatu o korištenju genetske tehnologije i primjerenoj državnoj regulativi – mora velikodušno priznati veća sloboda kod odlučivanja.

Mogućnošću ciljanih promjena genskog materijala genetska tehnologija zadire u elementarne strukture života. Posljedice takvih zahvata jako se teško, ako uopće, mogu retroaktivno poništiti. Kad je jednom unesen, širenje genski modificiranog materijala u okolišu samo se teško, a možda ni uopće, ne može ograničiti. S obzirom na to da ne postaje konačne znanstvene spoznaje o dugoročnim posljedicama korištenja genetskih tehnologija, zakonodavac ima obvezu posebno brižnog postupanja. Kod donošenja pravnih propisa mora ne samo pronaći ravnotežu između interesa koji potpadaju pod zaštitu temeljnih prava a na koje s jedne strane utječe korištenje genetskih tehnologija, a s druge strane i regulativa iz tog područja, već istovremeno mora voditi računa i o svojoj zadaći sadržanoj u čl. 20a Temelnog zakona da zaštiti prirodnu životnu osnovu i za buduće generacije.

Namjeravanom zaštitom posebice ljudi, okoliša i tuđeg vlasništva od štetnih utjecaja uslijed korištenja genetski modificiranih organizama i prevencijom nastanka takvih opasnosti (vidi: čl. 1. toč. 1. GenTG), osiguranjem koegzistencije različitih oblika poljoprivredne proizvodnje (vidi: čl. 1. toč. 2. GenTG) i uravnoteženjem interesa vlasnika susjednih zemljišta, štite se prije svega ljudski život, zdravlje, okoliš, te vlasništvo i sloboda izbora zanimanja kao ustavom zaštićena dobra koja bi u suprotnom bila ugrožena. Pojačani su daljnji važni interesi priznati i u europskom pravu, kao što je zaštita potrošača i pravo na informacije. Uspostavljanjem registra lokacija zakonodavac je ostvario transparentnost kojoj se teži kod ciljanog unošenja genetski modificiranih organizama u okoliš i dao važan doprinos procesu stvaranja javnog mijenja, što predstavlja samostalnu i legitimnu svrhu zakonodavstva. Kako bi se postigla takva transparentnost, dopušteno je da se javnosti omogućiti pristup određenim podacima općenito i nevezano uz neku drugu svrhu. Pravo na zaštitu podataka generalno ne isključuje stvaranje općih, javnih [baza] podataka, uključujući i osobne podatke.

b) Oспоравана regulativa je primjerena i nužna za ostvarenje tih svrha. Pritom nije povrijeđeno ni načelo razmjernosti u užem smislu.

aa) Novom definicijom pojmova „organizam modificiran primjenom genetskih tehnologija“ i „puštanje u promet“ (čl. 3. toč. 3. i 6. GenTG) zakonodavac je osigurao da i odobreni pokušaji uvođenja u okoliš i njihove nenamjeravane posljedice podliježu ovlastima države u smislu kontrole i intervencija te odgovornosti za posljedice istraživanja sukladno Zakonu o genetskoj tehnologiji. Okolnost da se može raditi o nenamjeravanim slučajevima ili incidentima koji se tehnički nisu dali izbjeći ne umanjuje rizik od neželjenih ili štetnih i eventualno ireverzibilnih posljedica, koji proizlazi iz unošenja genetski modificiranih organizama u okoliš i tržišnog plasmana genetski modificiranih proizvoda, kojim se može ovladati samo ako se postupa s najvećom mogućom brižnošću. Zakonodavac bi se, osim toga, izložio opasnosti da ne ispuni svoju odgovornost za očuvanje prirodne životne osnove.

bb) U registru lokacija za cijeli teritorij Savezne Republike Njemačke vode se podaci o uvođenju u okoliš i uzgoju genetski modificiranih organizama, kako bi se omogućio nadzor eventualnih negativnih posljedica tih organizama, posebice na ljude, okoliš i poljoprivrednu proizvodnju koja se ne služi genetskim tehnologijama, te kako bi se mogla informirati javnost. Podjelom registra lokacija (čl. 16a GenTG) na dio pristupačan široj javnosti i dio kojem javnost ne može pristupiti, zakonodavac je pronašao održiv kompromis između interesa države i javnosti da dobiju informacije s jedne strane, a s druge strane interesa dotičnih osoba na tajnost podataka, kojemu se s gledišta ustavnog prava ne može prigovoriti. Zakonskoj se regulativi posebice ne može prigovoriti da se uspostavljanjem registra lokacija povećava vjerojatnost namjernog uništavanja genetski modificiranih kultura. Već je prije uvođenja tog registra u nekoliko navrata došlo do ometanja uvođenja u okoliš i sadnje genetski modificiranih organizama, što treba suzbiti primjenom propisa o policiji i kaznenopravnih propisa.

cc) Osporene odredbe o postupanju s proizvodima puštenim u promet iz čl. 16b Zakona o genetskim tehnologijama nadležnim službama i specijaliziranim sudovima ostavljaju dovoljno slobodnog prostora kako bi osigurali razmjernu primjenu obveze provođenja preventivnih mjera, pridržavanja dobre stručne prakse te zahtjeva vezanih uz kvalifikacije osoba i opreme u konkretnom slučaju. To se posebice odnosi na pitanje što se u konkretnom slučaju podrazumijeva pod obvezom provođenja preventivnih mjera i pod dobrom stručnom praksom. Ti općenito formulirani zahtjevi dopuštaju da se na primjeren način uzmu u obzir stvarni okvirni uvjeti za postupanje s genetski modificiranim organizmima te da se sadržaj tih obveza ograniči na onu mjeru koja je nužna za izbjegavanje značajnih negativnih utjecaja na zaštićena dobra iz čl. 1. toč. 1 i 2 Zakona o genetskoj tehnologiji.

dd) Člankom 36a Zakona o genetskoj tehnologiji nije uspostavljena nova posebna odgovornost za korištenje genetski modificiranih organizama, već se njime konkretizira i dopunjuje postojeća odgovornost remetitelja iz građansko-pravnih odredbi o susjedskim pravima (čl. 1004, 906 Građanskog zakonika), neovisno

o krivnji, a ta se odredba uklapa u tu sistematiku. Ta dopuna i konkretizacija odredbi o susjedskim pravima predstavlja primjerenu i odmjerenu ravnotežu između suprotstavljenih interesa, dajući doprinos podnošljivoj koegzistenciji konvencionalnih i ekoloških proizvodnih metoda te onih kod kojih se primjenjuju genetske tehnologije, kao i stvarnoj mogućnosti odabira proizvođača i potrošača.

ee) Ukupno uzevši, ne može se prigovoriti zakonodavcu što je kod vaganja interesa odlučio u korist općih interesa, posebno s obzirom na nepoznate učinke genetske tehnologije, a granica prihvatljivosti s gledišta adresata norme – čak i ako se radi o istraživačkim svrhama – nije prekoračena.

3. Nije povrijeđeno ni opće načelo jednakosti iz čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona. Ukoliko bi se različita činjenična stanja nejednako tretirala, to počiva na stvarnim i pravnim posebnostima primjene genetske tehnologije, te je opravdano ciljevima od općeg dobra koje slijedi zakonodavac.

§ 3.

**Pravo na pravično suđenje
(čl. 2. I. u vezi sa čl. 20.
III. Temeljnog zakona)**

4) 2 BvR 2048/13
(Verständigung im Strafverfahren / Sporazum u kaznenom postupku)

Savezni ustavni sud
Priopćenje za tisak br. 079/2014 od 17. rujna 2014.
Odluka od 25. kolovoza 2014.
- 2 BvR 2048/13 -

Sporazum u kaznenom postupku: obavezna pouka optuženika prije davanja suglasnosti

Zakonski propisana pouka optuženika u okviru sporazuma ne samo da mora uslijediti prije njegovog priznanja, nego i prije nego što izjavi da je suglasan sa sporazumom. To slijedi iz prava optuženika na pravičan postupak u skladu s načelima pravne države te ustavnopravnom načelu da svaka osoba može autonomno odlučivati o svom sudjelovanju u kaznenom postupku. Ako se optuženika pouči tek nakon što je dao suglasnost za sporazum, tada će njegovo priznanje i presuda u kaznenom postupku u pravilu počivati na povredi temeljnog prava. Da bi donio drugačiju ocjenu, revizijski sud u pojedinom slučaju morao bi utvrditi konkretne činjenice. Stoga je Drugo vijeće drugog senata Saveznog ustavnog suda ukinulo osporenu presudu revizijskog suda i predmet vratio na ponovno suđenje.

Činjenično stanje i tijek postupka:

Presudom od 19. prosinca 2012. Zemački sud u Berlinu osudio je podnositelja tužbe zbog kaznenog djela zlouporabe opojnih sredstava na zatvorsku kaznu od 6 godina. Presudi je prethodio prijedlog sporazuma, koji je inicirao optuženikov branitelj. Kazneno vijeće je obećalo podnositelju tužbe da neće biti osuđen na zatvorsku kaznu dulju od 6 godina i 6 mjeseci ako, između ostalog, dade vjerodostojno priznanje i odrekne se svih novčanih sredstava i predmeta koji su mu oduzeti. Podnositelj tužbe, njegov branitelj i državno odvjetništvo suglasili su se s prijedlogom Kaznenog vijeća, ali je podnositelj tužbe tek nakon toga poučen u skladu s čl. 257c st. 5 Zakona o kaznenom postupku (StPO). Optuženik je priznao krivnju tjedan dana kasnije, na sljedećoj glavnoj raspravi. Podnositelj je uložio reviziju i iznio prigovor da ga Zemački sud nije poučio pri iznošenju prijedloga o sklapanju sporazuma. Savezni vrhovni sud je reviziju odbacio presudom od 7. kolovoza 2013.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Osporenim odlukama Zemaljskog suda u Berlinu i Saveznog vrhovnog suda povrijeđeno je pravo podnositelja tužbe na pravičan postupak u skladu s načelima pravne države, a također je povrijeđeno njegovo pravo da ne tereti samog sebe (čl. 2 st. 1 u vezi s čl. 20 st. 3 Temeljnog zakona).

1. Načelo prava optuženika da ne tereti samoga sebe utemeljeno je u načelu pravne države i ima ustavni rang. Okrivljenik bez ikakve prisile mora na vlastitu odgovornost moći odlučiti hoće li i eventualno u kojoj mjeri sudjelovati u kaznenom postupku.

Sporazum je u pravilu spojiv s načelom pravičnog postupka samo onda ako je optuženik prije zaključenja sporazuma poučen o tome da on ima samo ograničen obvezujući učinak za sud. Samo je tako zajamčeno da može autonomno donijeti odluku o tome hoće li dalje koristiti svoje pravo na uskratu iskaza ili će se upustiti u sporazum.

Vjerojatnost sporazuma optuženiku omogućava da svojim ponašanjem na određeni način utječe na ishod postupka. Za razliku od glavne rasprave kod uobičajenog postupka, on svojim priznanjem može dobiti obećanje gornje granice kazne, koja načelno obvezuje sud, a time i izvjesnost glede ishoda postupka. Stoga optuženik mora znati da ta obveza suda nije apsolutna, te da ne vrijedi pod određenim okolnostima, s kojima također mora biti upoznat. Samo će tako biti u stanju samostalno procijeniti dalekosežne posljedice i rizike sudjelovanja u sporazumu. Stoga obveza o pouci iz čl. 257c st. 5 Zakona o kaznenom postupku (StPO) nije samo regulatorni propis, nego je od središnjeg značenja za osiguranje načela pravičnog postupka u skladu s postulatima pravne države i prava optuženika da ne tereti samog sebe.

Sporazum bez prethodne pouke načelno predstavlja povredu prava optuženika na pravičan postupak i prava da ne tereti sebe. Kod povrede obveze poučavanja optuženika o pravima u okviru provjere od strane revizijskog suda u pravilu će se poći od toga da i priznanje, a time i presuda, počivaju na toj povredi. Ako se može isključiti uzročno-posljedična veza između pogreške u pouci i priznanja, to će konkretno morati utvrditi revizijski sud.

2. Osporene odluke ne ispunjavaju ustavnopravne kriterije.

Savezni vrhovni sud previđa presudno značenje obveze pouke za navedena temeljna prava. Isključuje mogućnost da se priznanje krivnje (a time i presuda Zemaljskog suda) temelji na povredi obveze poučavanja optuženika, budući da polazi od toga da bi optuženik priznao krivnju i u slučaju da je uredno poučen. Međutim, taj se zaključak ne temelji na utvrđenim činjenicama, kod kojih je konkretno uzeta u obzir i volja optuženika. Štoviše, općenito se polazi od pretpostavke da optuženik zastupan po odvjetniku nipošto nije mogao dati priznanje pod utjecajem sporazuma

zaključenog bez prethodne pouke, ako je ono uslijedilo nakon roka za promišljanje od tjedan dana uz sudjelovanje branitelja, pri čemu je njegov branitelj sam inicirao sporazum. Provjera temelji li se presuda na povredi obveze pouke koja je do te mjere odvojena od konkretnog slučaja nije u skladu s gore navedenom iznimkom od pravila.

Ne može se isključiti da bi Savezni vrhovni sud donio drugačiju odluku da je primijenio ustavnopravna mjerila. Stoga se osporena odluka Saveznog vrhovnog suda ukida i predmet vraća na ponovno suđenje.

Članak 257c st. 4 i 5 Zakona o kaznenom postupku glasi:

„(4) Obveza suda da poštuje sporazum prestaje, ako su previđene pravno ili stvarno značajne okolnosti, ili ako su nastupile nove okolnosti zbog kojih je sud došao do uvjerenja da obećana kazna više nije primjerena djelu ili krivnji. Isto vrijedi i u slučaju da daljnje ponašanje optuženika tijekom postupka ne odgovara ponašanju na kojem se temelji predviđanje suda. U takvim se slučajevima priznanje optuženika ne smije koristiti. Sud je dužan odmah izvijestiti o takvom odstupanju.

(5) Optuženika se mora poučiti o pretpostavkama i posljedicama odstupanja suda od obećanog ishoda u skladu sa stavkom 4.“

§ 4.

Pravo na život i tjelesni integritet

(čl. 2. II. 1. Temeljnog zakona)

5) BVerfGE 46, 160 (Schleyer / predmet Schleyer)

Granice kontrole Ustavnog suda kod suzbijanja terorističkih ucjena kojima se ugrožava život.

**Odluka prvog senata od 16. listopada 1977.
- 1 BvQ 5/77 -**

IZREKA ODLUKE

Zahtjev za donošenje privremene mjere se odbija.

OBRAZLOŽENJE

A.

1. Nakon što su ubijene osobe u njegovoj pratnji, podnositelja zahtjeva su 5. rujna 1977. oteli teroristi i otada je u njihovim rukama. Otmičari su njemačkoj Vladi i Saveznom uredu kriminalističke policije uvjetovali puštanje podnositelja ispunjenjem određenih zahtjeva, te u slučaju neispunjenja tih zahtjeva zaprijetili njegovim „smaknućem“. Između ostalog, traže da se iz pritvora, odnosno zatvora na slobodu pusti 11 poimence poznatih terorista, te da im se dopusti da napuste Saveznu Republiku Njemačku.

Pravni zastupnici podnositelja zahtjeva traže da se donese sljedeće privremena mjera:

„Protivnici zahtjeva moraju odobriti zahtjev otmičara [...] da se na slobodu puste zatvorenici koje su otmičari poimence naveli te im odobriti izlazak iz Savezne Republike Njemačke kao neophodno nužan uvjet za otklanjanje postojeće prijeteće opasnosti po život podnositelja zahtjeva [...]“

[...]

Sud je upoznat s tim da je život podnositelja zahtjeva vrlo ozbiljno ugrožen. S obzirom na rezolutnost terorista, odbijanje ispunjenja njihovog glavnog zahtjeva predstavljalo bi isto što i svjestan negativan utjecaj državne vlasti na tjelesni integritet i život podnositelja zahtjeva. Temeljem čl. 2. st. 2. Temelnog zakona država je obvezna zaštititi život, to znači prije svega znači da život mora čuvati od protupravnog djelovanja trećih osoba (usp. BVerfGE 39, 1 [42]). Za razliku od toga, protivnici zahtjeva se ne smiju pozvati na to da ih zaštita viših pravnih dobara obvezuje na žrtvovanje života podnositelja zahtjeva; jer ne postoji više

pravno dobro od života. Niti ih pravni propisi ne priječe da zatvorenike puste na slobodu, jer bi se opravdano mogli pozvati na izvanredno stanje (čl. 34. Kaznenog zakonika).

[...]

Protivnici zahtjeva do sada nisu prihvatili zahtjeve terorista otmičara, premda od 13. 10. 1977. godine, nakon otmice zrakoplova Lufthanse, o odluci protivnika zahtjeva ovisi život još 91 osobe. To potvrđuje koliko je ovaj zahtjev hitan i utemeljen.

2. U ime njemačke vlade očitovao se savezni ministar pravosuđa. On smatra da je zahtjev neutemeljen. Članak 2, st. 2 al. 1 Temelnog zakona obvezuje državu da štiti život čovjeka od napada trećih osoba. Međutim, u predmetnom slučaju odgovorna državna tijela moraju odvagnuti sljedeće: s jedne strane trebalo bi poduzeti sve što je moguće kako bi se zaštitio život podnositelja zahtjeva. S druge strane, prihvaćanjem zahtjeva otmičara u najvećoj mjeri ugrozili bi se životi drugih (nedužnih) ljudi, jer je jedanaestoro terorista koji se nalaze u zatvoru iznimno opasno. Po puštanju na slobodu bi, kao što se vidjelo nakon otmice Lorenza, nastavili sa svojim zločinačkim djelovanjem. Njihovi zahtjevi upereni su protiv temelja vladavine prava. Ukoliko bi ih ispunila, država više ne bi mogla jamčiti zaštitu. U toj izvanrednoj situaciji nema odluke koju bi se prema mjerilima Ustava moglo nazvati jedinom ispravnom odlukom. Štoviše, odgovornim državnim tijelima trebalo bi ostaviti slobodan prostor za ocjenu i odlučivanje. Načelo „judicial self-restraint“ (usp. BVerfGE 36, 1 [14 ff.]), usmjereno na to da se drugim ustavnim tijelima ostavi otvoren prostor za slobodno stvaranje politike zajamčeno Ustavom, stoga bi trebalo vrijediti i u ovom slučaju.

[...]

B.

Zahtjev za donošenje privremene mjere je dopušten. Doduše, privremenom mjerom ne smije se anticipirati ishod glavnog predmeta (usp. BVerfGE 3, 41 [43] i stalnu sudsku praksu). No mjere koje je zatražio podnositelj zahtjeva idu u smjeru takve anticipacije. Međutim, time se ne dovodi u pitanje dopuštenost zahtjeva, budući da bi u postojećim okolnostima odluka u glavnom predmetu mogla stići prekasno (BVerfGE 34, 160 [163]). No u ovakvim slučajevima provjera zahtjeva ne može se ograničiti na uobičajeno odvagivanje posljedica koje je inače nužno (usp. BVerfGE 12, 276 [279] i stalnu sudsku praksu). Štoviše, kod ukupne provjere treba poći od toga kako bi mogla izgledati odluka u glavnom predmetu.

C.

Iz te provjere proizlazi da zahtjev ne može imati izgleda za uspjeh.

I.

Članak 2, st. 2, al. 1 u vezi s čl. 1, st. 1. al. 2 Temelnog zakona obvezuje državu da štiti život svakog čovjeka. Ta obveza zaštite je sveobuhvatna. Ona nalaže državi da se zaštitnički i pokroviteljski postavi u odnosu na taj život, a to znači prije svega da ga zaštiti od nezakonitog djelovanja trećih osoba (BVerfGE 39, 1 [42]). Prema toj dužnosti imaju se ravnati sva državna tijela, ovisno o posebnim zadaćama koje vrše. Budući da ljudski život predstavlja najvišu vrednotu, tu obvezu zaštite treba shvatiti posebno ozbiljno.

II.

Odluka o tome na koji će način državna tijela ispuniti svoju obvezu učinkovite zaštite života, načelno je njihova vlastita odgovornost. Ona odlučuju o tome koje su mjere zaštite svrsishodne i nužne, kako bi se zajamčila učinkovita zaštita života (BVerfGE *ibid.* str. 44). Sloboda odabira sredstava kojima će zaštititi život u posebnim slučajevima može se suziti na odabir nekog određenog sredstva, ako se djelotvorna zaštita života ne bi mogla ostvariti na drugi način. Za razliku od sasvim razumljivog shvaćanja podnositelja zahtjeva, to ovdje nije slučaj.

Osobitost zaštite od terorističkih ucjena kojima se ugrožava život posebice karakterizira to što nužne mjere koje bi trebalo poduzeti moraju biti prilagođene raznolikim pojedinačnim situacijama. Niti ih se može općenito unaprijed propisati normama, niti se mogu izvesti kao norma iz nekog individualnog temeljnog prava. Ustavom se utemeljuje obveza zaštite ne samo pojedinca, već i svih građana. Učinkovito ostvarivanje te obveze podrazumijeva da su nadležna državna tijela u stanju primjereno reagirati na posebne okolnosti pojedinačnog slučaja, a već to isključuje mogućnost ograničavanja na neko određeno sredstvo. Osim toga, određivanje tog sredstva ne može se izvesti iz Ustava, jer bi onda reakcija države za teroriste već unaprijed bila predvidiva. Time bi se državi onemogućila djelotvorna zaštita svojih građana. To bi bilo u nespojivom proturječju sa zadaćama države koje proizlaze iz čl. 2, st. 2, al. 1. Temelnog zakona.

[...]

Obzirom na navedenu ustavno-pravnu situaciju, Ustavni sud ne može nadležnim državnim tijelima propisati određenu odluku. Stoga protivnici zahtjeva moraju odlučiti koje će mjere poduzeti radi ispunjenja svojih obveza zaštite.



§ 5.

Osobna sloboda

(čl. 2. II. 2. Temeljnog zakona)

6) BVerfGE 128, 326
(EGMR – Zur nachträglichen
Sicherungsverwahrung / Europski sud za ljudska
prava – O naknadnom izricanju mjere
„sigurnosnog zatvora“)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 31/2011 od 4. svibnja 2011.

Odluka od 4. svibnja 2011.
Mjera „sigurnosnog zatvora“ nakon odsluženja kazne I
- 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10 -
Mjera „sigurnosnog zatvora“ nakon odsluženja kazne II
- 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 -

**Odredbe o mjeri „sigurnosnog zatvora“ nakon odsluženja kazne
protuustavne**

Savezni ustavni sud je danas objavio svoju odluku koja se odnosi na ustavne tužbe četvorice zatvorenika koji su nakon odsluženja kazne zadržani u „sigurnosnom zatvoru“ po isteku nekoć važećeg maksimalnog roka od 10 godina (Mjera „sigurnosnog zatvora“ nakon odsluženja kazne I), odnosno zbog naknadnog izricanja te sigurnosne mjere (Mjera „sigurnosnog zatvora“ nakon odsluženja kazne II).

Informacije o činjeničnom stanju mogu se naći u Priopćenju za tisak br. 117/2010 od 16. prosinca 2010. godine, koje se može naći na Web stranici Saveznog ustavnog suda.

Drugi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je da propisi Kaznenog zakonika i Zakona o sudovima za mladež o izricanju sigurnosne mjere i trajanju „sigurnosnog zatvora“ nakon odsluženja kazne nisu spojivi s temeljnim pravom na slobodu iz čl. 2. st. 2. al. 2 u vezi s čl. 104. st. 1. Temeljnog zakona, zato što ne udovoljavaju zahtjevima nužne ustavnopravne distinkcije.

Osim toga, propisi o naknadnom produljenju mjere „sigurnosnog zatvora“ nakon odsluženja kazne po isteku nekoć važećeg maksimalnog roka od 10 godina i

naknadnom izricanju te sigurnosne mjere u kaznenom pravu, uključujući propise o maloljetnicima, a koji su osporeni ustavnim tužbama, predstavljaju povredu obveze zaštite građana od štetnih posljedica zakonskih promjena (zaštita povjerenja) iz čl. 2. st. 2. al. 2 u vezi s čl. 20. st. 3 Temeljnog zakona.

Savezni ustavni sud naložio je da se propisi koje je proglasio protuustavnima imaju primjenjivati samo do stupanja na snagu novih zakonskih odredaba, a najdulje do 31. svibnja 2013. godine, te u bitnome donio sljedeće prijelazne odredbe:

1. U tzv. „starim slučajevima“, kada su osobe bile u „sigurnosnom zatvoru“ nakon odsluženja kazne dulje (od ranijeg roka) od 10 godina, te u slučajevima naknadnog izricanja te sigurnosne mjere, mjera „sigurnosnog zatvora“ smije se izvršiti i naložiti samo ako konkretne okolnosti vezane uz osobu ili njezino ponašanje upućuju na to da postoji znatna opasnost od počinjenja najtežih nasilničkih ili seksualnih delikata a osoba boluje od psihičkog poremećaja u smislu čl. 1. st. 1. toč. 1 Zakona o terapiji i hospitalizaciji psihički poremećenih nasilnika (ThUG). Sudovi nadležni za izvršenje mjera odmah moraju provjeriti jesu li ispunjene pretpostavke za produljenje „sigurnosnog zatvora“ a u suprotnom moraju naložiti puštanje zatvorenika na slobodu najkasnije do 31. prosinca 2001.

2. Ostali propisi o izricanju sigurnosne mjere i trajanju „sigurnosnog zatvora“ tijekom prijelaznog razdoblja smiju se primjenjivati samo pod uvjetom striktno provjere razmjernosti mjere, koja je u pravilu dana samo ako postoji opasnost od budućeg počinjenja teških nasilničkih ili seksualnih delikata od strane dotične osobe.

Senat je ukinuo presude osporene ustavnim tužbama, koje su počivale na protuustavnim propisima, zato što predstavljaju povredu temeljnog prava podnositelja tužbi na slobodu, te ustavnopravne zaštite povjerenja, odnosno zaštite od negativnih posljedica retroaktivne promjene zakonskih propisa, pa je stoga te predmete vratio specijaliziranim sudovima na ponovno odlučivanje.

Odluke se u bitnim crtama temelje na sljedećim obrazloženjima:

I. Tumačenje Ustava u skladu s međunarodnim pravom

1. Pravomoćnost odluke Ustavnog suda od 5. veljače 2004. - 2 BvR 2029/01 -, kojom se ukida nekoć važeća maksimalna gornja granica mjere „sigurnosnog zatvora“ od 10 godina, kao i primjena te nove regulative na tzv. „stare slučajeve“ je proglašena protuustavnom, no to ne predstavlja procesnu zapreku za dopuštenost ustavnih tužbi. Naime, odluke Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) koje sadrže nove aspekte tumačenja Ustava izjednačene su s pravno značajnim izmjenama, koje mogu dovesti do prevladavanja [problema] pravomoćnosti odluke Saveznog ustavnog suda. Takva je situacija s obzirom na presudu ESLJP-a od 17. prosinca 2009. godine, kojom je ESLJP utvrdio da retroaktivno produljenje mjere „sigurnosnog zatvora“ predstavlja povredu prava na slobodu iz čl. 5. Europske

konvencije o ljudskim pravima, ali i povredu čl. 7. Konvencije o zabrani retroaktivne primjene propisa.

2. Europska konvencija o ljudskim pravima s gledišta nacionalnog pravnog sustava po rangu je ispod Ustava. Međutim, odredbe Ustava treba tumačiti u skladu s međunarodnim pravom. Tekst Konvencije i sudska praksa ESLJP-a na razini ustavnog prava služe kao pomoć u tumačenju kod određivanja sadržaja i domašaja temeljnih prava i načela pravne države Ustava.

Tumačenje u skladu s međunarodnim pravom ne iziskuje shematsko ujednačavanje izjava Ustava s onima u Europskoj konvenciji o ljudskim pravima, već preuzimanje ocjena ESLJP-a, ako je to metodološki opravdano i spojivo s postavkama Ustava.

II. Povreda temeljnog prava na slobodu - zahtjev za distinkcijom

Duboko zadiranje u temeljno pravo na slobodu sadržano u mjeri „sigurnosnog zatvora“ ne može se opravdati samo striktnom provjerom razmjernosti i pridržavanjem striktnih zahtjeva u vezi presuda na kojima se temelji, te načinu izvršenja te sigurnosne mjere. Postojeće odredbe o mjeri „sigurnosnog zatvora“ ne ispunjavaju ustavnopravne (minimalne) zahtjeve vezane uz način izvršenja mjere.

Temeljno različita ustavnopravna osnova na kojoj počiva legitimitet i definirana svrha zatvorske kazne i mjere „sigurnosnog zatvora“ iziskuju jasnu distinkciju lišavanja slobode kod te sigurnosne mjere u odnosu na izdržavanje kazne (tzv. zahtjev ili nužnost distinkcije). Dok zatvorska kazna služi kao retorizacija za skrivljeno počinjena kaznena djela, lišavanje slobode kod osoba protiv kojih je izrečena mjera „sigurnosnog zatvora“ slijedi samo preventivnu svrhu, naime sprječavanje budućih kaznenih djela. Ono počiva samo na prognozi opasnosti i istovremeno dotičnoj osobi nameće posebnu žrtvu u interesu javne sigurnosti. Ta sigurnosna mjera stoga se može opravdati samo onda kada je zakonodavac glede načina izvršenja te mjere u dovoljnoj mjeri vodio računa o posebnom karakteru imanentnog zadiranja u temeljna prava te se pobrinuo da se osim nužnog lišavanja „vanjske“ slobode izbjegnu dodatna opterećenja. O tomu se mora voditi računa time što će izvršenje te mjere biti s jedne strane usmjereno na slobodu, a s druge strane na terapiju, iz koje je kako za zatvorenike u režimu sigurnosne mjere, tako i za javnost razvidan isključivo preventivni karakter te sigurnosne mjere. Za to je potrebna sveobuhvatna koncepcija „sigurnosnog zatvora“ s jasnom terapijskom orijentacijom radi postizanja cilja minimiziranja opasnosti koju zatvorenik predstavlja za javnost, kako bi se na taj način trajanje lišavanja slobode svelo samo na apsolutno nužnu mjeru. Perspektiva ponovnog stjecanja slobode mora jasno odrediti praksu „sigurnosnog zatvora“. Takvo poštivanje nužne distinkcije usmjereno na slobodu vodi računa o ocjenama Europskog suda za ljudska prava u vezi čl. 7. st. 1. Europske konvencije o ljudskim pravima, koji je u svojoj presudi od 17. prosinca 2009. ocijenio da „sigurnosni zatvor“ zbog nedovoljne distinkcije u

odnosu na izdržavanje kazne ima karakter sankcije i tražio da ona bude povezana s posebnom individualnom podrškom zatvoreniku.

Ustavnopravni zahtjev distinkcije obvezujući je za cijelu državnu vlast, a adresiran je prije svega na zakonodavca koji ima zadaću razviti i normativno definirati odgovarajuću koncepciju „sigurnosnog zatvora“. Pritom mora obuhvatiti barem sljedeće aspekte: „sigurnosni zatvor“ smije se naložiti i izvršiti samo kao posljednje sredstvo. Nužna terapija mora započeti na vrijeme, već tijekom ranijeg izdržavanja kazne, a mora biti toliko intenzivna da se, ako je moguće, može dovršiti prije isteka kazne. Najkasnije prije početka izvršenja mjere „sigurnosnog zatvora“ mora se provesti opsežna kontrola terapije koja udovoljava modernim znanstvenim kriterijima, na temelju koje će se izraditi plan izvršenja mjere, kao i intenzivan terapijski tretman zatvorenika u režimu sigurnosne mjere od strane kvalificiranog stručnog osoblja, koji otvara realnu perspektivu za puštanje na slobodu. U svezi s time treba poticati zatvorenika na suradnju, ciljano radeći na njegovoj motivaciji. Život u „sigurnosnom zatvoru“ treba, vodeći računa o posebnom preventivnom karakteru te mjere, prilagoditi općim životnim uvjetima, osim ako to nije moguće iz sigurnosnih razloga. To, doduše, ne iziskuje potpunu prostornu odvojenost od ustanove za izdržavanje kazne, ali bi smještaj trebao biti odvojen, u posebnim zgradama ili na odjelima koji udovoljavaju potrebama terapije, omogućuju kontakte s obitelji ili vanjske socijalne kontakte i raspoložu dostatnim kadrovskim resursima. Nadalje, zakonska koncepcija „sigurnosnog zatvora“ mora obuhvaćati smjernice vezane uz „blaži režim“ i pripremu za puštanje na slobodu. Zatvoreniku u režimu sigurnosne mjere osim toga treba omogućiti učinkovitu provedbu mjera umanjavanja opasnosti koju on predstavlja. Naposljetku, sud mora barem jednom godišnje provjeriti potrebu za daljnjim trajanjem mjere „sigurnosnog zatvora“.

Postojeća regulativa o „sigurnosnom zatvoru“ te posljedično i stvarno izvršenje te mjere ne ispunjavaju te zahtjeve. Štoviše, zakonodavac je sve više proširivao „sigurnosni zatvor“, ne vodeći računa o zahtjevu distinkcije koji je konkretiziran već u odluci Ustavnog suda od 5. veljače 2004. Institut „sigurnosnog zatvora“ je bez pridržavanja nužne distinkcije općenito uzevši nespojiv s temeljnim pravom na slobodu zatvorenika u režimu sigurnosne mjere. Savezni zakonodavac, kao i zakonodavci u saveznoj zemlji obvezni su zajedno razviti opću koncepciju „sigurnosnog zatvora“ usmjerenu na slobodu i na terapiju, koja odluku o mjerodavnim pitanjima neće prepustiti izvršnoj ili sudbenoj vlasti, već će definirati njihovo postupanje u svim bitnim područjima.

III. Povreda dužnosti zaštite povjerenja

Osim toga, propisi osporeni ustavnim tužbama o naknadnom produljenju „sigurnosnog zatvora“ po isteku nekoć važećeg maksimalnog roka od 10 godina te o naknadnom izricanju te sigurnosne mjere, predstavljaju povredu dužnosti zaštite povjerenja iz čl. 2. st. 2. al. 2. u vezi s čl. 20. st. 3. Temeljnog zakona, koje nalaže pravna država.

Ti propisi sadrže odredbe koje predstavljaju teško zadiranje u povjerenje dotičnog kruga osoba koje se nadaju da će mjera „sigurnosnog zatvora“ prestati po isteku 10 godina (u tzv. „starim slučajevima“), odnosno da će ta mjera izostati (u slučajevima naknadnog izricanja mjere). S obzirom na s time povezano znatno zadiranje u temeljno pravo na slobodu, pogođeni interesi zaštite povjerenja s gledišta ustavnog prava imaju veliku težinu, koja je tim veća ako uzmemo u obzir vrijednosne kriterije sadržane u Europskoj konvenciji o ljudskim pravima. Sukladno kriterijima čl. 7. st. 1. Europske konvencije posljedica nedovoljne distinkcije između izvršenja te sigurnosne mjere u odnosu na zatvorsku kaznu je ta da se povjerenje dotičnih osoba svojim značajem primiće apsolutnoj zaštiti povjerenja. Nadalje, kad se radi o osobama u režimu „sigurnosnog zatvora“ treba uzeti u obzir vrijednosne kriterije iz čl. 5. Europske konvencije. U skladu s njima, a vodeći računa o sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava, lišavanje slobode u slučajevima naknadnog produljenja ili izricanja mjere „sigurnosnog zatvora“ o kojima je ovdje riječ, može se praktički opravdati samo ako su ispunjeni preduvjet psihičkih poremećaja u smislu čl. 5. st. 1. al. 2 e) Europske konvencije o ljudskim pravima. Ta odredba iziskuje postojanje pouzdano dokazanog i trajnog psihičkog poremećaja. Zakonske odredbe stoga moraju predvidjeti izričite definicije elemenata kaznenog djela. Osim toga, opravdanje lišavanja slobode pretpostavlja da dotične osobe budu smještene u odgovarajuću ustanovu, uzimajući u obzir da se radi o osobama s psihičkim poremećajima.

Vodeći računa o tim ocjenama i s obzirom na znatno zadiranje u povjerenje osoba u režimu sigurnosnog zatvora čije je temeljno pravo na slobodu time narušeno, legitimna zakonodavna svrha osporenih propisa, naime da se javnost zaštiti od opasnih počinitelja kaznenih djela, u drugom je planu u odnosu na zaštitu povjerenja dotičnog kruga osoba. Retroaktivno naložena ili produljenja mjera lišavanja slobode u sigurnosnom zatvoru stoga se može smatrati razmjernom samo ako postoji nužna distinkcija u odnosu na kaznu, velika opasnost počinjenja najtežih seksualnih ili nasilničkih delikata koja proizlazi iz konkretnih okolnosti vezanih uz osobu ili ponašanje zatvorenika u sigurnosnom režimu uz ispunjenje pretpostavki iz čl. 5. st. 1. al. 2. Europske konvencije o ljudskim pravima. Samo u takvim iznimnim slučajevima može se poći od toga da bi trebali prevagnuti interesi javnosti vezani uz sigurnost. Međutim, propisi o kojima je tu riječ ne udovoljavaju tim zahtjevima. Ne može se ih se također tumačiti na način kao da je očuvana njihova ustavnost.

IV. Prijelazne odredbe

Kako bi se izbjegao „pravni vakuum“, Savezni ustavni sud te protuustavne propise nije proglasio ništetnim, već je naložio da se mogu dalje primjenjivati još samo ograničeno vrijeme. Jer proglašenje mjerodavnih normi ništetnima imalo bi za posljedicu da bi za daljnje izricanje mjere „sigurnosnog zatvora“ nedostajala pravna osnova te bi odmah trebalo pustiti na slobodu sve osobe koje se nalaze u „sigurnosnom zatvoru“, što bi sudove, upravu i policiju dovelo do gotovo nerješivih problema.

OSOBNJA SLOBODA

S obzirom na opseg sveobuhvatne koncepcije „sigurnosnog zatvora“ koju normativno treba urediti zakonodavac te potrebne dodatne kadrovske kapacitete i mjere nužne za prostorno razdvajanje ustanova ili odjela za provedbu sigurnosne mjere i izdržavanja kazne zatvora, produljenje primjene moralo bi trajati dvije godine. S obzirom na zadiranje u temeljno pravo povezano sa „sigurnosnim zatvorom“ bilo bi ipak uputno da se donese prijelazna regulativa kojom bi se osiguralo ispunjenje minimalnih ustavnopravnih zahtjeva. S obzirom na propise koji su nespojivi sa zaštitom povjerenja (III.), valja se kratko osvrnuti na Zakon o hospitalizaciji radi terapije koji je stupio na snagu 1. siječnja 2011. Tim zakonom njemački je zakonodavac, vodeći računa o posebnim pretpostavkama Europske konvencije o ljudskim pravima, uveo novu kategoriju hospitalizacije psihički poremećenih osoba koje zbog kaznenih djela što su ih počinile predstavljaju potencijalnu opasnost, pri čemu se polazi od aktualnog psihičkog stanja dotičnih osoba i potencijala opasnosti koji iz toga proizlazi.



§ 6.

**Opće načelo jednakosti
(čl. 3. I. Temeljnog zakona)**

7) BVerfGE 55, 72 (Präklusion I / Prekluzija I)

U skladu je s Ustavom da u građanskim parnicama pravna sredstva tužitelja i tuženika (tzv. sredstva napada i obrane), koja su opravdano odbačena u prvostupanjskom postupku, budu isključena u žalbenom postupku (čl. 528. st. 3. njemačkog Zakona o parničnom postupku).

Odluka
Prvog senata od 7. listopada 1980.
- 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79 -

IZREKA

1. Članak 528. stavak 3. njemačkog Zakona o parničnom postupku u verziji Zakona o pojednostavljenju i ubrzavanju sudskih postupaka (Izmjene i dopune kojima se pojednostavljuje ZPP) od 3. prosinca 1976. (Službeni glasnik I, str. 3281) spojiv je s Ustavom.

2. Ustavna tužba se odbacuje.

OBRAZLOŽENJE

A.

Postupci se odnose na pitanje je li spojivo s Ustavom da se u građanskim parnicama pravna sredstva tužitelja i tuženika, koja su opravdano odbačena u prvostupanjskom postupku, generalno budu isključena u žalbenom postupku.

I.

Zakonom o pojednostavljenju i ubrzavanju sudskih postupaka (Izmjene i dopune kojima se pojednostavljuje ZPP) od 3. prosinca 1976. (Službeni glasnik I, str. 3281) u ZPP se uvodi nove odredbe o koncentraciji i ubrzavanju postupka. Njihov je cilj da se parnica „u pravilu riješi na jednom detaljno pripremljenom usmenom ročištu (glavna rasprava)” (čl. 272. st. 1. ZPP). Radi ostvarenja tog cilja strankama u postupku su nametnute općenite i posebne obveze pravovremenog iznošenja činjenica ili dokaza, a povreda tih obveza može dovesti do odbacivanja prekasno iznesenog prigovora ili dokaza. Odgovarajuće odredbe tiču se pretežito tijekom postupka na prvostupanjskom sudu. No budući da je u žalbenom postupku kao drugoj instanci koja utvrđuje činjenično stanje strankama načelno dopušteno da dopune činjenice ili iznesu potpuno nove činjenice, zakonodavac se htio pobrinuti da se takvim izlaganjem činjeničnog stanja ne potkopaju obveze pravovremenog

OPĆE NAČELO JEDNAKOSTI

iznošenja činjenica, prigovora ili dokaza [...]. Mjerodavne odredbe o dopuštenosti iznošenja činjenica, prigovora ili dokaza u žalbenom postupku sadrži čl. 528. Zakona o parničnom postupku, koji razlikuje nekoliko činjeničnih stanja.

1. U predmetnom postupku sporna je odredba stavka 3. koja propisuje:

Članak 528.

(1) i (2) ...

(3) isključena su pravna sredstva tužitelja i tuženika koja su s pravom odbačena u prvostupanjskom postupku.

Dakle, žalbeni sud u tom slučaju ima pravo samo provjeriti je li odbacivanje od strane prvostupanjskog suda bilo opravdano. Otezanje spora ili krivnja stranke u žalbenom postupku više nisu presudni. Međutim, to je preduvjet za odbacivanje u prvostupanjskom postupku.

U vezi prvostupanjskog postupka zakon najprije predviđa da sud odredi rokove za pismeni odgovor na tužbu, za repliku i dopunu ili pojašnjenje iskaza i predložene dokumentacije; tuženika pritom treba poučiti o posljedicama propuštanja roka kod odgovora na tužbu (čl. 273. st. 2. toč. 1; čl. 275. st. 1. al. 1, st. 3 i 4; čl. 276. st. 1. al. 2 i st. 3; čl. 277). Zakon nadalje definira opću obvezu pravovremenog iznošenja činjenica, prigovora ili dokaza sljedećeg sadržaja:

Članak 282.

(1) Svaka strana u postupku na glavnoj raspravi mora pravovremeno iznijeti tzv. sredstva napada ili obrane, posebice tvrdnje, pobijanja, činjenične i druge prigovore, dokaze, prigovore na dokaze druge strane, odnosno iznijeti ih na vrijeme ovisno o stadiju postupka te u skladu s brižnim i ekonomičnim vođenjem postupka.

(2) Zahtjevi te pravna sredstva tužitelja ili tuženika, na koje se protivnik vjerojatno neće moći očitovati bez prethodnih informacija, moraju se prije glavne rasprave priopćiti pismenim podnescima na vrijeme, kako bi protivnik morao prikupiti potrebne informacije.

(3) ...

U slučaju da se jedna od strana ne pridržava roka koji joj je određen, ili ne ispuni na vrijeme svoju općenitu obvezu pravovremenog iznošenja činjenica ili dokaza, u prvostupanjskom postupku takve će se činjenice ili dokazi odbaciti kao zakašnjeli:

Članak 296.

(1) Pravna sredstva tužitelja ili tuženika koja se iznesu tek po isteku predviđenog roka, dopuštena su samo ako prema slobodnoj procjeni suda njihovo priznavanje ne dovodi do odugovlačenja spora, ili ako je stranka u postupku navela opravdane razloge za kašnjenje.

(2) Pravna sredstva tužitelja ili tuženika, koja suprotno čl. 282. st. 1 nisu iznesena na vrijeme ili suprotno čl. 282. st. 2. nisu priopćena na vrijeme, mogu se odbaciti, ako bi njihovo priznavanje prema slobodnoj procjeni suda dovelo do odugovlačenja spora i ako je kašnjenje izazvano grubim nemarom.

(3) ...

U slučajevima iz st. 1. i 3. na zahtjev suda treba dokazati vjerodostojnost razloga isprike.

Ta se odredba analogno primjenjuje i na ovršni postupak (čl. 697. st. 3). Za posebne vrste postupaka, kao što su bračni sporovi i predmeti vezani uz djecu (skrbništvo i sl.) vrijede posebni propisi (usporedi čl. 611, 615, 640). Za žalbeni postupak nakon donošenja presude zbog izostanka zakon propisuje sljedeće:

Članak 340.

(1) i (2) ...

(3) U žalbi stranka mora iznijeti činjenice i dokaze ako je to, ovisno o stadiju postupka, u skladu s brižnim i ekonomičnim vođenjem postupka, te prigovore koji se tiču dopuštenosti tužbe. Na zahtjev predsjedajući može produljiti rok za obrazloženje, ako to prema njegovom uvjerenju ne dovodi do odugovlačenja spora, ili ako stranka iznese značajne razloge. Analogno se primjenjuje čl. 296. st. 1, 3, 4. Prilikom dostave presude zbog izostanka treba upozoriti na posljedice propuštanja roka.

2. Dopuštenost iznošenja novih činjenica i dokaza u žalbenom postupku, slično kao i kod prethodno citiranih odredaba čl. 296. ZPP-a koje vrijede za prvostupanjski postupak, ovisi o tome hoće li priznavanje istih utjecati na odugovlačenje spora i je li do kašnjenja došlo krivnjom stranke u sporu. Pritom zakon i tu razlikuje nepridržavanje definiranih rokova i povredu opće obveze pravovremenog iznošenja činjenica i dokaza, pri čemu su u drugom slučaju kriteriji stroži nego u prvostupanjskom postupku:

Članak 528.

(1) Nova pravna sredstva tužitelja i tuženika, koja nisu iznesena u prvostupanjskom roku unatoč roku koji je bio određen [...], dopuštena su samo, ako prema slobodnoj procjeni suda njihovo priznavanje ne dovodi do odugovlačenja spora, ili ako je stranka u postupku navela opravdane razloge za kašnjenje. Na zahtjev suda treba dokazati vjerodostojnost razloga isprike.

(2) Nova pravna sredstva tužitelja ili tuženika, koja nisu pravovremeno iznesena u prvostupanjskom roku suprotno odredbama čl. 282. st. 1 ili nisu pravovremeno priopćena suprotno odredbama čl. 282. st. 2, dopuštena su samo ako prema slobodnoj procjeni suda njihovo priznavanje ne dovodi do odugovlačenja spora, ili ako ih stranka u prvostupanjskom postupku nije propustila iznijeti zbog grubog nemara.

(3) ...

Ukoliko su nove činjenice ili dokazi dopušteni, stranka u postupku snosi veći rizik i glede procesnih troškova. Jer sukladno odredbama čl. 97. st. 2. ZPP-a, troškove žalbe u cijelosti ili djelomično snosi stranka koja je pobijedila u postupku, ako je pobijedila zbog novih činjenica ili dokaza na koje se mogla pozvati tijekom prvostupanjskog postupka.

[...]

B.

Osporena odredba članka 528. st. 3. njemačkog Zakona o parničnom postupku stoga je spojiva s Ustavom.

I.

[...]

II.

Članak 528. st. 3. Zakona o parničnom postupku u prikazanom tumačenju specijaliziranih sudova spojiv je sa člankom 3. stavkom 1. Temelnog zakona.

1. Ta ustavna norma nalaže da su svi ljudi jednaki pred zakonom. Prema tome, to je temeljno pravo povrijeđeno prije svega onda ako se jedna grupa adresata norme tretira drugačije od druge grupe adresata te norme, premda između te dvije grupe ne postoje razlike takve vrste ili težine da bi opravdavali nejednako postupanje (usp. BVerfGE 22, 387 [415]; 52, 277 [280]). Taj sadržaj reguliran normom iz čl. 3. st. 1. Temelnog zakona Savezni ustavni sud posebno je istaknuo u vezi pokušaja da iz zakona izvede faktička zakonitost koja bi obvezivala zakonodavca i da se sve što je protivno sustavu kritizira kao povreda načela jednakosti (BVerfGE 34, 103 [105]).

Iz zahtjeva za ocjenu suglasnosti i obrazloženja ustavne tužbe ne može se razabrati polaz li se od takve konstelacije slučaja. Govori se, doduše, o „nejednakom postupanju prema nemarnim strankama u postupku“, no na drugom se mjestu naprotiv ističe prigovor da je „nejednaki tretman činjeničnih stanja istih u biti, te kasnijeg iznošenja takvih činjeničnih stanja“ neprimjeren i nedosljedan u odnosu na sustav. Poblizje razmatranje sporne regulative pokazuje da se člankom 528. st. 3. ZPP-a s jedne strane i člankom 528. st. 1. i 2. ZPP-a s druge strane ne postupa nejednako prema različitim adresatima norme. Štoviše, ponašanje iste osobe u različitim kontekstima regulative drugačije se tretira: sredstva obrane i napada, koja je stranka propustila iznijeti na vrijeme, ovisno o trenutku kada su iznesena tijekom žalbenog postupka imaju drugačiju sudbinu. Upravo zato što se radi o različitom ponašanju iste osobe, predviđena je mogućnost da se „zaobiđe“ isključenje takvih činjenica ili dokaza zbog prekasnog iznošenja, čemu posebice prigovaraju kritičari zakona.

2. a) Osim zabrane neopravdanog nejednakog postupanja prema različitim grupama osoba načelo jednakosti zakonodavcu ostavlja dosta slobode, da – ovisno o kontekstu regulative - različito tretira životna (zbijska) činjenična stanja i ponašanje neke osobe. Načelno je prepušteno dotičnoj osobi da se prilagodi toj regulativi i vlastitim ponašanjem spriječi nepovoljne učinke.

Međutim, prema sudskoj praksi Ustavnog suda načelo jednakosti se ne iscrpljuje u zabrani nejednakog postupanja prema različitim adresatima norme. Štoviše, tu dolazi do izražaja zabrana arbitrarnosti kao fundamentalno pravno načelo, koje postavlja određene krajnje granice ne samo jurisdikciji već i zakonodavstvu. Ta je granica prekoračena onda kada pogrešna primjena zakona od strane sudova kod razumne ocjene ideja koje prevladavaju u Ustavu više nije shvatljiva, te se nameće zaključak da počiva na irelevantnim razmatranjima (BVerfGE 42, 64 [72 ff.]; Odluka od 29. travnja 1980. - 2 BvR 1441/ 79 - [EuGRZ 1980, str. 377] o primjeni prekluzijskih odredaba). Zakonodavac ne postupa proizvoljno kad od više rješenja ne odabere najsvrhovitije, najrazumnije ili najpravednije, već samo onda kada se za neku zakonsku odredbu ne može naći odgovarajući razlog; pritom je dovoljno da se radi o proizvoljnosti u objektivnom smislu, tj. o stvarnoj i očitoj neprimjerenosti odredbe u odnosu na predmet koji zakonodavac želi urediti (BVerfGE 4, 144 [155]; 36, 174 [187]). Ti kriteriji vrijede i za, ili prije svega za, ocjenu zakonskih diferencijacija kod uređivanja činjeničnog stanja: tu manevarski prostor zakonodavca prestaje tek ondje gdje nejednako postupanje uređenih činjeničnih stanja više nije spojivo s gledištem koje polazi od ideje pravednosti, dakle ako nedostaje shvatljiv razlog za zakonsku diferencijaciju (BVerfGE 9, 334 [337]). Prema ustaljenoj sudskoj praksi, takva se proizvoljnost zakonskoj regulativi može predbaciti samo onda ako je očito neobjektivna. (BVerfGE 12, 326 [333]; 23, 135 [143]).

b) Kao što je ispravno prikazao njemački Savezni vrhovni sud u citiranim odlukama od 31. siječnja i 13. veljače 1980. godine, osporena odredba ne može se ocijeniti kao očito neobjektivna, a time i proizvoljna.

Već je upitno jesu li životna činjenična stanja koja se s jedne strane reguliraju čl. 528. st. 1. i 2. ZPP-a te s druge strane u st. 3 uopće u bitnim crtama ista ili se možda uistinu različita činjenična stanja, u skladu sa svojim posebnostima različito reguliraju uz primjenu podudarnih principa. I jednoj i drugoj grupi slučajeva je, doduše, zajedničko to da je jedna od stranaka u postupku prekasno iznijela činjenice i dokaze relevantne za odluku suda. U skladu s tom podudarnošću, to se prekasno iznošenje činjenica i dokaza kod prve provjere od strane suda uglavnom ocjenjuje prema istim kriterijima: to je dopušteno uvijek kad se njihovo uzimanje u obzir u trenutku iznošenja ne bi odrazilo na odugovlačenje spora ili ako je prekasno iznošenje dostatno opravdano (čl. 296 st. 1. i 2, čl. 528. st. 1. i 2. ZPP-a). Istovremeno postoji i bitna razlika: stavak 1. i 2. reguliraju postupanje kod prekasnog iznošenja činjenica i dokaza, kada se one po prvi put iznose tek u žalbenom postupku, tako da dopuštenost sud do sada nije provjeravao: Za razliku

OPĆE NAČELO JEDNAKOSTI

od toga, u slučaju iz stavka 3, stranka koja je kasnila s iznošenjem činjenica ili dokaza već je u prvostupanjskom postupku dobila rješenje o nedopustivosti prekasno iznesenih činjenica ili dokaza, pa može od drugostupanjskog suda zatražiti da provjeri zakonitost (ili protupravnost) tog rješenja.

Već zbog te se razlike diferencijacija koju provodi zakonodavac ne čini proizvoljnom. Jer nije očito „neobjektivno“ da se „staro“ iznošenje činjenica ili dokaza, koje je već provjereno s obzirom na dopuštenost, u žalbenom postupku tretira drugačije od iznošenja novih činjenica ili dokaza („novina“). Povreda zabrane arbitrarnosti ne bi bila razvidna ni onda kad bi se obje grupe slučajeva uređene člankom 528. ZPP-a načelno smatrale istovrsnima. Jer u skladu s ispravnim navodima Saveznog vrhovnog suda diferencijacija se može opravdati shvatljivim razlozima, koji proizlaze iz svrhe nove regulative.

Zakonodavac se, dakle, odlučio za takvu diferencijaciju jer je ranije jednako postupanje kod „starih“ i „novih“ iznesenih novina u žalbenom postupku smatrao nedostatkom. Sukladno čl. 529. st. 2. al. 2. ZPP-a (stara verzija) iznesene činjenice i dokazi koje su odbačene na prvostupanjskom sudu, u drugostupanjskom postupku su se mogle iznijeti kao nove činjenice i dokazi; ako njihovo uzimanje u obzir nije vodilo do odugovlačenja postupka, žalbeni sud bi ih dopustio unatoč tome što ih je prvostupanjski sud odbacio. Ta je regulativa umanjivala značaj mogućnosti prvostupanjskog suda da ih odbaci, a stranke u postupku nije prisiljavala da sudu po mogućnosti pravovremeno predoče činjenično stanje i sporne činjenice. S obzirom na te nedostatke ne može se smatrati irelevantnim ako zakonodavac u interesu ubrzavanja i koncentracije parničnog postupka odustane od dosadašnjeg jednakog postupanja.

[...]

IV.

Slijedom navedenoga, ustavnopravne dvojbe sudova koji su ovo pitanje predočili Sudu, vezane uz odredbe iz čl. 528. st. 3. ZPP-a nisu prihvatljive. Stoga ustavna tužba nije imala izgleda za uspjeh. Međutim, s druge strane nema zapreke za Viši zemaljski sud (OLG) Düsseldorf da osporeni propis tumači na način da ne obuhvaća iznesene činjenice i dokaze priznate kao nesporne.

8) BVerfGE 124, 199
(Hinterbliebenenrente für eingetragene
Lebenspartner / Pravo na obiteljsku mirovinu
na temelju registriranog životnog partnerstva
osoba istog spola)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 50/2010 od 14. srpnja 2010.

Odluka od 11. lipnja 2010.
- 1 BvR 170/06 -

**Ustavna tužba zbog uskraćivanja prava na obiteljsku mirovinu kod
registriranog životnog partnerstva osoba istog spola je odbijena**

Podnositelj tužbe je u listopadu 2001. zaključio registrirano životno partnerstvo. Nakon smrti drugog člana te zajednice u lipnju 2002. podnositelj tužbe je od nadležnog fonda zakonski obaveznog mirovinskog osiguranja zatražio obiteljsku mirovinu. No fond je odbio zahtjev uz obrazloženje da je pretpostavka za isplatu obiteljske mirovine između ostalog postojanje valjanog braka u trenutku smrti osiguranika, te da registrirana zajednica ne ispunjava taj preduvjet. Prigovor koji je uložio i tužba podnositelja pred socijalnim sudom bile su neuspješne. Podnositelj je potom uložio reviziju na prvostupanjsku presudu bez ulaganja žalbe, što je bilo dopušteno. Tijekom revizije – Zakonom o izmjenama propisa o registriranom partnerstvu od 15. prosinca 2004. (s učinkom od 1. siječnja 2005.) uvođenjem čl. 46. st. 4. u šestu knjigu Socijalnog zakonika (SGB VI) – zakonodavac je, glede prava na obiteljsku mirovinu kod zakonski propisanog mirovinskog osiguranja, status partnera nakon smrti drugog partnera izjednačio s statusom udovca ili udovice preminuloga bračnog druga. Fond mirovinskog osiguranja potom je priznao zahtjev na koji je podnositelj polagao pravo za razdoblje od 1. siječnja 2005. Podnositelj tužbe je prihvatio to djelomično priznanje, ali je nastavio voditi spor za razdoblje od 22. lipnja 2002. do 31. prosinca 2004. Savezni sud za socijalna pitanja odbacio je reviziju.

Treće vijeće Prvog senata Ustavnog suda odbilo je ustavnu tužbu protiv te odluke. Čak i da je zakonska regulativa o obiteljskim mirovinama važeća do 31. prosinca 2004. godine s obzirom na registrirano partnerstvo bila nespojiva s Ustavom,

ustavna tužba se ne bi mogla prihvatiti, odnosno o njoj se ne bi moglo odlučivati, jer zakonodavac nije bio obvezan donijeti novu regulativu koja bi se retroaktivno primjenjivala.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Nisu ispunjene pretpostavke za prihvaćanje ustavne tužbe. Pitanje koje se tu postavlja – je li čl. 46. šeste glave Socijalnog zakonika (SGB VI.), u verziji važećoj do 1. siječnja 2005. godine, spojiv s Ustavom – nije od načelnog značaja. U pravilu, izvan pojedinačnog slučaja ne postoji interes da se utvrdi ustavnost pravnih propisa koji su stupili izvan snage. Prihvaćanje ustavne tužbe nije indicirano ni radi ostvarivanja temeljnih ili srodnih prava podnositelja ustavne tužbe, zato što njegov zadnji zahtjev za odobrenje obiteljske mirovine za razdoblje prije 1. siječnja 2005. ne bi imao izgleda za uspjeh. Pritom je nebitno je li čl. 46. šeste glave Socijalnog zakonika (SGB VI) u verziji važećoj do 31. prosinca 2004. bio spojiv s Ustavom, a posebice s načelom jednakosti iz čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona. Ukoliko neustavnost nekog zakona počiva isključivo na povredi općeg načela jednakosti, posebice na tome da, kao što je to naveo podnositelj tužbe, jedna grupa osoba ili slučajeva nije uključena u odredbe koje bi bile povoljnije, Ustavni sud može samo ustanoviti nespojivost norme s Ustavom te Zakonodavcu dati nalog da donese novu zakonsku regulativu.

U predmetnom slučaju nalog zakonodavcu da donese novu regulativu došao bi u obzir eventualno samo za razdoblje od odluke Ustavnog suda, dakle vrijedio bi za razdoblje koje za sudionike početnog spora na nižim sudovima više nije sporno. U svim slučajevima u kojima ustavnost nekog pravnog stanja nije bila dovoljno razjašnjenja, Ustavni sud do sada se negativno očitovao o obvezi zakonodavca da retroaktivno otkloni pravno stanje nespojivo s Ustavom. To je i ovdje slučaj. Jer pitanje je li zakonodavac bio obvezan obiteljske mirovine iz zakonskog mirovinskog osiguranja proširiti na registrirana partnerstva osoba istog spola već i za razdoblje prije 1. siječnja 2005. s ustavnopravnog gledišta do sada nije razjašnjeno. I odluka Ustavnog suda o izjednačavanju registriranih zajednica i braka po pitanju mirovinskih osiguranja poduzeća (usp. BVerfG, Odluka Prvog senata od 7. srpnja 2009. – 1 BvR 1164/07 –, NJW 2010, str. 1439 ff.) odnosi se samo na razdoblje od 1. siječnja 2005. S obzirom na izjednačenje bračnih drugova s registriranim partnerima istog spola po pitanju obiteljske mirovine kod zakonski obaveznog mirovinskog osiguranja, koje je stupilo na snagu 1. siječnja 2005. godine, to pitanje više nije potrebno razjašnjavati.

9) BVerfGE 126, 400
(Steuerliche Diskriminierung eingetragener
Lebenspartnerschaften / Porezna diskriminacija
registriranih životnih partnerstava osoba istog
spola)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 63/2010 od 17. kolovoza 2010.

Odluka od 21. srpnja 2010.
- 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 -

**Nejednak tretman braka i registriranih životnih partnerstava osoba istog
spola u zakonu o porezu na nasljedstva i darovanja je protuustavan**

Prema odredbama čl. 15, 16, 17. i 19. Zakona o porezima na nasljedstva i darovanja u verziji Godišnjeg zakona o porezu za 1997. od 20. prosinca 1996. (ErbStG stara verzija) partneri kod registriranog životnog partnerstva osoba istog spola su, otkako je 2001. uveden taj pravni institut, kod poreza na nasljedstvo bili izloženi puno većim poreznim opterećenjima nego bračni drugovi.

Dok su bračni drugovi sukladno čl. 15. st. 1. i čl. 19. st. 1. stare verzije Zakona o porezu na nasljedstva (ErbStG a.F.) potpadali pod povoljniji porezni razred I i ovisno o visini nasljedstva morali platiti porez po stopi od 7% do 30%, partneri u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola su kao „ostali stjecatelji“ svrstani u porezni razred III, za koji su predviđene porezne stope od 17 % do 50 %. Osim toga, čl. 16. st. 1. toč. 1. ranije verzije Zakona o porezu na nasljedstva (ErbStG a.F.) bračnim drugovima se priznavao neoporeziv osobni odbitak od 600.000,- DM, odnosno 307.000,- EUR, a čl. 17. st. 1. Zakona (ErbStG a.F.) bio je predviđen i poseban neoporeziv odbitak s osnove mirovine od 500.000,- DM, odnosno 256.000,- EUR. Za razliku od toga, partneri u registriranom životnom partnerstvu na osnovu razvrstavanja u porezni razred III imali su pravo samo na neoporezivi odbitak od 10.000,- DM ili 5.200,- EUR (čl. 16 st. 1. toč. 5, čl. 15. st. 1. ErbStG a.F.). Iz primjene povlastice neoporezivog odbitka s osnove mirovine u potpunosti su bili isključeni.

Zakonom o izmjenama zakona o porezu na nasljedstva od 24. prosinca 2008. godine prethodno navedene odredbe Zakona o porezu na nasljedstva i darovanja

izmijenjene su u korist registriranih partnerstva na način da je osobni odbitak kao i odbitak s osnove mirovine za bračne drugove i partnere kao nasljednike izjednačen. Međutim, na partnere u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola se, kao i do sada, primjenjuju najviše porezne stope koje vrijede za daljnje rođake i nesrodne osobe. Sukladno vladinom nacrtu Godišnjeg zakona o porezima za 2010. od 22. lipnja 2010. predviđeno je potpuno izjednačavanje registriranih partnera i bračnih drugova u poreznim propisima o nasljedstvu i darovanjima, dakle i po pitanju poreznih stopa.

Podnositelj tužbe pod 1) je univerzalni nasljednik partnera, koji je preminuo u kolovozu 2001; a podnositeljica tužbe pod 2) nasljednica svoje partnerice, koja je preminula u veljači 2002. U oba slučaja porezna uprava utvrdila je stopu poreza na nasljedstvo za porezni razred III i odobrila najmanji neoporezivi odbitak prema čl. 16. st. 1. toč. 5 stare verzije Zakona o porezu na nasljedstva (ErbStG a.F.). Tužbe koje su podnositelji podigli protiv tog rješenja pred specijaliziranim sudovima za financije do sada su bile neuspješne.

Polazeći od ustavnih tužbi, Prvi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je da je dovođenje registriranih partnera u nepovoljniji položaj u odnosu na bračne drugove po pitanju neoporezivog osobnog odbitka i porezne stope u propisima o porezu na nasljedstva te neuvažavanja odbitka s osnove mirovine nespojivo s općim načelom jednakosti (čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona). Odluke njemačkog Saveznog suda za financije se ukidaju a predmeti se vraćaju na ponovno odlučivanje. Zakonodavac do 31. prosinca 2010. mora donijeti novu regulativu za stare slučajeve pogođene ranijom verzijom Zakonom o nasljedstvu i darovanjima, kojom bi se otklonile povrede načela jednakosti u razdoblju od stupanja na snagu Zakona o prestanku diskriminacije istospolnih zajednica od 16. veljače 2001. do stupanja na snagu Zakona o izmjenama zakona o porezu na nasljedstva od 24. prosinca 200.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Kod dovođenja registriranih partnera u nepovoljniji položaj od bračnih drugova ne postoje razlike koje bi imale takvu težinu da bi se mogao opravdati nepovoljniji položaj registriranih partnera u Zakonu o porezu na nasljedstva i darovanja u verziji Godišnjeg zakona o porezu za 1997. godinu. To vrijedi za neoporezivi osobni odbitak sukladno čl. 16. stare verzije Zakona o porezu na nasljedstva (ErbStG a.F.) kao i za odbitak s osnove mirovine prema čl. 17. i porezne stope prema čl. 19. tog Zakona (ErbStG a.F.).

Privilegiranje bračnih drugova u odnosu na istospolne partnere u propisima o neoporezivom osobnom odbitku ne može se opravdati samo upućivanjem na posebnu zaštitu braka i obitelji koja je zadaća države (čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona). Ukoliko poticanje braka ide ruku pod ruku s dovođenjem drugih oblika zajednica u nepovoljniji položaj, premda su one prema zbiljskom činjeničnom stanju koje se propisima uređuje te sukladno ciljevima norme usporedive s brakom, puko upućivanje na dužnost zaštite braka ne opravdava takvu diferencijaciju.

Na ovlasti države da poduzme radnje u okviru ispunjavanja svojih obveza zaštite braka i obitelji iz čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona ne utječe to do koje mjere treće osobe mogu polagati pravo na jednako postupanje. U skladu s načelima primjene Saveznog ustavnog suda, isključivo je načelo jednakosti (čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona) presudno za to mogu li i u kojoj mjeri treće osobe, kao u ovom slučaju registrirani partneri, ostvariti pravo na jednaki tretman kao bračni drugovi ili članovi obitelji koji uživaju zakonsku ili stvarnu zaštitu.

Različita regulativa o iznosu neoporezivog odbitka nije opravdana većom ekonomskom snagom nasljednika partnera u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola. Ako se u obrazloženju visokog neoporezivog odbitka za bračne drugove ili djecu navodi da je, zbog bliskosti i ekonomske povezanosti s ostaviteljem, uslijed njegove smrti njihova ekonomska snaga manja nego što bi se moglo očekivati na temelju nominalne vrijednosti ostavine, onda obrazloženja na kojima to počiva isto tako vrijedi i za registrirane partnere. Oni, kao i bračni drugovi, žive u trajnom pravno utemeljenom partnerstvu. I oni već za života participiraju u imovini svog partnera i očekuju da će moći održavati (raniji) životni standard u slučaju njegove smrti. Ukoliko stjecanjem nasljedstva neoporezivi odbitak za bračne drugove ima funkciju nadomjeska iznosa potrebnog za uzdržavanje te se odražava na mirovinsku skrb, to vrijedi i za partnere u registriranom životnom partnerstvu, koji su već prema pravnoj situaciji mjerodavnoj za početne sporove obvezni osigurati „primjereno uzdržavanje“ partnera.

Načelo obitelji, karakteristično za propise o porezu na nasljedstva, također ne opravdava nepovoljniji položaj u koji se stavljaju registrirani partneri u odnosu na bračne drugove po pitanju poreznog odbitka. Poput braka, registrirano životno partnerstvo je trajno zasnovano i pravno utemeljeno te iz njega proizlazi uzajamna obveza uzdržavanja i jamstva za dugovanja. Nejednako postupanje nije legitimno ni zbog načelnog stava da samo iz braka mogu proizaći zajednička djeca, pa je stoga zakonodavac oslanjajući se na načelo obitelji želio očuvati, koliko je to moguće, neumanjenu malu ili srednju vrijednost imovine za sljedeću generaciju. Kao polazište za sljedeću generaciju, brak se doduše načelno razlikuje od registriranog životnog partnerstva osoba istog spola, budući da iz odnosa partnera u registriranom životnom partnerstvu načelno ne mogu proizaći zajednička djeca. Međutim, taj se aspekt ne može koristiti kao osnova za nejednaki tretman bračnih drugova i partnera, budući da nije dostatno implementiran u zakonskoj regulativi. Jer prema važećem pravu – za razliku od ranije regulative – privilegiranje braka, odnosno visina neoporezivog odbitka bračnih partnera upravo ne ovisi o tome postoje li zajednička djeca.

Ne postoji također ni dostatan razlog za diferencijaciju koju zakonodavac čini kod neoporezivog odbitka s osnove mirovine prema čl. 17. stare verzije Zakona o porezu na nasljedstva, kada uopće ne uzima u obzir partnere u registriranom životnom partnerstvu. Neoporezivi odbitak s osnove mirovinske skrbi služi u prvom redu za ujednačavanje različitog tretmana zakonskih i ugovornih mirovina kod poreza na nasljedstva, te bi utoliko trebao kompenzirati nedovoljnu mirovinu

preživjelog bračnog druga kroz neoporezive prihode s osnova mirovine. Taj cilj koji slijedi zakonodavac jednako vrijedi i za registrirane partnere. Što se ostalog tiče, i tu vrijede prethodno navedena obrazloženja.

Naposljetku ne postoji dovoljan razlog za diferencijaciju po pitanju poreznih razreda, kada se registrirani partneri razvrstavaju u porezni razred III i oporezuju po najvećim poreznim stopama, a bračni drugovi u poreznu klasu I s najnižim poreznim stopama (čl. 15. st. 1 i čl. 19. st. 1. stare verzije Zakona o porezu na nasljedstva). Kao i kod neoporezivog osobnog odbitka, i tu vrijedi da razlike između braka i registriranog životnog partnerstva osoba istog spola u trenutnoj regulativi ne mogu predstavljati osnovu za dovođenje registriranih partnera u nepovoljniji položaj kod razvrstavanja u porezne razrede.

10) BVerfGE 133, 59 (Sukzessive Adoption durch eingetragene Lebenspartner / Postupno posvojenje djece u registriranom životnom partnerstvu)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 9/2013 od 19. veljače 2013.

Odluka od 19. veljače 2013.
- 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 -

Nedopuštenost postupnog posvojenja djece u registriranom životnom partnerstvu je neustavna

Nedopuštenost postupnog posvojenja djece, odnosno posvojenika jednog od partnera u registriranom životnom partnerstvu od strane drugog partnera, povreda je kako prava te djece tako i istospolnih partnera na jednako postupanje (čl. 3. st. 1. Temelnog zakona). Tako je odlučio Prvi senat Saveznog ustavnog suda u presudi koja je danas objavljena. Zakonodavac do 30. lipnja 2014. mora donijeti regulativu koja će biti u skladu s Ustavom. Sve dok zakonodavac ne donese tu regulativu, Zakon o registriranom životnom partnerstvu primjenjivat

će se uz uvjet da postupno posvajanje bude moguće i kod registriranih životnih partnerstva osoba istog spola.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Prema dosadašnjoj pravnoj situaciji, posvojenje biološkog djeteta istospolnog partnera u registriranom životnom partnerstvu bilo je moguće (tzv. posvojenje pastorčadi, čl. 9. st. 7. Zakona o registriranom životnom partnerstvu = LPartG). Međutim, do sada nije otvoreno pitanje posvojenja posvojene djece drugog partnera u registriranom životnom partnerstvu, o kome je ovdje riječ (tzv. postupno posvojenje). Za razliku od toga, bračnim drugovima se dopušta kako mogućnost posvojenja pastorka tako i postupnog posvojenja.

2. S obzirom na oba početna postupka upućuje se na Priopćenje za tisak br. 81/2012 od 3. 12. 2012.

3. Isključenje postupnog posvojenja od strane partnera u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola predstavlja povredu općeg načela jednakosti (čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona).

a) Pritom se – za razliku od same zabrane arbitrarnosti – primjenjuje puno strože mjerilo za provjeru. Kad se uzme u obzir nejednak tretman dotične djece, to vrijedi već stoga što su time pogođena temeljna prava koja su bitna za razvoj osobnosti djeteta. I opravdanje nejednakog postupanja prema bračnim drugovima i partnerima u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola podliježe puno višim ustavnopravnim kriterijima, jer se tiče spolnog identiteta.

b) Nejednako postupanje prema dotičnoj djeci u odnosu na posvojenu djecu bračnih drugova nije opravdano. Isto vrijedi za nejednaki tretman istospolnih partnera u odnosu na bračne drugove kojima je dopušteno postupno posvojenje.

aa) Općenito se ograničavanjem postupnog posvojenja želi suzbiti opasnost da dijete bude izloženo suprotstavljenim roditeljskim pravima, kod čijeg se ostvarenja mogu javiti proturječja. Osim toga, radi dobrobiti djeteta treba spriječiti da se putem postupnog posvojenja dijete „šalje“ od obitelji do obitelji. Budući da se smatra da je ta opasnost mala kada su roditelji u braku, postupno posvojenje je dopušteno kod bračnih drugova. Međutim, posvojenje od strane partnera u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola ni u jednom se od ta dva aspekta ne razlikuje od posvojenja od strane bračnih drugova. Posebice za registrirano životno partnerstvo vrijedi da se također zasniva trajno te je obilježeno obvezujućim preuzimanjem odgovornosti, kao i u slučaju braka.

bb) Isključenje postupnog posvojenja ne može se opravdati time da bi odrastanje s istospolnim roditeljima bilo štetno za dijete. Može se poći od toga da su sigurni, zaštićeni odnosi u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola jednako poticajni za odrastanje djece kao i bračni odnosi. Općenite dvojbe usmjerene protiv odrastanje djece u zajednici roditelja istog spola u većini mišljenja vještaka su

sasvim odbačene. A i inače bi isključenje postupnog posvojenja bilo neprimjereno za otklanjanje takve vrste opasnosti, jer ono ne može, ne smije i ne treba spriječiti suživot djeteta s roditeljem-posvojiteljem i njegovim istospolnim partnerom. Niti pojedinačno posvojenje od strane homoseksualaca niti faktički suživot partnera u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola s djetetom jednog od partnera ne mogu se spriječiti bez znatnih povreda Ustava. Zakon o registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola štoviše podržava njihov obiteljski suživot, upravo stoga što sadrži odredbe za takve slučajeve koje partneru koji nije roditelj u pravnom smislu daju tipične roditeljske ovlasti, uključujući mogućnost da se u registriranom životnom partnerstvu koristi zajedničko prezime. Ni postupno posvojenje ne utječe negativno na dobrobit djeteta, već je u konstelacijama koje su predmet ove ocjene u pravilu čak korisno za djecu. Prema procjenama saslušanih vještaka ono je pogodno za stvaranje stabilizirajućih učinaka u smislu razvojne psihologije. Nadalje, time se poboljšava pravni status djece kod raskida registriranog životnog partnerstva osoba istog spola uslijed rastave ili smrti. To se s jedne strane odnosi na skrbništvo, koje se u slučaju rastave, vodeći računa o dobrobiti djeteta, u pojedinačnom slučaju može riješiti na primjeren način. S druge strane to vrijedi i u materijalnom smislu, jer dijete profitira od toga što ima dva roditelja, posebice s gledišta propisa o uzdržavanju ili nasljeđivanju. Naposljetku, ne treba se bojati da bi dopuštanjem postupnog posvojenja dobrobit djeteta bila ugrožena i stoga što svakom posvojenju – pa tako i postupnom – prethodi pojedinačna provjera, tijekom koje se uzimaju u obzir eventualni pojedinačni nedostaci potencijalnog posvojenja koje se razmatra u konkretnom slučaju.

cc) Isključenje postupnog posvojenja ne može se opravdati ni ciljem da se zaobiđe odluka zakonodavca da se ni jednom od registriranih partnera ne dopusti zajedničko posvajanje. O tome ovaj sud ne mora odlučivati, zato što je isključenje zajedničkog posvojenja spojivo s ustavom, premda ga zakon dopušta bračnim drugovima.

dd) Posebna zaštita braka koju nalaže čl. 6. st. 1. Temelnog zakona ne opravdava dovođenje posvojene djece jednog od partnera u nepovoljniji položaj od posvojene djece jednog od bračnih drugova. Zakonodavcu, doduše, ustavnopravna zaštita braka načelno ne zabranjuje da brak privilegira u odnosu na druge oblike suživota. Kako bi se opravdalo dovođenje usporedivih životnih zajednica u nepovoljniji položaj, potreban je dovoljno važan objektivni razlog, koji u predmetnom slučaju ne postoji.

c) Niti između posvojenja biološkog djeteta partnera u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola i posvojenja posvojenog djeteta registriranog partnera ne postoje razlike koje bi bile takve prirode da bi mogle opravdati različito postupanje.

4. Pravo djeteta da mu država osigura roditeljsku skrb i odgoj, temeljno pravo na roditeljstvo i temeljno pravo na obitelj ovdje naprotiv – sami po sebi – nisu povrijeđeni.

a) Iz čl. 2. st. 1. u vezi sa čl. 6. st. 2. al. 1. Temelnog zakona proizlazi pravo djeteta na to da mu država osigura roditeljsku skrb i odgoj. Na koji će način država ispuniti svoju obvezu djelotvorne zaštite temeljnih prava, to u prvom redu mora odlučiti zakonodavac. Granice manevarskog prostora na koje zakonodavac ima pravo ovdje nisu prekoračene. Djeca o kojoj se radi nisu bez roditelja, već imaju jednog roditelja u pravnom smislu. Osim toga, zakonodavac se nadalje mora pobrinuti da partner roditelja-posvojitelja u određenom opsegu može ispunjavati roditeljske zadaće, time što će mu se praktički dati važne ovlasti tipične za roditelje (usp. čl. 9. st. 1. i 2. Zakona o registriranom životnom partnerstvu = LPartG).

b) Da jedan od registriranih partnera ne može posvojiti posvojenika svog partnera, ne predstavlja povredu prava na roditeljstvo zaštićenog čl. 6. st. 2. al. 1. Temelnog zakona. Doduše čl. 6. st. 2. al. 1. Temelnog zakona ne štiti samo roditelje različitog spola, već i dvoje roditelja istog spola. To proizlazi iz toga što je temeljno pravo na roditeljstvo u funkciji dobrobiti djeteta. Čak ni tekst odredbe o temeljnom pravu na roditeljstvo, odnosno divergentne povijesne predodžbe o tom pitanju, nisu protivni primjeni na dvije osobe istog spola. Međutim, u ustavnopravnom smislu roditeljstvo se ne može temeljiti samo na socijalnom i obiteljskom odnosu roditelja prema djetetu partnera. Nositelji ustavnopravnog roditeljskog prava mogu načelno biti samo osobe čiji se roditeljski odnos prema djetetu temelji na podrijetlu ili zakonskoj klasifikaciji.

c) Naposljetku, isključenje postupnog posvojenja ne predstavlja povredu temeljnog prava na obitelj zajamčenog čl. 6. st. 1. Temelnog zakona. Socijalna obiteljska zajednica istospolnih partnera i biološke ili posvojene djece jednog od partnera predstavlja obitelj zaštićenu čl. 6. st. 1. Temelnog zakona. Međutim, zakonodavac kod pravnog uređenja obitelji ima određeni manevarski prostor, koji odbijanjem postupnog posvojenja nije prekoračen. Zakonodavca čl. 6. st. 1. Temelnog zakona ne obvezuje da svakom slučaju faktičkog odnosa roditelj-dijete dade i puno roditeljsko pravo.

11) 1 BvR 990/13 u. a.

(Platzvergabe im NSU-Verfahren / Dodjela mjesta u sudnici tijekom postupka protiv Nationalsocijalističkog podzemlja)

**Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 24/2013 od 12. travnja 2013.**

**Odluka od 12. travnja 2013.
- 1 BvR 990/13, 1 BvR 1002/13, 1 BvR 1007/13, 1 BvR 1010/13 -**

Postupak protiv Nationalsocijalističkog podzemlja: zahtjev turskih novina na donošenje privremene mjere djelomično priznat, a ostali zahtjevi odbačeni

I.

U postupku 1 BvR 990/13 Treće vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda djelomično je prihvatilo zahtjev na donošenje privremene mjere. Ustavna tužba na kojoj se taj zahtjev temelji odnosi se na postupak akreditacije i dodjelu fiksnih sjedećih mjesta za predstavnike medija u tzv. Procesu protiv NSU (kazneni postupak protiv pripadnika Nationalsocijalističkog podzemlja) na Višem zemaljskom sudu München. Podnositelji tužbe su d.o.o. koji objavljuje novine na turskom jeziku te zamjenik glavnog urednika tih novina.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Prema čl. 32. st. 1. Zakona o ustavnom sudu Savezni ustavni sud u slučaju spora može privremeno riješiti neko stanje privremenom mjerom, ako je to hitno potrebno zbog otklanjanja teških nedostataka, zbog sprječavanja nasilja koje prijeti ili to nalaže opće dobro zbog nekog drugog važnog razloga. Pritom se načelno ne moraju uzeti u obzir razlozi koji se iznose u vezi neustavnosti osporenog službenog akta, osim ako bi se unaprijed pokazalo da je ustavna tužba u cijelosti nedopuštena ili očito neosnovana.

2. Predmetna ustavna tužba niti je a priori nedopuštena niti očito neosnovana. Posebice se ne može isključiti da bi moglo biti povrijeđeno subjektivno pravo podnositelja tužbe na jednako postupanje u publicističkoj tržišnoj utakmici, dakle na ravnopravno sudjelovanje u mogućnostima izvještavanja o sudskom postupku,

koje se može izvesti iz općeg načela jednakosti iz čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona u vezi s čl. 5. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona.

Međutim, odluka o pristupu javnosti sudskim sjednicama, rezerviranje određenog broja mjesta za medijske izvjestitelje te dodjela malog broja sjedećih mjesta predstavnicima medija načelno predstavlja pitanje kod kojega odluka - polazeći od ustavnopravne zaštite neovisnosti sudova - počiva na zakonima kao podustavnim aktima i potpada pod ovlasti vođenja postupka od strane predsjedajućeg suca u dotičnom sudskom postupku. On pritom ima široku slobodu kod odlučivanja. Ustavni sud provjerava njegove naloge samo s obzirom na to predstavljaju li ustavnu povredu i posebice počivaju li na načelno pogrešnom shvaćanju značenja nekog temeljnog prava.

Kako bi se ustanovilo je li osporenim odlukama slijedom navedenog povrijeđeno temeljno pravo podnositelja tužbe, potrebna je detaljnija provjera koja nameće teška pravna pitanja koja se stoga u hitnom postupku radi zaštite prava neće moći definitivno razjasniti. Zbog toga hitna odluka može počivati samo na odvagivanju posljedica.

3. Ukoliko se pokaže da ustavna tužba nije niti a priori nedopuštena niti očigledno neosnovana, posljedice koje bi nastupile u slučaju nedonošenja privremene mjere kad bi ustavna tužba kasnije bila uspješna, moraju se odvagnuti u odnosu na nedostatke koji bi nastali kad bi se tražena privremena mjera donijela, ali ustavna tužba ne bi imala izgleda za uspjeh.

a) Ukoliko se u predmetnom slučaju ne bi donijela privremena mjera, a ustavna tužba bi u glavnoj stvari bila uspješna, postojala bi opasnost da podnositelji tužbe kojima nisu dani jednaki izgledi kao ostalim predstavnicima medija, kao i drugim stranim medijima koji su posebno povezani sa žrtvama kaznenih djela koja su predmet optužnice – budu isključeni iz tzv. procesa protiv NSU, pa stoga ne mogu izvještavati na temelju vlastitih opažanja s glavnog ročišta. To bi imalo tim veću težinu, jer su turski mediji posebno zainteresirani za iscrpno neovisno izvještavanje o tom procesu, jer su brojne žrtve kaznenih djela iz optužnice bili građani turskog podrijetla.

b) Ti nedostaci imaju veću težinu od nedostatka u slučaju da se zahtjev za privremenu mjeru naveden u izreci prihvati, ali ustavna tužba u glavnoj stvari bude neuspješna. Jer u tom bi slučaju doduše strani mediji koji su posebno povezani sa žrtvama kaznenih djela iz optužnice dobili mjesta na glavnoj raspravi, na koja prema dosadašnjoj dodjeli sjedećih mjesta nisu imali pravo. Eventualan nejednaki tretman drugih medija kojima bi se oduzelo već dodijeljeno mjesto ili im se kod formiranja dodatnog kontingenta ne bi dodijelilo mjesto, polazeći od posebnog interesa tih medija ne bi imao tu težinu. Prava tih medija ionako postoje samo u okviru selektivne odluke prema načelu jednakosti. I nedostatak za širu javnost uslijed toga što bi se dodatnim kontingentom mali broj mjesta za javnost stavio na raspolaganje određenim predstavnicima medija bio bi razmjerno manji, budući da mjesta predviđena za javnost još nisu konkretizirana te se u skladu s važećim

kriterijima još uvijek primjereni dio raspoloživih mjesta u sudnici može rezervirati za širu javnost.

4. U hitnom postupku radi zaštite prava Ustavni sud može donijeti mjere koje ne treba shvatiti kao anticipaciju konačnog ustavnopravnog ishoda, već kao privremenu mjeru radi otklanjanja ili ublažavanja nedostataka koji u protivnom prijetu. To vrijedi prije svega u situaciji poput ove, u kojoj ne postoji ustavom zajamčeno pravo na pristup sudskom ročištu, već se radi samo o pitanju moguće povrede izgleda ne ravnopravno sudjelovanje, gdje bi nedostaci mogli proizaći iz posljedica moguće povrede jednakosti izgleda. Mjera se tu može odnositi samo na ublažavanje tih posljedica. To se u predmetnom slučaju može izjednačiti s djelomičnom anticipacijom ishoda u glavnoj stvari, međutim to je dopušteno u iznimnim slučajevima kada bi odluka u glavnoj stvari mogla biti donesena prekasno ili se na drugi način više ne bi mogla osigurati dostatna pravna zaštita.

Stoga se nalaže predsjedajućem sucu 6. Velikog vijeća za kaznene predmete Višeg zemaljskog suda (OLG) da prema metodi koju može odrediti u okviru svojih ovlasti vođenja postupka dodijeli primjereni broj sjedećih mjesta predstavnicima stranih medija koji su posebno povezani sa žrtvama kaznenih djela iz optužnice. Mogao bi predvidjeti dodatni kontingent s više od tri mjesta, gdje bi se mjesta dodijelila prema prioritetu ili metodom ždrijeba. No predsjedajućem sucu je prepušteno da umjesto toga dodjelu sjedećih mjesta ili postupak akreditacije općenito uredi prema drugim pravilima.

5. Za razliku od toga, daljnji zahtjev podnositelja tužbe na potpunu suspenziju dodjele mjesta i sigurnosnih mjera se odbija, jer razlog za donošenje takve daljnje mjere nije dostatno obrazložen.

II.

Tri daljnje ustavne tužbe, koje su također bile povezane sa zahtjevima za donošenje privremene mjere, Treće Vijeće Prvog senata Ustavnog suda je naprotiv odbacilo bez navođenja obrazloženja.

Podnositelj tužbe u postupku 1 BvR 1002/13 tvrdi da čita turske novine. Njegov prigovor se uglavnom odnosi na to da se s obzirom na to da do sada ni jedne turske novine nisu dobile akreditaciju, ne može dobiti informacije iz prve ruke o tzv. procesu protiv NSU.

Podnositelj tužbe u postupku 1 BvR 1007/13 želio bi prisustvovati postupku kao promatrač. Smatra da je u bitnome zaklinut zbog toga što je 50 mjesta rezervirano za tisak.

Podnositelj tužbe u postupku 1 BvR 1010/13 je novinar koji vodi medijsku kuću za koju su on i kolege već dobili akreditaciju za tzv. proces protiv NSU. S jedne strane iznosi prigovor da „zamjena osoblja“, primjerice zbog bolesti, nije moguća, a s druge strane se žali na tijek postupka akreditacije.

12) BVerfGE 133, 377

(Steuersplitting für eingetragene
Lebenspartnerschaften / Splitting poreza kod
registriranog životnog partnerstva osoba istog
spola)

**Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 41/2013 od 6. lipnja 2013.**

**Odluka od 7. svibnja 2013.
- 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07 -**

**Isključenje registriranih životnih partnerstava osoba istog spola iz
primjene splitting metode kod utvrđivanja poreza koja vrijedi za bračne
drugove je protuustavno**

Nejednak tretman registriranih životnih partnerstava osoba istog spola i brakova kod primjene splitting metode koja vrijedi za bračne drugove je protuustavno. Odgovarajući propisi Zakona o porezu na dohodak (EStG) predstavljaju povredu općeg načela jednakosti, jer ne postoje dovoljno važni objektivni razlozi za takvo nejednako postupanje. To je utvrdio Drugi senat njemačkog Ustavnog suda u odluci koja je objavljena danas. Pravnu situaciju treba promijeniti retroaktivno od uvođenja Zakona o registriranom životnom partnerstvu 1. 8. 2001. U prijelaznom razdoblju se postojeće odredbe o primjeni splitting metode kod bračnih drugova moraju primjenjivati i na registrirana partnerstva osoba istog spola. Odluka je donesena sa 6 glasova za i 2 glasa protiv (6:2); sudac Landau i sutkinja Kessel-Wulf zajedno su se izjasnili protiv te odluke.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Zakon o porezu na dohodak omogućava bračnim drugovima da odaberu zajedničko oporezivanje, što vodi do primjene tzv. splitting tarife (čl. 26, 26b, 32a st. 5 EStG). Podnositelji tužbe su nakon zasnivanja registriranog životnog partnerstva osoba istog spola za 2001. i 2002. godinu zatražili zajedničko oporezivanje. Porezna uprava je umjesto toga provela pojedinačno oporezivanje. Tužbe, koje su podnositelji podigli protiv tog rješenja na financijskim sudovima i Saveznom sudu za financije, bile su neuspješne. Protiv tih odluka podnositelji su podigli ustavne tužbe.

2. Članci 26, 26b, 32a st. 5. Zakon o porezu na dohodak nespojivi su sa čl. 3. st.1 Temeljnog zakona, stoga što registriranim partnerima za razliku od bračnih drugova ne omogućuju zajedničko oporezivanje i s njime povezanu primjenu metode splittinga. Osporene odluke senat je ukinuo i postupke uputio na ponovno odlučivanje na Savezni sud za financije.

a) Nejednaki tretman supružnika i registriranih partnera u propisima o splittingu za bračne drugove prema mjerilima općeg načela jednakosti iz čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona predstavlja posredan nejednak tretman zbog seksualne orijentacije. Čak ako ta odredba sama po sebi polazi od bračnog stanja, odluka u korist braka ili registriranog životnog partnerstva osoba istog spola povezana je sa seksualnom orijentacijom i teško se može promatrati odvojeno od nje.

U slučaju nejednakog postupanja prema grupama osoba u pravilu postoji striktna obveza zakonodavca da se pridržava zahtjeva načela razmjernosti. Zahtjevi vezani uz opravdanje takvog postupanja su tim stroži ukoliko su osobna obilježja bliža onima iz čl. 3. st. 3. Temeljnog zakona, to jest čim je veća opasnost da nejednako postupanje dovede do diskriminacije neke manjine. A to je slučaj kod diferencijacije prema seksualnoj orijentaciji.

b) Samo posebna zaštita braka i obitelji iz čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona nije dovoljno opravdanje za nejednako postupanje prema braku i registriranom životnom partnerstvu. Vrijednosni sud iz čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona predstavlja objektivan razlog za diferencijaciju, koji je u prvom redu prikladan za privilegiranje braka u odnosu na druge životne zajednice, koje su obilježene manjom mjerom uzajamnih dužnosti. Ukoliko privilegiranje braka ide ruku pod ruku s nepovoljnijim položajem drugih oblika suživota, koji su ustrojeni na sličan način i podjednako pravno obvezujući, samo upućivanje na zadaću zaštite braka ipak ne bi opravdavalo takvu diferencijaciju.

Zakonodavac je od samog početka registrirano partnerstvo, na sličan način kao i brak, obvezujuće definirao kao zaokruženu institucionaliziranu zajednicu utemeljenu na odgovornosti te kontinuirano dokidao postojeće razlike među njima. Poput braka, i registrirana zajednica se razlikuje kako od neobvezujućih partnerskih odnosa, tako i od pravnih odnosa između rođaka.

c) Osim samog pozivanja na čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona potreban je dovoljno važan objektivan razlog koji bi opravdao privilegiranje braka u odnosu na registriranu zajednicu, pri čemu su mjerilo predmet i cilj takve regulative. No takav se razlog kod primjene metode splittinga ne može izvesti ni ih svrhe norme ni iz ovlasti tipizacije zakonodavca u poreznom pravu.

aa) Svrha je metode splittinga, koja je uvedena 1958. godine, da se bračni drugovi neovisno o raspodjeli dohotka između njih kod istog ukupnog dohotka jednako oporezuju. Metoda splittinga polazi od građansko-pravne temeljne ideje braka kao ekonomske zajednice. I registrirano životno partnerstvo koncipirano je kao takva ekonomska zajednica. Još od uvođenja 2001. Godine, ono je u bitnim

crtama, koje su polazište za porezno pravo, usporedivo s brakom: uzajamna ovlast preuzimanja obveza kod poslova radi pokrivanja životnih potreba te ograničeno pravo raspolaganja vlastitom imovinom kod oba su instituta regulirani na isti način. Osim toga, registrirani partneri su već od 2001. godine, ako nisu htjeli zaključiti ugovor o životnom partnerstvu (sličan predbračnom ugovoru), morali dogovoriti tzv. režim poravnjanja (zajedničke imovine po prestanku suživota), na koji su se analogno primjenjivali propisi koji vrijede za režim bračne stečevine kod bračnih drugova. Od 1. siječnja 2005. izričito je uveden režim stečevine kao uobičajeni režim imovine. Osim toga, i izjednačavanje prihoda na teret partnera s većim приходima – koje se kod razvoda braka primjenjuje tek od 1977. godine – prošireno je na ukidanje registriranog životnog partnerstva osoba istog spola.

Intencije vezane uz obiteljski politiku ne mogu poslužiti kao opravdanje za nejednako postupanje prema braku i registriranim životnim partnerstvima po pitanju primjene metode splittinga. Prema Zakonu o porezu na dohodak, odobravanje prednosti iz primjene splittinga ovisi samo o postojanju braka, osim ukoliko partneri ne žive trajno razdvojeno. Za razliku od toga, nebitno je ima li u braku djece, kao ni okolnost jesu li bračni drugovi tijekom braka imali zajedničku djecu.

Metoda splittinga proširuje manevarski prostor bračnih drugova kod podjele zadaća unutar bračne zajednice, pa se stoga smatra regulativom koja je prvenstveno zamišljena za obitelji u kojima jedan partner zbog kućanskih poslova (to jest odgoja ili njege djece) nije zaposlen, ili radi samo povremeno, odnosno skraćeno. Međutim, i Zakon o registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola – kao i propisi o braku – partnerima prepušta slobodu s obzirom na to kako će osobno ili u ekonomskom smislu organizirati život, te polazi od toga da su kućanski poslovi i zaposlenost jednako vrijedni. Stoga se ne mogu razaznati razlike između bračnih drugova i partnera koje bi u tom smislu opravdavale nejednako postupanje. S jedne strane, nema u svakom braku djece, niti je svaki brak usmjeren na djecu. S druge strane, djeca sve češće odrastaju i u istospolnim zajednicama, pa su stoga zamislive situacije, koje nisu čak ni neuobičajene, da jedan od partnera pretežito preuzme brigu za djecu.

bb) Polazeći od toga, privilegiranje braka u odnosu na istospolnu zajednicu ne može se opravdati zakonodavčevim ovlastima tipizacije u poreznom pravu.

Tipizacija znači da se određene, u bitnim elementima istovjetne, životne situacije normativno objedine; stvarne dodirne točke moraju počivati na svrsi norme. Pretpostavka za tipizaciju je da se situacije kojima je netko teško pogođen i nepravednosti koje proizlaze iz nje mogu izbjeći samo uz poteškoće, zatim da je njima pogođen samo razmjerno mali broj osoba, te da povreda načela jednakosti nije tako znatna. Manevarski prostor zakonodavca kod tipizacije je tim uži čim su brojnije ustavnopravne odrednice izvan čl. 3. st. 1. Temelnog zakona, a prestaje tamo gdje bi to bilo povezano sa zabranom diskriminacije iz čl. 3. st. 2. Temelnog zakona.

Okolnost da su istospolne zajednice i brakovi podjednako konstituirani kao ekonomske zajednice, kod stvaranja grupa u okviru tipizacije nalagalo bi da ih se u poreznom smislu jednako tretira.

I s gledišta promicanja odrastanja djece tipizirano privilegiranje braka u odnosu na istospolne zajednice kod primjene splittinga ne dolazi u obzir. Prema izračunima Saveznog ministarstva financija, 91% ukupnog volumena splittinga dođuše otpada na bračne parove koji imaju ili su imali djecu, što je uzeto u obzir kod izračuna poreza. Budući da su prednosti splittinga tim veće što je veća razlika između dohotka koji ostvaruju partneri, registrirana životna partnerstva osoba istog spola bi, kao i brakovi, profitirala od splittinga, posebice ako je u braku ima ili je bilo djece, pa zbog toga jedan od partnera nije mogao raditi ili je radio samo u ograničenom opsegu. To što u odnosu na bračne parove registrirana životna partnerstva rjeđe imaju djecu nije dovoljan razlog za tipizaciju kojom se primjena splittinga ograničava samo na bračne parove. Zakonodavac i uprava mogu bez većih poteškoća izbjeći zakidanje registriranih životnih partnerstava kod splittinga. Zanimariti činjenicu da i u registriranom životnom partnerstvu osoba istog spola odrastaju djeca značilo bi posrednu diskriminaciju upravo zbog seksualne orijentacije partnera.

3. Zakonodavac je obavezan retroaktivno otkloniti utvrđenu ustavnu povredu, od trenutka uvođenja instituta životnog partnerstva 1. kolovoza 2001. Budući da ima razne mogućnosti, u predmetnom slučaju u obzir dolazi samo izjava o nespojivosti zakona s ustavom. Sve dok nova regulativa, koju zakonodavac neodložno mora usvojiti, ne stupi na snagu, i dalje će se primjenjivati čl. 26, 26b, 32a st. 5. Zakona o porezu na dohodak radi izbjegavanja pravne nesigurnosti uz uvjet da i partneri u registriranom životnom partnerstvu, za koje još nije doneseno pravomoćno rješenje o razrezu poreza, imaju pravo na zajedničko oporezivanje, pod istim uvjetima koji vrijede i za bračne drugove, te primjenu metode splittinga s učinkom od 1. kolovoza 2001.

Izdvojeno mišljenje suca Landaua i sutkinje Kessal-Wulf:

1. Senat previđa da registrirano životno partnerstvo osoba istog spola u skladu s izričitom intencijom zakonodavca nije bilo koncipirano kao ekonomska zajednica usporediva s brakom sve dok 1. siječnja 2005. na snagu nije stupio Zakon o izmjenama propisa o registriranom životnom partnerstvu. Već to opravdava privilegiranje braka u svim spornim godinama oporezivanja, dakle u 2001. i 2002. godini, te se nije potrebno pozivati na čl. 6. st. 1. Temelnog zakona.

a) Brak se prema Ustavu zasniva na koncepciji ekonomske zajednice, u kojoj bračni drug participira 50% u prihodima i izdacima svog bračnog partnera. Članci 26, 26b i 32a Zakona o porezu na dohodak polaze od koncepcije braka iz građanskog prava i propisa o socijalnim osiguranjima, koji preuzimaju i u propisima o porezu na dohodak. Zakonodavac je metodu splittinga smatrao odgovorom na režim bračne stečevine. Sljedeći nalog zaštite iz čl. 6. st. 1. Temelnog zakona, ona čuva

i jača bračnu ekonomsku zajednicu. Jednom od bračnih drugova se omogućava da bez poreznih gubitaka, trajno ili privremeno radi skraćeno ili se isključivo posveti obiteljskim obvezama.

b) Za kriterij usporedivosti stoga su posebice važni propisi o režimu bračne imovine i propisi o izjednačavanju prihoda u slučaju razvoda, te osim toga dodate odredbe u propisima o socijalnim osiguranjima, posebice o obiteljskim mirovinama. Međutim, ta konstitutivna obilježja tek su s učinkom od 1. siječnja 2005. Proširena na registriranu istospolnu zajednicu. Prijelazne odredbe nisu predviđale nužno retroaktivnu primjenu na postojeća registrirana partnerstva osoba istog spola.

c) Registrirana partnerstva podnositelja tužbe se stoga – barem ne u spornim godinama oporezivanja 2001. i 2002. – ne mogu smatrati ekonomskim zajednicama u smislu propisa o splittingu. Upućivanje senata na sudsku praksu Ustavnog suda o porezu na nasljedstva i darovanja, porezu na promet nekretnina i obiteljskom doplatku sukladno propisima o državnim službenicima, neprimjereno je kao obrazloženje za suprotan rezultat. Ni jedna od spomenutih odluka ne postulira načela koja bi se samo tako mogla prenijeti na propise o porezu na dohodak. Samim upućivanjem na te odluke senat se izlaže prigovoru shematskog nadovezivanja na dosadašnju sudsku praksu.

Proširenje metode splittinga na registrirana životna partnerstva osoba istog spola u godinama oporezivanja prije 2005. u konačnici vodi do odobravanje prednosti ekonomske zajednice u propisima o porezu na dohodak, premda nisu postojale „zrcalno simetrične“ obveze između partnera, čak ni u približno sličnom opsegu. Obrazloženje senata zanemaruje i to da je zakonodavac svjesno odustao od potpunog izjednačavanja, te da je istaknuo da se rukovodio upravo idejom ekonomske neovisnosti oboje partnera. Time senat svoju procjenu pretpostavlja ocjeni zakonodavca koji je jedini pozvan dati takvu ocjenu.

2. Za pretpostavku senata da ovlast zakonodavca na tipizaciju ne opravdava utvrđen nejednaki tretman braka i registriranih zajednica nema održivog obrazloženja.

Senat, doduše, priznaje da je zakonodavac uvođenjem metode splittinga 1958. slijedio i ciljeve obiteljske politike. No iz toga ne izvlači zaključak koji se nameće, da je i ta funkcija vezana uz obiteljsku politiku načelno primjerena kao opravdanje za privilegiranje braka u odnosu na druge oblike suživota, čak i kada su na sličan način utemeljeni pravno obvezujuće. U skladu sa socijalnom stvarnošću, zakonodavac je prilikom uvođenja metode splittinga mogao poći od toga da je velika većina brakova usmjerena na odgoj djece, ali primjenu te metode u tipizaciji uvjetovati samo postojanjem braka, a ne i dodatno postojanjem djece.

b) Danas i u istospolnim zajednicama sve češće odrastaju djeca. No iz toga se ne može nužno zaključiti da je već u godinama oporezivanja 2001. i 2002. svim registriranim zajednicama kroz tipizaciju trebalo omogućiti splitting. Pretpostavka

OPĆE NAČELO JEDNAKOSTI

senata da bi porezne prednosti i kod registriranih zajednica ostvarivale one s djecom nije dokazana. Osim toga, nije odgovoreno na pitanje presudno za tipizaciju, koliki je bio udio registriranih zajednica u kojima se odgajaju djeca.

Eventualno nejednako postupanje prema registriranim životnim partnerstvima osoba istog spola u kojima se odgajaju ili su odgajana djeca, moglo se riješiti i time što bi se mogućnost primjene splittinga otvorila tog ograničenoj skupini. Međutim, takav mogući pristup senat, koji se osvrnuo samo na uključivanje registriranog životnog partnerstva kroz tipizaciju, nije produbio.

3. Naposljetku se zakonodavcu s obzirom na svrhu normiranja splittinga povezanu s obiteljskom politikom moglo dopustiti da najprije provede evaluaciju kako bi se ta metoda kod registriranog životnog partnerstva osoba istog spola odrazila na obitelj i generacijski slijed, te da se iz toga eventualno povuku porezne konzekvence. Slobodan prostor zakonodavca za takvu procjenu senat je ignorirao svojom retroaktivnom izjavom o nespojivosti i tako dodatno suzio mogućnosti zakonodavca. Pritom se senat ne obazire na dosadašnju sudsku praksu Ustavnog suda, u skladu s kojom zakonodavac ne mora retroaktivno otkloniti pravno stanje nespojivo s Ustavom, ako ustavnopravna situacija nije bila dovoljno razjašnjena.

§ 7.

**Sloboda vjere i savjesti, vjerskih
i svjetonazorskih uvjerenja
(čl. 4. Temeljnog zakona)**

13) BVerfGE 102, 370 (Zeugen Jehovas / Jehovini svjedoci)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 159/2000 od 19. prosinca 2000.

Odluka od 19. prosinca 2000.
- Az. 2 BvR 1500/97 -

Ustavna tužba Jehovinih svjedoka uspješna – odluka donesena na sjednici 20. rujna 2000.

Odlukom koja je donesena danas Drugi senat Saveznog ustavnog suda na temelju ustavne tužbe vjerske zajednice Jehovinih svjedoka je ukinuo presudu Saveznog upravnog suda (BVerwG) od 26. lipnja 1997. i predmet vratio na ponovno suđenje tom sudu.

Pozadina i kronologija prethodnih postupaka prikazani su u Priopćenju za tisak br. 116/2000 od 1. rujna 2000. godine, koje na upit rado možemo dostaviti.

U obrazloženju svoje odluke Drugi senat u bitnome je naveo sljedeće:

Odlukom Saveznog upravnog suda počinjena je povreda ustavnog prava podnositeljice tužbe iz čl. 140. Temeljnog zakona u vezi s čl. 137 st. 5. al. 2 Weimarskog ustava (WRV). Te norme definiraju pod kojim pretpostavkama vjerska zajednica ima pravo na dobivanje statusa javno-pravnog tijela.

1. Podnositeljica žalbe ispunjava tzv. „jamstvo trajanja“ iz čl. 137. st. 5. Weimarskog ustava (WRV). U svezi s time nije potrebno da se vjerska zajednica najprije etablirala u pravnom obliku registrirane udruge. I vjerovanje podnositeljice tužbe da predstoji smak svijeta nije u suprotnosti s tom trajnošću. U vjerski neutralnoj zemlji je, naime, zabranjeno da se podnositeljicu tužbe s obzirom na vjerske predodžbe shvaća doslovno. Osim toga, premda nije došlo do smaka svijeta koji je podnositeljica tužbe već nekoliko puta prorekla, vjerska je zajednica nastavila postojati. I s tog gledišta ne treba sumnjati u njezinu trajnost.

2. Iz čl. 140 Temeljnog zakona u vezi s čl. 137 st. 5. al. 2 Weimarskog ustava nadalje proizlaze nepisani preduvjeti koje vjerska zajednica mora ispunjavati kako bi dobila javno-pravnu osobnost. U kontekstu Temeljnog zakona, status javno-

pravnog tijela koji se nudi vjerskim zajednicama je sredstvo za ostvarivanje vjerske slobode koje bi trebalo poduprijeti samostalnost i neovisnost vjerskih zajednica. Budući da one svoje zadaće mogu ostvarivati bez tutorstva i utjecaja države, time je stvorena pretpostavka i okvir u kojem vjerske zajednice mogu dati svoj doprinos temeljima države i društva.

Vjerske zajednice koje djeluju kao pravne osobe u vjerski i ideološki neutralnoj državi čiji Ustav ne poznaje državnu crkvu, načelno se razlikuju od javno-pravnih tijela prema shvaćanju upravnog prava i propisa o ustroju države. One ne obavljaju državne zadaće, niti su integrirane u ustroj države, te ne podliježu nadzoru države. No stjecanjem javno-pravnog statusa na njih se prenose određene suverene zadaće. Te i druge pogodnosti vjerskim zajednicama olakšavaju da svoju organizaciju i djelovanje ustroje u skladu s načelima svog vjerskog samopoimanja. Te pogodnosti, osim većih mogućnosti utjecaja, znače i veću opasnost zlorabe na štetu vjerske slobode članova ili drugih Ustavom zaštićenih dobara. Kod određivanja pretpostavki pod kojima vjerska zajednica može dobiti javno-pravni status stoga treba istaknuti odgovornost države kojoj Ustav nalaže poštivanje i zaštitu ljudskog dostojanstva, te ju obvezuje na očuvanje i zaštitu temeljnih ustavnih vrednota.

3. Iz toga, s jedne strane, proizlazi da se vjerska zajednica koja želi steći javno-pravni status mora striktno pridržavati prava.

Unutar kao i izvan područja suverenog djelovanja dužna je poštivati zakone koji vrijede za sve državljane neke zemlje. Međutim, svaka pojedina povreda pravnih normi ne dovodi u pitanje jamstvo striktnog pridržavanja prava. I vjerskim zajednicama koje djeluju kao pravne osobe prepušteno je da sudskim putem razjasne razmimoilaženje s državnim službama o tome gdje u konkretnom slučaju kod vjerske slobode i prava na vjersko samoodređenje prolazi granica koju postavlja zakon. Mnoge vjere inzistiraju na tome da se u slučaju neizbježnog konflikta radije pokoravaju postulatima vjere nego pravnim postulatima te da u konkretnim slučajevima donose odluke po vlastitoj savjesti. Iz obzira prema vjerskoj slobodi, kojoj napokon i služi status javno-pravne zajednice, takve zadržke prema dodjeljivanju tog statusa ne predstavljaju prepreku tako dugo dok je vjerska zajednica načelno spremna poštivati pravo i zakon i uklopiti se u poredak utemeljen na Ustavu.

4. Vjerska zajednica koja želi steći javnopravni status najdalje mora jamčiti da njezino buduće ponašanje neće ugroziti temeljna ustavna načela opisana u čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona, vezana uz zaštitu temeljnih prava trećih osoba koja je povjerena državi, te temeljnih ustavnih načela liberalnog vjerskog prava i državnog crkvenog prava. No država ne smije tolerirati da vjerske zajednice koje su ustrojene kao javno-pravne ustanove sustavno ugrožavaju ili negativno utječu na načela koja su sukladno čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona nepromjenjiva. U to se ubrajaju i načela pravne države i demokracije. Doduše, pojedina temeljna prava ne obvezuju neposredno vjerske zajednice koje djeluju kao pravne osobe, osim

kada obnašaju suverene ovlasti. No država ne smije status povezan s posebnim sredstvima moći ili većim utjecajem u državi i društvu dodijeliti vjerskoj zajednici protiv koje bi imao pravo, ili čak i obvezu, postupati radi zaštite ustavnih pravnih vrednota. Državu, naime, Ustav obvezuje na zaštitu ljudskog života i tjelesne nepovredivosti. Djeca mogu polagati pravo na državnu zaštitu svojeg temeljnog prava iz čl. 2. st. 1. i 2. Temeljnog zakona, pri čemu se država kod svoje obveze zaštite iz čl. 6. st. 2. al. 2. Temeljnog zakona ravna prema dobrobiti djeteta. Članak 4. st. 1. i 2. Temeljnog zakona od države zahtijeva da štiti svakog pojedinca i vjerske zajednice od napada i bilo kakvih zapreka. Isto tako ni ponašanje vjerskih zajednica koje su dobile privilegirani status ne smije negativno utjecati ili ugrožavati liberalnost državnog-crkvenog prava. Zabrana postojanja državne crkve i načela neutralnosti i pariteta moraju ostati nepovrediva.

S druge strane, pravni zahtjevi koji se postavljaju pred neku vjersku zajednicu koja želi postati javno-pravna ne smiju biti u proturječju s načelnim ustavnopravnim vrednovanjima crkvenog prava i državnog-crkvenog prava. Zbog načela vjerske i ideološke neutralnosti država ne smije ocjenjivati vjersku zajednicu koja je postavila takav zahtjev prema njezinoj vjeri, već samo prema njezinom ponašanju. Osim toga, načela utemeljena čl. 20. Temeljnog zakona te principi crkvenog prava i državnog-crkvenog prava predstavljaju strukturne odrednice državnog poretka, koji zaslužuju zaštitu sami po sebi. Iz toga se ne može zaključiti da unutarnji ustroj neke vjerske zajednice, primjerice, mora biti demokratski. Osim toga, i vjerskoj zajednici koja je konstituirana kao javno-pravna zajednica prepušteno je da svoj odnos prema drugim vjerama kreira u skladu sa svojim samopoimanjem, sve dok se to ne odražava negativno na ustavnopravni regulatorni okvir. Potonje bi bilo slučaj, kada bi njezino djelovanje bilo usmjereno na uspostavljanje teokratskog poretka.

Ne može se zahtijevati lojalnost prema državi koja bi izlazila iz tog okvira. Vjerske zajednice koje djeluju kao pravne osobe u svom se djelovanju ne moraju rukovoditi interesima i ciljevima države, zato što im vjerska sloboda omogućava da sami odluče na koji će način ispuniti slobodan prostor koji im se otvara. Osim toga, „lojalnost“ je neodređen pojam koji cilja i na unutarnju dispoziciju, a ne samo na vanjsko ponašanje. Istovremeno, prema Ustavu cilj dodjele javno-pravnog statusa ne može biti to da se neka vjerska zajednica privilegijama potiče na suradnju s državom. Ustav omogućuje suradnju vjerskih zajednica s državom, ali to ne postavlja kao uvjet.

Ukupno uzevši, provjera može li neka vjerska zajednica dati jamstvo da neće negativno utjecati ili ugrožavati temeljna ustavna načela opisana u čl. 79. st. 3 Temeljnog zakona, zaštitu temeljnih prava trećih osoba koja je kao zadaća povjerena državi, te osnovnih načela crkvenog prava i državnog crkvenog prava, iziskuje složenu prognozu. Specijalizirani sudovi imaju nalog tipizirano razmotriti cjelokupnu sliku i dati ukupnu ocjenu svih onih okolnosti koje su relevantne za status javno-pravnog tijela.

5. Prema tim mjerilima, presuda Saveznog upravnog suda je neodrživa. Savezni upravni sud je, doduše, ispravno pretpostavio da se podnositeljici status javno-pravnog tijela ne može uskratiti zbog načelnog odnosa prema državi, čak i ako podnositeljica tužbe državu smatra „sastavnim dijelom Sotoninog svijeta“. U svom stvarnom ponašanju podnositeljica tužbe državu tolerira kao „prijelazni poredak koji Bog trpi“.

Ali ni vjerska zabrana sudjelovanja na državnim izborima ne opravdava uskraćivanje javno-pravnog statusa. Načelo demokracije je, doduše, jedan od vječnih, odnosno nepromjenjivih načela Ustava navedenih u čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona. No podnositeljica tužbe ne osporava načelo demokracije kao takvo, niti želi demokraciju zamijeniti nekim drugim oblikom vladavine. Njezine su težnje apolitične, usmjerene su na život s onu stranu političkog društva. Ni nakon više od 100 godina svog postojanja zajednica podnositeljica tužbe, budući da nema utjecaja na nečlanove, ne predstavlja realnu opasnost za društvo. Zbog toga je njezin odnos prema državnim izborima aspekt koji doduše treba uzeti u obzir kod nužnog tipiziranog općenitog razmatranja. No taj aspekt sam po sebi ne može biti osnova da se pretpostavi ugroženost nepovredivih sastavnica načela demokracije.

6. Specijaliziranim sudovima dan je nalog da provjere je li dodjela javno-pravnog statusa podnositeljici tužbe u suprotnosti sa zaštitom temeljnih prava trećih osoba koja je povjerena državi. U tom pogledu je u postupku pred specijaliziranim sudovima ostalo otvoreno pitanje utječe li podnositeljica tužbe odgojnom praksom koju preporučuje negativno na dobrobit djece i zadržava li članove koji žele istupiti da ostanu u zajednici prisilno ili sredstvima koja su protivna Ustavu, čime bi negativno utjecala na temeljna prava trećih osoba čija je zaštita povjerena državi.

14) 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10
(Pauschales Kopftuchverbot / Paušalna zabrana
nošenja marame)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 14/2015 od 13. ožujka 2015.

Odluka od 27. siječnja 2015.
- 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 -

Paušalna zabrana nošenja marame na glavi za nastavnike u državnim školama nije spojiva s Temeljnim zakonom

U odluci koja je objavljena danas, Prvi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je da paušalna zabrana vanjskih vjerskih obilježja za nastavnike u državnim školama nije spojiva s njihovom slobodom vjere i vjeroispovijesti (čl. 4. st. 1. i 2. Temeljnog zakona). Čl. 57. st. 4 al. 1 i al. 2. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije stoga u skladu s Ustavom treba ograničiti na način da je zabrana vanjskih vjerskih obilježja opravdana jedino ako to ne predstavlja samo apstraktnu nego i dovoljno konkretnu opasnost negativnog utjecaja na mir i red u školi ili neutralnost države. Članak 57. st. al. 3. Zakona o školama koji je koncipiran tako da privilegira kršćansko-zapadnjačke obrazovne i kulturološke vrijednosti ili tradicije, predstavlja povredu zabrane diskriminacije iz vjerskih razloga (čl. 3. st. 3. al. 1 i čl. 33. st. 3. Temeljnog zakona), pa je stoga ništetan. Odluke radnih sudova u postupcima na nižim sudovima ne ispunjavaju ustavnopravne kriterije. Senat ih je ukinuo, a predmete vratio na ponovno suđenje pred Zemaljskim radnim sudovima. Odluka je donesena sa šest glasova „za“ i dva glasa „protiv“. Sudac Schluckebier i sutkinja Hermanns predali su izdvojeno mišljenje. Potpredsjednik Kirchhof nije sudjelovao u postupku (usp. Priopćenje za tisak br. 22/14 od 13. ožujka 2014.). Sutkinja Hermanns je ždrijebanjem izabrana za zamjenicu. Kao sudac s najdužim stažem, sudac Gaier je preuzeo funkciju predsjedajućeg.

Činjenično stanje i tijek postupka:

Ustavne tužbe su podignute radi sankcija protiv podnositeljica tužbi, koje su potvrdili radni sudovi, zbog njihova odbijanja da tijekom rada u školi skinu hidžab, maramu koju iz vjerskih razloga nose na glavi, odnosno vunenu kapu koju su nosile umjesto hidžaba. Ustavne tužbe su istovremeno posredno usmjerene protiv

čl. 57. st. 4. i čl. 58. al. 2. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije u verziji od 13. lipnja 2006. (Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije).

Prema čl. 75. st. 4. al. 1. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije nastavnice i nastavnici u školi ne smiju iznositi politička, vjerska, svjetonazorska ili slična očitovanja koja bi mogla ugroziti ili remetiti neutralnost zemlje prema učenicama i učenicima te roditeljima, ili politički, vjerski ili svjetonazorski mir i red u školi. Prema al. 2. posebice nije dopušteno ponašanje koje bi kod učenica i učenika ili roditelja moglo izazvati dojam da nastavnik ili nastavnica zastupa stajališta protivna ljudskom dostojanstvu, ravnopravnosti, temeljnim slobodama ili demokratskim načelima. Prema al. 3. obavljanje odgojno-obrazovnih zadaća u skladu s Ustavom savezne zemlje i primjereni način prikazivanja kršćanskih i zapadnjačkih obrazovnih i kulturnih vrijednosti ili tradicija nisu u suprotnosti sa zahtjevom vezanim uz ponašanje iz al. 1. ove odredbe prema čl. 58. al. 2. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije, te analogno vrijede i za sve ostale pedagoge i socijalne pedagoge u državnoj službi.

Obje podnositeljice tužbe su muslimanke koje imaju njemačko državljanstvo. Podnositeljica tužbe iz postupka 1 BvR 471/10 od 1997. godine radi kao socijalna pedagoginja u državnoj općoj školi u Sjevernoj Rajni-Vestfaliji. Ispunila je zahtjev uprave škole da za vrijeme rada u školi skine maramu, ali ju je zamijenila ružičastom francuskom kapom s pletenim porubom, kakve se mogu nabaviti u prodaji, uz koju je nosila istobojnu dolčevitu kako bi prekrila vrat. Potom joj je uprava škole izrekla opomenu. Tužba koju je podigla na radnom sudu bila je neuspješna na svim instancama. Podnositeljica tužbe iz postupka 1 BvR 1181/10 je 2001. godine je kao nastavnica zasnovala radni odnos sa saveznom zemljom Sjevernom Rajnom-Vestfalijom. U nekoliko škola držala je nastavu na materinskom, turskom jeziku. Nakon što je odbila skinuti maramu tijekom nastave, najprije joj je službeno izrečena opomena, a potom je primila otkaz ugovora o radu. Tužba pred radnim sudom bila je neuspješna.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Dopuštene ustavne tužbe u bitnom su osnovane.

1. Članak 57. st. 4. al. 1. i 2. i čl. 58. al. 2. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije u slučajevima vjerskih očitovanja koja dolaze do izražaja u vanjskom izgledu pedagoginja i pedagoga, spojivi su s Temeljnim zakonom samo kod ograničavajućeg tumačenja.

a) Temeljno pravo na slobodu vjere i vjeroispovijesti (čl. 4. st. 1. i 2. Temeljnog zakona) jamči i prosvjetnim radnicima u javnim, vjerski neutralnim školama, da iz vjerskih razloga mogu udovoljiti zahtjevu pokrivanja tijela koji se smatra obaveznim. Kod ocjene što se u pojedinačnom slučaju smatra prakticiranjem vjere ne smije se zanemariti samopoimanje vjerskih zajednica i pojedinih nositelja temeljnih prava. Međutim, državna tijela mogu provjeriti i odlučiti je li dovoljno

supstancirano prikazano da se to ponašanje stvarno i uvjerljivo može podvesti pod zaštićenu osnovu iz čl. 4. Temeljnog zakona. To je slučaj kod ovih podnositeljica tužbe. Pritom nije presudno to što je točan sadržaj propisa o odijevanju žena itekako sporan među islamskim učenjacima, a neki drugi pravci islama ne poznaju obvezu pokrivanja tijela. Dovoljno je da je takvo shvaćanje rašireno u raznim strujama islama, te da se posebice može svesti na dva mjesta u Kuranu.

b) Zadiranje u vjersku slobodu podnositeljica zahtjeva ima posebnu težinu. Naime, one se ne pozivaju samo na vjersku preporuku. Štoviše, one su uvjerljivo prikazale da je za njih – u skladu sa samopoimanjem jednog dijela islamskog svijeta – vjerska obveza pokrivanja u javnosti imperativ koji se, što je shvatljivo, tiče i njihovog osobnog identiteta (čl. 2. st. 1. u vezi s čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona), tako da zabrana pokrivanja tijekom rada u školi za njih čak može značiti prepreku za pristup tom zvanju (čl. 12. st. 1. Temeljnog zakona). To što se na taj način prije svega muslimankama priječi da obavljaju kvalificirane poslove kao pedagoginje, istovremeno je u opreci sa zahtjevom stvarne ravnopravnosti žena (čl. 3. st. 2. Temeljnog zakona), pa je stoga za takvo postupanje nužno opravdanje.

c) Ovo zadiranje nije razmjerno, ako se temelji na tumačenju čl. 57. st. 4. al. 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije od strane radnih sudova, prema kojemu je za zabranu dovoljno samo apstraktno ugrožavanje školskog reda i mira ili neutralnosti države.

aa) Zakonodavac Sjeverne Rajne-Vestfalije ovom zabranom vanjskih vjerskih obilježja u čl. 57. st. 4 al. 1. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije slijedi legitimne ciljeve. Njegova je intencija očuvati red i mir u školama i državnu neutralnost, na taj način osigurati zadaće države vezane uz odgoj, štitići suprotna temeljna prava učenika i roditelja i time unaprijed spriječiti konflikte.

bb) Kod ocjene stvarnih okolnosti i razvoja, zakonodavcu su doduše dane prerogative. Međutim, dužan je pobrinuti se za primjereni odnos prema težini i značenju temeljnog prava pedagoškog osoblja na slobodu vjere i vjeroispovijesti, kao što kod ukupnog odvagivanja mora uzeti u obzir granice prihvatljivog.

(1) Nošenje odjeće koja ima vjerske konotacije nije a priori povezano s utjecajem na negativnu slobodu vjere i vjeroispovijesti učenica i učenika (čl. 4. st. 1. i 2. Temeljnog zakona). Sve dok prosvjetni radnici verbalno ne propagiraju svoje stavove ili svoju vjeru, ili svojim nastupom ne pokušavaju utjecati na učenice i učenike, učenici su samo konfrontirani s ostvarivanjem pozitivne vjerske slobode nastavnika, što se u pravilu relativizira i uravnotežuje nastupom nastavnika druge vjeroispovijesti ili drugačijeg svjetonazora. Utoliko se u javnim školama, koje su vjerski neutralne, odražava vjerski pluralizam u društvu.

(2) Iz temeljnog prava na roditeljstvo (čl. 6. st. 6. Temeljnog zakona) ne proizlazi ništa drugo. Iz njega se ne može izvesti niti eventualno pravo da se školska djeca udalje od utjecaja takvih nastavnika koji poštuju raširen vjerski propis o pokrivanju tijela.

(3) Osim toga, nalog države vezan uz odgoj (čl. 7. st. 1. Temelnog zakona), koji se mora ispuniti vodeći računa o ideološkoj i vjerskoj neutralnosti, općenito uzevši nije u suprotnosti s ostvarivanjem pozitivne vjerske slobode pedagoginja nošenjem marame na glavi, kako to nalaže islam. Zabranu takvog ponašanja, odnosno isticanja nekog vanjskog obilježja, koje počiva na vjerskom pravilu koje se može shvatiti kao imperativ, država može opravdati samo ako se utvrdi da postoji dovoljno konkretna opasnost za red i mir u školama ili za neutralnost države.

(a) Zahtjev ideološko-vjerske neutralnosti države ne treba shvatiti kao distanciranost u smislu striktnosti odvojenosti države i crkve, nego kao otvoreni i univerzalni stav kojim se podjednako potiče vjerska sloboda bez obzira na konfesiju. To se odnosi i na škole za koje skrbi država. Prepoznatljivost vjerske ili svjetonazorske pripadnosti pojedinih nastavnika sama po sebi ne može se isključiti ideološkom i vjerskom neutralnošću države.

(b) Striktna zabrana vanjskih vjerskih obilježja koja vrijedi diljem zemlje, a oslanja se samo na apstraktno ugrožavanje reda i mira u školama ili neutralnosti države, u svakom slučaju u navedenim slučajevima nije prihvatljiva za podnositeljice tužbe i na neprimjeren način ugrožava njihovo temeljno pravo na vjersku slobodu. Jer ako pojedine pedagoginje nose marame na glavi onda to – za razliku od križa ili raspela u učionici škole, za što je odgovorna država – ne predstavlja identifikaciju države s određenom vjerom. Osim toga, podnositeljice tužbe samo poštuju vjersku zapovijed koju – što je razumljivo – smatraju obaveznom. Uslijed toga, njihova vjerska sloboda kod odvagivanja ima veću težinu nego da se radi o dostupibilnom vjerskom pravilu.

Situacija bi bila bitno drugačija kad bi vanjski izgled nastavnika vodio ili dovoljno doprinio konkretnom ugrožavanju ili remećenju reda i mira u školi ili neutralnosti države. Tada bi se od njih očekivalo da odustanu od zapovijedi pokrivanja tijela koju – što je razumljivo – smatraju svojom vjerskom obvezom. Osim toga, može se javiti potreba, koja bi s ustavnopravnog gledišta bila priznata, da se tijekom određenog razdoblja i općenito zabrane vjerska očitovanja koja se temelje na izvanjskim obilježjima, ako se u određenim školama ili školskim okruzima zbog suštinskih konfliktnih situacija preko ispravnog vjerskog ponašanja u velikom broju slučajeva dosegne ona granica kada bi red i mir u školi ili neutralnost države konkretno mogli biti ugroženi. Međutim, tada bi se najprije razmatrala mogućnost da se dotične osobe kao pedagozi najprije rasporede na druga mjesta.

Sve dok zakonodavac ne donese preciznije odredbe za rješavanje ovog pitanja, potiskivanje vjerske slobode nastavnika radi uspostavljanja primjerene ravnoteže ustavnih dobara o kojima je riječ dolazi u obzir samo onda ako se može dokazati postojanje barem jedne dovoljno konkretne opasnosti za neutralnost države ili red i mir u školama. To posebice vrijedi stoga što je upravo zadaća javnih škola, koje se nazivaju i „vjerski neutralnima“, da učenice i učenike podučavaju toleranciji prema drugim religijama i svjetonazorima. Taj ideal mora zaživjeti u praksi, što podrazumijeva i nošenje odjeće koja se povezuje s određenim religijama, kao što

je, pored marama, primjerice židovska kapica (*kipa*) ili habit časnih sestara, ili pak simbola poput križa koji se nose na vidljivom mjestu. Samo nošenje islamske marama u pravilu ne predstavlja dovoljno konkretnu opasnost. Nošenje islamske marama samo po sebi nema učinak pridobivanja ili širenja vjere. Premda ju većina muslimanskih žena ne nosi, islamska marama u Njemačkoj nije rijetkost. To što se marama može vidjeti u školama posljedica je individualnog ostvarivanja temeljnih prava koju treba prihvatiti, kao i činjenicu da ne postoji ustavno pravo koje bi štitilo od izloženosti drugim vjerskim ili ideološkim uvjerenjima.

d) Ova mjerila za tumačenje analogno vrijede i za čl. 57. st. 4. al. 2. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije. Kada se uzmu u obzir jamstva iz čl. 4. st. 1. i 2. Temelnog zakona, pogrešna je pretpostavka da nošenje islamske marama ili drugog pokrivala za glavu, koje upućuje na pripadnost vjerskoj zajednici, već samo po sebi predstavlja ponašanje koje bi prema čl. 57. st. 4. al. 2. Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije kod učenika i roditelja bez daljnega moglo izazvati dojam da osoba koja ga nosi zastupa stavove protivne ljudskom dostojanstvu, ravnopravnosti iz čl. 3 Temelnog zakona, temeljnim slobodama ili slobodarsko-demokratskom poretku. Takav paušalni zaključak ne dolazi u obzir. Ako nošenje marama može biti izraz individualne odluke o odijevanju, ili pak tradicije ili identiteta, ili ako se žena koja ju nosi time „legitimira“ kao muslimanka koja se strogo pridržava pravila svoje vjere, posebice zapovijedi pokrivanja tijela koju smatra obaveznom, onda se to bez dodatnih okolnosti ne može tumačiti kao distanciranje od ustavnopravnih načela navedenih u čl. 57. st. 4. al. 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije. Također se i vjerskim smjerovima islama koji zahtijevaju nošenje marama u okviru zapovijedi pokrivanja tijela, ali se zadovoljavaju i samo time, ne može se pripisati da od vjernika traže ili očekuju da nastupaju protiv ljudskog dostojanstva, ravnopravnosti sukladno čl. 3 Temelnog zakona, temeljnih slobodama ili slobodarsko-demokratskog poretka, ili da se tomu nadaju.

e) Osporene odluke specijaliziranih sudova, konkretno Saveznog suda za rad, ne udovoljavaju tumačenju uz ograničenja u skladu s Ustavom. Stoga predstavljaju povredu temeljnih prava podnositeljica tužbe iz čl. 4 st. 1. i 2. Temelnog zakona.

2. Članak 57. st. al. 3. Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, koji je sukladno intenciji zakonodavca odredba kojom se privilegira predstavljanje kršćanskih i zapadnjačkih obrazovnih i kulturnih vrijednosti ili tradicija, protivno načelu jednakosti pripadnike drugih vjeroispovijesti s osnove vjere ili vjerskih uvjerenja dovodi u nepovoljan položaj (čl. 3. st. 3. al. 1. i čl. 33. st. 3 Temelnog zakona).

a) Prema koncepciji čl. 57. st. 4. Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, sukladno predodžbama koje su došle do izražaja tijekom zakonodavne procedure, alineja 3. predviđa oslobađanje od zabrane vjerskih očitovanja izvanjskim obilježjima iz al. 1. s učinkom neposrednog nejednakog postupanja s osnova vjere. Za takvo nejednako postupanje s ustavnopravnog gledišta ne postoji opravdanje.

Ako se pedagoškom osoblju zabrane vjerska očitovanja izvanjskim obilježjima, tada se to načelno mora provesti tako da se ne prave nikakve razlike.

b) Nisu razvidni prihvatljivi razlozi zbog kojih bi se vjerska očitovanja koja ne proizlaze iz kršćansko-zapadnjačkih vrijednosti i tradicija dovodila u lošiji položaj. Kada se na nekim mjestima iznosi da objektivni promatrač nošenje marame može shvatiti kao odobravanje općenite i pravne neravnopravnosti muškarca i žena, zbog čega se dovodi u pitanje i kvalifikacija nositeljice za neko pedagoško zanimanje, takav paušalni zaključak nije prihvatljiv. Osim toga, takav navodni razlog za opravdanje nije prihvatljiv, jer kod općenitog razmatranja ne nudi razlog za diferencijaciju koji bi vrijedio za sve nekršćanske i nezapadnjačke kulturne vrijednosti i tradicije.

c) Također, ne postoje prihvatljive mogućnosti opravdanja za privilegiranje vjerskih očitovanja ukorijenjenih u kršćanskoj ili židovskoj tradiciji. Izvršenje zadaća vezanih uz odgoj ne opravdava preferiranje službenika određene vjerske pripadnosti kod dodjeljivanja službenih dužnosti. Ako se iz ustavnopravnih odredbi savezne zemlje može zaključiti da postoji poveznica državnog školskog sustava s kršćanstvom, to se prije svega odnosi na sekularizirane kršćanske vrijednosti.

d) Nije moguće uže tumačenje čl. 57 st. 4 al. 3. Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije koje bi bilo u skladu s Ustavom, na kojem počiva odluka Saveznog suda za rad. Savezni sud za rad je između ostalog pošao od toga da se „prikazivanje” kršćanskih i zapadnjačkih obrazovnih i kulturnih vrijednosti u smislu al. 3 ne može poistovjetiti s „očitovanjem” individualnog uvjerenja u smislu al. 1. Osim toga, pojam „kršćanski”, neovisno o vjerskim konotacijama, označava sustav vrijednosti koji je proizašao iz tradicije kršćansko-zapadnjačke kulture. Međutim, ovakvo tumačenje nadilazi granice tumačenja normi sukladno Ustavu i nije spojivo sa obvezatnošću zakona za suce (čl. 20. st. 3. Temeljnog zakona). Protivno je jasno izraženoj i prepoznatljivoj intenciji zakonodavca. Ta se intencija nije promijenila niti tijekom razmatranja mogućnosti ograničavajućeg tumačenja neposredno prije okončanja zakonodavnog postupka, ali iz toga je razvidno da je parlament savezne zemlje bio svjestan ustavnopravnog rizika.

Kod tumačenja za koje se odlučio Savezni sud za rad, odredba iz čl. 57. st. 3. al. 3. Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije eventualno još ima funkciju pojašnjenja. Bez obzira na to, kod takvog bi tumačenja na snazi ostala norma, koja bi prema širem shvaćanju na osnovu doslovnog teksta, značila otvaranje mogućnosti za diskriminatorno postupanje uprave u praksi, pa se stoga u zakonodavnom postupku svjesno ostalo pri takvoj nepreciznosti. Članak 57. st. 4. al. 3. Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, na kojem također počivaju osporene odluke, sukladno navedenome nije spojiv s čl. 3. st. 3. al. 1. i čl. 33. st. 3. Temeljnog zakona, pa ga valja proglasiti ništetnim.

Izdvojeno mišljenje suca Schleckbiera i sutkinje Hermanns

1. Ograničavajuće tumačenje čl. 57. st. 4. al. 1. Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, koje zahtijeva senat, s ustavnopravnog gledišta nije nužno. To tumačenje daje premalu težinu odgojno-obrazovnim zadaćama države, koje treba izvršiti poštujući obvezu ideološko-vjerske neutralnosti, kao i zaštitu prava roditelja na odgoj i negativnu vjersku slobodu učenika u odnosu na vjerske slobode nastavnika. Senat na neprihvatljiv način ograničava slobodu zakonodavca nadležnog za zakon o školama savezne zemlje, kod normiranja multipolarnog odnosa, koji je upravo karakterističan za javne škole bez vjerskog predznaka.

a) Senat se udaljio od mjerila i naputaka tzv. Odluke o marami Drugog senata od 24. rujna 2003. (BVerfGE 108, 282), koja zakonodavcu koji je nadležan za zakon o školama savezne zemlje upravo na području javnog školstva daje u zadatak da zakonski regulira u kojoj će mjeri dopustiti vjerska obilježja u školama, ili ih sasvim isključiti iz škola zbog strožeg shvaćanja neutralnosti. Normativna sloboda zakonodavca uključuje mogućnost da se vjerska obilježja u izgledu nastavnika načelno uklone iz škola, kako bi se od samog početka spriječili konflikti s učenicima, roditeljima ili drugim prosvjetnim radnicima. Ta mjerila koja je zakonodavac u Sjevernoj Rajni-Vestfaliji, ali i u drugim saveznom zemljama, shvatio kao povod za odgovarajuću zakonsku regulativu, trebalo je i u interesu predvidive ustavnosudske prakse također uzeti kao osnovu za ustavnopravnu ocjenu.

b) Zakonodavac savezne zemlje može se pozvati na dobre i prihvatljive razloge za općenitu zabranu vanjskih vjerskih obilježja, koji dopuštaju već i apstraktnu opasnost za red i mir u školama i neutralnost države. I takvo rješenje može se ocijeniti kao primjereno i prihvatljivo radi ostvarivanja legitimnog cilja zakonodavca.

aa) Ocjenu senata da nošenje odjeće koja ima vjerske konotacije od strane pedagoginja i pedagoga ne utječe na negativnu slobodu vjere učenika i učenika, niti na temeljna prava roditelja, ne smatramo realnom. Ona zanemaruje da je odnos između učenika i pedagoga specifičan odnos, u kojem jedna strana ovisi o drugoj, a kojemu su učenici i roditelji neizbježno izloženi, i to ne samo prolazno. Između ostalog, zadaća je nastavnika da učenike odgajaju i ocjenjuju (čl. 57. st. 1 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije). To uvjetuje daleko veću izloženost vjerskim očitovanjima nego što je to slučaj kod kontakata u svakodnevnom društvenom životu. Osim toga, pedagozi u školi kod ophođenja s učenicima imaju funkciju uzora. Njihovo ponašanje, pa tako i poštivanje određenih vjerskih odjevnih pravila, utječe na mlade osobe koje još nisu formirale čvrste stavove. Uistinu otvorena rasprava o poštivanju vjerskih pravila odijevanja je, ukoliko se tiče nastavnika osobno, zbog specifičnih odnosa u školama eventualno moguća samo u ograničenoj mjeri. Napokon, nošenje odjeće koja ima vjerske konotacije od strane pedagoga može dovesti do konflikata između učenika i među roditeljima, ili ih poticati.

bb) Točno je da pedagozi uživaju individualnu vjersku slobodu. Ali oni su istodobno službenici, a time su dužni poštovati neutralnost države i s obzirom na vjeru. Jer država ne može djelovati kao anonimno biće, nego samo preko svojih službenika i pedagoga. Obveza države da bude neutralna stoga je isto što i obveza njezinih predstavnika da budu neutralni.

cc) Zakonodavac se kod donošenja svoje odluke u korist uglavnom preventivne zabrane mogao osloniti i na procjenu stručnih pedagoga koji su saslušani u nekoliko parlamenata saveznih zemalja. Ta očitovanja pojašnjavaju značenje opće i ujednačene zabrane vjerskih očitovanja, koja bi eventualno vrijedila u cijeloj zemlji, već i kod apstraktne opasnosti za red i mir u školama i neutralnost države. Osim toga, očito je da će zbog ograničenja na dovoljno konkretnu opasnost u školama, u praksi biti većih problema kod nalaza, izuzimanja i izvođenja dokaza. Takve bi dokaze trebala iznijeti uprava škole, uz nužno sudjelovanje učenika i roditelja, čime bi se personalizirao konflikt, što može samo štetiti odgojno-obrazovnim zadaćama.

dd) Ocjena koja polazi isključivo od toga da država samo tolerira individualno ostvarivanje temeljnih prava svojih pedagoga, koje se ne može direktno pripisati državi, a učenici samo moraju gledati određenu odjeću pedagoga, koja očito počiva na njihovoj individualnoj odluci, ne ide dovoljno daleko. Takva pojednostavljena diferencijacija između simbola koji se pripisuju državi i individualne odjeće pedagoga koja ima vjerske konotacije zanemaruje učinak koji takvo individualno ostvarivanje temeljnih prava nastavnika može imati na učenike.

c) Ukratko, prema našem mišljenju zabrana vanjskih vjerskih obilježja kod pedagoga s ustavnopravnog gledišta prihvatljiva je već kod apstraktne opasnosti za red i mir u školama i neutralnost države. Međutim, sudska praksa Europskog suda za ljudska prava nameće ograničenje da se pri tome mora raditi o odjeći koja ima upečatljive vjerske konotacije. Međutim, prema Ustavu zakonodavac savezne zemlje može dopustiti vjerska obilježja u velikoj mjeri, ako to primjerice smatra prikladnim u interesu odgoja u duhu tolerancije i razumijevanja. Ali Ustav ga na to ne obvezuje.

2. Shvaćanje norme čl. 57. st. 4 al. 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije na koje se poziva Savezni sud za rad, a prema kojem izvršavanje odgojno-obrazovne zadaće škole prema ustavu Sjeverne Rajne-Vestfalije te odgovarajući prikaz kršćanskih i zapadnjačkih obrazovnih i kulturnih vrijednosti i tradicija nije u suprotnosti s obvezom ponašanja iz al. 1, poštuje granice obvezatnosti zakona za suce (čl. 20. st. 3 Temeljnog zakona), te se istom sa ustavnopravnog stajališta ne može prigovoriti. Senat je u pravu kad kaže da bi shvaćanje iz al. 3. iz čl. 57 st. 4. Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije u smislu prave klauzule o oslobađanju i privilegiranju uz zabranu vjerskih obilježja iz al. 1, zbog povrede obveze o jednakom postupanju bilo protuustavno. Međutim, tumačenje Saveznog suda ne dolazi do takvog rezultata. Ono je u skladu sa zakonskom formulacijom, ni u čemu nije u suprotnosti s jasno prepoznatljivom intencijom zakonodavca i ne

redefinira normativni sadržaj propisa. Točno je da su inicijatori zakona s alinejom 3. propisa najprije povezali predodžbu da bi se, za razliku od islamske marame, mogli dopustiti određeni tradicionalni oblici odijevanja koji potječu iz kršćanske ili židovske vjere. No te prvotne predodžbe su u daljnjem tijeku zakonodavnog postupka koji određuju mnogobrojni utjecaji doživjele promjenu. Osim toga, parlament savezne zemlje donio je taj zakon vodeći računa o ograničavajućem tumačenju koje je Savezni upravni sud svojedobno iznio glede identičnog propisa i kojem se Savezni sud za rad priključio u osporenim odlukama.

3. Prema našem shvaćanju, i ustavna tužba podnositeljice tužbe u postupku 1 BvR 471/10 glede ishoda također se mogla ocijeniti osnovanom. Pokrivalo koje nosi, vunena kapa i istobojna dolčevita, sami po sebi nemaju vjersku konotaciju, te se u školskom okruženju ne bi bez daljnjega mogli tumačiti kao upečatljiva vjerska obilježja. Međutim, ustavna tužba podnositeljice u postupku 1 BvR 1181/10 se, sukladno prethodno navedenim kriterijima, može smatrati neosnovanom.

§ 8.

**Sloboda mišljenja, tiska, medija
i sloboda informiranja
(čl. 5. I. Temeljnog zakona)**

15) BVerfGE 20, 162 (Spiegel / Politički tjednik „Der Spiegel“)

**O pitanju ustavnosti pretrage u prostorijama tiska.
Djelomična odluka Prvog senata od 5. kolovoza 1966.
nakon glavne rasprave 25., 26. i 27. siječnja 1966.
- 1 BvR 586/62, 610/63 i 512/64 -**

IZREKA

Ustavna tužba se odbacuje.

OBRAZLOŽENJE

A.

1. Podnositelj tužbe vodi izdavačku kuću koja ima pravni oblik komanditnog društva, a koja kao jedinu tiskovinu objavljuje politički tjednik „Der Spiegel“, koji izlazi u Hamburgu i početkom listopada 1962. je imao nakladu od ca. 500 000 primjeraka. Izdavač političkog tjednika je Rudolf Augstein, koji je ujedno i direktor u jedinom društvu komplementaru podnositeljice tužbe. Poslovni objekti podnositelja tužbe nalaze se u Hamburgu, a u Bonnu ima još jednu izdvojenu redakciju.

Dana 10. listopada 1962. u broju 41 tog političkog tjednika objavljen je članak pod naslovom „Uvjetno spremni za obranu“, koji se bavi vojnom situacijom u Saveznoj Republici Njemačkoj i NATO-u te razmatra vojne i strateške probleme i buduće planove. Polazeći od rezultata NATO-ve vježbe „Fallex 62“, u članku se razlaže da je prema tadašnjem stanju njemačka vojska (Bundeswehr) samo „uvjetno spremna za obranu“. U tom članku polemizira se protiv opremanja njemačke vojske nuklearnim oružjem te se suprotno stavu tadašnjeg njemačkog ministra obrane Strauβa, zagovara opremanje konvencionalnim naoružanjem. U članku se navode detalji ne samo u vezi tijeka vježbe „Fallex“ i aktualnog stanja naoružanja, već i u vezi vojnih planova NATO-a i zapovjedništva njemačke vojske. U tom kontekstu, u članku su objavljene i fotografije novog oružja. Autor članka se, kao što je uobičajeno, ne navodi. U impresumu se kao urednik odgovoran za tematiku njemačke vojske navodi Conrad Ahlers, koji je istovremeno i zamjenik glavnog urednika.

Još istog ili sljedećeg dana glavni je državni odvjetnik protiv izdavača i nekoliko urednika političkog tjednika pokrenuo istražni postupak zbog veleizdaje. Glavni državni odvjetnik zatražio je ekspertizu od njemačkog Ministarstva obrane, koju je izradio tadašnji viši vladin savjetnik dr. W. koji je radio u tom ministarstvu. Po zaprimanju te ekspertize i detaljnih razgovora sa stručnjakom i tadašnjim državnim

tajnikom u Ministarstvu obrane H. glavni državni odvjetnik 23. listopada 1962. ishodio je sudske naloge za pretragu i uhidbene naloge za Augsteina i Ahlersa.

Nalog za pretragu protiv Augsteina glasio je ovako:

„U istražnom postupku protiv šefa izdavačke kuće Rudolfa Augsteina, adresa: Hamburg 1, Speersort 1, zbog sumnje na veleizdaju, na zahtjev glavnog državnog odvjetnika od Saveznog vrhovnog suda izdaje se nalog za pretragu osobe, stana i ostalih prostorija okrivljenika te svih poslovnih prostorija u Hamburgu i Bonnu kao i njegovog arhiva te za zapljenu svih dokaza nađenih prilikom pretrage, kao i predmeta koji podliježu konfiskaciji. Pretraga se smije provesti i noću, sukladno čl. 94, 98, 102, 104, 105, 168a Zakona o kaznenom postupku. Postoji osnova sumnje da je okrivljenik počinio teško kazneno djelo iz čl. 100. st. 1. Kaznenog zakonika (StGB). Nadalje se okrivljenika sumnjiči da je počinio kazneno djelo iz čl. 333. Kaznenog zakonika, budući da državne tajne koje je izdao vjerojatno potječu od državnih službenika ili pripadnika oružanih snaga, koje su on ili druge osobe po njegovom nalogu novčanim poklonima ili odobravanjem drugih povlastica potaknule na povredu službenih dužnosti. Naložena pretraga je nužna zato što se može pretpostaviti da će dovesti do pronalaženja dokaza koji su važni za predistražni postupak ili podliježu konfiskaciji.“

Sukladno uhidbenom nalogu postoji osnova sumnje da je izdavač političkog tjednika 8. listopada 1962. u Hamburgu i u drugim gradovima Savezne Republike Njemačke odavao državne tajne, što predstavlja teško kazneno djelo prema čl. 100. st. 1. Kaznenog zakonika. Uhidbeni nalog obrazložen je na sljedeći način:

„Okrivljenik je izdavač političkog tjednika „Der Spiegel“. Uz njegovo znanje i pristanak 8. listopada 1962. su u distribuiranom broju 41/16 u naslovnom članku „Bundeswehr“ (str. 32 i dalje) javno objavljene činjenice vezane uz njemačku vojsku i NATO, koje je radi dobrobiti Savezne Republike Njemačke trebalo držati u tajnosti pred stranim vladama. Postoji osnova sumnje da je okrivljenik bio svjestan nužnosti čuvanja tih činjenica u tajnosti, te je odobrio da se njihovim odavanjem ugrozi dobrobit Njemačke. Budući da je predmet postupka teško kazneno djelo, ispunjen je zakonski razlog za određivanje pritvora zbog opasnosti od bijega. Osim toga, s obzirom na prirodu kaznenog djela koje se okrivljeniku stavlja na teret postoji opasnost da će okrivljenik otežati utvrđivanje istine uništavanjem tragova kaznenog djela, drugih dokaza ili utjecanjem na svjedoke ili suokrivljenike ako ostane na slobodi (čl. 112. Zakona o kaznenom postupku / StPO).“

Pretraga prostorija izdavačke kuće koja objavljuje „Der Spiegel“ u Hamburgu i redakcije u Bonnu započela je u petak uvečer, 26. listopada. Pretraga u Bonnu trajala je nekoliko sati. U Hamburgu su najprije zatvorene sve prostorije izdavačke kuće, a od djelatnika izdavačke kuće je zatraženo da napuste objekt. U tom trenutku su pripreme za novi broj upravo bile u završnoj fazi. Na prigovor glavnog urednika Jacobija, predana je dokumentacija, a odgovornom uredniku dopušteno je da s oko 10 djelatnika dovrši pripremu za izdavanje sljedećeg broja. Pretraga

prostorija izdavačke kuće trajala je do 25. studenog 1962. U međuvremenu su pojedine prostorije postupno vraćene u funkciju.

Izuzet je opsežan materijal koji je zaplijenjen temeljem odluka istražnih sudaca od 23. i 25. studenog 1962. Odlukama od 22. studenog i 7. prosinca 1962. Treće kazneno vijeće Saveznog vrhovnog suda odbacilo je žalbu podnositelja tužbe protiv naloga za pretragu koji je izdao istražni sudac. Dana 31. listopada 1963. Treće kazneno vijeće Saveznog vrhovnog suda odbacilo je još jednu žalbu protiv naloga za pretragu te žalbu protiv rješenja istražnih sudaca o zapljeni od 23. i 25. studenog 1962. Na daljnju žalbu podnositelja tužbe Savezni vrhovni sud svojom odlukom od 4. kolovoza 1964. djelomično ukinuo rješenja o zapljeni.

Tijekom postupka glavni urednici Jacobi, Jaene i Engel privremeno su zadržani, no ubrzo su ponovo pušteni na slobodu; direktor izdavačke kuće Becker i izdavač Augstein, te glavni urednici Jacobi i Ahlers, kao i urednik Schmelz, uhićeni su na temelju sudskih uhidbenih naloga.

Glavni državni odvjetnik je 15. listopada 1964. podigao optužnicu protiv Augsteina, Ahlersa i brigadira u glavnom stožeru Martina. Treće kazneno vijeće Saveznog vrhovnog suda odbilo je odlukom od 13. svibnja 1965. (NJW 1965. str. 1187) pokretanje kaznenog postupka protiv okrivljenika Augsteina i Ahlersa te je zbog nedostatka dokaza obustavilo kazneni progon protiv njih: Doduše „čak i ako se uzmu u obzir prethodne publikacije ... može se poći od toga da su u ta dva članka možda objavljene neke činjenice koje je trebalo držati u tajnosti (čl. 99. st. 1. Kaznenog zakonika StGB)“; no dvojici okrivljenika se ne može dokazati da su, u najmanju ruku, svjesno računali s time da bi ta dva članka mogla sadržavati činjenice koje treba držati u tajnosti.“ Dio zaplijenjenih pismena još se nalazi kod Trećeg kaznenog vijeća.

2. Podnositelj tužbe već je protiv „Akcije pretrage“ 29. listopada 1962. uložio ustavnu tužbu uz prigovor da se radi o povredi čl. 5, 13. i 14. Temeljnog zakona te zatražio donošenje privremene mjere. Odlukom od 9. studenog 1962. Savezni ustavni sud odbio je donošenje privremene mjere (BVerfGE 15, 77). Ustavna tužba proširena je na spomenute odluke Saveznog vrhovnog suda.

[...]

B.

1. Kao komanditno društvo podnositelj tužbe može podići ustavnu tužbu (BVerfGE 4, 7 [12, 17]; 10, 89 [99]) uz prigovor povrede temeljnog prava slobode tiska.

[...]

C.

1. Slobodan tisak, kojim ne upravlja državna vlast te ne podliježe cenzuri, jedan je od suštinskih elemenata slobodarske države; a posebice su slobodne političke

tiskovine koje redovito izlaze neophodne za modernu demokraciju. Da bi donio političke odluke, građanin mora biti detaljno informiran, ali i poznavati mišljenja drugih, kako bi ih mogao odvagati. Tisak stoga pokreće stalnu diskusiju, pribavlja informacije, sam zauzima stav prema njima i na taj način djeluje kao orijentir u javnim polemikama. Tisak artikulira javno mnijenje; argumenti se dijele na stav i protustav, poprimaju jasne obrise i tako građanima olakšavaju donošenje sudova i odluka. U predstavničkoj demokraciji tisak ujedno kao stalna poveznica i organ kontrole stoji između naroda i njegovih predstavnika u parlamentu i vladi. On kritički sažima mnijenje, koje se stalno stvara u društvu i u određenim društvenim grupama, i društvene zahtjeve, prepušta ih razmatranju i iznosi ih pred politička državna tijela, koja na taj način mogu vidjeti jesu li njihove odluke i kod konkretnih pitanja dnevne politike uvijek u skladu sa stvarnim mnijenjem naroda.

Što je ta «javna zadaća» tiska važnija, to je teže može ispuniti organizirana državna vlast. Stoga se medijske kuće moraju slobodno formirati u društvenom prostoru. One rade prema načelima privatnog gospodarstva i služe se organizacijskim oblicima privatnog prava. Između njih postoji intelektualna i ekonomska konkurencija, u koju javna vlast načelno ne smije zadirati.

2. Funkcija slobodnog tiska u demokratskoj državi odgovara njezinom pravnom položaju koji proizlazi iz Ustava. Ustav u čl. 5. jamči slobodu tiska. Ako se time prije svega – u skladu s položajem te odredbe unutar sustava i njezinim tradicionalnim shvaćanjem – jamči subjektivno temeljno pravo osobama i poduzećima koji se bave tiskom, te im se jamči sloboda od državne prisile i u izvjesnom kontekstu osigurava privilegirani pravni položaj, ta odredba istovremeno ima i objektivno-pravnu stranu. Ona jamči institut „slobodnog tiska“. Država je, neovisno o subjektivnim pravima pojedinaca, obvezna unutar svog pravog poretka gdje god se područje primjene neke norme dotiče tiska, voditi računa o postulatu slobode tiska. Slobodno osnivanje organa tiska, slobodan pristup zvanjima iz područja tiska, obveza javnih tijela da tisku daju informacije su načelni zaključci koji proizlaze iz toga, no zamisliva je i obveza države da otkloni opasnosti koje za slobodni tisak mogu proizaći iz stvaranja monopola na području formiranja javnog mijenja.

Neovisnost tiska koju osigurava čl. 5. Temelnog zakona seže od pribavljanja informacija do distribucije vijesti i mišljenja (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Stoga pod slobodu tiska u određenoj mjeri potpada i zaštita povjerenja između tiska i privatnih informatora. To je nužno potrebno, jer se tisak ne može odreći informacija koje dobiva od privatnih osoba, ali iz tog će izvora informacije teći u dostatnoj mjeri samo ako se informator načelno može pouzdati da će se očuvati načelo da je njegov identitet „poznat samo redakciji“.

3. Sloboda tiska u sebi skriva potencijal konflikta s drugim vrijednostima zaštićenim Ustavom. Pritom se može raditi o pravima i interesima pojedinaca, udruga ili grupa, ali i samoga društva. Kod reguliranja takvih konflikata Ustav upućuje na opći pravni poredak, pod koji potpada i tisak. Prava dobra dugih osoba kao i javnosti, koja u najmanju ruku imaju jednaki rang kao i sloboda tiska, mora

poštivati i tisak. Stanoviti privilegirani položaj predstavnika tiska dan im je samo radi njihove zadaće i u okviru te zadaće. Ne radi se o osobnim privilegijama, a svako oslobađanje od opće važećih pravnih normi po svojoj prirodi i u svom dosegu mora se moći objektivno opravdati.

U čl. 5. St. 2. Temeljnog zakona upućuje se na opći pravni poredak, u skladu s čime granice slobode tiska postavljaju opće važeći zakoni. Savezni ustavni sud odluci od 15. siječnja 1958. (BVerfGE 7, 198 [208 ff.]) izjasnio se o odnosu između slobode izražavanja mišljenja i opće važećim zakonima. U skladu s time se sloboda izražavanja mišljenja doduše ograničava opće važećim zakonima, ali i njih uvijek valja tumačiti imajući u vidu slobodu tiska, pa ih stoga eventualno opet same valja ograničiti u tom ograničavajućem učinku [prema tisku]. Ta načela analogno vrijede i za slobodu tiska, ona tu poprimaju posebni značaj stoga što izjave u tisku u pravilu doprinose stvaranju javnog mnijenja, pa se prije svega kreće od pretpostavke njihove dopuštenosti, čak i kada se dotiču sfere prava drugih osoba (op. cit. Str. 212). Smisao te odluke, ako se primijeni na slobodu tiska, dakle leži u tome da se ona sačuva od relativiziranja opće važećih zakona i sudova koji ih primjenjuju, te da im se, prisilnom obvezom da se tumačenje opće važećih zakona uvijek mora rukovoditi temeljnom vrednotom slobode tiska, osigura primjereni prostor i spriječi svako ograničavanje slobode tiska, koje nužno ne naleže obzir prema u najmanju ruku jednakovrijednim pravnim dobrima. Objektivno-pravna, institucionalna strana slobode tiska, njezini učinci kao mjerila vrijednosti i načelo tumačenja koje vrijedi za opći pravni poredak, tu posebice dolaze do izražaja.

4. Propisi o veleizdaji (čl. 99, 100. Kaznenog zakonika) su „opći zakoni“ u smislu čl. 5. st. 2. Temeljnog zakona. Ne postoji osnovana sumnja da bi oni bili protuustavni. Povremeno artikulirane dvojbe zbog nedovoljne određenosti elemenata kaznenog djela (čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona) u konkretnom slučaju nisu prihvatljive. Ti propisi ni kad se tumače u skladu s ustavom nisu protuustavni utoliko što obuhvaćaju i otkrivanje državnih tajni objavama u tisku, a to potpada pod „veleizdaju temeljem objavljivanja sadržaja“.

Zaštita opstojnosti Savezne Republike Njemačke od izvanjske prijetnje – što je intencija kaznenopravnih normi o veleizdaji – u sukobu je sa slobodom tiska ako tisak objavljuje činjenice, predmete ili spoznaje koje bi u interesu obrane zemlje trebalo držati u tajnosti. U tom se sukobu ne može unaprijed i općenito odlučiti na štetu tiska samo na temelju obrazloženja da je opstojnost Njemačke nužan preduvjet slobode tiska, koja propada zajedno s njome. Jer pod opstojnošću Savezne Republike Njemačke, koju treba zaštititi i sačuvati, podrazumijeva se ne samo njezin organizacijski ustroj, već i slobodarski demokratski poredak. A za njega je karakteristično da državne poslove, uključujući vojne poslove, doduše trebaju voditi nadležna državna tijela, ali i da podliježu stalnoj kritici ili odobrenju naroda.

S tog gledišta nužnost čuvanja vojnih tajni u interesu državne sigurnosti i sloboda tiska nisu suprotnosti koje se uzajamno isključuju. One su u međusobnoj korelaciji

i treba ih osigurati vodeći računa o višem cilju, opstojnosti Savezne Republike Njemačke, shvaćenom na ispravan način. Stoga konflikte između te dvije nužnosti za opstojnost države treba razriješiti imajući u vidu upravo taj cilj. Pritom u konkretnom slučaju treba uzeti u obzir značenje objavljenih činjenica i sl. kako za potencijalne protivnike tako i za stvaranje političkih sudova naroda, a opasnosti za sigurnost zemlje koje proizlaze iz njihovog objavljivanja treba odvagati u odnosu na potrebu informiranja o važnim procesima i na području obrambene politike. U tom smislu iz čl. 5. st. 1. Temelnog zakona proizlazi načelno ograničenje kod tumačenja spomenutih kazneno-pravnih propisa.

D.

Provjera naloga za pretragu na temelju prikazanih ustavno-pravnih mjerila dovela je do rezultata da se sukladno čl. 15. st. 2. al. 4. Zakona o Ustavnom sudu (BVerfGG) ne može utvrditi povreda čl. 5. st. 1. al. 2. Temelnog zakona kod primjene materijalnog kaznenog prava.

[...]

16) BVerfGE 90, 27 (Parabolantenne / Parabolična antena)

1. Radiotelevizijski programi, čiji je prijem moguć u Njemačkoj, smatraju se izvorima informacija koji su dostupni široj javnosti u smislu čl. 5. st. 1. al. 1. (2) Temelnog zakona. Pod to potpadaju i strani RTV programi.
2. Ukoliko njihov prijem ovisi o tehničkim uređajima koji su potrebni za prethodno individualno priključenje na izvor informacija dostupan široj javnosti, zaštita temeljnih prava proteže se i na nabavu te korištenje takvih uređaja.
3. S ustavno-pravnog gledišta ne može se iznijeti prigovor da građanski sudovi u pravilu negiraju pravo najmoprimca na suglasnost najmodavca za postavljanje parabolične antene u slučajevima kada je najmodavac osigurao priključak na kablovsku televiziju.
4. Kod odvagivanja interesa najmoprimaca i najmodavaca u obzir treba uzeti i interes stranaca stalno naseljenih u Njemačkoj na prijem RTV programa svojih domicilnih zemalja. Tu se ne radi o povredi načela jednakosti.

**Odluka Prvog senata od 9. veljače 1994.
- 1 BvR 1687/92 -**

[...]

OBRAZLOŽENJE

A.

Ustavna tužba odnosi se na postavljanje satelitske antene od strane najmoprimca.

I.

1. Podnositelj tužbe je turski državljanin. Od 1990. godine sa svojom suprugom, sedmero djece i snahom živi u iznajmljenom stanu u Essenu. Najmodavac je poduzeće za stanogradnju. Na kući je bila zajednička antena koja je omogućavala prijem 5 njemačkih TV programa. Početkom 1992. godine podnositelj tužbe je zamolio najmodavca da mu odobri postavljanje satelitske antene radi prijema turskih programa. Nakon što mu je društvo za stambenu izgradnju uskratilo dozvolu, podigao je tužbu.

2. a) Općinski sud je odbacio tužbu. [...]

b) Zemaljski sud je odbacio žalbu podnositelja tužbe, jer s obzirom na sve veće potrebe za informacijama i zabavom postavljanje antene za prijem satelitskih programa više ne potpada pod ugovorom predviđeno korištenje najamnih stanova u stambenim zgradama za više obitelji. Pretpostavke pod kojima bi sukladno odluci Višeg zemaljskog suda u Frankfurtu na Majni od 22. srpnja 1992. (WuM 1992, str. 458) trebalo dati suglasnost u predmetnom slučaju nisu dane. Jer ako izuzmemo da nedostaje obveza preuzimanja troškova, nesporno je da će se iduće godine zgrada priključiti na kablovsku televiziju. Time bi se u dogledno vrijeme uzelo u obzir pravo najmoprimca na detaljne informacije. Interes podnositelja tužbe na prijem programa na turskom jeziku ne opravdava to da mu se, s obzirom na skorašnje priključenje na kablovsku televiziju, odobri uporaba posebne antene, jer bi se na to, također uz navođenje posebnih razloga, onda mogli pozvati i ostali najmoprimci. Iz odluke Višeg zemaljskog suda u Frankfurtu na Majni proizlazi upravo to da nakon priključenja na kablovsku televiziju pojedinačne antene više neće biti dopuštene. Zbog toga posebno i šire pravo podnositelja tužbe na informacije mora ustupiti kod odvagivanja interesa najmoprimca i najmodavca. On nakon priključenja na kablovsku televiziju preko TV emisija i barem jedne TV postaje može dobivati informacije na turskom jeziku.

II.

Svojom ustavnom tužbom podnositelj osporava odluku žalbenog suda i ističe prigovor povrede svog temeljnog prava na informacije iz čl. 5. st. 1. al. 1. (2) Temeljnog zakona. U obrazloženju uglavnom navodi:

Odluka predstavlja povredu njegovog temeljnog prava, jer je uskraćivanjem suglasnosti za postavljanje parabolične antene spriječen u prijemu turskih TV programa koji se emitiraju preko satelita. Prijemnikom za satelitske programe u Saveznoj Republici Njemačkoj može se gledati barem deset TV programa na turskom jeziku. Pritom se radi o izvorima informacija dostupnim široj javnosti u smislu čl. 5. st. 1. al. 1. (2) Temeljnog zakona.

[...]

B.

Osporene presuda predstavlja povredu podnositeljevog temeljnog prava na informacije.

I.

Sukladno čl. 5. st. 1. al. 1. (2) Temeljnog zakona svatko ima pravo na neometano informiranje iz izvora dostupnih široj javnosti.

1. Značenje tog temeljnog prava Ustavni sud je već ranije prikazao (usp. BVerfGE 27, 71 [80 ff.]). Za slobodan razvoj osobnosti svakog pojedinca i očuvanje demokratskog poretka to pravo nije manje važno od slobode izražavanja mišljenja i medijskog izvještavanja. Ono ih dopunjuje iz perspektive primatelja informacija. Komunikacijski proces kojeg štiti čl. 5. st. 1. Temeljnog zakona u interesu slobodnog individualnog i javnog formiranja mijenja (usp. BVerfGE 57, 295 [319]), ne bi bio potpuno zaštićen, kad bi primanje informacija bilo izuzeto iz te zaštite.

Sloboda informiranja sveobuhvatno je zajamčena čl. 5. st. 1. al. 1. (2) Temeljnog zakona. Iz te se odredbe ne razabire da je ograničena na određene vrste informacija. Međutim, zaštićene su samo one informacije koje potječu iz izvora dostupnih široj javnosti. Izvori informacija dostupni su široj javnosti ako su primjerene i namijenjene informiranju javnosti, dakle krugu osoba koji se ne može individualno definirati (usp. BVerfGE 27, 71 [83 f.]; 33, 52 [65]). Ta se primjerenost ravna samo prema stvarnim okolnostima. Pravne norme kojima se regulira pristup informacijama ne ograničuju domašaj slobode informiranja, već se kao norme koje ograničavaju temeljne slobode moraju ocjenjivati polazeći od Ustava.

Masovna komunikacijska sredstva u skladu s time se a priori ubrajaju u izvore informacija koje potpadaju pod ustavnu zaštitu (usp. BVerfGE 27, 71 [83]). To vrijedi prije svega za radijske i TV emisije (usp. BVerfGE 35, 307 [309]). Ustav ne pravi razliku između domaćih i stranih izvora informacija. Stoga se i svi strani

RTV programi čiji je prijem moguć u Saveznoj Republici Njemačkoj smatraju dostupnima široj javnosti. Ukoliko njihov prijem ovisi o tehničkim uređajima pomoću kojih se pojedinac može priključiti na informacije namijenjene široj javnosti, zaštita temeljnog prava proteže se i na nabavu i korištenje takvih uređaja. U suprotnom bi temeljno pravo u područjima gdje pristup informacijama iziskuje tehnička pomagala, praktični bilo bezvrijedno. Postavljane parabolične antene koja omogućava prijem TV programa koji se emitiraju preko satelita stoga također potpada pod zaštitu temeljnog prava iz čl. 5. st. 1. al. 1. (2) Temeljnog zakona.

2. To se temeljno pravo mora poštivati i u građanskim parnicama vezanim uz postavljanje antena u iznajmljenim stanovima.

[...]

II.

Osporena odluka o tom zahtjevu ne vodi dovoljno računa. Zemaljski sud doduše nije predvidio da kod tumačenja i primjene čl. 535, 536, 242. Građanskog zakonika treba uzeti u obzir temeljnu slobodu informiranja. Međutim, zanemaruje posebne interese podnositelja tužbe koji je stranac zbog razloga koji nisu održivi u odnosu na temeljnu slobodu informiranja.

1. Kriteriji za rješavanje sukoba interesa između najmoprimca i najmodavca s obzirom na postavljanje vanjske antene, koje su u međuvremenu viši (zemaljski) sudovi razradili u čitavom nizu odluka, a na koje se poziva drugostupanjski sud, općenito vode računa o temeljnoj pravu na informacije, ali ne uzimaju u obzir posebne interese kojima se trebao pozabaviti Zemaljski sud.

a) Prema toj sudskoj praksi, prijem radijskih i TV programa bitan je sastavni dio kućnog života i stoga potpada pod uobičajeno korištenje stana. U skladu s time najmoprimac nije postupio protivno ugovoru, ako je postavio uređaje za besprijekoran prijem TV programa. On ima pravo na postavljanje pojedinačne antene izvan iznajmljenog stana, sve dok ne postoji odgovarajuća zajednička antena [...].

Naprotiv, neposredno pravo ne bi postojalo, ako bi zahtjev izlazio iz okvira ponude programa preko postojeće zajedničke antene. U tom slučaju mu za postavljanje dodatnog uređaja za prijem treba suglasnost najmodavca, ali ona se ne smije uskratiti zlouporabom [te odredbe]. Načelo bona fide koje vrijedi i za najamne odnose zabranjuje da najmodavac najmoprimcu bez valjanog razloga uskrati opremu koja bi mu život u iznajmljenom stanu učinila puno ugodnijim, ako to neznatno utječe na najmodavca i ako se time ne umanjuje vrijednost predmeta najma [...].

Za parabolične antene sukladno sudskoj praksi građanskih sudova vrijedi da najmodavac mora dati svoju suglasnost za njihovo postavljanje, ako nije osigurao

priključak za kablovsku televiziju. Međutim, najmodavac svoju suglasnost može uvjetovati time da uređaj mora postaviti stručnjak, te da ga najmoprimac oslobodi svih troškova, pristojbi ili odgovornosti te da snosi i troškove uklanjanja po isteku najamnog odnosa. Osim toga, najmodavac ima pravo odrediti mjesto na kojem će se antena postaviti i gdje će estetski najmanje smetati, uz uvjet da je prijem dobar. Za razliku od toga, osiguravanje priključka na kablovsku televiziju je objektivna razlog za uskraćivanje suglasnosti za postavljanje satelitske antene [...].

To tumačenje počiva na obrazloženju da interes najmoprimca na informacije koji je zaštićen Ustavom u pravilu prevladava nad interesom vlasnika na očuvanje stambene zgrade u prvobitnom stanju. Za razliku od znatnog gubitka informacija, estetski negativni učinci se često mogu ublažiti ili sasvim izbjeći postavljanjem zajedničkih prijemnika. Ta načela sukladno sudskoj odluci vrijede za tipičan prosječni slučaj. Naprotiv, zamislivi su i slučajevi u kojima bi interesi najmoprimca na dobivanje informacija – zbog svojstava parabolične antene ili zgrade – morali ustupiti pred interesom vlasnika [...].

Poštivanje tih načela u pravilu bi osiguralo ustavnopravnu primjenu građansko-pravnih odredaba. To vodi do primjerenog izjednačavanja obostranih interesa zaštićenih temeljnim pravima. O interesu vlasnika da se očuva vanjski izgled njegove zgrade vodi se računa na taj način što se postavljanje satelitske antene može otkloniti osiguravanjem priključka za kablovsku televiziju. S druge strane, s obzirom na ponudu programa kablovske televizije, negativan utjecaj na slobodu informiranja najmoprimca koji ne smije postaviti satelitsku antenu nema toliku težinu.

b) Međutim, ovo odvagivanje interesa koje se odnosi na tipičan prosječan slučaj ne vodi dovoljno računa o posebnim interesima stranaca koji su trajno nastanjeni u Njemačkoj na informacije. Oni su u pravilu zainteresirani za prijem programa svoje matične zemlje, kako bi se mogli informirati o tamošnjim zbivanjima i održati kulturne i jezične veze. S obzirom na mali broj stranih programa koji se emitiraju preko domaće kablovske mreže, tu mogućnost pružaju samo prijemnici za satelitski program.

Za razliku od domaćih najmoprimaca, sudska praksa građanskih sudova je uskratoma prava stranim najmoprimcima da postave paraboličnu antenu, zato što se programi njihovih domicilnih zemalja ne emitiraju preko kablovske televizije, izazvala znatne negativne učinke na slobodu informiranja. Njihova situacija usporediva je s onom domaćih najmoprimaca koji nisu priključeni ni na zajedničku satelitsku antenu ni na širokopojasnu kablovsku mrežu. Najmoprimac u takvoj situaciji u pravilu može od najmodavca tražiti suglasnost za postavljanje parabolične antene.

[...]

Ta sudska praksa u skladu je sa ustavnopravnim zahtjevima. Interes stranih najmoprimaca na prijem Tv programa svoje domicilne zemlje, koji štiti čl. 5. st.

1. al. 1 (2) Temeljnog zakona, mora se uzeti u obzir kod odvagivanja s vlasničkim interesima najmodavca. Tu se ne radi o protuustavnom privilegiranju stranaca. Doduše, čl. 3. st. 3. Temeljnog zakona zabranjuje nejednako postupanje zbog određenih obilježja. U njih se ne ubraja državljanstvo, ali domicilna zemlja svakako da. Ako se uzmu u obzir veće potrebe stranih najmoprimaca za informacijama, njih se ne privilegira radi domicilne zemlje, niti to pak predstavlja dovođenje njemačkih najmoprimaca u nepovoljniji položaj.

Temeljno pravo neometanog informiranja iz izvora informacija dostupnih široj javnosti, vrijedi za svakoga, bez obzira na domicilnu zemlju. Ukoliko je to pravo – kao kod postavljanja paraboličnih antena na iznajmljenim stanovima – u koliziji s ustavom zaštićenim interesima trećih osoba, nužno je odvagnuti te interese u skladu s građansko-pravnim propisima. Pritom treba uzeti u obzir sve relevantne okolnosti pojedinačnog slučaja. Utoliko ne postoji razlika na temelju domicilne zemlje. I kod njemačkih najmoprimaca bi se prilikom odvagivanja uzele u obzir izvanredne okolnosti po kojima se neki slučaj znatno razlikuje od prosječnog slučaja. Rezultat odvagivanja se ne anticipira time što se uzimaju u obzir posebni interesi stranih najmoprimaca vezanih uz informacije koje će stranci u pravilu uvijek imati u odnosu na Nijemce. To je štoviše samo jedan od mnogih čimbenika koji se uzimaju u obzir kod odvagivanja. Status tuzemnog najmoprimca ne vodi nužno do uskrate, niti status stranca nužno vodi do priznavanja prava na postavljanje parabolične antene.

Ne radi se o generalnom privilegiranju neke grupe osoba na temelju domicilne zemlje, već se kod odvagivanja uzimaju u obzir svi čimbenici relevantni za odluku. Stoga je isključeno da se njemačkim najmoprimcima u nekoj stambenoj zgradi postavljanje satelitskih antena mora odobriti samo zato što je to dopušteno strancu zbog njegova specifičnog položaja. Ako najmoprimac programe svoje domicilne zemlje može pratiti preko kablovske televizije, ne postoji pretpostavka za jednako postupanje kao prema najmoprimcu koji je upućen na to da postavi satelitsku antenu.

c) Stoga bi se radilo o pogrešnoj ocjeni temeljne slobode informiranja kod tumačenja i primjene građansko-pravnih propisa kad bi se pristup programima domicilne zemlje koji se emitiraju preko satelita uskratio uz obrazloženje da postavljanje satelitske antene predstavlja posebno korištenje stana, te izlazi iz okvira uobičajenog ugovornog korištenja predmeta najma.

Također bi se pogrešno tumačilo značenje temeljne slobode informiranja kad bi se zahtjev nekog stranog najmoprimca na postavljanje satelitske antene odbacio uz obrazloženje da bi se onda i ostalim najmoprimcima moralo priznati isto pravo. Naprotiv, okolnost da brojni najmoprimci nekog stambenog objekta zbog svoje specifične situacije imaju opravdan interes na postavljanje satelitske antene koji se ne može namiriti postavljanjem zajedničke antene, itekako se mora uzeti u obzir kod odvagivanja vlasničkih interesa najmodavca.

Budući da čl. 5. st. 1. al. 1. (2) Temeljnog zakona opsežno štiti temeljnu slobodu informiranja i svakome daje pravo da odluči iz kojih će se izvora dostupnih široj javnosti informirati, bilo bi pogrešno da se odluka u korist programa domicilne zemlje ne uzme u obzir kod odvagivanja time što će se uputiti na druge mogućnosti informiranja. To vrijedi za upućivanje na druge izvore informacija iste vrste, primjerice za TV programe koji se mogu pratiti bez satelitske antene, ali još više za upućivanje na druge vrste izvora informacija kao što su radio, novine, video kazete ili čak na prevođenje njemačkih TV emisija od strane članova obitelji. Za razliku od toga, nije nespojivo s čl. 5. st. 1. Temeljnog zakona da se kod odvagivanja interesa najmoprimca i najmodavca uzme u obzir koliko je TV programa svoje domicilne zemlje mogao gledati najmoprimac i bez satelitske antene.

Naposljetku, temeljna sloboda informiranja pogrešno se tumači kada građanski sudovi kod odvagivanja vlasničkim interesima najmodavca a priori daju prednost u odnosu na interes najmoprimca na informacije, bez navođenja svojstava predmeta najma koja bi opravdavala takav rezultat.

2. Zemaljski sud nije sasvim izbjegao te pogreške.

[...]

Odluka se u skladu s prethodno navedenim temelji na pogrešnom tumačenju temeljne slobode informiranja. Ne može se isključiti da bi Zemaljski sud došao do drugačijeg ishoda da je uzeo u obzir čl. 5. st. 1. al.1. (2) Temeljnog zakona.

17) BVerfGE 117, 244
(Cicero / Predmet „Cicero“)

**Savezni ustavni sud - Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 21/2007 od 27. veljače 2007.**

**Odluka od 27. veljače 2007.
- 1 BvR 538/06; 1 BvR 2045/06 -**

Pretraga i zapljena u redakciji „CICERO“ predstavljaju povredu slobode tiska

Nalog za pretragu prostorija redakcije političkog magazina „CICERO“ i zapljenu tamo nađenih dokaza s ustavnopravnog gledišta predstavlja neopravdano zadiranje u slobodu tiska podnositelja tužbe. Sudovi nisu u dovoljnoj mjeri vodili računa o zaštiti informanata koju nalaže Ustav. Samo objavljivanje službene tajne u tisku od strane novinara nije dovoljno kao obrazloženje za sumnju da je novinar pomagao u otkrivanju tajne, temeljem čega je izdan nalog za pretragu i zapljenu. Štoviše, bila su nužna specifična stvarna polazišta za postojanje namjere nositelja tajne da objavi tajnu, a time i pomaganja u počinjenju glavnog kaznenog djela. No takva polazišta nisu postojala u slučaju pretrage prostorija redakcije političkog magazina „CICERO“. Tako je odlučio prvi senat Saveznog ustavnog suda u svojoj presudi od 27. veljače 2007. Time je usvojena ustavna tužba glavnog urednika magazina „CICERO“. Odluka je donesena sa sedam glasova za i jednim glasom protiv.

(U vezi činjeničnog stanja vidi Priopćenje za tisak br. 69/2006 od 31. srpnja 2006.)

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

I. Nalog za pretragu redakcije i zapljenu tamo nađenih dokaza predstavljaju povredu temeljnog prava podnositelja tužbe na slobodu tiska.

1. Pretraga prostorija medijske kuće predstavlja negativan utjecaj na slobodu tiska zbog ometanja rada redakcije povezanog s pretragom. Nalogom za zapljenu nosača podataka radi njihove ocjene istražnim tijelima je osim toga omogućen pristup informacijskim materijalima redakcije. To u znatnom mjeri zadire u povjerljivost rada redakcije koja potpada pod temeljno pravo slobode tiska, ali i u odnos prema informantima koji se temelji na povjerenju.

2. To zadiranje u temeljna prava s ustavnopravnog gledišta nije opravdano. Sudovi kod tumačenja i primjene normi iz kojih proizlaze ovlasti za pretragu i zapljenu, nisu u dovoljnoj mjeri vodili računa o ustavnopravnoj zaštiti informanata. Činjenično stanje na kojem se temelje sudski nalozi protiv podnositelja tužbe nije bilo dovoljno za pretragu prostorija redakcije i zapljenu dokaza.

a) Sukladno čl. 353 b Kaznenog zakonika (StGB), neovlašteno otkrivanje službene tajne sankcionira se kao kazneno djelo. Međutim, samo objavljivanje tajne ne znači nužno da je nositelj tajne počinio takvo glavno kazneno djelo. Činjenično stanje iz čl. 353 b Kaznenog zakonika, primjerice, nije ostvareno, pa stoga ni pomaganje u počinjenju nije moguće, ako pismena ili datoteke sa službenim tajnama dopru u javnost omaškom ili preko posrednika koji nije obvezan čuvati tajnu. Ukoliko osoba koja podliježe čuvanju tajne novinaru daje samo pozadinske informacije, a njihova objava uslijedi suprotno dogovoru, kazneno djelo prestaje već odavanjem tajne, a pomaganje u počinjenju kaznenog djela uopće ne može uslijediti kod naknadnog objavljivanja. U takvim slučajevima nalog za pretragu i zapljenu ne može se izdati s ciljem rasvjetljavanja uloge novinara kao pomagača u počinjenju kaznenog djela.

b) Pretrage i zapljene u istražnom postupku protiv predstavnika tiska ustavnopravno nisu dopuštene ako isključivo ili pretežito služe svrsi da se utvrdi identitet informanta. Čak i ako su predstavnici tiska ili medija sami okrivljenici, u istražnom postupku protiv njih zbog sumnje na pomaganje u otkrivanju službene tajne, pretrage i zapljene mogu se naložiti radi rasvjetljavanja kaznenog djela za koje ih se tereti, ali ne u svrhu otkrivanja razloga sumnje, posebice protiv informanata.

Opasnost povrede nužne ustavnopravne zaštite informanata je posebno velika ako se sumnja na pomaganje u počinjenju kaznenog djela temelji samo da tome da je službena tajna objavljena u tisku, te da je relevantni pismeni dokument vjerojatno neovlašteno dospio u ruke novinara. U takvoj situaciji državno odvjetništvo, doduše, može pokrenuti istražni postupak protiv novinara kao okrivljenika, što je ustavnopravno dopušteno. No kada bi bilo kakva sumnja bila dovoljna za izdavanje naloga za pretragu i zapljenu kod pripadnika tiska i medija, državno odvjetništvo bi svojom odlukom o pokretanju istražnog postupka moglo potkopati posebnu ustavnopravnu zaštitu pripadnika medija. Stoga se kazneno-postupovne odredbe o pretragama i zapljenama moraju tumačiti na način da samo objavljivanje službene tajne od strane novinara nije dovoljno kako bi se obrazložila sumnja na pomaganje novinara u otkrivanju tajne sukladno tim propisima. Stoga štoviše treba tražiti da postoje specifična stvarna uporišta za postojanje namjere nositelja tajne da se ona objavi, pa time i glavnog kaznenog djela u počinjenju kojega se moglo pomagati.

c) Prema tim mjerilima, predmetni nalog za pretragu i zapljenu bio je suprotan zaštiti rada redakcije koji jamči sloboda tiska, a uključuje i zaštitu informanata. Nalog je uslijedio u situaciju u kojoj, osim objave izvještaja u časopisu, nije bilo

nikakvih drugih uporišta da bi se moglo raditi o odavanju službene tajne od strane nositelja tajne. Sve su prethodne istražne radnje u tom smjeru bile neuspješne. Time je pretraga u konačnici trebala uglavnom omogućiti da se utvrdi identitet navodnog informanta iz Saveznog ureda kriminalističke policije (BKA).

II. Osim toga, odluka zemaljskog suda, kojom je sud riješio žalbu protiv potvrde rješenja o zapljeni, predstavlja povredu prava podnositelja tužbe na učinkovitu pravnu zaštitu. S obzirom na znatno uplitanje u slobodu tiska, podnositelju žalbe trebalo je omogućiti da se potvrda o zapljeni redakcijskog materijala podvrgne sudskoj kontroli.

18) BVerfGE 124, 300

(Rudolf Heß-Gedenkfeier / Komemoracija za Rudolfa Hessa)

**Savezni ustavni sud - Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 129/2009 od 17. studenog 2009.
Rješenje od 4. studenog 2009. – 1 BvR 2150/08 –**

Članak 130. st. 4. Kaznenog zakonika spojiv je sa čl. 5. st. 1. i 2. Temeljnog zakona

Podnositelj tužbe je svake godine do 2010., između ostaloga i 20. kolovoza 2005, unaprijed prijavljivao priredbu na otvorenom u gradu Wunsiedel na temu „Sjećanje na Rudolfa Hessa“. Planirani skup je zabranjen temeljem čl. 15. st. 1 zakona o javnim skupovima (VersG) u vezi sa čl. 130. st. 4. Kaznenog zakonika (StGB), te je naloženo trenutačno izvršenje odluke. Zahtjevi za privremenu pravnu zaštitu i tužbe podignute nakon toga bili su neuspješni na svim instancama.

Podnositelj, koji je preminuo 29. listopada 2009. godine, u svojoj ustavnoj tužbi osporava primjenu kako čl. 130. st. 4. Kaznenog zakonika, tako i njegovo tumačenje od strane Saveznog upravnog suda u konkretnom slučaju te, između ostalog, iznosi prigovor da su povrijeđena njegova temeljna prava, sloboda okupljanja i sloboda izražavanja mišljenja, te da je prekršeno načelo određenosti.

Prvi senat Saveznog ustavnog suda odbacio je ustavnu tužbu kao neosnovanu, između ostalog zbog čl. 8. st. 1. Temeljnog zakona u vezi sa čl. 5. st. 1. i 2. Temeljnog zakona te čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Na temelju objektivne funkcije ustavne tužbe vezane uz očuvanje, tumačenje ili unaprjeđenje ustavnog prava, o ustavnoj se tužbi može odlučivati i unatoč smrti podnositelja tužbe. Odluka kojoj se težilo, osim što se u velikoj mjeri osobno ticala podnositelja tužbe, trebala bi pojasniti pravni položaj izražavanja mišljenja kod niza budućih skupova i javnih nastupa i od općeg je ustavnopravnog značaja. Osim toga, predmet je u trenutku smrti podnositelja tužbe bio zreo za odluku, Senat je već zasjedao i postupak je bio u završnoj fazi. Članak 130. st. 4. Kaznenog zakonika zadire u zaštićenu osnovu slobode mišljenja, jer je ta norma povezana s izražavanjem mišljenja kao što je odobravanje, glorifikacija i opravdanje nacionalsocijalističkog nasilja za što je zapriječena kazna, ukoliko su ispunjene daljnje pretpostavke.

Sukladno čl. 5. st. 2. alt. 1. Temeljnog zakona načelno zadiranje u slobodu izražavanja mišljenja dopušteno je samo na osnovi nekog opće važećeg zakona. Zakon kojime se ograničava izražavanje mišljenja je nedopušten poseban zakon, ako nije dovoljno određeno formuliran i ako je a priori usmjeren samo protiv određenih uvjerenja, stavova ili ideologija. To vrijedi i za odredbe o zaštiti mladeži ili osobne časti sukladno čl. 5. st. 2. alt. 2. i 3. Temeljnog zakona. U skladu sa zabranom dovođenja u nepovoljniji položaj zbog političkih stavova prema čl. 3. st. 3 al. 1 alt. 9 Temeljnog zakona, kod zadiranja u slobodu mišljenja općenitost zakona jamči specifičnu i striktnu zabranu diskriminacije u odnosu na određenja mišljenja.

Ustav se uzda u snagu slobodne polemike kao najdjelotvornijeg oružja protiv širenja totalitarnih ideologija ili ideologija koje preziru čovjeka. U skladu s time, čak ni širenje nacionalsocijalističkih ideja kao radikalno dovođenje u pitanje postojećeg poretka nije a priori isključeno iz domašaja slobode izražavanja mišljenja. Zadaću suprotstavljanja opasnostima povezanim s time slobodarski poredak utemeljen Ustavom u prvom redu dodjeljuje građanskom angažmanu u okviru slobodnog političkog diskursa.

Odredba iz čl. 130. st. 4. Kaznenog zakonika (StGB), doduše, nije opći zakon u smislu čl. 5. st. 2. alt. 1 Temeljnog zakona, zato što ne služi općenito zaštititi žrtava nasilja i diktature, te nije usmjerena na odobravanje, glorifikaciju i opravdavanje nasilja i diktature totalitarnih režima sveukupno, već je ograničena samo na pozitivne izjave u vezi nacionalsocijalizma.

Članak 130. st. 4. Kaznenog zakonika (StGB) je i kao zakon koji nije općevažeci iznimno spojiv sa čl. 5. st. 1. i 2. Temeljnog zakona. S obzirom na nepravdu i strahote nacionalsocijalističke vladavine, članak 5. st. 1. i 2. Temeljnog zakona

u odnosu na zabranu posebnih propisa sadrži imanentnu iznimku za odredbe kojima se postavljaju granice propagandističkom odobravanju nekadašnje nacionalsocijalističke vladavine nasilja i samovolje. Temeljni zakon se može shvatiti upravo kao koncepcijski suprotan totalitarizmu nacionalsocijalističkog režima. Iskustva povezana s razaranjem svih civilizacijskih tekovina tijekom nacionalsocijalističke diktature i trajno su sve do današnjeg dana obilježila cjelokupni poslijeratni poredak i integriranje Savezne Republike Njemačke u međunarodnu zajednicu.

Ta iznimka, naprotiv, ne opoziva slobodu mišljenja ni u sadržajnom smislu. Sloboda mišljenja jamči da zakoni nisu usmjereni samo protiv samo intelektualnih implikacija izraženog mišljenja. Cilj da se spriječi izražavanje mišljenja samo zato što je nespojivo s društvenim i etičkim shvaćanjima dokidao bi sam princip slobode mišljenja i kao takav ne bi bio legitiman. Ustav stoga ne opravdava ni općenitu zabranu širenja ekstremističkih desničarskih ili nacionalsocijalističkih ideja samo s obzirom na intelektualne implikacije njihova sadržaja.

Članak 130. st. 4. Kaznenog zakonika (StGB) ispunjava zahtjeve načela razmjernosti. Ta odredba zaštitom javnog mira slijedi legitiman cilj. Zaštita javnog mira se ovdje shvaća u užem smislu kao zaštita mirnih javnih polemika, ali ne i kao zaštita „od trovanja intelektualne klime“ ili povrede pravne osviještenosti stanovništva kroz totalitarne ideologije ili očigledno pogrešnu interpretaciju povijesti.

Javni mir je usmjeren na prethodnu zaštitu pravnih vrednota koja je povezana sa opasnostima koje se naziru. Pritom je s ustavnopravnog gledišta sasvim prihvatljiva procjena zakonodavca da odobravanje vladavine nasilja i samovolje onog doba stanovništvo danas u pravilu doživljava kao agresiju i napad na one čije su vrijednosti i prava time ponovno dovedene u pitanje te da se time, s obzirom na povijesnu realnost, ne može postići ništa više od puke konfrontacije s ideologijom protivnom demokraciji i slobodi. Članak 130. st. 4. Kaznenog zakonika (StGB) je načinom na koji je koncipiran u užem smislu primjeren, nužan i razmjernan. On niti općenito zabranjuje pozitivnu ocjenu nacionalsocijalističkog režima, niti zabranjuje povezivanje datuma, mjesta ili formi koji svojim sadržajem i simboličnom snagom podsjećaju na to razdoblje s nečim pozitivnim. Njegova provedba, međutim, pretpostavlja da se priznaje kako je Nacionalsocijalizam realno bio tiranija i diktatura. To može biti i glorifikacija neke povijesne osobe kojoj se odaje počast, ako iz konkretnih okolnosti proizlazi da se radi o simboličnom liku nacionalsocijalističke vladavine nasilja i diktature.

Osim toga, čl. 130. st. 4. Kaznenog zakonika (StGB) u skladu je sa čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona.

Spojivost „smetanja javnog mira“ kao element kaznenog djela za koji je zapriječena kazna sa čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona može biti izložena sumnjama, budući da taj pojam otvara brojne mogućnosti interpretacije i podložan je shvaćanju koje ne vodi dovoljno računa o fundamentalnom značenju slobodarskih prava

u ustavnopravnom poretku. Međutim, u odnosu na element kaznenog djela „smetanje javnog mira“ u kaznenoj normi prema načelu određenosti iz čl. 103. Temelnog zakona ne postoje dvojbe ako se konkretizira drugim elementima kaznenog djela, za koje je same po sebi već zapriječena kazna. Ono tada djeluje kao korektiv koji omogućuje priznavanje vrednota temeljnih prava u pojedinačnom slučaju. Utoliko zakonodavac odobravanje, glorifikaciju ili opravdanje nekadašnje nacionalsocijalističke diktature u javnosti ili na nekom skupu, već same po sebi barem načelno može smatrati ponašanjem koje treba sankcionirati i kvalificiranim kaznenim djelom.

Potvrda zabrane skupa „Komemoracija za Rudolfa Hessa“ u osporenim odlukama Saveznog upravnog suda stoga ne izlazi iz okvira dosadašnjih ocjena specijaliziranih sudova. Stoga posebice ocjena konkretnog slučaja, sukladno kojoj bi komemorativni skup „Sjećanje na Rudolfa Hessa“, koji je planirao podnositelj tužbe, značio odobravanje nacionalsocijalističke vladavine nasilja i diktature, s ustavnopravnog gledišta ne podliježe nikakvim dvojbama.

19) 1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11 **(ZDF-Staatsvertrag / Državni ugovor o ZDF-u)**

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 26/2014 od 25. ožujka 2014.

Odluka od 25. ožujka 2014.
- 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11 -

Zahtjevi za kontrolu ustavnosti normi u slučaju Državnog ugovora o ZDF-u uglavnom prihvaćeni

Temeljno pravo slobode medija (čl. 5. st. 1. al. 2. Temelnog zakona) iziskuje institucionalno uređenje javnopravnih radiotelevizijskih ustanova, koje će se stalno rukovoditi načelom osiguranja raznolikosti, te dosljedno ograničenje udjela članova iz redova države ili bliskih državi u nadzornim tijelima. To je odlučio Prvi senat Saveznog ustavnog suda u presudi koja je objavljena danas na zahtjev vlade savezne zemlje Rheinland-Pfalz i vlade Hamburga.

Državni ugovor o Drugom programu njemačke televizije (ZDF) samo djelomično ispunjava taj kriterij. Za razliku od aktualnog pravnog stanja, udio osoba iz redova države ili bliskih državi u Programskom vijeću i Upravnom odboru treba ograničiti na jednu trećinu. Predstavnice i predstavnici izvršne vlasti ne smiju imati presudan utjecaj kod izbora nezavisnih članova. Također treba donijeti pravila o nespojivosti funkcija kojima će se zajamčiti njihova osobna neovisnost o državi. Osobnu neovisnost u ispunjavanju zadaća treba osigurati time da se članovi tijela radiotelevizije imenuju bez ikakvih naloga te da ih se smije razriješiti samo zbog važnog razloga. Osim toga, treba osigurati minimalnu mjeru transparentnosti u radu nadzornih tijela. Savezne zemlje su obvezne najkasnije do 30. lipnja 2015. godine donijeti novu regulativu u skladu s Ustavom.

Činjenično stanje i tijek postupka:

ZDF je utemeljen Državnim ugovorom o Drugom programu njemačke televizije (u daljnjem slijedu: Državni ugovor o ZDF-u), koji je stupio na snagu na temelju akata o suglasnosti saveznih zemalja. Pored glavnog ravnatelja koji vodi poslove ustanove i snosi konkretnu odgovornost za program, Državnim ugovorom o ZDF-u uspostavljena su dva interna nadzorna tijela: Programsko vijeće i Upravni odbor. U svom zahtjevu za apstraktnu kontrolu normi vlada Rheinland-Pfalz i vlada Slobodnog grada Hamburga protive se – prema njihovom mišljenju - pretjeranom utjecaju države u Programskom vijeću i Upravnom odboru.

Obrazloženje senata u bitnim crtama:

Zahtjevi su dopušteni i u bitnim crtama osnovani.

1. a) Nalog jamstva slobode radiotelevizije sadržan u čl. 5. st. 1. al. 2. Temelnog zakona usmjeren je na sustav koje će osigurati da raznolikost postojećih mišljenja, po mogućnosti u cijelosti i svoj širini, dođe do izražaja u radiotelevizijskim programima i ustanovama. Odrediti kako će konkretno izgledati njihov ustroj, zadaća je zakonodavca koji pritom ima široku slobodu.

b) Zahtjevi vezani uz institucionalni ustroj radiotelevizijskih ustanova moraju se u skladu s Ustavom ravnati prema cilju osiguranja raznolikosti. U uskoj su interakciji s načelnom odlukom zakonodavca da se uvede dualni sustav radiotelevizije. Unutar tog sustava javnopravna radiotelevizija treba doprinijeti sadržajnoj raznolikosti, budući da se ona ne može osigurati samo putem slobodnog tržišta. Nalog javne radiotelevizije nije ograničen samo na minimalnu ponudu ili popunjavanje praznina i niša koje ne mogu popuniti privatni ponuđači, već obuhvaća cjelokupan spektar klasičnih zadaća radiotelevizije.

c) Sastav kolegijalnih tijela mora se rukovoditi time da u njih uđu osobe koje po mogućnosti predstavljaju što raznovrsnije perspektive i iskustva iz svih sfera društvenog života. Zakonodavac pritom mora posebice voditi računa o tome da nisu prvenstveno zastupljene službene i srodne perspektive ili gledišta koja

su mjerodavna za formiranje političke volje na razini države. Pored značajnih udruuga koje igraju bitnu ulogu u javnosti, moraju naizmjenice biti zastupljene i manje društvene skupine koje nemaju pristup medijima, kao i stajališta koja se ne podudaraju s mišljenjem većine. Imenovanje članova povezanih s raznim društvenim grupama ne znači da će oni zastupati svoje specifične interese. Nadzorna tijela su štoviše „čuvari“ interesa javnosti. Osiguranje raznolikosti ne znači stvaranje platforme za izdvojenu društvenu sferu suprotstavljenu državi. Stoga ne postoje prepreke za zakonodavca da i predstavnicima državne sfere dodijeli jedan dio mandata. Obzirom na glavni cilj osiguranja raznolikosti, i kod članova iz redova države treba voditi računa o tome da budu zastupljenije što raznolikije perspektive.

d) Organizacija javne radiotelevizije istovremeno mora ispunjavati zahtjev „distanciranosti od države“ kojim se konkretizira zahtjev osiguranja raznolikosti. U skladu s time, država je doduše ta koja treba organizirati javnopravnu televiziju koja će zadaće države ostvariti preko RTV ustanova, ali se pritom mora pobrinuti da programska koncepcija i njezini konkretni sadržaji ne budu uključeni u opće zadaće koje obnaša država. Tijela javnopravnih radiotelevizija stoga se moraju formirati tako da se učinkovito spriječi utjecaj države ili političkih aktera bliskih državi na izvještavanje, kojim bi pokušali ostvariti vlastite političke interese ili posebice nametnuli stranačke „agende“. Stoga već i sam sastav tih tijela mora biti takav da je isključena bilo kakva mogućnost takve instrumentalizacije.

2. Utoliko se iz Ustava mogu izvesti sljedeći ograničavajući kriteriji:

a) Udio članova iz redova države i bliskih državi ne smije biti veći od jedne trećine zakonski propisanih članova određenog tijela. Samo ako nadzorna tijela odražavaju široki spektar društvenih struja i ako se učinkovitim mjerama isključi presudan utjecaj članova iz redova države ili bliskih državi, njihov ustroj udovoljava zahtjevima osiguranja raznolikosti i distanciranosti od države. Pritom valja uzeti u obzir i moć formiranja državnih te posebice stranačko-političkih komunikacijskih struktura, koja trenutačno dolazi do izražaja u „društvima prijatelja“. Kako članovi iz redova države i bliski državi preko takvih neformalnih tijela, čiji se rad ne može neposredno regulirati, ne bi stvarno stekli prevelik utjecaj, njihov udio dosljedno treba ograničiti. Takav presudni utjecaj se u dostatnoj mjeri može isključiti samo onda ako na svakog takvog člana imamo barem po dva nezavisna člana, to jest ako udio državnih predstavnika nije veći od jedne trećine zakonski propisanog broja članova. Ukoliko se ta tijela dijele na odbore za pripremu poslova, za njihov sastav trebaju vrijediti ista pravila.

b) Tko se u skladu s tim ograničenjem udjela smatra članom iz redova države ili blizak državi određuje se funkcionalnim pristupom. Mjerodavno je radi li se o osobi koja ima moć političkog odlučivanja na razini države ili se kandidirala za javnu službu ili mandat usmjeren na stjecanje takve moći, pa je utoliko upućena na podršku šire javnosti. Takav pristup pored članova vlade, zastupnika, političkih službenika isključuje i birane službenike na rukovodećim funkcijama i članove

političkih stranaka s velikom odgovornošću. Za razliku od toga, osobe koje su u nadzorna tijela imenovane s fakulteta, iz sudstva ili organizacija sa samoupravnim strukturama, primjerice gospodarske komore, smatraju se nezavisnim članovima ili članovima koji ne dolaze iz redova države.

c) Zahtjevi vezani uz osiguranje raznolikosti, s jedne strane, vrijede za izbor članova iz redova države ili bliskih državi. U to se posebice ubraja i zahtjev da odražavaju širok spektar političkih struja, kao i različite kutove gledanja, primjerice federalne razine ili prema funkcijama. Osim toga, treba voditi računa i o zahtjevu jednakosti iz čl. 3. st. 2. al. 2. Temelnog zakona. Sveukupno uzevši, zakonodavac raspolaže širokim manevarskim prostorom. Savezni ustavni sud samo provjerava je li se kod uređenja vodilo računa o mjerilu osiguravanja raznolikosti i dolazi li se kod realne ocjene do prihvatljivog rezultata.

d) S druge strane, i regulativa za izbor i imenovanje nezavisnih članova mora polaziti od cilja osiguranja raznolikosti. Kako se ne bi potkopao zahtjev distanciranosti od države, članovi vlade i ostali predstavnici izvršne vlasti na višim položajima ne bi smjeli imati presudan utjecaj. Ukoliko se izbor članova prepušta određenim društvenim grupama, njihov se prijedlog može odbiti samo u iznimnim slučajevima kada za to postoje posebni pravni razlozi. Zakonodavac mora poduzeti mjere protiv stvaranja većinske perspektive ili petrifikacije sastava tijela radiotelevizijskih ustanova. Pritom raspolaže širokim spektrom regulativnih mogućnosti, koje s ustavnopravnog gledišta nisu detaljno propisane. S obzirom na nužnost da se broj mjesta u tijelima ograniči, postoji opasnost da se pravo imenovanja članova dodijeli najvećoj udruzi koja se već etablirala. To vodi do strukturalnog rizika da će se kod pojedinih područja u obzir uzeti samo konvencionalna većinska perspektiva najprobitačnijih udruga, dok drugačija gledišta manjih udruga gotovo uopće neće doći do izražaja. Ukoliko bi se grupe koje imaju pravo imenovanja konačno definirale zakonom, prijetila bi petrifikacija sastava tih tijela. Zakonodavac to mora spriječiti učinkovitim metodama.

e) Iz imenovanja nezavisnih članova moraju se isključiti osobe kao što su članovi vlade, zastupnici u parlamentu, politički službenici ili izabrani službenici na rukovodećim funkcijama. Pod pravila o nespojivosti funkcija moraju potpadati i osobe koje na nekoj istaknutoj funkciji snose odgovornost za neku političku stranku, jer su nužno uključene u politički kontekst odlučivanja i natjecanje oko službenih funkcija i mandata. Zakonodavac kod propisa o nespojivosti funkcija nezavisnih članova ima veliku slobodu kod donošenja ocjena i tipizacija.

f) Svi članovi nadzornih tijela javnih radiotelevizijskih ustanova, s obzirom na zadaće koje tamo obnašaju, ne smiju primati ničije naloge i smije ih se razriješiti samo zbog važnog razloga. Za detaljniju regulativu nadležan je zakonodavac.

g) Zakonodavac mora stvoriti regulativu koja će zajamčiti barem minimum transparentnosti u radu nadzornih tijela javnopravnih radiotelevizijskih ustanova. Statut konkretno ne propisuje kolika je mjera transparentnosti objektivno potrebna

za obnašanje zadaća sukladno funkcijama. Međutim, u to svakako spada da se bez većih poteškoća može saznati sastav tih tijela i odbora, kao i predviđeni dnevni red, te da su i zapisnici sa sjednica dostupni u što kraćem roku, ili da se javnost na neki drugi način može suštinski informirati o temama i rezultatima savjetovanja.

3. a) Odredbe o sastavu Programskog vijeća sukladno čl. 21. Državnog ugovora o ZDF-u u nekoliko aspekata predstavljaju povredu čl. 5. st. 1. al. 2. Temelnog zakona.

Udio osoba iz redova državne uprave ili bliskih državi neposredno imenovanih na funkcije članova Programskog vijeća veći je od ustavnopravno dopuštene granice od jedne trećine. Prema prethodno prikazanim mjerilima, u to se trenutačno ubraja 16 predstavnika saveznih zemalja, 3 predstavnika savezne razine, 12 predstavnika političkih stranaka i 3 predstavnika gradova i općina. Oni zajedno čine 44 % članova Programskog vijeća. To bi značilo da čine manjinu s pravom veta kod odluka za koje je potrebna većina od 3/5 zakonski propisanih članova.

Članak 21. st. 3. u vezi sa st. 6. Državnog ugovora o ZDF-u, u skladu s kojim se nezavisni članovi prema odredbama čl. 21. st. 1 g do q Državnog ugovora o ZDF-u biraju na temelju tri prijedloga, po mogućnosti jednoglasno, a zatim ih imenuje predsjednik vlade savezne zemlje, samo kod tumačenja u skladu sa Ustavom ne podliježe nikakvim dvojbama. Te se odredbe u skladu sa aktualnom praksom mogu i moraju tumačiti na način da su predsjednici vlada saveznih zemalja načelno obvezni pridržavati se lista kandidata koje su predložile udruge i organizacije koje imaju pravo odaslati svoje predstavnike u ta tijela, te je odstupanje od tih lista moguće samo ako postoje posebni pravni razlozi.

Za razliku od toga, imenovanje članova navedenih u čl. 21 st. 1. r Državnog ugovora o ZDF-u, koje sukladno čl. 21. st. 4. u vezi sa st. 6. Državnog ugovora o ZDF-u bez daljnjih naputaka jednoglasno biraju predsjednici vlada, ne udovoljava zahtjevima za imenovanje nezavisnih članova. Odluku o odabiru trenutačno izravno donosi izvršna vlast na razini države.

Članak 21. st. 1. Državnog ugovora o ZDF-u ne ispunjava ustavnopravne zahtjeve za izbor nezavisnih članova ni utoliko što za nezavisne članove ne postoje dostatna pravila o nespojivosti funkcija, niti su predviđene dostatne mjere kojima bi se osigurala neovisnost svih članova. Osim toga, nedostaju odredbe kojima bi se predvidio minimum transparentnosti u radu Programskog vijeća. Restriktivne odredbe u Statutu ZDF-a i u Poslovniku Programskog vijeća za to nisu dovoljne.

b) Odredbe o sastavu Upravnog odbora sukladno čl. 24. Državnog ugovora o ZDF-u iz istih razloga predstavljaju povredu čl. 5. st. 1. al. 2. Temelnog zakona.

Udio članova iz redova države sukladno čl. 24. st. 1. a i c Državnog ugovora o ZDF-u sa 6 od ukupno 14 članova veći je od ustavnopravne gornje granice od jedne trećine. Osim toga, članovi iz redova države kod odluka za koje je potrebno 3/5 zakonski propisanih članova, čine manjinu s pravom veta. Ta odredba je neustavna

i stoga što članove imenovane sukladno čl. 24. st. 1. b Državnog ugovora o ZDF-u bira Programsko vijeće, koje u svom sazivu ima premalo neovisnih članova, a ni za njih ne postoje dostatna pravila o nespojivosti funkcija.

Kao i kod jednog dijela članova Programskog vijeća, i za članove Upravnog odbora ne postoji dovoljna sigurnost glede njihovog osobnog pravnog statusa. Osim toga, nedostaje zakonska odredba koja bi sadržavala pravila o transparentnosti rada Upravnog odbora.

4. U onom dijelu u kojem čl. 21. i 24. Državnog ugovora o ZDF-u predstavljaju povredu čl. 5. st. 1. al. 2. Temelnog zakona, može se samo ustanoviti njihova nespojivost sa Ustavom, uz nalog da se smiju i dalje primjenjivati u prijelaznom razdoblju sve do donošenja nove regulative. Savezne zemlje moraju donijeti novu regulativu, koja će biti u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima i svakako biti mjerodavna na sljedećim redovnim izborima članova nadzornih tijela, najkasnije do 30. lipnja 2015.

Izdvojeno mišljenje suca Paulusa:

Ne mogu se složiti s odlukom u onom dijelu u kojem s ustavnopravnog gledišta proglašava dopuštenim da predstavnici izvršne vlasti obnašaju funkcije u nadzornim tijelima Drugog programa njemačke televizije, bio on slobodan ili samo „distanciran od države“. Javnopravna televizija ne služi distribuciji državnih informacija, već bi trebala odražavati raznolikosti mišljenja i široki spektar društva u svojoj ponudi emisija. To načelo sudske prakse Saveznog ustavnog suda u skladu s ovom odlukom i dalje smatram ispravnim. No odluka taj vlastiti pristup ostvaruje samo dijelom, premda se već kod prve odluke vezane uz radioteleviziju ispostavilo da sastav nadzornih tijela ZDF-a ne udovoljava načelu distanciranosti od države. Tijela, a s njima i radiotelevizijske ustanove, prilagođavaju se politici, a ne politika zadaćama tijela.

Kada dominantnu poziciju u nadzornim tijelima radija i televizije imaju oni koje bi ta tijela, između ostaloga, treba kontrolirati, to je povezano s negativnim implikacijama po njihovu funkciju. Zbog mogućnosti imenovanja predstavnika izvršne vlasti u nadzorna tijela, odluka redefinira državnu vlast: od prijetnje po raznolikost ona postaje elementom koji će zajamčiti tu raznolikost. Prema mom shvaćanju, kvota od jedne trećina koja obuhvaća državne predstavnike i predstavnike „bliske državi“ nije dovoljna kako bi se zajamčila raznolikost na ZDF-u. Štoviše, smatram da je nužno nadzorna tijela u još većoj mjeri osloboditi od predstavnika države, kako bi se – u skladu s primjerom radiotelevizijskih ustanova saveznih zemalja – kontrolna tijela ZDF-a emancipirala od utjecaja države. Tu je opasnost od političke instrumentalizacije veća nego kod parlamentarnih zastupnika ili članova političkih stranaka, koji su sukladno Ustavu zastupnici naroda i posrednici između države i građana.

U najgorem slučaju bi se još moglo dopustiti sudjelovanje predstavnika izvršne vlasti u radu Programskog vijeća, ali u manjem opsegu po pitanju zastupljenosti federalnih jedinica. No u potpunosti treba isključiti mogućnost da su predstavnici izvršne vlasti savezne zemlje članovi Upravnog odbora. Neodređene smjernice odluke u odnosu na pluralizam predstavnika države u Upravnom odboru sigurno ne doprinose djelotvornom osiguranju raznolikosti.

20) 1 BvR 1036/14 (Kollektivbeleidigung / Kolektivna uvreda)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 23/2015 od 28. travnja 2015.
Odluka od 26. veljače 2015.
- 1 BvR 1036/14 -

O kolektivnoj uvredi radi se samo ako se odnosi na dovoljno preglednu i ograničenu skupinu osoba

Polazeći od temeljne slobode izražavanja mišljenja nošenje bedža s kombinacijom slova „FCK CPS“ u javnosti nije bez daljnjega kažnjivo. Tako je odlučilo Treće vijeće prvog senata Saveznog ustavnog suda, te potvrdilo ustavnopravne kriterije u odnosu na tzv. kolektivnu uvredu. Pretpostavka za osuđujuću presudu zbog uvrede prema čl. 185. Kaznenog zakona (StGB) je da se izjava odnosi na dovoljno preglednu i ograničenu skupinu osoba. U suprotnom zadiranje u slobodu izražavanja mišljenja nije opravdano.

Činjenično stanje i tijek postupka:

Podnositeljicu tužbe je zatekla policijska ophodnja dok je nosila bedž s natpisom „FCK CPS“. Općinski sud je osudio podnositeljicu tužbe zbog uvrede prema čl. 185. Kaznenog zakona. Sud je svoju odluku obrazložio time da je „FCK CPS“ kratica za „Fuck Cops“, te se time izražava nepoštovanje jer se to odnosi na društveni značaj dotičnih službenih osoba koji se omalovažava. Podnositeljica tužbe uložila je žalbu Višem zemaljskom sudu, ali žalba nije bila uspješna.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Osporenim odlukama Općinskog i Višeg zemaljskog suda povrijeđeno je temeljno pravo podnositeljice tužbe na slobodu izražavanja mišljenja iz čl. 5 st. 1 al. 1 Temeljnog zakona.

1) Natpis „FCK CPS“ ni na prvi pogled nije bez sadržaja, već se njime izražava općenito odbojan stav prema policiji i potreba ograđivanja od državnih redarstvenih snaga. Radi se o izražavanju mišljenja u smislu čl. 5 st. 1 al. 1 Temeljnog zakona. Osuđujućom kaznenom presudom protiv podnositeljice tužbe zadire se u to temeljno pravo.

2) Tumačenje i primjena kaznenih zakona je načelno zadaća specijaliziranih sudova. Međutim, u predmetnom slučaju Općinski sud u svojoj odluci nije prepoznao ustavnopravne zahtjeve vezane uz primjenu i tumačenje čl. 185 Kaznenog zakona kao ograničenja slobode izražavanja mišljenja, jer je pretpostavio da je negativni vrijednosni sud dovoljno individualiziran.

a) Omalovažavajuća izjava, u kojoj se ne spominju određene osobe, niti je razvidno da se odnosi na određene osobe, nego obuhvaća kolektiv bez individualne raščlambe, pod određenim okolnostima može predstavljati napad na osobnu čast pripadnika tog kolektiva. Što je kolektiv veći, tim je manje osobno pogođen pojedini pripadnik kolektiva, jer se kod pritužbi na velike kolektive najčešće ne radi o individualnom neprimjerenom ponašanju ili individualnim svojstvima pojedinog pripadnika, nego o omalovažavanju kolektiva sa stajališta govornika. Međutim, ustavnopravno nije dopušteno tretirati izjavu koja se općenito odnosi na pripadnike jedne skupine kao da se odnosi na dovoljno preglednu skupinu osoba samo zato što takva skupina čini dio grupe nazivane prema općoj vrsti.

b) Presuda Općinskog suda ne udovoljava tim zahtjevima. Nisu dostatno utvrđene činjenice o okolnostima koje bi podupirale ocjenu da se izjava odnosi na dovoljno preglednu i ograničenu skupinu osoba. Prema tim kriterijima nije dovoljno da su mjesne redarstvene snage dio skupine svih policajaca i policajki. Štoviše, za to je nužno personalizirajuće svrstavanje, koje u ovom slučaju nije razvidno. Ne može se poći od pretpostavke da je natpis na bedžu samo zbog okolnosti susreta podnositeljice tužbe s policijskom ophodnjom objektivno poprimio razvidan konkretni sadržaj. Prema ustavnopravnim normama samo zadržavanje u javnosti ne može se smatrati dovoljnim za utvrđivanje okolnosti koje bi dovele do konkretizacije neke izjave, koja sama po sebi nije razvidna iz doslovnog teksta te izjave.

3. Budući da je Viši zemaljski sud reviziju očigledno smatrao neosnovanom, njegova odluka pokazuje iste manjkavosti kao i presuda Općinskog suda. Stoga se odluke Općinskog i Višeg zemaljskog suda ukidaju, te se predmet vraća Općinskom sudu na ponovno suđenje.



§ 9.

**Sloboda umjetnosti i znanosti
(čl. 5. III. Temeljnog zakona)**

21) BVerfGE 67, 213 (Anachronistischer Zug / Anakronistička povorka)

O domašaju jamstva slobode umjetnosti (čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona) za kaznenopravnu ocjenu političkog uličnog teatra.

Odluka Prvog senata od 17. srpnja 1984. **- 1 BvR 816/82 -**

IZREKA

Presuda Općinskog suda Kempten (regija Allgäu) od 30. listopada 1981. (Ls 20 Js 12 777/80) i odluka Bavorskog vrhovnog suda od 30. travnja 1982. (5 St 91/82) predstavljaju povredu temeljnog prava podnositelja tužbe iz čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona i stoga se ukidaju u onom dijelu u kojem se odnose na njega. Postupak se vraća na ponovno suđenje i odlučivanje na Općinski sud Kempten.

Slobodna država Bavarska podnositelju tužbe mora nadoknaditi nužne troškove.

OBRAZLOŽENJE

A.

Predmet ustavne tužbe je pitanje je li osuđujuća presuda zbog uvrede u okviru uličnog teatra održiva u odnosu na jamstvo slobode umjetnosti iz čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona.

I.

1. Oslanjajući se na pjesmu iz 1819.-1820. pjesnika Percyja Bysshea Shelleyja „The Masque of Anarchy. Written on the Occasion of the Massacre in Manchester“, koja je bila Shelleyjeva reakcija na krvavo gušenje radničkog ustanka u Peterloou, pjesnik Bertolt Brecht 1947. napisao je pjesmu „Anakronistička povorka ili Sloboda i Democracy“. U njoj opisuje povorku koja prolazi kroz Njemačku u ruševinama, noseći naprijed dvije stare ploče s natpisima „Sloboda“ i „Democracy“. Sudionici povorke su među inima svećenik koji korača ispod križa čiji su krakovi prelijepjeni, gospoda iz industrije naoružanja, učitelji koji se zalažu za pravo da se njemačka mladež odgaja za vrline koljača, liječnici koji zahtijevaju da im se daju komunisti za eksperimente, projektanti logora smrti, denacificirani nacisti na visokim

funkcijama, urednici „Stürmea“ koji zahtijevaju slobodu tiska; sudac koji sve oslobađa optužbe „Hitleraja“ i „svi dobri ljudi, koji to nakratko nisu bili“.

U „glavnom gradu pokreta“ povorci se priključuje šestero „partijskih drugova i drugarica“: potlačivanje, guba, prijevara, glupost, ubojstvo i pljačka koji također traže slobodu i demokraciju, a Bertolt Brecht ih opisuje u sljedećim stihovima:

Knochenhand am Peitschenknäuf Führt die Unterdrückung auf. In'nem Panzerkarr'n fährt sie Dem Geschenk der Industrie. Groß begrüßt, in rostigem Tank Führt der Aussatz. Er scheint krank. Schämig zupft er sich im Winde Hoch zum Kinn die braune Binde. Hinter ihm fährt der Betrug Schwenkend einen großen Krug Freibier. Müßt nur, draus zu saufen Eure Kinder ihm verkaufen. Alt wie das Gebirge, doch Unternehmend immer noch Führt die Dummheit mit im Zug Läßt kein Auge vom Betrug. Hängend überm Wagenbord Mit dem Arm, fährt vor der Mord. Wohlrig räkelt sich das Vieh Singt: Sweet dream of Liberty. Zittrig noch vom gestrigen Schock Führt der Raub dann auf im Rock Eines Junkers Feldmarschall Auf dem Schoß einen Erdball. Aber alle die sechs Großen Eingeseßenen, Gnadlosen Alle nun verlangen sie Freiheit und Democracy.

2. Ta je Brechtova pjesma tijekom predizborne kampanje za Bundestag 1980. poslužila kao polazište za politički ulični teatar političkim protivnicima tadašnjeg kandidata za mjesto kancelara stranke CDU/CSU, bavarskog predsjednika vlade Franza Josefa Strauša. Prema režijskim uputama koje su se temeljile na toj pjesmi, naslova „Povorka za spas domovine ili Sloboda i Democracy“, trebala se kretati povorka vozila i pješaka po uzoru na Brechtovu pjesmu, pri čemu je povorka i bez recitiranja Brechtove pjesme trebala biti „Odraz današnje stvarnosti“. Prilikom vožnje kroz Saveznu Republiku Njemačku u razdoblju od 15. rujna do 4. listopada 1980. u gradovima i mjestima kroz koje je povorka prolazila trebale su se izvoditi scene i recitirati pjesma, što se i dogodilo.

Na čelu povorke trebalo je biti vozilo s velikim zvonom s natpisom „Freiheit und Democracy“. Nakon tog vozila slijedili bi, između ostalog, terensko vojno vozilo u kojem je sjedio „general“, vojni kamion s raketom i vojnom kapelom, tri crne limuzine (registarskih oznaka: SIE-MENS, FLI-CK, THYS-SEN), vozilo s „članovima Narodnog suda“ i vozilo s uniformiranim privatnim zaštitarima odjevenima u crno.

Nadovezujući se na krilaticu stranke CDU/CSU iz predizborne kampanje „Sloboda umjesto socijalizma“, u povorci bi se nosili transparenti s natpisima „Sloboda umjesto maslaca“, „Za pobjedu u Trećem svjetskom ratu“, „Sloboda umjesto komunizma“, „Za Njemačku u granicama iz 1937.“, „Sloboda umjesto politike“, „Za pravo na Bild-Zeitung“, „Sloboda umjesto nacionalizacije“, „Sloboda za nas“, „Freisler umjesto Spandau“. Na začelju povorke nalazilo se tzv. vozilo s pošastima, o kojemu u režijskim uputama doslovce piše sljedeće:

„Nakon što se povorka toliko trudila reklamirati Franza Josefa Strauša, on se osobno pojavio: u velikom otvorenom vozilu netko s maskom na licu sjedi ili stoji pored

vozača, jednom rukom oslonjen na vjetrobransko staklo, a drugom mašući publici ili držeći transparent s natpisom ‚Freiheit und Democracy‘ ili sl. (koji svakako mora imati pri ruci). Ukratko: Strauß predstavlja pobjednika kakav želi biti, najbolji što ga možemo zamisliti itd. Ali, kao što nalaže pjesma, u vozilu sjedi i šest pošasti, koje najprije ni ne zamjećujemo, u liku ‚šest stranačkih drugova‘ iz ‚smeđe kuće‘: *Potlačivanje* s maskom Heydricha, *Guba* s maskom Hitlera, *Prijevara* s maskom Goebbelsa, *Glupost* valjda s maskom von Leyja, *Ubojstvo* s maskom Himmlera i *Pljačka* s maskom Göringa. No raspoloženje u kolima nipošto nije nepomućeno. Naprotiv. Ono što će se vidjeti uz recitiranje sljedećih Brechtovih stihova je oštra polemika koju Strauß svako malo zapodijeva. [...]”

Kada se spomenu natuknice (*Potlačivanje*, *Prijevara* itd.), podižu se odgovarajuće lutke (pošasti), a glumac koji predstavlja bavarskog predsjednika vlade ih – najprije uspješno – uspijeva ponovno pogurati na njihova mjesta, sve dok potraj pjesme ne ustane svih 6 likova te ga sasvim zaklone, tako da se vidi samo transparent s natpisom „Freiheit und Democracy“ kojega on drži u ruci. U knjižici s režijskim uputama nalazi se napomena:

„Karakter borbe kao i predmnijevani ishod (politika koja želi „prednosti“ Hitlerovog fašizma, bez ukazivanja na njezine nedostatke, nije moguća, već bi dovela samo do još veće katastrofe) posebice dolazi do izražaja jer se ta borba odvija između čovjeka koji nosu masku Straußa s jedne strane, te mehaničkih likova koji se pokreću poput strojeva s druge strane, dakle figura od kojih se može očekivati da će uvijek iznova ustati, ma koliko god se Strauß naprezao dokazati da je on ‚bolji‘.“

3. Podnositelj žalbe je dobio zadaću da u toj „Anakronističkoj povorci“ kao suvozač u zadnjem vozilu glumi kandidata za kancelara i u tu svrhu nosi bijelu masku s njegovim crtama lica. Prijepodne 15. rujna 1980. povorka je stigla na mjesto koje je odredio ured uprave u Sonthofenu, gdje se posložila sukladno režijskim uputama, te je provedena kontrola mjera koje je naložila redarstvena služba. Skinut je krov sa zadnjeg automobila, tako da se vidjelo šest lutaka. Podnositelj tužbe je sjedio ili stajao na mjestu suvozača i nosio spomenutu masku. Na zahtjev predstavnika tiska i policije nekoliko puta se licem okrenuo prema lutkama držeći podignut transparent s natpisom „I Hitler jednom mora umrijeti“. Pokrenuta je hidraulika u kolima, nakon čega su se lutke uspravile i ponovo sjele. Međutim, nije se recitirala Brechtova pjesma.

Dana 25. rujna 1980. povorka je stigla do Kassela. Dok se povorka formirala prije početka recitiranja pjesme. Ponovo je skinut krov sa zadnjeg vozila, tako da je okupljeno mnoštvo ugledalo lutke. Podnositelj tužbe stajao je pored vozača u autu ponovo noseći bijelu masku.

II.

To činjenično stanje Općinski sud ocijenio je kao uvredu bavarskog predsjednika vlade, koji je podnio kaznenu prijavu i kao privatni tužitelj se uključio u kazneni

postupak pokrenut protiv podnositelja tužbe, u dva povezana predmeta, te osudio podnositelja tužbe i organizatoricu povorke na plaćanje novčane kazne.

[...]

Reviziju podnositelja tužbe i suoptužene organizatorice povorke, u kojoj se posebice ističe prigovor povrede čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona, Bavarski vrhovni sud odbacio je kao očito neosnovanu.

III.

1. U svojoj ustavnoj tužbi podnositelj zahtjeva ističe prigovor povrede temeljnih prava iz čl. 5. st. 3. al. 1, čl. 5. st. 1, čl. 3. st. 1, čl. 3. st. 3, čl. 2. st. 1 i čl. 1. Temeljnog zakona. [...]

B.

[...]

C.

Ustavna tužba je osnovana. Osporene odluke predstavljaju povredu temeljnog prava podnositelja tužbe iz čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona.

I.

[...]

II.

Organizacija „Anakronističke povorke“ potpada pod zaštićenu osnovu temeljnog prava sloboda umjetnosti (čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona), koja predstavlja mjerilo za ocjenu osporenih odluka u prikazanom opsegu.

1. To jamstvo slobode prema slovu i smislu Ustava sadrži najprije objektivnu, načelnu normu kojom se regulira odnos između „umjetnosti“ kao životne sfere spram države. Istovremeno, ta odredba svakome tko se bavi umjetnošću jamči individualnu pravo na umjetničku slobodu. To se podjednako odnosi na „sferu djela“ kod umjetničkog stvaralaštva kao i na „sferu djelovanja“ kod izvedbe i distribucije umjetničkog djela, čime se to djelo čini dostupnim javnosti (BVerfGE 30, 173 [188 f.]). Jamstvo slobode umjetnosti izvršteno je u ustav zbog bolnih iskustava kojima su umjetnici bili izloženi tijekom nacionalsocijalističkog režima. To je bitno i za tumačenje čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona: jamstvo slobode umjetnosti ne smije se ograničavati ni sužavanjem pojma umjetnosti na temelju valorizacije, ni proširenom interpretacijom ili analogijom na temelju odredaba o granicama koje postavlja Ustav iz drugih ustavnih odredbi (BVerfGE ibid. [191]).

2. Životna sfera „umjetnosti“ definira se njezinim vlastitim strukturalnim karakteristikama koje proizlaze iz prirode umjetnosti. Koliko daleko u skladu s time seže ustavno jamstvo slobode umjetnosti i što ono znači u pojedinačnom slučaju, ne može se opisati općevažećim pojmom koji bi podjednako vrijedio za sve izražajne oblike umjetničkog stvaralaštva i za sve žanrove umjetnosti. (usp. BVerfGE *ibid.* [183 f.]).

a) Iz dosadašnjih se pokušaja teorije umjetnosti (uključujući refleksije umjetnika o svom stvaralaštvu) da razjasni predmet kojim se bavi, ne može preuzeti dostatna definicija, tako da se ne može poći od uvriježenog pojma umjetnosti izvan pravne sfere. To da u teoriji umjetnosti ne postoji nikakav konsenzus o objektivnim kriterijima, povezano je, nažalost s jednim posebnim obilježjem umjetničkog života: cilj je avangarde upravo taj da se prošire granice umjetnosti. To je, kao i rašireno nepovjerenje umjetnika i teoretičara umjetnosti prema krutim oblicima i strogim kriterijima, osebujnost umjetnosti kao životne sfere koje valja respektirati i koje ukazuju na to da nas do primjerenog rješenja može dovesti samo šire shvaćeni pojam umjetnosti.

b) Nemogućnost opće definicije umjetnosti ne razrješava nas međutim ustavnopravne obveze da se zaštiti sloboda umjetnosti, dakle da se kod primjene prava u konkretnom slučaju odluči jesu li ispunjenje pretpostavke iz čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona.

Ukoliko su književnost i sudska praksa razvile formule i kriterije razgraničenja za praktičnu primjenu zakona koji se bave „umjetnošću“ kao činjeničnim stanjem, to nije dovoljno za tumačenje ustavnog jamstva, jer tumačenje zakona polazi od različitih svrha zakonske regulative.

Daljnji pokušaji ustavnopravne definicije pojma obuhvaćaju, koliko se može vidjeti, samo djelomične aspekte, no oni mogu vrijediti samo za pojedina područja umjetničkog stvaralaštva [...]. Pa ipak, ta nastojanja sadrže održive aspekte koji, ukupno uzevši, u konkretnom slučaju mogu pomoći u donošenju odluke potpada li neko činjenično stanje pod zaštićenu osnovu iz čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona.

3. a) Savezni ustavni sud naglasio je da je za bavljenje umjetnošću bitno „slobodno stvaralačko oblikovanje“ kod kojeg se „utisci, iskustva i doživljaji umjetnika preko jezika oblika određenog medija neposredno iznose na vidjelo.“ Svako umjetničkoj aktivnosti svojstvena je isprepletenost svjesnih i nesvjesnih procesa koji se racionalno ne mogu raščlaniti. Kod umjetničkog stvaranja intuicija, fantazija i shvaćanje umjetnosti u međusobnoj su interakciji; ne radi se primarno o priopćenju, već o ekspresiji i to najneposrednijoj ekspresiji individualne osobnosti umjetnika (BVerfGE 30, 173 [189]). Slični pokušaji materijalnih, vrijednosnih deskripcija u književnosti također ističu karakteristike stvaralaštva, ekspresije osobnog doživljaja, stvaranja oblika i komunikativnog prenošenja smisla [...].

Vanjska slika „Anakronističke povorke“ udovoljava opisanim zahtjevima. Stvaralački elementi mogu se razabrati ne samo u Brechtovoj pjesmi, već i u načinu kako su pretočeni u sliku. Pjesma i izvedba mogu se smatrati dovoljno „oblikovanima“. Intencija je da opća i osobna povijesna iskustva, povezana s aktualnom političkom situacijom, dođu do izražaja i da se iznesu na vidjelo.

b) Ukoliko bit nekog umjetničkog djela vidimo u tome da su kod formalnog, tipološkog promatranja ispunjeni žanrovski zahtjevi vezani uz određeni tip djela, dakle ako polazimo od više formalnog poimanja umjetnosti, koji se nadovezuje samo na aktivnost i rezultate primjerice slikanja, oblikovanja kipova, pisanja pjesama ([...], također ne možemo negirati da „Anakronistička povorka“ ima osobine umjetničkog djela. Pjesma na kojoj počiva ta izvedba također je jedna od klasičnih formi umjetničkog iskaza, kao i kazališna izvedba koju (pomoću maski i rekvizita) insceniraju glumci na temelju konkretne režije. Tu ništa ne mijenja na stvari to što je za izvedbu odabrana posebna forma „uličnog teatra“. Fiksno montirane pozornice nemaju prednost u odnosu na „gostujuće kazališne trupe“, što je kazališna forma koja ima dugu tradiciju.

c) Čak i ako se karakteristično obilježje umjetničkog iskaza vidi u tome da se zbog višeznačnosti iskazanog sadržaja iz izvedbe, koja je nastavak interpretacije, uvijek iznova mogu iščitati nova značenja, čime dolazimo do praktički neiscrpnog, višerazinskog prijenosa informacija [...], to obilježje postoji i kod „Anakronističke povorke“. Već opisana posebna forma „uličnog teatra“ vodi ka stvaranju distance u odnosu na gledatelja, kojemu je prilikom promatranja sasvim jasno da gleda kazališnu predstavu, odnosno „igrokaz“. Pjesma, koja se sama po sebi već može interpretirati na različite načine, aktualizacijom i aluzijama na osobe i događaje [iz nedavne prošlosti] postaje jednoznačnija, ali je u iskazu još uvijek višeznačna, tim više što taj iskaz nije neposredan, već se posredno sastoji od različitih povezanih elemenata (npr. plakativni tekstovi, lutke, maskirane osobe, grupe osoba).

d) Ukoliko sukladno navedenom izvedba „Anakronističke povorke“ potpada pod zaštićenu osnovu čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona, to ne može promijeniti ni očita jednoznačna politička intencija organizatora. Obvezujuća pravila i ocjene umjetničkog rada ne mogu se postaviti ni u onim slučajevima kada se umjetnik bavi aktualnim zbivanjima; područje „angažirane umjetnosti“ nije izuzeto iz jamstva slobode umjetnosti (BVerfGE 30, 173 [190 f.]).

III.

1. Člankom 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona jamči se neovisnost umjetnosti, za koju vrijede vlastita pravila bez ikakvih zadržki. Stoga ni „trijada ustavnih ograničenja“ iz čl. 2. st. 1. (2) Temeljnog zakona, ni ograničenja iz čl. 5. st. 2. Temeljnog zakona ne vrijede neposredno ni analogno (BVerfGE 30, 173 [191 f.]). Za razliku od toga, neposredno zacrtane granice slobode umjetnosti mogu se naći u drugim ustavnim odredbama, kojima se također štiti bitno pravno dobro unutar ustavnog poretka Temeljnog zakona. To vrijedi prije svega za pravo osobnosti koje štiti čl.

2. st. 1. vezi sa čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona. Međutim, sloboda umjetnosti sa svoje strane postavlja granice pravu osobnosti. Da bismo ih odredili u konkretnom slučaju, prema tome nije dovoljno da se u sudskom postupku utvrdi negativan utjecaj na pravo osobnosti – ovdje u obliku uvrede - ne vodeći računa o slobodi umjetnosti. Potrebno je razjasniti ima li taj negativan utjecaj toliku težinu da sloboda umjetnosti mora ustupiti. Neznatan negativan utjecaj ili puka mogućnost znatnijeg negativnog utjecaja s obzirom na veliku važnost slobode umjetnosti za to ne bi bile dovoljne. Ukoliko se bez sumnje može ustanoviti da se svakako radilo o znatnom negativnom utjecaju na pravo osobnosti, onda se to ne može opravdati ni slobodom umjetnosti.

2. Općinski sud pogrešno je ocijenio ustavnopravne zahtjeve koji proizlaze iz toga:

- a) Umjetnički iskazi mogu se i moraju interpretirati; neophodan element takve interpretacije je promatranje cjelokupnog djela. Stoga se pojedini dijelovi nekog umjetničkog djela ne mogu izvući iz njegovog sveukupnog konteksta kako bi se zasebno ispitalo može li ih se ocijeniti kao kazneno djelo. Prema tome, s ustavnopravnog gledišta mora se kritizirati to što Općinski sud polazi od toga da su se inkriminirajuće radnje dogodile izvan same predstave i iz toga izvlači zaključak da se ne mora primijeniti čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona. Pritom se previđa praktična nužnost vidljivih priprema za predstavu (postavljanje povorke) ili pregrupiranja (događaj iz Kassela). Tu osim toga valja uzeti u obzir da kod modernog kazališta vidljiva priprema itekako može biti dio cjelokupne umjetničke koncepcije.

Simbolički prikaz pomoću lutaka i transparenata, doduše, može imati deklarativni karakter i izvan same izvedbe. No upravo su to organizatori izbjegli time što su povorku prilikom vožnje kroz mjesta prekrivali zastorima. Tu ocjenu ne mijenja ni činjenica da povorka u Sonthofenu nije odmah mogla započeti s izvedbom. Za to nisu odgovorni niti podnositelj tužbe niti organizator, već je to proizašlo iz naloga redarstvene službe. Ne može ih se teretiti ni fotografijama koje je policija snimila radi „izuzimanja dokaza“. Novinarske snimke potpadaju pod reklamu i mogu se usporediti s fotografijama s probe kakve su uobičajene u kazalištima sa stalnom pozornicom.

Kao što proizlazi iz prethodno navedenog, s ustavnopravnog gledišta je pogrešno kod utvrđivanja je li se radilo o uvredi polaziti samo od kola s pošastima, a ne od promatranja cjelokupnog umjetničkog djela kao što nalaže čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona.

- b) Općinski sud je nadalje previdio da kod takvog uputnog promatranja cjelokupnog djela može postojati nekoliko mogućnosti interpretacije.

Nije potrebna definitivna odluka o pitanju od kojeg kriterija valja poći kada se umjetničke izjave ocjenjuju s kaznenopravnog gledišta, tim više što se to ne može utvrditi ni generalno ni za sve oblike umjetnosti. Kada se radi o shvaćanju

umjetnosti, osoba potpuno neupućena u umjetnost sigurno ne može postaviti takve kriterije. No s druge strane, ne može se ni postaviti zahtjev da to može samo osoba s temeljitim umjetničkim obrazovanjem, u svakom slučaju ne onda kada su iskazi na ulici namijenjeni publici proizvoljnog sastava, kao što je to ovdje slučaj. Tu je dovoljno zapitati se kako je prolaznik, koji je bio voljan pogledati cijelu povorku i izvedbu pjesme, mogao shvatiti prikaz „kola s pošastima“.

I u tom slučaju je moguće shvaćanje da supsidijarni tužitelj sjedi u istom vozilu s nacističkim čelnicima, da ga se izjednačuje s njima i da zastupa njihove političke ciljeve. No ukoliko se uzme u obzir sadržaj pjesme, također bi se moglo reći da se prikazuje borba protiv tih nacističkih čelnika, ali je to samo prividno i lažno, kao i navodna distanciranost od nacističke prošlosti u Brechtovoj pjesmi.

Neki drugi promatrač mogao bi doći do zaključka da se supsidijarni tužitelj (F. J. Strauß) bori, premda bezuspješno, protiv utjelovljenja nacionalsocijalizma. Slično bi tu borbu doživio i promatrač koji bi posredno ili neposredno u svojim razmišljanjima prvenstveno pošao od intencija iz knjižice s režijskim uputama, međutim on bi također došao na pomisao da se supsidijarni tužitelj kao utjecajan političar desnice itekako mora ograditi od toga, te da će stare nacionalsocijalističke ideje opet prevagnuti.

Međutim, u svakom je slučaju neprihvatljivo da se od svih tih mogućnosti interpretacije, koje nudi prikaz činjeničnog stanja Općinskog suda (pri čemu ni daljnje mogućnosti nipošto nisu isključene), polazeći od „razboritog prolaznika“ odlučimo samo za onu koja je relevantna s kaznenopravnog aspekta, te pođemo samo od naivnog promatrača koji je površno bacio pogled na povorku i ignorirao „borbu“ s lutkama. I tu se radi o povredi čl. 5. st. 3. al. 1. Temeljnog zakona.

3. Osporene odluke počivaju na navedenim pogreškama. Ne može se isključiti da bi sudovi, da su uzeli u obzir prikazane ustavnopravne zahtjeve, donijeli drugačiju odluku. Odluke je stoga trebalo ukinuti. Kod ponovnog suđenja i odlučivanja sud će morati voditi računa o prikazanim načelima vezanim uz odnos između slobode umjetnosti i općeg prava osobnosti.

§ 10.

Zaštita braka i obitelji (čl. 6. Temeljnog zakona)

22) BVerfGE 108, 82 (Schutz des biologischen Vaters / Zaštita biološkog oca)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 31/2003 od 29. travnja 2003

Odluka od 9. travnja 2003.
- 1 BvR 1493/96 i 1 BvR 1724/01 -

Isključenje tzv. biološkog oca iz prava na susrete i druženja s djetetom te prava na osporavanje očinstva koje je priznala druga osoba, djelomično su protuustavni

Prvi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je da čl. 1600. njemačkog Građanskog zakonika nije spojiv sa čl. 6. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona, utoliko što biološkog oca djeteta, koji u pravnom smislu nije otac, bez iznimki isključuje iz pobijanja priznanja očinstva. Prvi senat nadalje je zaključio da čl. 1685. Građanskog zakonika nije spojiv sa čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona, utoliko što u krug osoba koje imaju pravo na susrete i druženja s djetetom nije uključio biološkog oca, koji u pravnom smislu nije otac djeteta, čak i onda ako između njega i djeteta postoji, ili je postojao, socijalni i obiteljski odnos. Zakonodavcu je naloženo da u skladu s time do 30. travnja 2004. donese regulativu u skladu s ustavom. Do donošenja nove zakonske regulative obustavljaju se sudski postupci u kojima odluka ovisi o ustavnosti čl. 1600. i 1685. Građanskog zakonika. Odluke osporene ustavnom tužbom su ukinute i predmeti vraćeni na niži sud.

O činjeničnom stanju:

Podnositelj tužbe u postupku 1 BvR 1724/01 najprije je pokušao priznati očinstvo za dijete rođeno u studenom 1998. Budući da mu je priopćeno da djetetova majka to ne želi, od Općinskog suda je zatražio utvrđivanje očinstva te naveo da je nakon duljeg suživota s majkom bio nazočan pri rođenju djeteta, te da je presjekao pupčanu vrpcu. Dijete su oboje željeli. Zajedno s majkom je izvršio sve pripreme za rođenje djeteta i primjerice uredio dječju sobu. I djetetovo ime su zajedno odabrali. Djetetova majka nikada nije iskazala sumnju glede njegova očinstva. Djetetova majka osporila je njegov iskaz i navela da je u listopadu 2000. godine drugi muškarac priznao očinstvo. Tužba podnositelja na specijaliziranim

sudovima nije bila uspješna. Sudovi su, između ostalog, naveli da je utvrđivanje očinstva dopušteno samo ako očinstvo nije priznao netko drugi. Nakon priznanja očinstva od strane drugog muškarca uz majčinu suglasnost, to više nije slučaj. Stoga je utvrđivanje očinstva nekog drugog muškarca isključeno. Podnositelj tužbe ne može osporiti ni očinstvo muškarca koji ga je priznao, budući da pravo na osporavanje očinstva ima samo muškarac koji je priznao očinstvo, djetetova majka i samo dijete. Za razliku od toga, biološkog oca zakonodavac je svjesno isključio iz osporavanja očinstva.

Podnositelj tužbe u postupku 1 BvR 1493/96 je prema krvnoj pretrazi, kojom je 1990. godine utvrđena krvna grupa, nesumnjivo biološki otac djeteta rođenog 1989. godine s čijom je udatom majkom još i nakon rođenja djeteta bio u vezi, te se jedno vrijeme brinuo za dijete. Budući da se dijete rodilo tijekom postojanja braka, podnositelj tužbe je doduše njegov biološki otac, ali ne i otac u pravnom smislu. Sve do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama propisa kojima se uređuju odnosi roditelja i djeteta majka je načelno bila ta koja je odlučivala o očevom pravu na susrete i druženja s izvanbračnim djetetom. Međutim, sud nadležan za skrbništvo ocu je mogao odobriti pravo na druženja i susrete s djetetom polazeći od aspekta dobrobiti djeteta (čl. 1711. Građanskog zakonika, stara verzija). Zakonom o izmjenama i dopunama propisa o djeci zakonodavac je novelirao sve propise vezane uz pravo na susrete i druženja s djetetom te u čl. 1685. Građanskog zakonika i drugim osobama s kojima se djeca identificiraju pored zakonskih roditelja dopustio pravo na susrete i druženja s djetetom, ali ne i biološkom ocu. Premda je podnositelj tužbe i nakon razlaza s majkom nastojao održati kontakt sa svojim djetetom, njegov zahtjev za susrete i druženje s djetetom, temeljem pravne situacije prije stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama propisa o djeci, pred specijaliziranim sudovima nije bio uspješan.

O pravu biološkog oca na osporavanje očinstva zakonskog oca u obrazloženju odluke se navodi:

I biološki, ali ne zakonski otac djeteta potpada pod zaštitu čl. 6. st. 2. al. 1. Temelnog zakona. No činjenica da je netko biološki otac djeteta još ga ne čini nositeljem roditeljskog prava iz čl. 6. st. 2. al. 1. Temelnog zakona. Ta norma štiti interes biološkog roditelja da mu se prizna pravni status djetetova oca. Iz te zaštite ne proizlazi njegovo pravo da mu se taj status prizna u svakom slučaju i prioritarno u odnosu na zakonskog oca djeteta. Međutim, zakonodavac mu mora omogućiti da stekne zakonski status oca, ako se to ne protivi zaštiti obiteljskih odnosa između djeteta i njegovih zakonskih roditelja.

Članak 1600. njemačkog Građanskog zakonika nije spojiv sa čl. 6. st. 2. al. 1. Temelnog zakona, utoliko što biološkom ocu uskraćuje pravo na osporavanje pravnog očinstva čak i onda kada zakonski roditelji uopće ne čine socijalnu obitelj, koju treba zaštititi prema čl. 6. st. 1. Temelnog zakona. Ako je neki muškarac koji nije djetetov biološki otac priznao očinstvo, ali ne živi s majkom i djetetom, ne postoji dovoljan razlog da se biološkom ocu zabrani da bude priznat kao otac i da se od

njega zatraži ispunjenje obaveza koje iz toga proizlaze. Tomu nisu suprotstavljeni ni interesi majke i djeteta. Ako je očinstvo već priznato, opasnost da će majka i dijete biti pogođeni postupcima za osporavanje očinstva može se spriječiti i blažim sredstvima od potpunog isključenja pobijanja očinstva od strane biološkog oca. Tako se, primjerice, unaprijed mogu zatražiti dokazi o vjerodostojnosti biološkog očinstva, što se može povezati s određenim pretpostavkama. I rokovi za osporavanje očinstva pomažu kod ograničavanja tog rizika.

Odluke osporene ustavnom tužbom predstavljaju povredu prava podnositelja tužbe iz čl. 6. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona. Prema navodima podnositelja tužbe on je zajedno s djetetovom majkom odabrao ime za dijete, s njom je živio još prvih mjeseci djetetova života i zajedno s njome se brinuo za njega. Dijete je navodno slično podnositelju tužbe. Majka sve te navode osporava pozivajući se na to da ništa o tome ne zna. Nakon što je tijekom postupka za utvrđivanje očinstva drugi muškarac uz suglasnost majke priznao očinstvo, podnositelja tužbe čl. 1600. Građanskog zakonika priječi u pobijanju pravnog očinstva kako bi se moglo utvrditi njegovo očinstvo, premda muškarac koji se temeljem priznanja smatra djetetovim ocem ne živi s djetetom i majkom. Njegovo isključenje iz mogućnosti pobijanja očinstva prema čl. 1600. Građanskog zakonika BGB stoga nije opravdano zaštitom obitelj u skladu sa čl. 6. st. 1. Ustava i predstavlja povredu prava podnositelja tužbe iz čl. 6. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona da kao biološki otac može zatražiti pravno utvrđivanje svog očinstva.

O pravu biološkog oca na susrete i druženja s djetetom u obrazloženju odluke se navodi:

Biološki, ali ne i zakonski otac djeteta, nije nositelj roditeljskog prava iz čl. 6. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona, pa na tomu ne može počivati njegovo pravo na susrete i druženja s djetetom. Ali i on zajedno s djetetom tvori obitelj koja potpada pod zaštitu iz čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona, ako između njega i djeteta postoji socijalni odnos koji počiva na tome da je barem neko vrijeme uistinu nosio odgovornost za dijete. Članak 6. st. 1. Temeljnog zakona štiti biološkog oca kao i dijete u obostranom interesu očuvanja tog socijalnog i obiteljskog odnosa, pa time i uzajamnih kontakata. Stoga isključenje biološkog oca, koji je na taj način povezan sa svojim djetetom, iz prava na susrete i druženja s djetetom čak i onda ako je to za dobrobit djeteta predstavlja povredu čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona. Doduše ni iz čl. 6. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona, ni iz čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona ne proizlazi pravo biološkog ali ne i zakonskog oca, na nastavak daljnjeg odgovornog postupanja prema djetetu. No čak i ako ta mogućnost otpada, između biološkog oca i djeteta postoji osobna povezanost koja počiva i na rodbinskom odnosu između oca i djeteta. Interes biološkog oca koji je do tada i obiteljski bio povezan s djetetom, kao i interes djeteta da se očuva taj odnos, potpada pod naknadnu zaštitu koja je prethodno dodijeljena obiteljskoj zajednici utemeljenoj na uzajamnoj odgovornosti iz čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona. Iz te naknadne zaštite proizlazi pravo biološkog oca na susrete i druženja s djetetom, u svakom slučaju onda kada to služi dobrobiti djeteta.

Sukladno tome, čl. 1711. st. 2. Građanskog zakonika, stara verzija, bio je spojiv sa čl. 6 st. 1. Temeljnog zakona. Uzimajući u obzir zaštitu koju ova ustavna norma priznaje i obiteljskom odnosu između biološkog oca i njegova djeteta, čl. 1711. st. 2. GZ, stara verzija, mogao se tumačiti u skladu s Ustavom utoliko što i biološki, ali ne i zakonski otac koji je imao obiteljski odnos i socijalne kontakte s djetetom, temeljem sudske odluke može dobiti pravo na susrete i druženja s djetetom ako to služi dobrobiti djeteta. Međutim, sudske odluke koje se oslanjaju na čl. 1711. st. 2. GZ, stara verzija, nisu spojive s Ustavom. Sudovi su u svojim odlukama previdjeli zaštitu podnositelja tužbe iz čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona. Nisu pridali važnost okolnosti da je podnositelj tužbe kao biološki otac duže vrijeme imao ulogu djetetovog oca i s njime izgradio odnos i zbog toga nisu provjerili može li se čl. 1711. st. 2. GZ, stara verzija, tumačiti u skladu s Ustavom.

Okolnost da je čl. 1711. st. 2. stare verzije GZ ukinut Zakonom o izmjenama i dopunama propisa o djeci iziskuje da Savezni ustavni sud s ustavnopravnog gledišta provjeri i nove propise o pravu na susrete i druženja s djetetom koje će primjenjivati sudovi. U suprotnom se ne bi moglo osigurati da sudovi u postupku 1 BvR 1493/96 donesu odluke vezane uz pravo na susrete i druženja s djetetom koje bi bile u skladu sa Ustavom. Članak 1685. GZ, u verziji izmijenjenoj Zakonom o izmjenama i dopunama propisa o djeci, nije u potpunosti spojiv sa čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona. Tim izmjenama zakona kod prava na susrete i druženja s djetetom uvedena je bitna promjena. Kod roditeljskog prava na susrete i druženja s djetetom koje je uređeno čl. 1684. GZ više se ne pravi razlika između bračne i izvanbračne djece. Osim toga, u čl. 1685. Građanskog zakonika i drugim osobama s kojima se djeca identificiraju omogućeno je pravo na susrete i druženja s djetetom. Nijedna od tih odredaba biološkog oca djeteta ne uvrštava eksplicitno u krug osoba koje imaju pravo na susrete i druženja s djetetom. Ni čl. 1684. GZ ni čl. 1685. GZ ne mogu se tumačiti na način da i biološki otac djeteta ima pravo na susrete i druženja s djetetom. Zakonodavac je jasno dao do znanja da to pravo treba biti ograničeno na onaj krug osoba koje se eksplicitno navode u normi (čl. 1685. GZ) i za koje zakonodavac pretpostavlja da su obično posebno bliske s djetetom. To je ograničenje obrazložio nužnošću sprječavanja sporova oko prava na susrete i druženja s djetetom koji bi otišli predaleko. To priječi da se krug osoba naveden u čl. 1685. GZ kroz tumačenje u skladu s Ustavom proširi na biološkog oca. Stoga se čl. 1685. GZ-a mora proglasiti nespojivim sa čl. 6. st. 1. Temeljnog zakona.

Zakonodavac ima obvezu do 30. travnja 2004. pravnu situaciju uskladiti s Ustavom. Pritom se kod definiranja rokova za ostvarivanje prava na osporavanje očinstva mora pobrinuti da i oni biološki očevi koji do sada nisu mogli osporavati očinstvo također mogu koristiti to pravo.

23) BVerfGE 121, 69
(Elterliche Erziehungs- und Umgangspflicht /
Dužnosti roditelja vezane uz odgoj i održavanje
kontakata s djetetom)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 44/2008 od 1. travnja 2008.

Odluka od 1. travnja 2008.
- 1 BvR 1620/04 -

Dužnost održavanja kontakata s djetetom kod roditelja koji to ne želi u pravilu se ne može prisilno ostvariti

Dijete ima ustavno pravo na roditeljsku brigu, te na to da roditelji ispune svoje dužnosti skrbi i odgoja djeteta, koje su neraskidivo povezana s njihovim pravom na roditeljstvo. Međutim, održavanje kontakata s djetetom koje se može ostvariti samo pomoću prisilnih mjera protiv roditelja koji to ne želi u pravilu ne služi dobrobiti djeteta. Stoga u takvim slučajevima odredbu o prisilnim mjerama iz čl. 33. Zakona o izvanparničnom sudstvu (FGG) treba tumačiti u skladu s Ustavom, što znači da se dužnost održavanja kontakata ne smije provoditi prisilno. Drugačija je situacija ako u pojedinačnom slučaju postoji dovoljno uporišta za to da bi prisilno održavanje kontakata bilo za dobrobit djeteta. Tada se ta obveza može provesti i uz prisilna sredstva. Tako je odlučio Prvi senat Saveznog ustavnog suda.

Stoga je prihvaćena ustavna tužba oca koji nije želio održavati kontakte sa svojim djetetom, pa mu je zapriječena novčana kazna, čime ga se željelo prisiliti na susrete i druženja s djetetom. Predmet je vraćen na ponovno suđenje na Viši zemaljski sud (u vezi činjeničnog stanja vidi Priopćenje za tisak br. 89 od 7. rujna 2007).

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

I.

Prijetnja novčanom kaznom radi provedbe obveze podnositelja tužbe da i protiv svoje volje održava kontakte sa svojim djetetom zadire u njegovo temeljno pravo na zaštitu osobnosti. Protivno njegovom vlastitom stavu, prisiljava ga se na kontakte s djetetom. To utječe na njegov osobni odnos prema djetetu i stavlja ga

pod pritisak da se prema djetetu ponaša na način na koji ne želi. Zakonska osnova za zapriječenu novčanu kaznu je čl. 33. Zakona o izvanparničnom sudstvu (FGG). Kod provjere može li se opravdati zadiranje u temeljno pravo uslijed prijetnje novčanom kaznom, treba uzeti u obzir i čl. 1684. st. 1. Građanskog zakonika, iz kojeg proizlazi dužnost roditelja da održavaju kontakte s djecom.

II.

Uvođenjem mogućnosti da se roditelju koji ne želi održavati kontakte s djetetom zaprijeti novčanom kaznom, zakonodavac slijedi legitiman cilj.

Dužnost roditelja da održava kontakte sa svojim djetetom, zakonski definirana čl. 1684. Građanskog zakonika, dopuštena je konkretizacija odgovornosti roditelja prema djetetu koju nalaže Ustav. Članak 6. st. 2. Temelnog zakona roditeljima jamči pravo na skrb i odgoj djeteta, no istovremeno tu zadaću pretvara u njihovu prioritetnu obvezu. Obveza roditelja da skrbe za dijete i odgajaju ga ne postoji samo u odnosu na državu, već i u odnosu prema vlastitom djetetu. Ekvivalent toj roditeljskoj obvezi je pravo djeteta na roditeljsku skrb i odgoj iz čl. 6. st. 2. Temelnog zakona. Zakonodavac treba pobliže odrediti ta prava i obveze. Budući da su kontakti roditelja i djece načelno korisni za razvoj djeteta i služe njegovoj dobrobiti, zakonodavac je roditelje u čl. 1684. Građanskog zakonika obvezao da održavaju kontakte sa svojim djetetom i time ih upozorio da moraju ispuniti svoju odgovornost prema djetetu.

2. Zadiranje u temeljno pravo na zaštitu osobnosti, povezano s obvezivanjem jednog od roditelja na susrete i druženja s djetetom, opravdano je zbog odgovornosti roditelja za svoje dijete, koju im nalaže čl. 6. st. 2. Temelnog zakona, te zbog prava djeteta da se roditelji brinu o njemu i da ga odgajaju. Ukoliko se interes djeteta na kvalitetne kontakte s oba roditelja odvaguje u odnosu na interes jednog roditelja da s djetetom nema osobne kontakte, tada se interesu djeteta mora pridati znatno veća težina negoli želji roditelja. Naime, kao važna osnova za izgradnju i stjecanje osobnih obiteljskih odnosa kao i za dobivanje roditeljske podrške i odgoja, kontakti djeteta s njegovim roditeljima od presudnog su značaja za njegov osobni razvitak i načelno doprinose njegovoj dobrobiti. Stoga se od roditelja može tražiti da se obveže na kontakte s djetetom, ako je to za njegovu dobrobit.

III.

Prijetnja prisilne provedbe dužnosti održavanja kontakata s djetetom jednog roditelja protiv njegove volje u pravilu nije primjerena kako bi se ostvarila željena svrha. Kontakti s djetetom koji se mogu provesti samo primjenom prisilnih sredstava protiv roditelja koji ne želi kontakte, u pravilu nisu na dobrobit djeteta. Utoliko zadiranje u temeljno pravo roditelja na zaštitu osobnosti uslijed sudski zapriječene novčane kazne nije opravdano, osim ako u konkretnom slučaju ne postoji uporište za zaključak da bi prisilni kontakti služili dobrobiti djeteta.

1. Prisilna provedba dužnosti održavanja kontakata s djetetom, gdje se od roditelja ne očekuje samo prisutnost već i emotivna posvećenost djetetu, protivna je osjećajima koje podnositelj tužbe ima prema djetetu. Jasno iskazana nevoljkost, zajedno s odbojnim stavom prema djetetu, kod prisilnih kontakata s djetetom ne može proći bez negativnih učinaka na dijete. Dijete dolazi u situaciju u kojoj neće doživjeti posvećenost roditelja, koja je svrha kontakta, već će osjetiti da nije prihvaćeno kao osoba, i to ne od bilo koga, već upravo od svog roditelja. Tu se krije opasnost štetnog utjecaja na osjećaj vlastite vrijednosti kod djeteta.

2. Kod dogovaranja korištenja prisilnih sredstava protiv jednog roditelja radi ostvarivanja kontakata s djetetom koje taj roditelj ne želi, nije bitno mogu li ti kontakti naškoditi dobrobiti djeteta, koliko služe li takvi kontakti njegovoj dobrobiti. Zakonodavac je pošao od toga da je kontakt djeteta s roditeljima od ogromne važnosti za njegov razvoj i da služi dobrobiti djeteta. To opravdava zadiranje u temeljno pravo roditelja na zaštitu osobnosti do kojeg dolazi uslijed takvog obvezivanja roditelja. Međutim, to vrijedi ako - i u onoj mjeri u kojoj - to služi za dobrobit djeteta. Ako je ta svrha promašena zakonskim sredstvom kojim se želi postići, onda to nije primjereno opravdanje za zadiranje u pravo dotičnog roditelja na osobnost. To vrijedi i za zakonski predviđenu mogućnost da se dužnost održavanja kontakata s djetetom provede pod prijetnjom prisilnih mjera. To nije u suprotnosti sa čl. 1684. st. 4. Građanskog zakonika, koji dopušta ograničenje i isključenje prava na druženja i susrete s djetetom samo ako bi u suprotnom bila ugrožena dobrobit djeteta. Predmet te odredbe su granice roditeljskog prava na susrete i druženja, a ne provedba dužnosti održavanja kontakata s djetetom.

3. Međutim, ne može se isključiti da postoje slučajevi u kojima postoji realna šansa da će dijete biti u stanju svojim ponašanjem skršiti otpor roditelja koji izbjegava kontakte, pa bi tako isprva prisilni kontakt ipak mogao biti u dobrobit djeteta. To bi eventualno trebalo razjasniti uz pomoć vještaka. Što je dijete starije i stabilnije po pitanju razvoja osobnosti, tim se prije može poći od toga da bi i prisilna provedba kontakata s roditeljem na temelju djetetove izričito iskazane želje mogla biti u njegovu dobrobit. U takvom se slučaju može poći od toga da je prihvatljivo da se roditelja u slučaju da to bude nužno i prisilnim mjerama potakne na kontakt s djetetom.

IV.

Članak 33. Zakona o izvanparničnom sudstvu (FGG) stoga u skladu s Ustavom treba tumačiti na način da ne bi trebalo pribjegavati prisilnoj provedbi obveze roditelja koji to ne želi da posjećuje dijete, osim ukoliko u konkretnom pojedinačnom slučaju ne postoje dovoljna uporišta za zaključak da bi to služilo dobrobiti djeteta.

V.

Kod ponovnog suđenja i donošenja odluke o meritumu, sud mora uzeti u obzir pravo djeteta na pristup sudu, te provjeriti može li se djetetu u spornom postupku

vezanom uz zahtjev za susrete i druženja s djetetom dodijeliti procesnog skrbnika. Postoji povod za sumnju je li zahtjev koji je u ime djeteta postavila njegova majka - da se podnositelja tužbe i protiv njegove jasno iskazane volje obveže na kontakte s djetetom i da se to, ako bude nužno, provede uz pomoć prisilnih mjera - uistinu u skladu s interesima djeteta ili im je protivno.

Odluka o točkama III. do IV. donesena je sa sedam glasova „za“ i jednim glasom „protiv“, a u preostalom dijelu jednoglasno.

24) 1 BvR 1178/14
(Sorgerechtsentziehung bei
Kindeswohlgefährdung /
Oduzimanje prava na roditeljsku skrb)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 108/2014 od 28. studenog 2014.

Odluka od 19. studenog 2014.
- 1 BvR 1178/14 -

Pretpostavka za oduzimanje prava na roditeljsku skrb je podrobno utvrđivanje ugroženosti djeteta

Prvo vijeće prvog senata Saveznog ustavnog suda je u odluci koja je objavljena danas potvrdilo ustavnopravne kriterije za oduzimanje prava na roditeljsku skrb. Kako bi se opravdalo odvajanje djeteta od roditelja, specijalizirani sudovi moraju u konkretnom slučaju utvrditi da je štetno postupanje roditelja doseglo takve razmjere da bi dijete, u slučaju da ostane kod svojih roditelja, pretrpjelo trajna oštećenja u svom tjelesnom, intelektualnom ili psihičkom razvoju. Ako se sudovi pritom oslanjaju na utvrđenja iz nalaza vještaka, čija upotrebljivost podliježe ustavnopravnim dvojabama, isti se mogu odraziti na sudsku odluku, ako sudovi te dvojbe ne otklone na način koji nalaže ustavno pravo. Iz tih razloga, Vijeće je utvrdilo odluku Višeg zemaljskog suda, te vratilo predmet na ponovno suđenje.

Činjenično stanje i tijek postupka:

Podnositelj je ustavnom tužbom ustao protiv oduzimanja prava na roditeljsku skrb za kćerku rođenu u veljači 2013. Podnositelj je podrijetlom iz Gane, a od početka 2012. godine živi u Njemačkoj. Majka pati od teškog psihičkog oboljenja i ni jedno od njezine četvero starije djece ne živi s njom. Podnositelj tužbe je još prije poroda priznao očinstvo, a roditelji su dali izjave o roditeljskoj skrbi. Međutim, roditelji su se razišli još za vrijeme trudnoće. Nakon privremene mjere Općinskog suda, kćerka podnositelja tužbe ubrzo nakon rođenja smještena je u udomiteljsku obitelj, gdje živi i danas. S podnositeljem tužbe održava redovite kontakte pod nadzorom. U početnom postupku Općinski sud je odlukom od 17. rujna 2013. oduzeo roditeljima pravo na roditeljsku skrb. Žalbu protiv te odluke Viši zemaljski sud odbacio je odlukom od 6. veljače 2014.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Osporenim odlukama povrijeđena su roditeljska prava podnositelja tužbe iz čl. 6. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona.

a) Članak 6. st. 3. Temeljnog zakona dopušta odvajanje djeteta od roditelja protiv njihove volje samo ako roditelji zanemaruju svoje dužnosti ili ako prijete zanemarivanje djeteta iz drugih razloga. Štetno postupanje roditelja mora doseći takve razmjere da bi dijete, u slučaju da ostane kod svojih roditelja, pretrpjelo trajna oštećenja u svom tjelesnom, intelektualnom ili duševnom razvoju. Pretpostavka za to je da su kod djeteta već nastupila oštećenja ili da se s velikom sigurnošću može predvidjeti znatno oštećenje. Ispunjenje tih pretpostavki u konkretnom slučaju podliježe strogoj ustavnopravnoj provjeri.

b) Utvrđenja Općinskog i Višeg zemaljskog suda o ugrožavanju dobrobiti djeteta ne ispunjavaju ove zahtjeve.

aa) Oba se suda oslanjaju na utvrđenja iz nalaza vještaka, koja su uglavnom preuzeli, te u najboljem slučaju samo dijelom samostalno činjenično utvrdili i podvrgli pravnoj ocjeni. Upotrebljivost nalaza vještaka podliježe znatnim ustavnopravnim dvojabama koje sudovi nisu otklonili.

(1) S ustavnopravnog gledišta, nužno pitanje o trajnoj ugroženosti dobrobiti djeteta u nalazu vještaka nije postavljeno ni eksplicitno ni u vezi s meritumom predmeta. Umjesto toga, u nalazu se preispituje odgojna sposobnost roditelja na način koji nije primjeren da bi se stvarno razjasnilo zakonsko obilježje ugroženosti dobrobiti djeteta. Nalaz, između ostalog, polazi od kriterija jesu li roditelji djetetu prenijeli i svojim primjerom mu pokazali da je „smisleno i poželjno tijekom određenog razdoblja najprije se svojim postignućima i radom mjeriti s drugima, kako bismo ostvarivanjem osobnog maksimalnog postignuća izgradili odnos prema samom sebi i stekli osjećaj vlastite vrijednosti“, te jesu li roditelji „u najvećoj mogućoj mjeri podržali i potpomognuli intelektualni razvoj svog djeteta, kako bi se dijete u

skladu sa svojim intelektualnim sposobnostima potaknulo na maksimalna osobna postignuća i bilo u stanju ostvariti ih" i jesu li roditelji djeci poslušili kao uzor „za adekvatan odnos prema trajnom partnerstvu i ljubavi“.

Baveći se tim pitanjima, odgojna sposobnost podnositelja tužbe ocjenjuje se na temelju ideala koji promašuju primarnu odgovornost roditelja za skrb i odgoj djece, koja je zaštićena čl. 6 st. 2. i st. 3. Temeljnog zakona. Roditelji nisu dužni pozitivno „dokazati“ svoju odgojnu sposobnost. Naprotiv, odvajanje roditelja od djece pretpostavlja da je s dovoljnom sigurnošću utvrđeno da su roditelji zakazali po pitanju odgoja, nanijevši time djetetu znatnu štetu. Osim toga, iz primarne odgovornosti roditelja za skrb i odgoj djece u stvari proizlazi da država načelno ne smije roditeljima nametati svoje vlastite predodžbe o uspješnom odgoju djece, zanemarujući pritom njihove predodžbe. Stoga se ne može obrazložiti da je ugrožena dobrobit djeteta, ako stav ili stil života roditelja odudara od životnog modela koji je smislen prema shvaćanju trećih osoba, ili ako s gledišta države ne potiče optimalan razvoj djeteta.

(2) Osim toga, postoje naznake da vještak podnositelju tužbe nije pristupio s nužnom nepristranošću. Na to upućuju brojna utvrđenja na teret podnositelja tužbe, koja očito nisu neposredno povezana s pitanjima koja vještakinja konkretno postavlja. Osim toga, vještakinja je izjave i ponašanje podnositelja tužbe, kao i njegovo podrijetlo iz afričke zemlje, koje je u nekoliko navrata posebno istaknula, ocijenila negativnim u mjeri koja objektivno gledano nije shvatljiva. Tako, primjerice, polazi od toga da podnositelj tužbe gotovo sve bliske međuljudske odnose - prema majci, kćerki, ali i prema novoj partnerici – koristi kako bi osigurao boravak u zemlji, te polazeći od toga, izjave podnositelja tužbe uglavnom smatra nevjerodostojnim. Osim toga, vještakinja autoritaran odgoj obilježen nasiljem i podčinjavanjem djece naziva „afričkom odgojnom metodom“, te utvrđuje da se „afrički oblici ponašanja“ kose s pravom djece na odgoj bez nasilja i smatra da bi bila nužna „dodatna obuka“ podnositelja tužbe radi „sposobnosti uvida u europske odgojne metode“.

(3) Međutim, okolnost da nalaz vještaka i dodatna usmena pojašnjenja sami po sebi ne predstavljaju pouzdani temelj za utvrđivanje ugroženosti dobrobiti djeteta ne bi bez daljnega imala za posljedicu protuustavnost odluka. Sudske odluke bi mogle proći provjeru ustavnog suda kad bi se bavile nedostacima nalaza, pobliže utvrdile stručnu kvalifikaciju vještakinje i na shvatljiv način razjasnile u kojoj su mjeri iskoristive izjave iz nalaza vještaka i mogu li doprinijeti donošenju odluke. Odluke bi prošle provjeru ustavnog suda čak i u slučaju potpune neiskoristivosti nalaza vještaka, kad bi iz obrazloženja odluke na dovoljno shvatljiv način proizašlo da je odvajanje djeteta i oca opravdano zbog ugrožavanja dobrobiti djeteta, ne uzimajući u obzir izjave vještakinje. Ali ni to ovdje nije bio slučaj.

bb) Osporene odluke ne ispunjavanju ustavnopravne zahtjeve glede utvrđivanja ugroženosti dobrobiti djeteta, između ostalog stoga što se, doduše, osvrću na moguće nedostatke odgojne sposobnosti podnositelja tužbe, ali iz toga ne

proizlazi koje bi vrste, težine i vjerojatnosti bili mogući negativni utjecaji na dijete kojih bi se trebalo bojati, i jesu li te opasnosti toliko znatne da bi opravdale smještaj kod nepoznatih osoba. Iz čl. 6. st. 2. i 3. Temelnog zakona proizlazi obveza specijaliziranih sudova da se štete koje prijete djetetu moraju konkretno navesti po vrsti, težini i vjerojatnosti nastupanja, te da ih treba ocijeniti polazeći od zaštite djeteta odvajanjem od roditelja u skladu s Temeljnim zakonom. Ako sudovi odvajanje djeteta od roditelja, kao što je ovdje slučaj, temelje na odgojnim deficitima i nepovoljnim uvjetima za razvoj djeteta, iz kojih u pravilu nužno ne slijedi znatno ugrožavanje dobrobiti djeteta, onda trebaju pažljivo ispitati i obrazložiti zašto rizici koji iz toga proizlaze prelaze granice prihvatljive za psihički i intelektualni razvoj djeteta. Međutim, to je u predmetnom slučaju izostalo.



§ 11.

**Sloboda okupljanja
(čl. 8. I. Temeljnog zakona)**

25) 1 BvR 2135/09
(Versammlungsrechtliche Auflagen / Obaveze iz propisa o javnim okupljanjima)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 70/2014 od 6. kolovoza 2014.

Odluka od 26. lipnja 2014.
- 1 BvR 2135/09 -

Uvjeti iz propisa o javnim okupljanjima moraju se ograničiti na nužno zadiranje u slobodu okupljanja

U odluci koja je objavljena danas, Treće vijeće prvog senata Saveznog ustavnog suda prihvatilo je ustavnu tužbu zbog osuđujuće presude protiv podnositeljice tužbe, kojom joj se nalaže plaćanje novčane kazne od 250 € zbog povrede obveze iz propisa o javnim okupljanjima. Nadležna služba koja daje odobrenje za javna okupljanja za prosvjed koji se održavao 1. svibnja dopustila je uporabu razglasa samo za govore u vezi s temom skupa i za redarstvene naputke. Podnositeljica tužbe koristila je razglas za povike poput "Murja neka se udalji sa skupa!" i „Murjaci u civilu neka se udalje sa skupa – i to odmah!" Presuda Općinskog suda kojom je dosuđena novčana kazna zbog povrede obveza iz propisa o javnom okupljanju previđa zaštićenu osnovu slobode okupljanja. Ta sloboda obuhvaća i artikuliranje interesa povezanog sa skupom, a to je da na njemu sudjeluju samo pobornici skupa i da se policija kreće izvan povorke prosvjednika.

Činjenično stanje i tijek postupka:

Podnositeljica tužbe je 1. svibnja 2008. sudjelovala na javnom skupu Njemačkog saveza sindikata (DGB) u Münchenu na temu „1. svibanj - Dan rada". Nadležna služba koja daje odobrenje za javna okupljanja između ostalog je postavila uvjet da je uporaba razglasa i megafona dopuštena samo za govore i objave u vezi s temom skupa, te za redarstvene naputke. Dok se kretala u povorci, podnositeljica tužbe je na dva mjesta koristila razglas na ručnim kolicima za izvikivanje povika poput "Murja neka se udalji sa skupa!" i „Murjaci u civilu neka se udalje sa skupa – i to odmah!". Općinski sud je podnositeljicu tužbe zbog kršenja zakona o javnom okupljanju i nepoštivanja ograničavajućih uvjeta osudila na novčanu kaznu od

250 €. Zahtjev podnositeljice tužbe da se dopusti žalba Viši zemaljski sud odbacio je kao neosnovan.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Osporenom odlukom Općinski sud je povrijedio temeljno pravo podnositeljice tužbe na javno okupljanje sukladno čl. 8 st. 1. Temeljnog zakona.

1. Povici preko razglasa zbog kojih je dosuđena novčana kazna nisu izuzeti iz zaštićene osnove slobode okupljanja, kao što smatra Općinski sud. Sadržajno su bili dovoljno povezani s javnim okupljanjem, koje potpada pod zaštićenu osnovu čl. 8. st. 1 Temeljnog zakona. Ti povici možda nisu bili neposredno povezani s temom skupa, niti su služili održavanju reda. Međutim, njima je artikuliran interes povezan s okupljanjem, da se povorci pridruže samo osobe koje sudjeluju na skupu, ali ne i policajci, koji ne sudjeluju u stvaranju mijenja. Za prosvjede je tipično da se njima fizički manifestiraju zajednička uvjerenja. Onaj tko sudjeluje na takvom skupu načelno ima pravo zalagati se tijekom prosvjeda da na njemu sudjeluju samo osobe koje ga podupiru, a da se policija kreće izvan povorke.

2. Sankcioniranjem povika preko razglasa novčanom kaznom presuda Općinskog suda zadire u zaštićenu osnovu. Na temelju činjenica koje je utvrdio sud takvo zadiranje nije bilo opravdano.

a) Sloboda okupljanja, doduše, nije zajamčena bez ikakvih ograničenja (usp. čl. 8 st. 2 Temeljnog zakona). Kod odredbe o novčanoj kazni iz čl. 29. Zakona o javnom okupljanju radi se o takvom ograničavajućem zakonu za čije su tumačenje i primjenu načelno nadležni kazneni sudovi. Međutim, državna tijela, a time i kazneni sudovi, dužni su zakone koji ograničavaju temeljna prava uvijek tumačiti u smislu osnovnog značenja čl. 8. st. 1 Temeljnog zakona, te se kod izricanja mjera moraju ograničiti na one koje su nužne radi zaštite drugih pravnih dobara iste vrijednosti.

b) Izricanje novčane kazne podnositeljici tužbe od strane Općinskog suda ne ispunjava taj kriterij. Zbog zaštićene osnove čl. 8. st. 1. Temeljnog zakona sud se ne smije bez ograničenja pozvati na obvezu koju je naložila služba nadležna za javna okupljanja. Štoviše, sud je mogao smatrati da je ta obveza u skladu s Temeljnim zakonom samo ako je moguće tumačenje prema kojemu nisu isključene druge izjave u vezi s prosvjedom, izuzev onih koje su striktno vezane za temu. Međutim, sud nije uzeo u obzir da i to potpada po zaštićenu osnovu slobode okupljanja. Čak štoviše, osporena odluka za dotične izjave koje su povezane sa skupom predviđa novčanu kaznu, bez obzira na to jesu li predstavljale smetnju. Smetnja zbog uporabe razglasa u konkretnom slučaju nije ni dokazana ni na drugi način očigledna. Povici podnositeljice tužbe preko razglasa očito nisu mogli izazvati ništa više od neznatnog nemira na skupu. Može se isključiti čak i eventualno ugrožavanje zdravlja trećih osoba zbog prekomjerne buke, jer je razglas korišten

samo kratko u dva navrata. Stoga, ukupno uzevši, nije razvidno da je bilo ugroze koja bi opravdala izricanje novčane kazne podnositeljici tužbe.

3. Ne može se isključiti da bi Općinski sud kod ponovnog odlučivanja, vodeći računa o ustavnopravnim zahtjevima čl. 8 st. 1 Temeljnog zakona, donio drugačiju odluku. Stoga se osporena presuda ukida, a predmet vraća Općinskom sudu na ponovno suđenje.

§ 12.

Sloboda udruživanja (čl. 9. Temeljnog zakona)

26) 1 BvR 3017/11
(Rauchverbot bei öffentlichen Veranstaltungen /
Zabrana pušenja na javnim skupovima)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 95/2014 od 24. listopada 2014.

Odluka od 24. rujna 2014.
- 1 BvR 3017/11 -

Zakonska zabrana pušenja na javnim skupovima ne predstavlja povredu slobode udruživanja

Zakonska zabrana pušenja koja obuhvaća i priredbe udruga koje su pristupačne široj javnosti, ne predstavlja povredu temeljnog prava slobode udruživanja (čl. 9. st. 1. Temelnog zakona). To je odlučilo Treće vijeće prvog senata Saveznog ustavnog suda u rješenju koje je objavljeno danas. Iz samog osnivanja udruge ne proizlazi zaštita temeljnog prava za neku aktivnost, ako se to temeljno pravo ne koristi individualno. Zabrana pušenja u prostorijama udruge ne utječe na slobodu udruživanja ni onda ako bi se prostorije doduše koristile u svrhe zbog kojih je udruga osnovana – zajedničko pušenje - ali bi u stvarnosti bile pristupačne široj javnosti.

Činjenično stanje i tijek postupka:

U Bavarskoj je od 1. kolovoza 2010. godine Zakonom o zaštiti zdravlja (GSG) uvedena striktna zabrana pušenja. Podnositeljica tužbe je članica osnivač udruge G i direktorica d.o.o. koja vodi bar G. u prostorijama koje su dane u najam udruzi. Svrha radi koje je udruga osnovana je promicanje arapske i azijske gastronomije, a ostvaruje se posjećivanjem prostorija udruge, to jest bara G. i zajedničkim druženjem. Ulaz u bar G. dopušten je samo članovima udruge. Tko želi posjetiti bar G. mora se učlaniti u udrugu. Članstvo se može zatražiti na licu mjesta, preduvjet je da je osoba starija od 20 godina i godišnja članarina od 1 eura. Svaki član dobiva iskaznicu, a ako ju netko nema kod sebe, može zatražiti novu. Svi zaposlenici bara G. su članovi udruge.

Dana 7. kolovoza 2010. Prilikom kontrole je ustanovljeno da se u baru puše vodene lule i cigarete. Općinski sud je podnositeljicu tužbe zbog povrede zakonske zabrane

SLOBODA UDRUŽIVANJA

pušenja osudio na novčanu kaznu od 750 eura. Kod udruge s oko 37.000 članova radilo se o „klubu pušača“ u obliku udruge otvorenog tipa kako bi se zaobišla zabrana pušenja u ugostiteljskim objektima. Žalbu je Viši zemaljski sud odbacio kao neosnovanu.

Obrazloženje Vijeća u bitnim crtama:

Ustavna tužba se ne prihvaća, jer nema izgleda za uspjeh. Nije razvidno da se radi o povredi slobode okupljanja (čl. 9. st. 1. Temeljnog zakona).

Temeljno pravo iz čl. 9. st. 1. Temeljnog zakona jamči slobodu udruživanja u pravnom obliku udruga privatnog prava. Zaštita obuhvaća pravo na samostalno odlučivanje o vlastitoj organizaciji, postupke donošenja odluka (iskazivanja volje članova), vođenje poslova te pravo na osnivanje i postojanje udruge. Temeljno pravo, međutim, zajedničkoj svrsi koju udruga slijedi ne može dati veću zaštitu negoli individualnom interesu.

Osporene odredbe i odluke ne zabranjuju ni osnivanje, ni postojanje ili daljnje vođenje udruge, niti predstavljaju prepreku za pristupanje udruzi ili pridobivanje novih članova. Zabrana pušenja u prostorijama udruge ne utječe na slobodu obavljanja aktivnosti udruge ili članova udruge, ako su one stvarno pristupačne i za širu. Uostalom, čl. 9. st. 1. Temeljnog zakona ne privilegira kolektivno ostvarivanje svrhe udruge u odnosu na individualno. Temeljno pravo ne štiti individualno zabranjeno konzumiranje duhana, koje se sada zajednički upražnjava, no nedostaje specifična povezanost sa organizacijskom oblikom udruge.



§ 13.

**Tajnost pisma i tajnost pošte
(čl. 10. Temeljnog zakona)**

27) BVerfGE 125, 260
(Vorratsdatenspeicherung / Preventivno
pohranjivanje podataka)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 11/2010 od 2. ožujka 2010.

Odluka od 2. ožujka 2010.
- 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 -

**Normativno uređenje preventivnog pohranjivanja podataka nije u skladu
s Ustavom**

Ustavne tužbe usmjerene su protiv čl. 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama (TKG) i protiv čl. 100g Zakona o kaznenom postupku (StPO), u onome dijelu u kojemu dopušta prikupljanje podataka pohranjenih prema čl. 113a Zakona o telekomunikacijama (TKG). Te su odredbe uvedene Zakonom o novom uređenju nadzora telekomunikacijskih usluga od 21. prosinca 2007.

Članak 113a Zakona o telekomunikacijama uređuje da su javni ponuđači telekomunikacijskih usluga obvezni praktički sve podatke o prometu telefonskih usluga (fiksna i mobilna mreža, faks, SMS i MMS), e-mail usluga i internetskih usluga preventivno pohranjivati bez određenog povoda. Obveza pohranjivanja uglavnom obuhvaća sve podatke koji su potrebni kako bi se moglo rekonstruirati tko je kada i koliko dugo komunicirao, odnosno pokušao komunicirati, s kim i otkuda. Za razliku od toga, ne pohranjuje se sadržaj komunikacije, pa stoga ni internetske stranice koje su korisnici učitali. Po isteku šest mjeseci, koliko traje obveza pohranjivanja, podaci se moraju izbrisati u roku od mjesec dana.

Članak 113b Zakona o telekomunikacijama uređuje u koje se svrhe ti podaci mogu koristiti. Taj članak predstavlja normu koja povezuje dva zakona (tzv. šarnir norma): on sam ne sadrži ovlaštenje za pretragu podataka, već samo ugrubo navodi općenite mogućnosti korištenja, koje bi se trebale konkretizirati u tehničko-pravnoj regulativi na federalnoj razini i u savezним zemljama. U stavku (1) al. 1. pritom se nabrajaju moguće svrhe *neposrednog* korištenja podataka: progon kaznenih djela, otklanjanje znatnih opasnosti po javnu sigurnost i izvršenje obavještajnih zadaća. U stavku (1) al. 2. navodi se da je osim toga dopušteno *posredno* korištenje podataka za informacije sukladno čl. 113. st. 1.

Zakona o telekomunikacijama u vidu prava na informacije od ponuđača usluge radi identificiranja IP adresa. Sukladno tome, državne službe mogu, ako su primjerice preko prijave ili vlastite istrage već znale za neku IP adresu, zatražiti informaciju kojem vlasniku priključka pripada ta IP adresa. Zakonodavac to dopušta, neovisno o ograničavajućim mjerilima, radi progona kaznenih djela i prekršaja te suzbijanja opasnosti; nije predviđeno da za to mora postojati sudski nalog, kao što nisu predviđene ni obveze informiranja.

Članak 100g Zakona o kaznenom postupku (StPO) uređuje – kao konkretizacija čl. 113b st. 1. al. 1. toč. 1) Zakona o telekomunikacijama – neposredno korištenje preventivno pohranjenih podataka kod kaznenog progona. Općenito uzevši, ta odredba ide dalje i uređuje općenito pristup podacima o telekomunikacijskom prometu. Dakle, ona također i prvobitno dopušta samo pristup podacima o vezama, koji su iz nekih drugih razloga (npr. za potrebe poslovanja) pohranjeni kod ponuđača usluga. Zakonodavac je odlučio da utoliko neće praviti razliku između korištenja preventivno pohranjenih podataka sukladno čl. 113a Zakona o telekomunikacijama i drugih podataka o prometu. On dopušta i korištenje preventivno pohranjenih podataka, neovisno o zaključnom katalogu kaznenih djela, radi progona težih kaznenih djela, a osim toga sukladno provjeri razmjernosti u konkretnom slučaju i općenito radi progona kaznenih djela počinjenih pomoću telekomunikacijskih sredstava. Potreban je prethodan sudski nalog, a Zakon o kaznenom postupku u međuvremenu predviđa obveze informiranja i naknadnu pravnu zaštitu.

Osporeni propisi doneseni su u okviru implementacije Direktive 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Europskog vijeća o zadržavanju podataka iz 2006. godine. Sukladno toj Direktivi ponuđači telekomunikacijskih usluga moraju se obvezati da će evidentirane podatke iz čl. 113a TKG pohraniti najmanje 6 mjeseci, a najviše 2 godine i imati ih na raspolaganju radi progona težih kaznenih djela. Direktiva ne sadrži pobliže odredbe o korištenju tih podataka, a i mjere zaštite podataka uglavnom su prepuštene državama članicama.

Na temelju privremenih mjera Prvog senata Saveznog ustavnog suda (Priopćenja za tisak br. 37/2008 od 19. ožujka 2008. i br. 92/2008 od 6. studenog 2008) podaci pohranjeni u skladu s čl. 113a TKG mogu se koristiti u svrhe kaznenog progona prema čl. 113b al. 1. toč. 1 TKG prije svega samo sukladno mjerilima zadanim privremenom mjerom, a podaci ponuđača telekomunikacijskih usluga koji su preventivno pohranjeni sukladno čl. 113a TKG radi suzbijanja opasnosti (čl. 113b al. 1. toč. 2. TKG) mogu se samo pod ograničenim uvjetima proslijediti službi koja ih je zatražila.

Podnositelji tužbe smatraju da je preventivnim pohranjivanjem podataka prije svega povrijeđeno njihovo pravo na telekomunikacijsku tajnu i pravo na zaštitu osobnih podataka (tzv. pravo na informacijsko samoodređenje). Smatraju da je pohranjivanje podataka o svim telekomunikacijskim vezama bez povoda nerazmjerno. Posebice ističu prigovor da se na temelju pohranjenih podataka mogu izraditi profili neke osobe i profil njezina kretanja. Jedna podnositeljica

tužbe, koja nudi uslugu anonimiziranja na Internetu, iznosi prigovor da troškovi povezani s pohranjivanjem podataka nerazmjerno negativno utječu na slobodu izbora zanimanja ponuđača telekomunikacijskih usluga.

Prvi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je da odredbe Zakona o telekomunikacijama i Zakona o kaznenom postupku o preventivnom pohranjivanju podataka nisu spojive s čl. 10. st. 1. Temeljnog zakona. Obveza pohranjivanja u predviđenom opsegu, doduše, nije a priori kao takva protuustavna. No način na koji je razrađena nije u skladu s načelom razmjernosti. Osporeni propisi ne osiguravaju ni dostatnu sigurnost podataka, niti ograničenje svrha u koje se ti podaci smiju koristiti. Također ni u kojem pogledu ne udovoljavaju ustavnopravnim zahtjevima vezanim uz transparentnost i zaštitu prava. Regulativa je stoga ukupno uzevši protuustavna i ništetna.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

O dopuštenosti:

Ustavne tužbe nisu nedopuštene, ako su osporeni propisi doneseni u okviru implementacije Direktive 2006/24/EZ. Budući da to nisu mogli ostvariti pred specijaliziranim sudovima – stoga što se njihove ustavne tužbe neposredno odnose na Zakon o implementaciji direktive EU – podnositelji tužbe traže da Savezni ustavni sud pokrene postupak prethodnog pitanja pred Sudom Europske Unije kako bi potonji u okviru postupka prethodnog pitanja sukladno čl. 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (ranije čl. 234 Ugovora o Europskoj zajednici) Direktivu proglasio ništetnom i time otvorio put za provjeru osporenih propisa prema mjerilima njemačkih temeljnih prava. U svakom slučaju, ako bi se krenulo tim putem, provjera osporenih propisa prema mjerilima njemačkih temeljnih prava sukladno traženju podnositelja tužbe ne bi unaprijed bila isključena.

O osnovanosti:

1. Ne pokreće se postupak prethodnog pitanja pred Sudom Europske unije

Postavljanje prethodnog pitanja Sudu Europske unije ne dolazi u obzir, jer nije presudno ima li eventualno europsko pravo primat. Valjanost Direktive 2006/24/EZ i eventualni primat europskog prava u odnosu na njemačka temeljna prava nisu relevantni za odluku. Sadržaj Direktive Saveznoj Republici Njemačkoj ostavlja širok prostor za odlučivanje. Odredbe Direktive uglavnom su ograničene na obvezu pohranjivanja podataka i njezin opseg, ali ne uređuju pristup podacima i njihovo korištenje od strane službi država članica. Polazeći od tog sadržaja, Direktiva se može implementirati bez povreda temeljnih prava iz njemačkog ustava. Temeljni zakon ne zabranjuje takvo pohranjivanje u svim okolnostima.

2. Zaštićena osnova čl. 10. st. 1. Temeljnog zakona

Kada se radi o pohranjivanju podataka o pristupu internetu i ovlaštenja za informacije prema čl. 113b st. 1. al. 2. Zakona o telekomunikacijama, osporeni propisi zadiru u zaštićenu osnovu čl. 10 st. 1. Temeljnog zakona (telekomunikacijska tajna). To nije u opreci s time što se pohranjivanje odvija preko privatnih ponuđača usluga, jer ih državne službe koriste samo kao pomagače u ostvarivanju zadaća.

3. Mogućnost pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom prometu bez povoda

Pohranjivanje telekomunikacijskih podataka bez povoda tijekom 6 mjeseci za kvalificirano korištenje u okviru kaznenog progona, suzbijanja opasnosti i obavještajnih zadaća, prema nalogu iz čl. §§ 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama, nije samo po sebi nespojivo s čl. 10. Temeljnog zakona. Kod normativnog uređenja kod kojeg bi se dovoljno vodilo računa o posebnoj težini ovog zadiranja u temeljna prava, pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom prometu bez povoda ne bi kao takvo potpadalo pod striktnu zabranu preventivnog pohranjivanja podataka u smislu sudske praske Saveznog ustavnog suda. Kada bi se ti propisi zakonski razradili na adekvatan način, vodeći računa o zadiranju u temeljna prava, ispunjavali bi zahtjeve razmjernosti.

Međutim, kod tog se pohranjivanja radi o posebno teškom zadiranju u temeljna prava, tako širokih razmjera kakvih u pravnom poretku do sada još nije bilo. Čak i da pohranjivanje ne obuhvaća sadržaje komunikacije, iz tih se podataka mogu izvući sadržani zaključci koji sežu sve do intimne sfere. Na temelju informacija o adresatima, vremenu i mjestu telefonskih razgovora i drugih podataka, ako se prate tijekom duljeg razdoblja, i njihovih kombinacija, može se doći do detaljnih saznanja o društvenoj i političkoj pripadnosti, te osobnim interesima, sklonostima i slabostima. Ovisno o načinu korištenja telekomunikacija, takvo pohranjivanje podataka omogućava izradu vrlo informativnih osobnih profila i profila kretanja praktički svakog građanina. Time se povećava i rizik građana da budu izloženi daljnjim istragama, bez da su za to dali povoda. Osim toga, mogućnosti zlouporabe koje su povezane s takvim arhivom podataka pogoršavaju situaciju s obzirom na to da se mogu koristiti za terećenje. Tim više što se pohranjivanje i korištenje podataka ne zamjećuje, pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom prometu bez povoda može potaknuti raširen osjećaj stalne prisimotre koji se doživljava kao prijetnja, što se može negativno odraziti na nepomućeno ostvarivanje temeljnih prava u mnogim područjima.

Pa ipak takvo pohranjivanje pod određenim kriterijima može biti spojivo s čl. 10. st. 1. Temeljnog zakona. Za to je presudno da predviđeno pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom prometu ne provodi direktno država, već privatni ponuđači usluga. Podaci samim pohranjivanjem još nisu objedinjeni, već se čuvaju raspršeni kod brojnih pojedinačnih poduzeća i nisu u cijelosti neposredno na raspolaganju državi. Pohranjivanje telekomunikacijskih podataka

tijekom 6 mjeseci ne predstavlja mjeru koja bi bila usmjerena na sveukupnu evidenciju svake komunikacije ili aktivnosti građana. Štoviše, ona se, u za sada još ograničenom obliku, oslanja na sve veći značaj telekomunikacija u modernom svijetu i predstavlja reakciju na specifičan potencijal opasnosti povezan s time. Upravo stoga je rekonstrukcija telekomunikacijskih veza od posebne važnosti za učinkovit kazneni progon i suzbijanje opasnosti.

Preventivno pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom prometu bez povoda ustavnopravno je nedvojbeno samo pod pretpostavkom da će to ostati iznimka. Dio identiteta Savezne Republike Njemačke je, između ostalog, i to da se ne smije u cijelosti evidentirati i registrirati što građani rade tijekom svog slobodnog vremena, a za očuvanje tog identiteta Njemačka se mora zalagati i u europskom i u međunarodnom kontekstu. Ako se podaci o telekomunikacijskom prometu pohranjuju u preventivne svrhe, slobodan prostor za daljnje arhiviranje podataka bez povoda preko Europske unije bit će znatno manji.

4. Razmjernost normativnog uređenja (mjerila)

Obzirom na posebnu težinu preventivnog pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom prometu, ono je spojivo s čl. 10. st. 1. Temelnog zakona samo ako je normativno uređenje u skladu s posebnim ustavnopravnim zahtjevima. Utoliko su potrebne dovoljno zahtjevne i normativno jasne odredbe o sigurnosti podataka, o ograničenju korištenja podataka, o transparentnosti i o pravnoj zaštiti.

Zahtjevi vezani uz sigurnost podataka:

S obzirom na opseg i potencijalnu informativnu vrijednost fonda podataka stvorenih takvim pohranjivanjem, sigurnost podataka od velike je važnosti za razmjernost osporenih propisa. Nužne su zakonske odredbe koje bi propisale visoku razinu sigurnosti te svakako bile normativno jasnije i obvezatnije. Pritom zakonodavac tehničku konkretizaciju zadanog kriterija može povjeriti nekoj nadzornoj službi. Međutim, zakonodavac pritom mora osigurati da odluka o vrsti i opsegu sigurnosnih mjera ne bude prepuštena pojedinom ponuđaču usluga bez kontrole.

Zahtjevi vezani uz neposredno korištenje podataka:

Obzirom na težinu pohranjivanja podataka, u obzir dolazi samo korištenje podataka za posebno važne zadaće vezane uz zaštitu pravnih dobara.

Iz toga proizlazi da kod kaznenog progona preuzimanje podataka pretpostavlja barem osnovanu sumnju na počinjenje težeg kaznenog djela i u pojedinačnom slučaju, koja se temelji na određenim činjenicama. Zakonodavac mora zaključno uz obvezu pohranjivanja podataka definirati koja bi kaznena djela pod to potpadala.

Kod suzbijanja opasnosti, iz načela razmjernosti proizlazi da je preuzimanje preventivno pohranjenih podataka o telekomunikacijskom prometu dopušteno samo kod postojanja konkretne opasnosti po tjelesni integritet, život ili slobodu

osobe, dostatno dokazane određenim činjenicama, ili opasnosti po očuvanje ili sigurnosti Njemačke ili neke savezne zemlje ili otklanjanja neke opće opasnosti. Budući da se radi i o jednom obliku prevencije opasnosti, ti zahtjevi vrijede podjednako i za korištenje podataka od strane obavještajnih službi. Korištenje podataka od strane obavještajnih službi na taj bi način svakako bilo isključeno u mnogim slučajevima. Međutim, to je povezano s prirodom njihovih zadaća izviđanja i na tome se ne može temeljiti ustavnopravno prihvatljiv povod za ublažavanje preduvjeta koje proizlaze iz načela razmjernosti radi takvog zadiranja u temeljna prava.

Kao posljedica načela razmjernosti, s ustavnopravnog gledišta je osim toga uputno da se barem za uži krug telekomunikacijskih veza koje podliježu posebnoj povjerljivosti načelno predvidi zabrana prosljeđivanja podataka. Pritom se misli na veze s telekomunikacijskim priključcima osoba, službi i organizacija iz područja socijalnih službi ili crkve, koje savjetuju u pravilu anonimne pozivatelje uglavnom telefonskim putem u hitnim slučajevima, bilo da se radi o psihološkoj podršci ili teškoj socijalnoj situaciji, te oni sami ili njihovi djelatnici imaju obvezu povjerljivosti.

Zahtjevi vezani uz transparentnost pri prosljeđivanju podataka:

Zakonodavac mora difuzne izvore prijetnje, koji mogu dovesti do pohranjivanja i korištenja podataka koje građani ne mogu zamijetiti, suzbiti učinkovitim odredbama o transparentnosti. U to se ubraja načelo javnosti kod prikupljanja i korištenja osobnih podataka. Korištenje podataka bez znanja dotične osobe ustavnopravno je dopušteno samo ako bi se u protivnom osujetio cilj istrage kojoj služi preuzimanje podataka. Zakonodavac može načelno pretpostaviti da je to tako kod otklanjanja opasnosti i zadaća obavještajnih službi. Za razliku od toga, u okviru kaznenog progona u obzir dolazi i mogućnost „otvorenog“ prikupljanja i korištenja podataka. Tajno korištenje podataka smije se predvidjeti samo ako je nužno u konkretnom slučaju i ako postoji sudski nalog. U slučaju tajnog korištenja podataka zakonodavac mora predvidjeti barem obvezu naknadnog informiranja. Njome se mora osigurati da osobe kojih se neposredno ticalo preuzimanje podataka barem naknadno o tome budu načelno obaviještene. Iznimke moraju biti podložne sudskoj kontroli.

Zahtjevi vezani uz pravnu zaštitu i sankcije:

Za prosljeđivanje i korištenje pohranjenih podataka načelno mora postojati sudski nalog. Ako neka osoba prije provedbe mjere nije imala priliku da se sudskim putem zaštiti od korištenja podataka o telekomunikacijskom prometu, naknadno joj se mora omogućiti sudska kontrola.

Normativno uređenje koje bi bilo u skladu s načelom razmjernosti nadalje pretpostavlja učinkovite sankcije kod povrede prava. Ako bi čak i teške povrede telekomunikacijske tajne u konačnici ostale bez sankcija, uz posljedicu da bi zaštita prava osobnosti s obzirom na nematerijalnu narav tog prava „zakržljala“,

to bi bilo u proturječju s obvezom državne vlasti da pojedincu omogući slobodan razvoj osobnosti te ga zaštititi od ugrožavanja njegove osobnosti od strane trećih osoba. Međutim, zakonodavac u tom pogledu ima široku slobodu. Utoliko može uzeti u obzir i to da bi kod teških povreda prava osobnosti već i prema postojećem pravnom stanju mogla biti utemeljena kako zabrana korištenja [podataka] na temelju odvagivanja, tako i odgovornost za nematerijalne štete, te na taj način najprije razmotriti je li se o posebnoj težini povrede prava osobnosti, koja u pravilu postoji kod neopravdanog prikupljanja ili korištenja podataka o kojima se tu radi, možda već dovoljno vodilo računa kod važećih pravnih propisa.

Zahtjevi vezani uz posredno korištenje podataka radi identificiranja IP adresa:

Stoga ustavnopravna mjerila manje vrijede za samo posredno korištenje preventivno pohranjenih podataka u vidu prava službi na informacije od ponuđača usluga s obzirom na vlasnika priključka određenih, već poznatih IP adresa. Tu je važno, s jedne strane, da pritom samim nadležnim službama nisu poznati preventivno pohranjeni podaci. Nadležne službe u okviru takvih prava na informacije neće same preuzeti ili pretraživati preventivno i bez povoda pohranjene podatke, već će dobiti samo informacije, odnosno osobne podatke vlasnika određenog priključka čiji je identitet utvrdio ponuđač usluge služeći se tim podacima. Samo na temelju takvih informacija ne može se provesti sustavno istraživanje tijekom duljeg razdoblja, niti se mogu izraditi osobni profili ili profili kretanja. S druge strane, mjerodavno je da se za takve informacije smije koristiti samo unaprijed definirani manji segment podataka, čije pohranjivanje samo po sebi predstavlja zadiranje manje težine, pa se stoga može naložiti uz znatno manje pretpostavke.

Međutim, i utemeljenje prava nadležnih službi na informacije radi identifikacije IP adrese ima znatnu težinu. Njime zakonodavac djeluje na uvjete komuniciranja na Internetu i ograničava opseg njihove anonimnosti. Na osnovu njega se u kombinaciji sa sustavnim pohranjivanjem podataka o pristupu Internetu s obzirom na prethodno ustanovljene IP adrese može u širokom opsegu ustanoviti identitet korisnika Interneta.

Unutar manevarskog prostora koji mu pripada, zakonodavac takve informacije može dopustiti neovisno o uže definiranim kaznenim djelima ili katalozima pravnih dobara za progon kaznenih djela, za suzbijanje opasnosti i za obavljanje zadaća obavještajnih službi na osnovu općih tehničko-pravnih ovlaštenja da zadiru u prava. Međutim s obzirom na prag zadiranja, treba osigurati da se informacije ne smiju tražiti „naslijepo“, već samo na temelju dostatne početne sumnje ili konkretne opasnosti na osnovu činjenica povezanih s pojedinim slučajem. Za takve informacije ne treba predvidjeti sudski nalog, ali dotične osobe treba obavijestiti o prikupljanju takvih informacija. Takve se informacije ne smiju dopustiti općenito i neograničeno radi progona ili sprječavanja bilo kakvog prekršaja. Ukidanje anonimnosti na Internetu iziskuje u najmanju ruku negativan učinak na pravna dobra kojemu se i inače unutar pravnog poretka može pridati znatna težina. To

ne isključuje u potpunosti odgovarajuće informacije radi progona ili sprječavanja prekršaja. No mora se raditi o prekršaju koji bi i u pojedinačnom slučaju imao znatnu težinu, a koji zakonodavac izričito mora navesti.

Odgovornost za normativno uređenje:

Osiguranje sigurnosti podataka koje nalaže Ustav, kao i normativno jasno razgraničenje namjene podataka koje udovoljava zahtjevu razmjernosti, neodvojiv je sastavni dio naloga za obvezu pohranjivanja podataka i stoga u skladu sa čl. 73. st. 1. toč. 7) Temelnog zakona podliježe saveznom zakonodavcu. U to se, pored regulative o sigurnosti pohranjenih podataka, ubrajaju i odredbe o sigurnosti prosljeđivanja podatka te zaštita povjerljivih odnosa koju pritom treba zajamčiti. Savezna razina pritom mora osigurati dovoljno precizno razgraničenje namjene podataka koji će se pohranjivati, a koje je u skladu ustavnopravnim zahtjevima. Za razliku od toga, odgovornost za donošenje regulative o preuzimanju i pretraživanju podataka, za uspostavljanje transparentnosti te za odredbe o pravnoj zaštiti ravna se prema stvarnim kompetencijama. Kada se radi o suzbijanju opasnosti i zadaćama obavještajnih službi za to su uglavnom nadležne savezne zemlje.

5. O pojedinim odredbama (primjena mjerila)

Osporeni propisi ne ispunjavaju te zahtjeve. Doduše, članak § 113a Zakona o telekomunikacijama nije protuustavan zbog toga što bi doseg obveze pohranjivanja a priori bio nerazmjernan. Međutim, odredbe o sigurnosti podataka, o svrsi i transparentnosti korištenja podataka, te o pravnoj zaštiti, ne odgovaraju ustavnopravnim zahtjevima. Time ta regulativa sveukupno uzevši nije na odgovarajući način razrađena u skladu s načelom razmjernosti. Članci 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama i čl. 100g Zakona o kaznenom postupku, u onom dijelu u kojem dopušta preuzimanje podataka koji se pohranjuju u skladu s čl. 113a Zakona o telekomunikacijama, stoga nisu spojivi sa čl. 10. st. 1. Temelnog zakona.

Sigurnost podataka:

Nedostaje osiguranje posebno visokog standarda glede sigurnosti podataka. Zakon uglavnom upućuje samo na brižnost koja je općenito potrebna na području telekomunikacija (čl. 113a st. (10) Zakona o telekomunikacijama) i pritom relativizira sigurnosne zahtjeve, koji ostaju neodređeni, općenitim ekonomskim obrazloženjima u pojedinačnom slučaju (čl. 109 st. 2. al. 4. Zakona o telekomunikacijama). Pritom je detaljnija konkretizacija mjera prepuštena pojedinim ponuđačima telekomunikacijskih usluga, koji svoje usluge nude u uvjetima konkurencije i pritiska troškova. Obveznicima pohranjivanja podataka nisu na provediv način propisani ni instrumenti kojima bi se zajamčila sigurnost podataka (odvojeno pohranjivanje, asimetrično kriptiranje, načelo 4 oka povezano s naprednim procedurama provjere autentičnosti kod pristupa ključevima, protokoliranje pristupa podacima i brisanje koje se ne može revidirati) koje

su prikazali vještaci u predmetnom postupku, niti je usporediva razina zaštite zajamčena na neki drugi način. Osim toga, nedostaje uravnotežen sustav sankcija kod kojega bi povrede vezane uz sigurnost podataka imale istu težinu kao i povrede obveze pohranjivanja.

Neposredno korištenje podataka radi kaznenog progona:

S mjerilima razvijenim na temelju načela razmjernosti nespojive su i odredbe o korištenju podataka za kazneni progon. Članak 100g st. 1. al. 1. toč. 1) Zakona o kaznenom postupku ne osigurava da općenito i u pojedinačnom slučaju samo teža kaznena djela mogu biti povod za prikupljanje odgovarajućih podataka, već to dopušta generalno za kaznena djela veće težine, neovisno o zaključnom katalogu. Članak 100g st. 1. al. 1. toč. 2) i al. 2 Zakona o kaznenom postupku znatno zaostaje za ustavnopravnim mjerilima kada dopušta da je svako kazneno djelo počinjeno pomoću telekomunikacija, neovisno o njegovoj težini, sukladno odvagivanju interesa u okviru provjere razmjernosti dovoljno kao moguć „pokretač“ za preuzimanje i pretraživanje podataka. Tom odredbom bi podaci prikupljeni u skladu s čl. 113a Zakona o telekomunikacijama praktički bili iskoristivi kod svih kaznenih djela. Obzirom na sve veći značaj telekomunikacije u svakodnevnom životu, takvo bi korištenje podataka izgubilo karakter iznimke. Zakonodavac ovdje korištenje podataka nije ograničio samo na progon teških kaznenih djela, već znatno izlazi iz tog okvira, a time i iz okvira ciljeva pohranjivanja podataka zadanih europskim propisima.

Članak 100g Zakona o kaznenom postupku nije u skladu s ustavnopravnim zahtjevima ni utoliko što dopušta preuzimanje i pretraživanje podataka ne samo u pojedinačnim slučajevima na temelju sudskog naloga, već načelno i bez znanja dotične osobe (čl. 100g st. 1. al. 1. Zakona o kaznenom postupku).

Za razliku od toga, sudska kontrola pretraživanja i korištenja podataka, te odredbe o obvezi informiranja, uglavnom su zajamčene na način koji je u skladu s ustavnopravnim zahtjevima. Za prikupljanje podataka pohranjenih prema čl. 113a Zakona o telekomunikacijama sukladno čl. 100g st. 2. al. 1 te čl. 100b st. 1. al. 1. Zakona o kaznenom postupku potreban je sudski nalog. Nadalje, sukladno čl. 101. Zakona o kaznenom postupku postoje različite obveze informiranja te mogućnost da se naknadno zatraži provjera zakonitosti te mjere od strane suda. Nije razvidno da ti propisi općenito ne jamče učinkovitu pravnu zaštitu. S ustavnopravnog gledišta treba kritizirati nepostojanje sudske kontrole kod odustajanja od obavještavanja, sukladno čl. 101. st. 4. Zakona o kaznenom postupku - *Neposredno korištenja podataka radi suzbijanja opasnosti i zadaće obavještajnih službi.*

Članak 113b al. 1 toč. 2) i 3) Zakona o telekomunikacijama niti po svojoj koncepciji ne udovoljava zahtjevima za dostatno razgraničenje svrhe. Savezni zakonodavac tu se zadovoljio time da samo na općenit način naznači vrste zadaća kod kojih je sukladno podređenim zakonima, posebice onima saveznih zemalja, moguće preuzimanje i pretraživanje podataka. Time nije ispunio svoju odgovornost za ustavnopravno

uputno razgraničenje svrhe korištenja. Štoviše, savezni zakonodavac je obvezom ponuđača podataka da preventivno pohranjuju sve podatke o telekomunikacijskom prometu, što je istovremeno povezano s odobrenjem korištenja tih podataka od strane policije i obavještajnih službi u skladu s njihovim ukupnim zadaćama, stvorio otvoreni *pool* podataka koji se može neograničeno koristiti u razne svrhe, kojima se može poslužiti zakonodavac na saveznoj razini i u saveznim zemljama na temelju vlastitih odluka koje su ograničene samo ugrubo definiranim ciljevima. Raspoloživost takvog po svojoj svrsi otvorenog *poola* podataka dokida nužnu poveznicu između pohranjivanja i svrhe pohranjivanja, te je nespojiva s Ustavom.

Konkretna koncepcija korištenja podataka pohranjenih sukladno čl. 113a Zakona o telekomunikacijama nerazmjerna je i utoliko što kod prosljeđivanja podataka nije predviđena zaštita povjerljivih odnosa. Načelno je uputno da postoji takva zaštita barem za jednu užu grupu telekomunikacijskih veza koje su upućene na posebnu povjerljivost.

Posredno korištenje podataka za informacije ponuđača usluga:

Članak 113b st. 1. al. 2 Zakona o telekomunikacijama ne udovoljava u cijelosti ustavnopravnim zahtjevima. Doduše, ne postoje dvojbe da su prema tim propisima informacije dopuštene bez obzira na katalog kaznenih djela ili pravnih dobara. Naprotiv, s Ustavom je nespojivo to što je takve informacije moguće koristiti bez daljnjih ograničenja i općenito kod progona manjih delikata ili prekršaja. Nedostaje i naknadna obveza informiranja nakon korištenja takvih informacija.

6. Spojivost s čl. 12. Temeljnog zakona

Za razliku od toga, ne postoje ustavnopravne dvojbe po pitanju spojivosti osporenih propisa s čl. 12. st. 1. Temeljnog zakona, u onom dijelu u kojem se u okviru ovog postupka odlučivalo o tome. Nametanje obveze pohranjivanja u odnosu na pogođene ponuđače usluga u tipičnom slučaju ne predstavlja preveliko opterećenje. Obveza pohranjivanja posebice nije nespojiva s Ustavom s obzirom na financijski teret za poduzeća uslijed obveze pohranjivanja prema čl. 113a Zakona o telekomunikacijama i s time povezanih kasnijih obveza, kao što je osiguranje sigurnosti podataka. Zakonodavac unutar svog šireg manevarskog prostora nije ograničen na to da koristi usluge privatnih poduzeća samo ako iz njihove poslovne djelatnosti mogu proizaći neposredne opasnosti ili su ih neposredno skrivila. Štoviše, dovoljna je činjenična i odgovorna povezanost između poslovne djelatnosti i nametnute obveze. Stoga ne postoje načelne dvojbe vezane uz troškove za obveznike pohranjivanja podataka. Zakonodavac na taj način ukupne troškove povezane s pohranjivanjem, u skladu s privatizacijom sektora telekomunikacija, prebacuje na telekomunikacijsko tržište. Kao što telekomunikacijska poduzeća mogu iskoristiti nove izgleda koje im pruža telekomunikacijska tehnologija za ostvarivanje dobiti, tako moraju preuzeti i troškove za ograničavanje novih sigurnosnih rizika koji su povezani s telekomunikacijama te ih ukalkulirati u svoje cijene.

7. Ništetnost osporenih propisa

Povreda temeljnog prava na zaštitu telekomunikacijske tajne prema čl. 10 st. 1. Temelnog zakona vodi do ništetnosti čl. 113a i čl. 113b Zakona o telekomunikacijama te čl. 100g st. 1. al. 1. Zakona o kaznenom postupku, ukoliko se prema tim odredbama smiju prikupljati podaci o prometu sukladno čl. 113a Zakona o telekomunikacijama. Osporene norme stoga se zbog utvrđenja povrede temeljnih prava moraju proglašiti ništetnima (usp. čl. 95. st. 1. al. 1. i čl. 95. st. 3. al. 1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu).

Odluka je s obzirom na pitanja vezana uz europsko pravo, formalnu ustavnost i načelnu spojivost preventivnog pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom prometu s Ustavom, u konačnici donesena jednoglasno. S obzirom na ocjenu ustavnosti čl. 113a i 113b Zakona o telekomunikacijama odluka je u konačnici donesena sa 7 glasova „za“ i 1 glasom „protiv“, a s obzirom na daljnja pitanja povezana s materijalnim pravom odluka je donesena sa 6 glasova „za“ i 2 glasa „protiv“ kao što se vidi iz izdvojenih mišljenja.

Da su propisi sukladno čl. 95. st. 3. al. 1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu ništetni i nespojivi s Ustavom, senat je odlučio s četiri glasa „za“ i četiri glasa „protiv“. U skladu s time propisi se ne mogu primjenjivati dalje u neograničenom opsegu, već iz toga proizlazi zakonska posljedica proglašenja ništetnim.

Izdvojeno mišljenje suca Schluckebiera:

1. Pohranjivanje podataka o prometu tijekom 6 mjeseci kod ponuđača usluge ne predstavlja zadiranje u temeljno pravo iz čl. 10. st. 1. Temelnog zakona takve težine koja bi se mogla smatrati „posebno teškom“ povredom i time klasificirati jednako kao neposredno pristupanje javne vlasti sadržajima komunikacije. Podaci o prometu ostaju u djelokrugu privatnih ponuđača koji ih prikupljaju iz poslovno-tehničkih razloga, i od kojih pojedini korisnik telekomunikacijskih usluga na temelju ugovornih odnosa može očekivati da će s njima u svom djelokrugu postupati strogo povjerljivo i zaštititi ih. Ako je zajamčena sigurnost podataka u skladu s najnovijim tehničkim dostignućima, nedostaje i objektivna osnova za pretpostavku da će takvo pohranjivanje izazvati bojazni kod građana. Pohranjivanje ne obuhvaća telekomunikacijske sadržaje. Kod ocjene težine tog zadiranja stoga treba ostati očuvana zamjetna distanca u odnosu na posebno teška zadiranja, kao što je akustički nadzor stambenih prostorija, nadzor telekomunikacijskih sadržaja ili tzv. on-line pretraga IT sustava neposrednim pristupom državnih organa kod kojih postoji poseban rizik da će njima biti pogođena apsolutno zaštićena jezgra privatnog života. To zadiranje nije toliko intenzivno već prilikom pohranjivanja podataka o prometu kod ponuđača usluge, koliko kod preuzimanja i korištenja podataka o prometu od strane državnih službi u pojedinačnom slučaju, u skladu s postojećom pravnom osnovom, koja kao i sudski nalog za prikupljanje podataka o prometu podliježu striktnim zahtjevima razmjernosti.

2. Osporena regulativa načelno nije neprimjerena, prihvatljiva je za dotične osobe i time razmjerna u užem smislu. Kod obveze pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom prometu tijekom 6 mjeseci, odredbama o svrsi korištenja i kaznenopravnim odredbama o prikupljanju podataka zakonodavac se pridržavao koncepcijskog okvira koji mu zadaje Ustav. Obveza države da zaštiti svoje građane uključuje zadaću da poduzme primjerene mjere za sprječavanje povrede pravih dobara ili da ih informira i alocira odgovornost za povredu pravih dobara. U tom smislu, jamčenje zaštite građana i njihovih temeljnih prava te osnova društvene zajednice, sprječavanje kao i rasvjetljavanje značajnih kaznenih djela istovremeno predstavlja preduvjet za miran suživot i neopterećeno ostvarivanje temeljnih prava od strane građana. Učinkovito rasvjetljavanje kaznenih djela i učinkovito suzbijanje opasnosti stoga ne predstavljaju same po sebi ugrožavanje slobode građana.

U napetom odnosu između obveze države na zaštitu pravih dobara i interesa pojedinca na očuvanje prava zajamčenih Ustavom, zadaća je zakonodavca najprije da na apstraktan način postigne ravnotežu između tih suprotstavljenih interesa. Zakonodavac pritom ima određenu slobodu kod ocjene i oblikovanja propisa. Cilj zakonodavca tu je bio voditi računa o neizbježnim potrebama učinkovitog kaznenog pravosuđa na načelima pravne države, s obzirom na korjenite promjene komunikacijskih mogućnosti i komunikacijskog ponašanja ljudi tijekom zadnjih godina. Taj cilj načelno pretpostavlja mogućnost utvrđivanja činjenica potrebnih za rasvjetljavanje kaznenih djela. Zakonodavac je pritom pošao od toga da se upravo podaci o telekomunikacijskom prometu zbog tehničkog razvoja u smjeru *flat rates* često ili uopće ne pohranjuju ili su već izbrisani prije nego što se može ishoditi sudski nalog za davanje informacija ili se tek utvrde informacije potrebne za takav nalog. Činjenicu da su elektronička i digitalna komunikacijska sredstva prisutna u skoro svim sferama života, pa stoga u određenim područjima otežavaju kazneni progon kao i suzbijanje opasnosti, većina senata, doduše, uzima u obzir kod provjere prikladnosti i nužnosti pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom prometu, ali joj kod provjere razmjernosti u užem smislu, polazeći od aspekta primjerenosti i prihvatljivosti, ne pridaje potrebnu težinu.

Većina senata time ujedno praktički u potpunosti sužava slobodu zakonodavca da kod ocjene i koncipiranja propisa na području kaznenog progona i suzbijanja opasnosti radi zaštite ljudi donese primjerene i prihvatljive odredbe. Na taj način ni u dovoljnoj mjeri ne vodi računa o zahtjevu suzdržanosti ustavnih sudaca („judicial self-restraint“) u odnosu na koncepcijske odluke zakonodavca koji ima demokratski legitimitet. Odlukom se određuje da je rok pohranjivanja od 6 mjeseci (dakle, minimalni rok koji traži Direktiva EU) na gornjoj granici i da se s ustavnopravnog gledišta u najboljem slučaju još može opravdati. Nadalje, odluka zakonodavcu u smislu regulativne tehnike propisuje da odredbe o svrsi korištenja istovremeno moraju sadržavati pretpostavke za pristup podacima; ograničava ga na tehniku korištenja kataloga kaznenih djela u kaznenom pravu; isključuje mogućnost korištenja podataka o telekomunikacijskom prometu i za rasvjetljavanje kaznenih djela počinjenih pomoću telekomunikacijskih sredstava (koja se i inače teško daju

rasvijetliti); te na striktan način proširuje obveze obavještanja. U skladu s time, zakonodavcu ne preostaje velika normativna sloboda unutar vlastite političke odgovornosti.

Senat zakonodavcu posebice zabranjuje mogućnost preuzimanja podataka o prometu pohranjenih u skladu s čl. 113a Zakona o telekomunikacijama kod rasvijetljavanja kaznenih djela koja nisu navedena u trenutačnom katalogu iz čl. 100a st. 2 Zakona o kaznenom postupku, ali su u pojedinačnom slučaju od velikog značaja, kao i kaznenih djela počinjenih pomoću telekomunikacijskih sredstava (čl. 100g st. 1. al. 1 toč. 1. i 2. ZKP-a). Obzirom na potonja kaznena djela, kod odvagivanja se ne uzima dovoljno u obzir da zakonodavac ovdje polazi od znatnih poteškoća kod rasvijetljavanja ove vrste kaznenih djela. Budući da je nadležnost zakonodavca osigurati učinkovit kazneni progon i ne dopustiti da nastanu značajne praznine u zaštiti, ne može mu se zabraniti da i kod kaznenih djela koja nisu posebno teška, ali nanose štetu pravnim dobrima koja su značajna, omogući pristup podacima o prometu, jer se prema njegovoj procjeni samo na taj način može isključiti nastajanje faktički većih pravnih praznina i to da rasvijetljavanje takvih kaznenih djela uglavnom „ide u prazno“. Tomu valja pridodati i to da je zakonodavac kod koncipiranja kaznenopravnog ovlaštenja za pristup pošao od kriterija koje je senat odobrio u svojoj odluci od 12. ožujka 2003. (BVerfGE 107, 299 <322>) o objavljivanju podataka o telekomunikacijskim vezama.

3. Bilo bi shvatljivo da se u izreci o pravnim posljedicama, na osnovu ustavnopravne ocjene većine senata i polazeći od stalne sudske prakse Saveznog ustavnog suda, zakonodavcu naložio rok za donošenje nove regulative i da se proglasilo da se postojeći propisi, oslanjajući se na mjerila iz privremenih mjera koje je donio senat, privremeno i dalje mogu primjenjivati, kako bi se izbjegli trajni deficiti, posebice kod rasvijetljavanja kaznenih djela, ali i kod suzbijanja opasnosti.

Izdvojeno mišljenje suca Eichbergera:

Izdvojeno mišljenje u bitnim se crtama priključuje kritici suca Schluckebiera vezanoj uz ocjenu intenziteta mjere pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom prometu kojom se zadire u temeljno pravo iz čl. 10. st. 1. Temeljnog zakona. Jer koncepcija zakonodavca na kojoj počivaju čl. 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama, o građuiranoj legislativnoj odgovornosti za nalog o pohranjivanju podataka s jedne strane, te preuzimanje i pretraživanje podataka s druge strane, načelno su u skladu s Ustavom. To vrijedi posebice za korištenje podataka pohranjenih prema čl. 113a Zakona o telekomunikacijama u svrhu kaznenog progona sukladno čl. 100g Zakona o kaznenom postupku. Zakonodavac ne mora razmjernost odredbe o preuzimanju podataka procjenjivati isključivo polazeći od najvećeg stupnja zadiranja, kojim bi opsežni podaci bili raspoloživi s konačnim ciljem izrade profila kretanja ili socijalnog profila dotičnog građanina, već može uzeti u obzir da će veći broj preuzimanja i pretraživanja podataka imati puno manju težinu, a o tome je li to prihvatljivo u pojedinačnom slučaju treba odlučivati nadležni sudac.



§ 14.

Sloboda kretanja (čl. 11. Temeljnog zakona)

28) BVerfGE 2, 266 (Notaufnahme / Hitan prihvrat izbjeglica)

1. Sloboda kretanja je pravo odabira boravišta ili prebivališta u bilo kojem mjestu na cijelom teritoriju Savezne Republike Njemačke, kao i ulaska u zemlju u tu svrhu, koje ne priječi državna vlast.
2. To temeljno pravo pripada i Nijemcima u sovjetskoj okupacijskoj zoni kao i u sovjetskom sektoru u Berlinu.
3. Zakonodavac ima diskreciono pravo uređenja postupaka za ograničenje slobode kretanja na temelju čl. 11. st. 2. Temeljnog zakona, pri čemu zbog hitnih postupovnih razloga može suspendirati ostvarivanje slobode kretanja u pojedinačnom slučaju do donošenja konačne odluke.
4. Zakon nije protuustavan ako je moguće tumačenje u skladu s Temeljnim zakonom a zakon pri takvom tumačenju zadrži svoj smisao.
5. Članak 1. st. 2. Zakona o hitnom prihvatu izbjeglica iz Istočne Njemačke od 22. kolovoza 1950. ne sadrži iscrpne odredbe o prihvaćenim razlozima prihvata. U postupku hitnog prihvata, štoviše, kada ne postoji ni jedan od tih razloga, treba nadalje provjeriti je li uskraćivanje prihvata u pojedinačnom slučaju opravdano sukladno čl. 11. st. 2. Temeljnog zakona.
6. O povredi čl. 3. st. 3. Temeljnog zakona radi se samo onda kad je drugačiji tretman uslijedio upravo zbog jednog od razloga koji su ondje navedeni.

Rješenje Prvog senata od 7. svibnja 1953.

- 1 BvL 104/52 -

[...]

29) BVerfGE 110, 177
(Freizügigkeit für Spätaussiedler / Sloboda kretanja za tzv. kasne useljenike)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 32/2004 od 17. ožujka 2004.

Odluka od 17. ožujka 2004.
1 BvR 1266/00

Ustavna tužba protiv čl. 3a Zakona o dodjeli boravišta odbačena

Spojivo je s temeljnim pravom slobode kretanja da kasni useljenici (koji su se u Njemačku vratili nakon 1.1.1993), koji su za prebivalište izabrali neko drugo mjesto od onog koje im je dodijeljeno, načelno ne mogu primati socijalnu pomoć sukladno Saveznom zakonu o socijalnoj pomoći. To je odlučio Prvi senat Saveznog ustavnog suda u presudi koja je objavljena danas, odbacivši ustavne tužbe dvojice kasnih useljenika. Osporene sudske odluke počivaju na pravnoj osnovi sukladnoj Ustavu i stoga su održive. Međutim, senat smatra da trenutačna pravna situacija glede mogućnosti promjene dodijeljenog boravišta nije u skladu s Ustavom.

U vezi činjeničnog stanja na kojem se temelji odluka upućujemo na Priopćenje za tisak br. 85/2003 od 16. listopada 2003.

U obrazloženju odluke navodi se:

Dopuštenost ustavnih tužbi nije dana posebice zbog načela supsidijarnosti. Podnositelji tužbe, doduše, nisu iscrpili sudski put protiv rješenja kojim im se dodjeljuje boravište koje je prethodilo odbijanju socijalne pomoći, ni protiv odluke kojim se odbija njihov zahtjev za promjenu dodijeljenog boravišta. No to se od njih u konkretnoj životnoj situaciji nije moglo ni tražiti. Podnositelji tužbe su u trenutku dodjele boravišta jedva vladali njemačkim jezikom, nalazili su se u njima nepoznatoj zemlji i nisu imali mogućnost pravnog savjetovanja. O pravnom značaju dodjele boravišta i posljedicama odabira drugog boravišta nisu bili obaviješteni. U tom trenutku još nisu imali povoda za preseljenje. Podnositeljima tužbe se zbog posebnih okolnosti u konkretnom slučaju ne može prigovoriti da nisu iscrpili sudski put nakon odbijanja njihovog zahtjeva na promjenu dodijeljenog boravišta. U tom je dijelu odluka donesena sa sedam glasova „za“ i jednim glasom „protiv“.

Međutim, ustavna tužba u meritumu nije izgledna. Osporena regulativa ne predstavlja povredu temeljnog prava podnositelja tužbe na slobodu kretanja. Doduše, isključenje socijalne pomoći temeljem čl. 3a Zakona o dodjeli boravišta iz 1996. (WoZuG 1996) negativno utječe na slobodu kretanja podnositelja tužbe. Ta regulativa kod primatelja socijalne pomoći kod ostvarivanja slobode kretanja povezana je s ekonomski osjetnim nedostatkom za imatelja temeljnog prava vezanog uz boravište koje mu je dodijeljeno. To posredno ciljano utječe na slobodu kretanja. Međutim, negativan utjecaj na temeljno pravo iz čl. 11. st. 1. Temeljnog zakona je u skladu s Ustavom. Članak 11. st. 2. Temeljnog zakona zakonodavcu omogućuje ograničavanje slobode kretanja, ako se sve veći broj osoba koje su upućene na uzdržavanje useljava u Saveznu Republiku Njemačku, uslijed čega savezna razina, savezne zemlje i općine imaju znatne troškove za smještaj, socijalnu pomoć i integraciju tih osoba. Do takvog je posebnog opterećenja za javnost došlo uslijed vala tzv. kasnih useljenika nakon 1. siječnja 1993. U razdoblju od 1987. ukupno 3 milijuna useljenika i kasnijih useljenika uselilo je u Saveznu Republiku Njemačku (nap. prev. radi se o Nijemcima iz istočnoeuropskih zemalja, uključujući bivši istočnu Njemačku). Osporena odredba je razmjerna. Ona je prikladna za ostvarivanje primjerene raspodjele troškova predviđene zakonom. Na temelju podataka njemačke vlade, saveznih zemalja te Saveza njemačkih gradova i općina, dodjela boravišta provodi se od stupanja zakona na snagu 1996. U međuvremenu se nisu pojavila nova migracijska težišta kod kasnog vala useljenika. Troškovi socijalne pomoći ravnomjerno su raspodijeljeni. Općine na taj način mogu unaprijed planirati mjere povezane s infrastrukturom i mjere integracije useljenika. Zakonodavac smatra da je dodjela stana, odnosno boravišta, i provedba tog modela pomoću socijalne pomoći primjerena za promicanje integracije kasnog vala useljenika. Toj se procjeni zakonodavca s obzirom na široko diskreciono pravo ne može prigovoriti. No on mora pratiti daljnji razvoj i posebice učinke te regulative i eventualno ih korigirati u budućnosti. Osporena regulativa je i nužna. Nije razvidno na koji bi se način moglo manje opteretiti useljenike, a istovremeno ostvariti navedene ciljeve. Diskreciono pravo kod određivanja trajanja dodjele boravišta zakonodavac u slučaju podnositelja tužbe nije prekoračio. Kod financijskog sustava naknada troškova između općina moglo bi se voditi računa o načelu raspodjele tereta, na kojemu se temelji Zakon o dodjeli boravišta, ali samo s obzirom na troškove socijalne pomoći, ali ne i s obzirom na daljnje infrastrukturne troškove vezane uz smještaj, podršku i integraciju useljenika. Takav bi sustav, osim toga, bio preskup.

Vremenski ograničena dodjela boravišta u određenom mjestu je za kasni val useljenika prihvatljiva. Negativne implikacije za temeljno pravo kod ukupnog odvagivanja interesa primjerene su u odnosu na prednosti koje bi javnost imala od navedene regulative. Time se, doduše, utječe na slobodu kretanja kasnog vala useljenika. Osporena regulativa praktički isključuje preseljenje useljenika koji su u pravilu upućeni na primanje socijalne pomoći. Ta zabrana traje nekoliko godina. Stope prihvata useljenika utvrđene za jedinice lokalne samouprave imaju prednost u odnosu na individualne želje za dodjelom boravišta. Time su uglavnom

su pogođene veze između velikih obitelji, ili povezanost s određenim vjerskim zajednicama ili ranijom seoskom zajednicom. To je suprotno cilju raspodjele troškova, što je značajan interes javnosti. Cilj integracije koji se slijedi dodjelom mjesta stanovanja trebao bi biti koristan i za same useljenike. Dodjela boravišta je vremenski ograničena. Ukoliko useljenik u nekom drugom mjestu nađe posao na puno radno vrijeme i stambeni prostor, prestaje obveza. Potraga za radnim mjestom izvan dodijeljenog boravišta je osim toga pojednostavljena nakon izmjena Zakona o dodjeli boravišta iz 2000. godine.

Nije došlo do povrede prava podnositelja tužbe na jednakost. Kasni val useljenika nije tom regulativom diskriminiran temeljem domicilne zemlje ili podrijetla. Sama regulativa i njezina provedba polaze od potreba za socijalnom pomoći. S gledišta prava na jednakost stoga ne postoje dvojbe. Nije povrijeđeno ni opće načelo jednakosti. Nejednako postupanje u odnosu na druge Nijemce upućene na socijalnu pomoć dostatno je opravdano posebnim potrebama više od tri milijuna kasnih useljenika. Ako su stranci koji primaju socijalnu pomoću u boljem položaju od kasnih useljenika, i to je dostatno opravdano. Kasni useljenici, do sada jedina velika grupa useljenika s općim i podudarnim obilježjima, ima pravo na useljavanje u Njemačku i trajnu dozvolu boravka. To, kao i problemi integracije, razlikuje ih od stranaca bez statusa državljana EU i azilanata.

Senat dodatno ukazuje na to da zakonodavac čl. 11. st. 1. Temelnog zakona s ustavnopravnog gledišta mora omogućiti izmjenu dodjele boravišta na zahtjev pod uvjetima koje će pobliže definirati. Do sada nije postojala takva odredba o promjeni dodijeljenog boravišta. Prema shvaćanju senata, o takvom bi zahtjevu trebalo odlučivati u upravnom postupku koji je u skladu s kriterijima pravne države.



§ 15.

**Sloboda izbora zanimanja
(čl. 12. Temeljnog zakona)**

30) BVerfGE 121, 317
(Rauchverbot in Gaststätten I / Zabrana pušenja
u ugostiteljskim objektima)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 78/2008 od 30. srpnja 2008.

Odluka od 30. srpnja 2008.
- 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 -

Ustavne tužbe po pitanju „zabrane pušenja“ uspješne

Ustavne tužbe dvoje ugostitelja i jedne vlasnice diskoteke protiv odredaba Zakona o zaštiti nepušača saveznih zemalja Baden-Württemberg i Berlin bile su uspješne (u vezi činjeničnog stanja usp. Priopćenje za tisak br. 53 od 8. svibnja 2008). Prvi senat Saveznog ustavnog suda ustanovio je da osporavani propisi predstavljaju povredu temeljnog prava podnositelja tužbe na slobodu izbora zanimanja.

Zakonodavca, doduše, ništa ne priječi da donese striktnu zabranu pušenja u ugostiteljskim objektima bez ikakve iznimke. No odluči li se za koncepciju koja slijedi cilj zaštite zdravlja u nešto blažem obliku, te vodeći računa o poslovnim interesima ugostitelja, dopusti iznimke od zabrane pušenja, tada te iznimke moraju obuhvaćati i male ugostiteljske objekte („kvartovske gostionice“) gdje se pretežito konzumiraju pića, te su posebice jako pogođeni zabranom pušenja. Zakonodavci u savezним zemljama stoga do 31. prosinca 2009. moraju donijeti novu regulativu. Pritom se mogu odlučiti za strogu koncepciju zaštite nepušača u ugostiteljskim objektima i odustati od bilo kakvih iznimaka, ili u okviru manje stroge koncepcije zaštite nepušača mogu dopustiti iznimke u odnosu na zabranu pušenja, ali pritom moraju konzistentno voditi računa o posebnim opterećenjima određenih segmenata ugostiteljstva i tu regulativu koncipirati sukladno načelu jednakosti. Zbog velike važnosti zaštite stanovništva od opasnosti pasivnog pušenja, osporene odredbe nastavit će se primjenjivati sve do donošenja nove regulative. U Baden-Württembergu i Berlinu će stoga do daljnjega vrijediti dosadašnji propisi o zabrani pušenja u ugostiteljskim objektima. Kako bi se izbjeglo ugrožavanje egzistencije malih ugostiteljskih objekata, Savezni ustavni sud je do stupanja na snagu nove regulative iznimke koje su već predviđene zakonima o zaštiti nepušača proširio za još jednu iznimku u korist malih ugostiteljskih objekata u kojima se pretežito prodaju pića. Pretpostavka za takvo izuzimanje iz zabrane pušenja je da takav

ugostiteljski objekt ne nudi pripremljena jela, da je površina manja od 75 m², da ne raspolaže odvojenom sporednom prostorijom i da je zabranjen pristup osobama mlađim od 18 godina. Osim toga, ugostiteljski objekt na ulazu mora imati oznaku da se radi o ugostiteljskom objektu za pušače i da je zabranjen pristup osobama mlađim od 18 godina.

Ako neki od zakona o zaštiti nepušača dopušta uređenje prostorija za pušače kao iznimku od zabrane pušenja u ugostiteljskim objektima, u tom slučaju generalno isključenje diskoteka iz te povlastice ne bi bilo opravdano. Sve do usvajanja nove regulative, koju zakonodavac mora donijeti do 31. prosinca 2009. godine, taj će propis vrijediti i dalje, uz naputak da se u diskotekama u koje imaju pristup samo osobe starije od 18 godina smije urediti prostorija za pušače, ali bez plesnog podija.

Suci Bryde i Masing svoje su izdvojeno mišljenje priložili odluci.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

I. Zabrana pušenja u ugostiteljskim objektima predstavlja teško zadiranje u slobodu izbora zanimanja ugostitelja. S obzirom na udio pušača od 33,9 % među odraslom populacijom u Njemačkoj, ovisno o gastronomskoj ponudi i s njome povezanim krugom gostiju to može dovesti do znatnog smanjenja prometa ugostitelja. Takvo zadiranje kod normativnog uređenja, koje je u ovom postupku valjalo ocijeniti, nije opravdano. Zakonodavci, doduše, zaštitom stanovništva od opasnosti po zdravlje uslijed pasivnog pušenja slijede iznimno značajan cilj od općeg dobra. Međutim, osporeni propisi nisu razmjerni. Oni na neprihvatljiv način opterećuju ugostitelje koji imaju male ugostiteljske objekte sa samo jednom prostorijom i pretežito poslužuju pića.

1. Kod nužnog ukupnog odvagivanja između težine zahvata i težine razloga koji ga opravdavaju, treba zadržati granicu prihvatljivog. Pritom zakonodavca na temelju njegova slobodnog prostora za procjenu, ocjenu i koncepciju propisa ništa ne priječi da dade prednost zaštiti zdravlja sveukupnog stanovništva, uključujući i osoblje koje radi u ugostiteljskim objektima, nasuprot temeljnim slobodama koja se time ograničavaju, te donese striktnu zabranu pušenja u ugostiteljskim objektima bez iznimki. Zakonodavci na temelju brojnih znanstvenih istraživanja mogu poći od toga da su s pasivnim pušenjem povezani znatni zdravstveni rizici. Budući da zdravlje i posebice ljudski život predstavljaju najviše vrednote, pri nastojanju da se zaštite dopuštena su i sredstva koja osjetno zadiru u temeljno pravo slobode izbora zanimanja. Ustav zakonodavca ne prisiljava da s obzirom na slobodu izbora zanimanja ugostitelja dopusti iznimke od zabrane pušenja u ugostiteljskim objektima i potpuno zatvorenim prostorijama.

2. Međutim, provjera razmjernosti vodi do drugog rezultata kada se ne bi odlučivalo o striktnoj zabrani pušenja, nego je - kao u predmetnim slučajevima - odabrana koncepcija kod koje se cilj zaštite zdravlja zbog interesa ugostitelja

i pušača slijedi u blažoj mjeri. Kako u Baden-Württembergu, tako i u Berlinu, dopuštene su praktički značajne iznimke od zabrane pušenja, kao što je primjerice uređenje odvojenih prostorija za pušače. Na temelju slobode procjene, ocjene i normativnog uređenja propisa koju zakonodavac ima, ništa ga doduše ne priječi da odabere koncepciju zaštite nepušača u ugostiteljskim objektima u kojoj bi se zaštita zdravlja nepušača kao cilj slijedila manje striktno, radi ujednačenja temeljnih sloboda ugostitelja i pušača. No tu odluku zakonodavac u tom slučaju mora konzistentno provesti.

Stoga specifične implikacije zabrane pušenja na male ugostiteljske objekte u kojima se pretežito poslužuju pića u okviru odvagivanja svih interesa koje treba provesti dobivaju puno veću težinu. Zabrana pušenja male bi ugostitelje, zbog iznimno velikog udjela pušača među gostima, u znatno većoj mjeri ekonomski opteretila nego ugostitelje koji imaju velike lokale, što potvrđuju i istraživanja koja je predočio Savezni zavod za statistiku. Za velike ugostiteljske objekte koji imaju sporedne prostorije ili mogu urediti odvojenu prostoriju vrijedi samo relativna zabrana pušenja, tako da se izašlo u susret njihovom interesu da imaju ponudu i za goste pušače. Za razliku od toga, na male ugostiteljske objekte primjenjuje se apsolutna zabrana pušenja, ukoliko – što je zbog male površine u pravilu slučaj – nemaju raspoloživu sporednu prostoriju. Od ugostitelja koji vode male objekte traži se da provedu striktnu zabranu pušenja, čak i po cijenu ugrožavanja vlastitog ekonomskog opstanka, premda zakonodavac savezne zemlje cilj zaštite zdravlja kojemu se teži ne želi provesti bez ikakvih ograničenja, nego vodeći računa o poslovnim interesima ugostitelja. Ugrožavanje zdravlja uslijed pasivnog pušenja tako prilikom odvagivanja u odnosu na slobodu izbora ugostitelja poprima drugu težinu. S obzirom na (djelomično) povlačenje cilja zaštite (zdravlja) kojemu se teži, opterećenja kojima su pogođeni mali ugostitelji nisu razmjerna prednostima koje je zakonodavac savezne zemlje htio postići ublažavanjem zabrane pušenja na javnim mjestima. Mali ugostiteljski objekti čije se poslovanje uglavnom temelji na prodaji pića, zbog toga što su većina gostiju pušači, kod učinkovite zaštite nepušača nemaju tako velik značaj. Znatno smanjenje prometa nakon što je zabrana pušenja stupila na snagu pokazuje da takvi ugostiteljski objekti očito ne uspijevaju u većoj mjeri zainteresirati goste nepušače za svoju gastronomsku ponudu.

II. I ustavna tužba vlasnice diskoteke protiv odredaba u Zakonu o zaštiti nepušača savezne zemlje Baden-Württemberg je osnovana. S čl. 12. st. 1. Temelnog zakona u vezi s čl. 3. st. 1. Temelnog zakona nije spojivo to da su i diskoteke u kojima adolescenti nemaju pristup isključene iz mogućnosti uređivanja odvojenih prostorija za pušače. Općenito, isključenje diskoteka iz povlastice koju predstavlja iznimka od zabrane pušenja kroz uređenje zasebnih prostorija za pušače, nije opravdano. Razlozi koje slijedi zakonodavac nisu takve vrste i težine da bi se njima mogle opravdati nejednake pravne posljedice za diskoteke s jedne strane, a za ostale ugostitelje s druge strane.

Doduše, s ustavnopravnog gledišta ne može se prigovoriti zakonodavcu što polazi od toga da je u diskotekama koncentracija štetnih tvari posebno velika. Zakonodavac se u vezi s time može pozvati na jednoznačna znanstvena istraživanja koja to potvrđuju. Međutim, zbog te okolnosti, kao i zbog toga što su u drugim ugostiteljskim objektima dopuštene prostorije za pušače, nije nužno diskoteke općenito isključiti iz te iznimke. Ako je pušenje dozvoljeno samo u potpuno odvojenim sporednim prostorijama, onda otpada argument povećane opasnosti od pasivnog pušenja u diskotekama, koji se povezuje samo s tim posebnim oblikom ugostiteljskog objekta. I ukazivanje na poseban značaj oponašanja kod adolescenata i mladih punoljetnika ne opravdava različito tretiranje diskoteka u odnosu na druge vrste ugostiteljskih objekata. Kako bi se postigla željena zaštita te populacijske skupine, dovoljno je da se isključenje prostorija za pušače ograniči na one diskoteke u kojima je dopušten pristup osobama mlađim od 18 godina.

III. Kod nove regulative koju je nužno donijeti zakonodavci u saveznoj zemlji mogu dati prednost ili cilju zaštite zdravlja stanovništva od opasnosti pasivnog pušenja, te se odlučiti za striktnu koncepciju zaštite nepušača u ugostiteljskim objektima i odustati od iznimaka, ili u okviru manje stroge koncepcije zaštite, u kojoj se interesima ugostitelja i pušača daje više prostora, mogu dopustiti iznimke od zabrane pušenja. Ako odluka ide u prilog određenih ustupaka kod zaštite zdravlja, kod dopuštenih iznimaka od zabrane pušenja treba konzistentno voditi računa o posebnim opterećenjima pojedinih segmenata ugostiteljstva i propise normirati vodeći računa o načelu jednakosti. Stoga zakonodavac koji je dopustio iznimku od zabrane pušenja u gostionicama koje imaju odvojenu prostoriju za pušače, ne smije iz vida izgubiti ni interese malih ugostitelja čije se poslovanje pretežito temelji na prodaji pića. Budući da skućene prostorne prilike u takvim ugostiteljskim objektima obično ne dopuštaju uređenje odvojene prostorije za pušače, kod njih u obzir dolazi samo oslobađanje od zabrane pušenja.

Odluka o dopuštenosti striktno zabrane pušenja (I.1) i nerazmjernosti regulative za male ugostiteljske objekte koji poslužuju pića (I.2) donesena je sa šest glasova „za“ i dva glasa „protiv“, a u ostalom dijelu jednoglasno.

Izdvojeno mišljenje suca Brydea

Iz perspektive zakonodavca osporena regulativa počiva na logičnoj koncepciji. Nije razvidno da su zakonodavci u saveznoj zemlji relativizirali ciljeve zaštite nepušača na način da su život i zdravlje postali stavke koje se odvaguju u odnosu na ekonomske interese i na taj način relativiziraju. Tim zakonima nepušačima se želi zajamčiti gastronomija bez dima cigareta, to jest barem jedna glavna prostorija u kojoj je pušenje zabranjeno. Iznimke od zabrane pušenja treba dopustiti samo ukoliko one ne bi ugrozile zaštitu nepušača. Zakonodavac možda tu koncepciju nije uspio provesti savršeno, ali nije izašao iz okvira svojih prerogativa.

Izdvojeno mišljenje suca Masinga

Osporeni propisi temelje se na zakonskoj koncepciji zahtjevne, ali uravnotežene zaštite nepušača koja je s ustavnopravnog gledišta načelno održiva. Za razliku od toga, zabrana pušenja u ugostiteljskim objektima bez iznimke bila bi nerazmjerna.

Osporena regulativa počiva na načelu jasnog primata zaštite nepušača. Njom se uspostavlja obveza svakog ugostiteljskog objekta da svoju ponudu usmjeri prvenstveno na nepušače, te samo kao dodatnu mogućnost predvidi prostoriju za pušače. To je, kad se radi o zaštiti zdravlja, načelno opravdano i kod „kvartovskih gostiona“. Kao što se ni mala poduzeća ne može dispencirati od dodatnih mjera u propisima o zaštiti okoliša, tako se ni „kvartovske gostione“ ne mogu općenito izuzeti iz odredaba o zaštiti zdravlja, zato što su time pogođene u znatnoj mjeri. S ustavnopravnog gledišta bilo bi dovoljno predvidjeti blaže odredbe za one ugostitelje koji bi striktnom primjenom bili posebno teško pogođeni, kako bi se ublažio prelazak na apsolutnu zabranu. Osporena regulativa je stoga protuustavna samo u onom dijelu gdje nedostaju takve odredbe. Daljnje iznimke nisu uputne i suštinski bi oslabile snagu zakonske koncepcije zaštite.

Za razliku od toga, protuustavna bi bila radikalna zabrana pušenja u ugostiteljskim objektima bez iznimke, no o tome se nije odlučivalo u predmetnom slučaju. Za zaštitu nepušača takva apsolutna zabrana nije potrebna, ukoliko postoje prostorije za nepušače, a zaštita kvartovskih gostiona od gubitka gostiju načelno ne može poslužiti kao opravdanje. To nije održivo ni kod prevencije ovisnosti. Zakonodavac, doduše, ima znatan manevarski prostor, ali ne može ni putem zabrane sasvim „prognati“ ugodno druženje i slavlje uz duhan, jelo i piće na javnim mjestima. Takva beskompromisna zabrana bila bi nerazmjerna i u sebi bi skrivala opasnost paternalističke tutorizacije.

31) 1 BvR 1746/10
(Rauchverbot in Gaststätten II / Odluka o
zabrani pušenja u ugostiteljskim objektima II)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 58/2010 od 4. kolovoza 2010.

Rješenje od 2. kolovoza 2010.
- 1 BvR 1746/10 -

**Odbačena je ustavna tužba protiv striktno zabrane pušenja u
ugostiteljskim objektima u Bavarskoj**

Nakon odluke na referendumu dana 1. kolovoza 2010. na snagu je stupio novi bavarski Zakon o zaštiti zdravlja od 23. srpnja 2010. Taj zakon predviđa striktnu zabranu pušenja za sve ugostiteljske objekte. Odredbe o iznimkama, koje su s učinkom od 1. kolovoza 2009. vrijedile za šatore u kojima se toči pivo, vino ili za proslave, te za ugostiteljske objekte s jednom prostorijom koje pretežito poslužuju pića, time su otpale, kao i u to vrijeme još predviđena mogućnost uređenja odvojenih prostorija za pušače.

Podnositeljica tužbe ad 1) je pušač i nekoliko puta tjedno odlazi u ugostiteljski objekt. Podnositeljica tužbe ad 2) vodi ugostiteljski objekt i veći dio prometa ostvaruje zahvaljujući većim grupama zatvorenog tipa koje se sastaju u odvojenim prostorijama. Podnositelj tužbe ad 3) je društvo s ograničenom odgovornošću koji vodi pivnicu, površine manje od 75 m² te se u tužbi poziva na to da zapošljava samo pušače i da pristup lokalnu imaju „samo gosti pušači“.

Drugo vijeće prvog senata Saveznog ustavnog suda nije prihvatilo ustavnu tužbu kojom podnositelji tužbe uglavnom prigovaraju da je striktnom zabranom pušenja u novoj regulativi povrijeđena njihova opća sloboda djelovanja (čl. 2. st. 1. Temelnog zakona), odnosno sloboda izbora zanimanja (čl. 12. st. 1. Temelnog zakona). Ustavna tužba nije od načelnog značaja niti je prihvaćanje tužbe nužno za ostvarivanje temeljnih prava ili sličnih prava podnositelja tužbe. Uvođenje striktno zabrane pušenja novom regulativom ne predstavlja povredu temeljnih prava podnositeljice tužbe ad 1) kao pušača, niti podnositelja tužbe pod 2) i 3) kao vlasnika ugostiteljskih objekata.

Savezni ustavni sud već je u presudi od 30. srpnja 2008. Odlučio da zakonodavca ustav ne priječi da zaštiti zdravlja dade primat u odnosu na temeljna prava i slobode na koje se ona negativno odražava, posebice slobodu izbora zanimanja ugostitelja ili slobodu ponašanja pušača, te zabrani pušenje u ugostiteljskim objektima (usp. BVerfGE 121, 317 <357 ff.>). Ako se zakonodavac zbog visokog ranga pravnih dobara koja se štite odluči za striktnu zabranu pušenja u svim ugostiteljskim objektima, tu koncepciju smije dosljedno provesti i ne mora predvidjeti odredbe o iznimkama za ugostiteljske objekte isključivo za pušače, kojima nepušači ne bi imali pristupa. I veće opterećenje vlasnika malih ugostiteljskih objekata – čak i do mjere da može ugroziti njihovu ekonomsku egzistenciju – s obzirom na to da ova regulativa vrijedi za sve ugostiteljske objekte, dostatno je opravdano objektivnim razlozima i stoga zakonodavca ne prisiljava na izuzeća.

Polazeći od toga da u Bavarskoj prema navodima podnositelja tužbi na temelju dosadašnje regulative u međuvremenu postoji velik broj ugostiteljskih objekata u kojima je zabranjeno pušenje, striktna zabrana pušenja u ugostiteljskim objektima nije nerazmjerna. Prepušteno je zakonodavcu da nepušačima omogući sudjelovanje u društvenom životu u ugostiteljskim objektima – čak i u malim ugostiteljskim objektima gdje se pretežito poslužuju pića, bez da su pritom izloženi duhanskom dimu. S gledišta Ustava ne može se prigovoriti to što je zakonodavac savezne zemlje striktnom zabranom pušenja ujedno težio i ostvarivanju konzekventne zaštite svih zaposlenika u ugostiteljstvu.



§ 16.

**Jamstvo vlasništva, izvlaštenje,
odšteta**

(čl. 14. Temeljnog zakona)

32) 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08
(Garzweiler II / Rudnik Garzweiler II)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 76/2013 od 17. prosinca 2013.

Odluka od 17. prosinca 2013.
- 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08 -

Presude u predmetu „Rudnik mrkog ugljena“: jača pravna zaštita osoba pogođenih izvlaštenjem i preseljenjem

Prvi senat Saveznog ustavnog suda je ojačao pravnu zaštitu od velikih projekata koji su povezani s preseljenjem i izvlaštenjem. Već kod odobrenja takvog projekta treba odvagnuti sve javne i privatne interese koji idu u prilog ili su protiv projekta. Ukupno odvajanje je zadaća stručnih službi, a kontrola je prvenstveno u nadležnosti specijaliziranih sudova. Savezni ustavni sud se ograničava samo na kontrolu ustavnopravnih aspekata. Pogođenim osobama mora se osigurati pravna zaštita već prilikom odobrenja projekta. Odobrenje okvirnog poslovnog plana za rudnik Garzweiler udovoljava ustavnopravnim zahtjevima, ali ne i konkretno izvlaštenje udruge za zaštitu okoliša koje se temelji na tom odobrenju. Međutim, ostaje se samo pri utvrđivanju povrede temeljnog prava, jer tužba, čak i kada bi se vratila na ponovno suđenje specijaliziranim sudovima, ne bi imala izgleda za uspjeh.

Činjenično stanje i tijek postupka:

1. Rudnik mrkog ugljena Garzweiler u saveznoj zemlji Sjeverna Rajna i Vestfalija odobren je na temelju planova za eksploataciju mrkog ugljena iz 1984. i 1994/1995. Rješenjem od 22. prosinca 1997. Zavod za rudarstvo Düren odobrio je „Okvirni poslovni plan za rudnik Garzweiler I/II“.
2. Podnositelj tužbe u postupku 1 BvR 3139/08 je vlasnik zemljišta koje se nalazi u eksploatacijskom području u četvrti Immerath grada Erkelenza, na kojem se nalazi stambena kuća koju sam koristi. U svojoj ustavnoj tužbi osporava rješenje o odobrenju [za istraživanje mineralnih sirovina] Zavoda za rudarstvo Düren, te odluke nadležnih službi i upravnih sudova kojima se to rješenje potvrđuje.

3. Podnositelj tužbe u postupku 1 BvR 3386/08 je Udruga za zaštitu prirode registrirana u Sjevernoj Rajni i Vestfaliji. Ta je udruga 1998. godine stekla vlasništvo nad zemljištem koje se trebalo koristiti u okviru projekta eksploatacije. Odlukom od 9. lipnja 2005. okružno poglavarstvo Arnsberg oduzelo joj je vlasništvo nad zemljištem i prenijelo ga na nositelja projekta. U svojoj ustavnoj tužbi podnositelj osporava tu odluku o izdvajanju zemljišta radi izvlaštenja i sudske presude kojima je ona potvrđena.

Bitna pitanja koja je razmatrao senat:

1. Ustavna tužba u postupku 1 BvR 3386/08 je dopuštena, ali i osnovana. Podnositelju tužbe, koji je osporenim izdvajanjem zemljišta izvlašten, povrijeđena su temeljna prava iz čl. 14. st. 1. al. 1 i čl. 19. st. 4. al. 1 Temelnog zakona. Prema čl. 14. st. 3. Temelnog zakona izvlaštenje se može opravdati samo ciljem od općeg dobra koji ima dovoljnu težinu, a određivanje takvog cilja pridržano je parlamentarnom zakonodavcu. Ovdje zakonodavac ima diskreciono pravo procjene koje podliježe ograničenoj kontroli ustavnog suda. Zakon mora sadržavati dovoljno određene odredbe kojima se uređuje u koju se svrhu, pod kojim preduvjetima i za koje projekte smije provesti izvlaštenje. Kod izvlaštenja u korist privatnih osoba, koje samo posredno služi općem dobru, utoliko se postavljaju viši zahtjevi.

Izvlaštenje je dopušteno samo ako je nužno za ostvarivanje cilja koji je od općeg dobra. Tu valja razlikovati nužnost pojedinačnih mjera izvlaštenja i nužnost samog projekta za opće dobro. Projekt je nužan u smislu čl. 14. st. 3. Temelnog zakona, ako se razumno može pretpostaviti da je poželjan za javnost jer daje suštinski doprinos ostvarivanju cilja od općeg dobra. Međutim, izvlaštenje je nužno samo onda ako je dobro koje se izvlašćuje neophodno potrebno za realizaciju projekta.

Jamstvo učinkovite pravne zaštite od povreda jamstva vlasništva ispunjeno je samo ako se pravna zaštita protiv oduzimanja vlasništva može pokrenuti toliko pravovremeno da se realno može očekivati da ishod provjere svih pretpostavki za izvlaštenje, s obzirom na preliminarne odluke ili stvarno izvršenje projekta, ne bude unaprijed poznat.

b) Članak 79. st. 1. Saveznog zakona o rudarstvu (BBergG) kod tumačenja klauzule o općem dobru prema Ustavu u skladu je sa čl. 14. st. 3. Temelnog zakona. Doslovni tekst se doduše može shvatiti tako da je izdvajanje zemljišta radi izvlaštenja općenito dopušteno ako „služi dobrobiti javne zajednice“, te da navedene „posebno“ isključene „svrhe izvlaštenja“ trebaju poslužiti samo kao primjer. Kod takvog šireg tumačenja ta odredba ne bi bila spojiva s Temelnim zakonom. Međutim, nabrojanje dopuštenih svrha izvlaštenja može se shvatiti i kao konačno. Pri takvom tumačenju sukladno Ustavu čl. 79. st. 1. Saveznog zakona o rudarstvu (BBergG) bio bi u skladu sa čl. 14. st. 3. Temelnog zakona, ukoliko se „opskrba tržišta sirovinama“ smatra ciljem od općeg dobra.

c) Odredbe Saveznog zakona o rudarstvu djelomično su nedostatne s obzirom na ukupno odvagivanje interesa koje je uputno i s obzirom na nužnu učinkovitu pravnu zaštitu.

Odredbe Saveznog zakona o rudarstvu ne propisuju izričito ukupno odvagivanje interesa kod odluke o odobrenju okvirnog poslovnog plana. Međutim, Savezni upravni sud je u svojoj presudi od 29. lipnja 2006. (BVerwGE 126, 205), u postupku koji je prethodio ustavnoj tužbi 1 BvR 3139/08, reagirao na te nedostatnosti odredaba o odobrenju za rudarska poduzeća, te je tražio da se interesi pogođenih vlasnika zemljišta odvagnu u odnosu na opravdane interese rudarstva temeljem čl. 48 st. 2. Saveznog zakona o rudarstvu (BBergG). Takvo shvaćanje zakonskih propisa otvara prostor za ukupno odvagivanje interesa kod odobrenja okvirnog poslovnog plana koje nalaže Ustav.

Osim toga, zakon ne uređuje jednoznačno je li ukupno odvagivanje interesa u svakom slučaju nužno u okviru izdvajanja zemljišta radi izvlaštenja. Ukupno odvagivanje u postupku o okvirnom poslovnom planu ne znači da je odvagivanje nepotrebno kod odluke o izdvajanju zemljišta radi izvlaštenja, čak i ako se sadržajno većim dijelom podudaraju, budući da nije predviđena formalna obvezatnost, a posebice se u smislu propisa o izvlaštenju zanemaruju implikacije okvirnog poslovnog plana po izdvajanje zemljišta radi izvlaštenja. Međutim, u skladu s već dulje vrijeme uvriježenom sudskom praksom upravnih sudova, izvlaštenje radi eksploatacije rudnih bogatstava u pojedinačnom slučaju dopušteno je samo temeljem odvajanja svih interesa, čime je pravna situacija dostatno precizirana.

d) Osporenim odlukama nadležnih službi i sudova povrijeđena su prava podnositelja tužbe iz čl. 14. st. 1. i 3. Temeljnog zakona, zato što nisu proveli ukupno odvagivanje interesa u odnosu na rudnik Garzweiler, te počivaju na tumačenju Saveznog zakona o rudarstvu, koji je svojedobno po pitanju pravne zaštite imao strukturalne nedostatke. Ukupno odvagivanje kod odluke o izdvajanju zemljišta radi izvlaštenja, koja se može smatrati uvjetovanom odlukom, načelno se doduše još može nadoknaditi u sudskom postupku. Međutim, Viši upravni sud u osporenoj presudi u svezi brojnih utvrđenja i ocjene činjenica – bez da je sam preispitao meritum – u skladu sa svojim shvaćanjem ukazuje na obvezujuće spoznaje iz svoje presude na prethodnu tužbu podnositelja ustavne tužbe protiv okvirnog poslovnog plana. No u toj ranijoj presudi je Viši upravni sud – u skladu s tadašnjom praksom Saveznog upravnog suda – zastupao stav da odobrenje okvirnog plana poslovanja ne može predstavljati povredu prava trećih osoba. Tek u postupku izdvajanja zemljišta radi izvlaštenja dolazi do zadiranja u pravo vlasništva. Time je podnositelj tužbe uskraćen za dostatnu sudsku provjeru osporenog izdvajanja zemljišta radi izvlaštenja.

e) Unatoč tome što je ustavna tužba uspješna, može se samo ustanoviti da je došlo do povrede Ustava. Ukidanje osporenih odluka je suvišno, jer nova odluka u stvari podnositelju tužbe ne bi donijela neku korist koja bi izlazila iz okvira utvrđivanja povrede. Zemljište u međuvremenu koristi rudnik, a povrat

zemljišta za podnositelja faktički ne bi imao vrijednost. Osim toga, razvidno je da bi specijalizirani sudovi kod ponovnog odlučivanja o stvari došli do rezultata da se rudnik Garzweiler može razumno smatrati nužnim za osiguranje opskrbe energijom, te bi i ukupno odvagivanje interesa kod razumne provjere od strane sudova išlo u korist rudnika (usp. ad 2).

2. Ustavna tužba u postupku 1 BvR 3139/08 je dopuštena, ali nije osnovana.

a) Pobijano odobrenje okvirnog poslovnog plana za rudnik Garzweiler ne zadire u pravo podnositelja tužne na slobodu kretanja (čl. 11. Temeljnog zakona).

Članak. 11. Temeljnog zakona štiti i ostanak u mjestu odabranom temeljem slobode kretanja, a time načelno i od prisilnog preseljenja. Međutim, iz njega ne proizlazi pravo da se za boravište odaberu mjesta kod kojih bi odredbe propisa o tlu ili korištenju zemnih bogatstava priječile trajni boravak, pa time i ostanak u tom mjestu. Takve odredbe svakako ne zadiru u zaštićenu osnovu čl. 11. st. 1. Temeljnog zakona ako su općevažeće, te ne pogađaju ciljano slobodu kretanja određenih osoba ili grupa osoba. Za razliku od toga, čl. 11. st. 1. Temeljnog zakona ne jamči neovisno pravo na zavičaj. Uslijed toga ne nastaje pravna praznina u zaštiti. Posebno opterećenje pogođenih osoba koje ide ruku pod ruku s gubitkom socijalnih veza ili povezanosti s nekim urbanističkim prostorom, uzeto je u obzir kod zaštite temeljnog prava iz čl. 14. st. 1. i 3. Temeljnog zakona, ako se radi o zadiranju u vlasništvo, a u ostalim slučajevima je moguće ostvariti zaštitu preko čl. 2. st. 1. Temeljnog zakona.

b) Zadiranje u vlasništvo (čl. 14. Temeljnog zakona) podnositelja tužbe odobrenjem okvirnog poslovnog plana je s ustavnopravnog gledišta opravdano.

aa) Članak 14. Temeljnog zakona štiti konkretna postojeća prava stambenog vlasništva. A u to se ubrajaju i postojeći socijalni i urbanistički odnosi. Ta zaštita podjednako vrijedi za vlasnička prava kod stanova u vlasništvu, kao i za posjednička prava najmoprimaca stambenih prostora.

bb) Odobrenjem okvirnog poslovnog plana podnositelju tužbe se doduše ne oduzima vlasništvo nad njegovim zemljištem, ali se ipak zadire u njega. Ono s jedne strane sadrži konstataciju, koja ide njemu na štetu, da su projekti rudnika načelno dopušteni. Odobrenje okvirnog poslovnog plana predstavlja zadiranje u zemljišno vlasništvo podnositelja tužbe, jer će najkasnije donošenjem te odluke potaknuti iseljavanje iz općina u blizini rudnika koji će značajno izmijeniti socijalno i urbanističko okruženje. Naposljetku, odluka o odobrenju ima i pravne implikacije s obzirom na mogućnosti pravne zaštite podnositelja tužbe u odnosu na kasnije izdvajanje zemljišta radi izvlaštenja. U svakom slučaju, u osnovi je utvrđeno da će zemljišta koja se nalaze usred eksploatacijskog područja odobrenjem okvirnog poslovnog plana biti time pogođena. Napredovanjem projekta rudnika smanjuju se stvarni izgledi uspjeha pravnog lijeka protiv izdvajanja zemljišta radi izvlaštenja, ukoliko se vlasnik poziva na protupravnost tog projekta.

cc) (1) Zbog tih prethodnih implikacija, zadiranje u vlasništvo povezano s odobrenjem okvirnog poslovnog plana opravdano je samo ako su barem u osnovi ispunjene pretpostavke za izvlaštenje. To je slučaj kad se po pitanju cilja od općeg dobra koji se želi ostvariti projektom rudnika iz dovoljno precizne zakonske odredbe o općem dobru može izvesti da je razumno gledano taj projekt nužan za ostvarivanje općeg dobra, ako su pri procesu odlučivanja ispoštovani ustavnopravni minimalni zahtjevi te je odobrenje opravdano dano na temelju detaljnog odvagivanja svih interesa.

(2) Eksploatacijom mrkog ugljena provodi se zakonski dovoljno određen i održiv cilj od općeg dobra. Radi se prije svega o odluci federalne razine i savezne zemlje vezanoj uz energetska politiku kojim će energentima i kojom će kombinacijom raspoloživih energenata osigurati pouzdanu opskrbu energijom. Pritom imaju veliku slobodu po pitanju koncepcije i procjene. Temeljni zakon ne daje mjerila za energetska politiku na federalnoj razini ili na razini saveznih zemalja koja bi u određenom trenutku jedina bila sukladna Ustavu ili bi joj s ustavnopravnog gledišta trebalo dati prednost. Savezni ustavni sud stoga kod načelnih odluka vezanih uz energetska politiku može preispitati samo jesu li očito i jednoznačno nespojive s ustavnopravnim vrednotama koje dolaze do izražaja prije svega u temeljnim pravima ili odredbama o ciljevima države, u konkretnom slučaju u vezi zaštite okoliša (čl. 20a Temeljni zakon).

Postupak ustavne tužbe nije pokazao da bi se načelnoj odluci zemlje Sjeverne Rajne i Vestfalije glede energetske politike, da će se srednjoročno nastaviti eksploatirati mrki ugljen - čak i u onome dijelu koji se tiče konkretne odluke za rudnik Garzweiler – s ustavnopravnog gledišta moglo prigovoriti. Vlada savezne zemlje u prilog svoje koncepcije, kod koje je u prvom planu raspoloživost te tradicionalne sirovine u okviru kombinacije energenata radi sigurnosti opskrbe, navodi važne razloge od općeg dobra. Njezina procjena znatnih opterećenja za ljude i okoliš koji su povezani s eksploatacijom mrkog ugljena i proizvodnjom struje iz tog energenta, u svakom slučaju ne sadrži očigledne greške. No Savezni ustavni sud ne odlučuje o tome radi li se pritom o koncepciji opskrbe energijom koja bi s gledišta energetske politike, ekološkog i ekonomskog gledišta bila najsmislenija.

(3) Rudnik mrkog ugljena Garzweiler je nužan za ostvarivanje cilja od općeg dobra, da se eksploatacijom mrkog ugljena i proizvodnjom struje iz tog energenta značajno doprinese ostvarivanju željene kombinacije energenata u saveznoj zemlji Sjeverna Rajna i Vestfalija. Dovoljno je to što eksploatacija mrkog ugljena iz tog rudnika daje suštinski doprinos ostvarivanju tog cilja od općeg dobra.

(4) Zakonske odredbe o odobrenju projekta rudnika mrkog ugljena imaju nedostatke. Nije dovoljno jasno uređen odnos između planiranja eksploatacije mrkog ugljena prema propisima o prostornom planiranju savezne zemlje i odobrenja okvirnog plana poslovanja temeljem Saveznog zakona o rudarstvu s jedne strane, a s druge strane potreba da se ujednačeno odvagnu svi interesi. Pa ipak, odredbe kako ih tumači Savezni ustavni sud ne udovoljavaju ustavnopravnim zahtjevima

za transparentnim i jasnim tijekom postupka i materijalnog procesa donošenja odluke, ni za jednoznačno dodijeljenim odgovornostima. Stvarni koraci postupka koji su doveli do odobrenja okvirnog poslovnog plana rudnika mrkog ugljena Garzweiler nisu u kontradikciji s ustavnopravnim minimalnim zahtjevima. Nužno odvagivanje svih interesa u slučaju rudnika Garzweiler naposljetku je provedeno na način kojemu se s ustavnopravnog gledišta ne može prigovoriti. Savezni ustavni sud je prilikom kontrole odluka specijaliziranih sudova i nadležnih službi ograničen na provjeru jesu li se prilikom utvrđivanja činjenica s ustavnopravnog gledišta potkrale značajne greške ili jesu li kod odvagivanja interesa načelno previdjeli značaj temeljnih prava, posebice iz čl. 14. st. 1. Temeljnog zakona ili ostalih ustavnih vrednota.

Polazeći od očekivanih količina mrkog ugljena u planiranom eksploatacijskom razdoblju od 2001. do 2045. godine, Viši upravni sud je prognozirao da će projekt eksploatacije dati značajan doprinos proizvodnji struje. Potom je, polazeći od ključnih odluka vlade Sjeverne Rajne i Vestfalije iz 1987. i 1991. godine, ocijenio je li projekt spojiv s politikom zaštite od klimatskih promjena u Njemačkoj i Europskoj uniji, te preispitao je li u skladu s definiranim ciljem države na području zaštite okoliša iz čl. 20a Temeljnog zakona i ustanovio da se radi o projektu od dovoljno velikog značaja.

Interesi vlasnika zemljišta i osoba pogođenih preseljenjem zajedno predstavljaju važan javni interes suprotstavljen rudniku. Doduše, dopuštena je sumnja je li Viši upravni sud taj glavni interes i njegovu težinu uzeo u obzir kod odvagivanja svih interesa. Međutim, naposljetku se pokazuje da ti interesi ne mogu prevagnuti, jer Viši upravni sud je izvan svake sumnje bio upoznat s razmjerima pitanja preseljenja s obzirom na broj pogođenih osoba i svjestan specifičnog opterećenja povezanog s preseljenjem. O velikom broju osoba koje će se morati preseliti, naime čak 7.000, raspravljalo se prije početka izrade projekta kao o jednom od glavnih problema. U skladu s time su se prilikom izrade plana eksploatacije mrkog ugljena u rudniku Garzweiler, koji je bio i osnova za odluku Višeg upravnog suda, intenzivno i detaljno pozabavili prikupljanjem podataka o opterećenju stanovnika uslijed preseljenja i umanjivanjem posljedica preseljenja.

§ 17.

**Učinkovita pravna zaštita i
jamstvo pravne zaštite
(čl. 19. IV. Temeljnog zakona)**

33) 2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10
(Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen
Richtervorbehalt / Zabrana korištenja dokaza
zbog povrede obveze ishodađenja sudskog naloga)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 21/2011 od 15. ožujka 2011.

Rješenje od 24. veljače 2011.
- 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10 -

**O pitanju zabrane korištenja dokaza zbog povrede obveze ishodađenja
sudskog naloga za krvnu pretragu**

Nalog za uzimanje krvne probe radi utvrđivanja koncentracije alkohola u krvi sukladno čl. 81a st. 2. Zakona o kaznenom postupku mora izdati sudac (pravo pridržano sucu), a samo u slučaju da bi to ugrozilo uspjeh istrage (opasnost koja neposredno prijeti) takav nalog smije dati državno odvjetništvo ili policijski službenik koji provodi istragu.

Podnositelji tužbe u dva povezana postupka su zbog alkoholiziranog stanja u prometu osuđeni na plaćanje novčane kazne. Osuđujuća presuda počivala je na rezultatima krvne probe i pretrage, za koju su nalog na licu mjesta dali policijski službenici koji su provodili istragu te je pokazala da je koncentracija alkohola u krvi bila u području apsolutne nesposobnosti za upravljanje vozilom. U prvom postupku policijski službenik u vozilu ophodnje u nedjelju poslijepodne najprije je od dežurnog u policijskoj postaji zatražio da ishodi sudski nalog. Kada mu je javljeno da se suca nisu uspjeli kontaktirati telefonski, policijski službenik je sam na licu mjesta naložio vađenje krvi. Nije razjašnjeno jesu li stvarno pokušali doći do suca, jer to nije bilo dokumentirano u spisu. U drugom postupku policija je u nedjelju oko 4.30 h, nakon bezuspješnog pokušaja da se dođe do dežurnog državnog odvjetnika, dala nalog za vađenje krvi. Sud je utvrdio da pri nadležnom općinskom sudu nije postojalo noćno dežurstvo, odnosno dežuran sudac.

U svojim ustavnim tužbama protiv osuđujućih presuda podnositelji tužbi su iznijeli prigovor povrede njihovih temeljnih prava na učinkovitu pravnu zaštitu te na pravičan postupak u skladu s načelima pravne države kao i prava na tjelesni integritet. Uzimanje krvne probe bez sudskog naloga u jednom je slučaju dovelo

do zabrane korištenja dokaza, to jest rezultat krvne pretrage nije se smio koristiti kao dokaz kod donošenja osuđujuće presude.

Prvo vijeće drugog senata Saveznog ustavnog suda nije prihvatilo ustavne tužbe, jer nisu bile ispunjene pretpostavke za prihvaćanje, te prije svega nije došlo do povrede temeljnih prava podnositelja tužbe.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Odbijanje zabrane korištenja dokaza od strane specijaliziranih sudova ne predstavlja povredu prava podnositelja tužbe na učinkovitu pravnu zaštitu iz čl. 19. st. 4 Temeljnog zakona. Prema ustaljenoj praksi kaznenih sudova koja nije arbitrarna, kaznenom postupovnom pravu strano je načelo da svaka povreda propisa o izvođenju dokaza za sobom povlači zabranu korištenja tih dokaza u postupku. Štoviše, vrijedi načelo da sud mora istražiti istinu i stoga izvođenje dokaza po službenoj dužnosti mora proširiti na sve relevantne činjenice i dokaze.

Zabrana korištenja dokaza se stoga može priznati samo kao iznimka kada to zakonski propis izričito propisuje ili zbog prioriternih važnih razloga nakon odvagivanja suprotstavljenih interesa u pojedinačnom slučaju, posebice kod arbitrarne pretpostavke da se rado o opasnosti koja neposredno prijete ili ako je došlo do neke teške proceduralne greške.

Polazeći od toga, s ustavnopravnog se gledišta ne može prigovoriti tumačenju da prema sudskoj praksi kaznenih sudova nedostatak dokumentacije sam po sebi ne vodi do zabrane korištenja dokaza. Isto vrijedi i za nepostojanje noćnog dežurstva, odnosno dežurnog suca. U takvom slučaju kazneni sudovi mogu ukazati na to da policijski službenici na terenu nisu samovoljno ili ciljano zaobišli ishođenje sudskog naloga. I nedostupnost dežurnog državnog odvjetnika ne vodi do ustavnopravne uputne zabrane korištenja dokaza. Budući da prema čl. 81a Zakona o kaznenom postupku kako državno odvjetništvo, tako i policijski službenici koji provode istragu kod opasnosti koja neposredno prijete imaju ovlasti dati nalog za vađenje krvi, rezultat pretrage se može koristiti kao dokaz na sudu neovisno o zakonskom pitanju je li i eventualno pod kojim pretpostavkama nadležnost u hitnim slučajevima prvenstveno trebalo imati državno odvjetništvo.

2. Odbijanje zabrane korištenja dokaza ne predstavlja ni povredu prava na pravičan postupak u skladu s načelima pravne države. O takvoj bi se povredi radilo samo ako bi se pri razmatranju cjelokupnog postupovnog prava pokazalo da nisu uslijedile nužne pravne konzekvence ili se odustalo od neodricivih načela pravne države. Zakonska obveza ishođenja sudskog naloga iz čl. 81a st. 2. Zakona o kaznenom postupku počiva na odluci zakonodavca, a ne na kogentnoj ustavnopravnoj odredbi. Ona ne potpada pod neodriciva načela pravne države i ne predstavlja tako teško zadiranje u temeljno pravo na tjelesni integritet iz čl. 2. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona a da bi sukladno Ustavu trebalo ishoditi sudski nalog. Povreda ishođenja sudskog naloga u susljednom kaznenom postupku samo

IZBOR ODLUKA USTAVNOG SUDA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE

u pojedinačnom slučaju može biti od ustavnopravnog značaja, naime kada bi se radilo o arbitrarnom tumačenju i primjeni mjerodavnih kazneno-postupovnih odredbi kojim se ignorira načelo pravičnosti, no za to u predmetnim postupcima ne postoje uporišta.

Treći dio

Načela državnog
ustroja i privilegija
stranaka

§ 18.

**Načelo socijalne države
(čl. 20. I. Temeljnog zakona)**

34) BVerfGE 125, 175 (Hartz IV / Zakon Hartz IV)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 5/2010 od 9. veljače 2010.

Odluka od 17. ožujka 2004.
1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09

Redovna pomoć prema II. knjizi Socijalnog zakonika (zakon Hartz IV) nije protuustavna

I. Činjenično stanje

1. Četvrti zakon o modernim uslugama na tržištu rada od 24. prosinca 2003. (tzv. „Zakon Hartz IV“) s učinkom od 1. siječnja 2005. spojio je dosadašnju pomoć za nezaposlene i socijalnu pomoć iz nove II. knjige Socijalnog zakonika (SGB II) u jedinstvenu osnovnu pomoć za radno sposobne i osobe koje s njima žive u zajednici koja je upućena na socijalnu pomoć. U skladu s time, socijalno potrebite radno sposobne osobe dobivaju tzv. „pomoć za nezaposlene II“ (ALG II), a osobe koje s njima žive u zajednici i nisu radno sposobne, posebice djeca do dobi od 15 godina, dobivaju socijalnu pomoć. Ta se davanja u biti sastoje od redovne pomoći za osiguranje životne egzistencije te dodatka za stanarinu i grijanje, koji su definirani u čl. 20. i 28. II. knjige Socijalnog zakonika. Odobravaju se samo ako ne postoje dostatna vlastita sredstva, posebice dohodak ili imovina. Visina redovne pomoći za samce sukladno II. knjizi Socijalnog zakonika u trenutku njezina stupanja na snagu u starim savezним zemljama, uključujući (Istočni) Berlin iznosila je 345 eura. Redovna pomoć za ostale članove zajednice upućene na socijalnu pomoć izražena je u postotku redovne pomoći. U skladu s time na dan 1. siječnja 2005. ta je pomoć za bračne drugove, istospolne partnere i vanbračne partnere iznosila oko 311 eura (90%), za djecu do napunjene 14. godine 207 eura (60%), a za djecu od 15. godine 276 eura (80%).

U usporedbi s odredbama ranijeg Saveznog zakona o socijalnoj pomoći (BSHG), redovna pomoć se prema II. knjizi Socijalnog zakonika uglavnom iskazuje kao paušalni iznos; povećanje pomoći radi svakodnevnih potreba je isključeno. Jednokratna pomoć se odobrava još samo u iznimnim slučajevima za posebne potrebe. Radi pokrića izvanrednih učestalih potreba redovna pomoć je povećana, kako bi primatelji pomoći mogli uštedjeti sredstva.

2. a) Kod definiranja redovne pomoći zakonodavac se oslanjao na propise o socijalnoj pomoći, koji su uređeni u XII. knjizi Socijalnog zakonika (SGB XII) od 1. siječnja 2005. Sukladno XII. knjizi Socijalnog zakonika i Uredbi koju je donijelo nadležno savezno ministarstvo, izračun stopa socijalne pomoći ravna se prema statističkom modelu koji je razvijen još u doba važenja Saveznog zakona o socijalnoj pomoći (BSHG). Osnova za izračun redovnih stopa je posebno istraživanje o visini dohotka i potrošnje na temelju slučajnog uzorka, koje Savezni zavod za statistiku provodi svakih 5 godina. Za određivanje okvirne stope, koja vrijedi i za samce, mjerodavni su izdaci u 20% najniže klasificiranih kućanstava (donji kvintal) s jednim članom obuhvaćeni slučajnim uzorkom, koji su posloženi prema neto dohotku, nakon što se izdvoje primatelji socijalne pomoći. Međutim, ti izdaci ne ulaze u cijelosti u izračun redovne stope, već kao potrošnja relevantna za izračun okvirne stope izražena u određenom postotku.

Uredba o redovnoj pomoći koja vrijedi od 1. siječnja 2005. temelji se na istraživanju dohotka i izdataka utvrđenih metodom slučajnog uzorka iz 1998. godine. Kod određivanja potrošnje relevantne za stopu iz čl. 2. st. 2. Uredbe, u obzir nije uzeto poglavlje 10. (obrazovanje). Nadalje su odbijeni određeni iznosi iz odjeljka 03 (odjeća i obuća), primjerice za krzno i odijelo krojeno po mjeri, iz odjeljka 04 (stan i sl.) izdaci za struju, iz odjeljka 07 (promet) troškovi vozila, a iz odjeljka 09 (slobodno vrijeme, zabava i kultura) primjerice izdaci za jedrilice. Kod iznosa redovne pomoći za 1998. godinu, sukladno odredbama o godišnjoj prilagodbi redovne pomoći prema II. knjizi Socijalnog zakonika (SGB II) i redovnih stopa prema XII. knjizi Socijalnog zakonika (SGB XII), u skladu s aktualnim kretanjem mirovina s osnove obveznog mirovinskog osiguranja (usp. čl. 68. SGB VI) izvršena je projekcija iznosa za dan 1. siječnja 2005.

b) Kod utvrđivanja redovne pomoći koju primaju djeca, zakonodavac je odstupio od postotaka koji su vrijedili prema Saveznom zakonu o socijalnoj pomoći (BSHG) i formirao samo dvije dobne skupine (0 do 14 godina i 14 do 18 godina). Nije prethodno provedeno istraživanje o izdacima bračnih parova s jednim djetetom, kakvo je postojalo u doba primjene BSHG-a.

3. Na temelju ocjene slučajnog uzorka dohotka i potrošnje iz 2003, utvrđena je promjena potrošnje relevantne za redovnu pomoć od 1. siječnja 2007. sukladno čl. 2. st. 2., ali nije došlo do povećanja okvirne stope i redovne pomoći za samce. Posebna evaluacija o izdacima bračnih parova s jednim djetetom potaknula je zakonodavca da uvede i treću dobnu skupinu djece (od 6. do navršene 14. godine). Ona od 1. srpnja 2009. prema čl. 74. II. knjige Socijalnog zakonika dobivaju 70% redovne pomoći samca. Od 1. kolovoza 2009. djeca u školskoj dob prema čl. 24a II. knjige Socijalnog zakonika osim toga dobivaju i dodatnu naknadu za školu u iznosu od 100 eura po školskoj godini.

4. Na prethodno pitanje Višeg suda za socijalna pitanja savezne zemlje Hessen (1 BvL 1/09) i dva prethodna pitanja Saveznog suda za socijalna pitanja (1 BvL 3/09 i 1 BvL 4/09) o tome je li visina redovne pomoći u razdoblju 1. siječnja 2005. do

30. lipnja 2005. bila dovoljna za osiguranje egzistencije odraslih osoba i djece do navršene 14. godine prema čl. 20. st. 1. do 3. i čl. 28. st. 1. al. 3. toč. 1. alter. 1 II. knjige Socijalnog zakonika (SGB II) spojiva s Temeljnim zakonom, Prvi senat Saveznog ustavnog suda održao je raspravu 20. listopada 2009. Postupci na nižim sudovima koji su prethodili ovim prejudicijelnim pitanjima detaljno su prikazani u Priopćenju za tisak s glavne rasprave (br. 96/2009 od 19. kolovoza 2009).

II. Odluka Saveznog ustavnog suda

Prvi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je da propisi iz II. knjige Socijalnog zakonika (SGB II) koji se odnose na redovnu pomoć za odrasle i djecu, ne ispunjavaju ustavnopravni zahtjev za osiguranje egzistencijalnog minimuma dostojnog čovjeka iz čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona u vezi s čl. 20. st. 1. Temeljnog zakona. Propisi se i dalje primjenjuju do 31. prosinca 2010. kada zakonodavac mora donijeti novu regulativu. Zakonodavac kod donošenja nove regulative ima pravo predvidjeti i davanja za osiguranje neizbježnih tekućih posebnih potreba koje nisu jednokratne za primatelje pomoći, sukladno čl. 7. II. knjige Socijalnog zakonika, koje do sada nisu bile obuhvaćene davanjima iz čl. 20. i dalje. II. knjige Socijalnog zakonika, a nužne su za osiguranje egzistencijalnog minimuma dostojnog čovjeka. Sve dok zakonodavac ne donese novu regulativu, nalaže se da se taj zahtjev sukladno obrazloženju presude može ostvariti neposredno temeljem čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona u vezi s čl. 20. st. 1. Temeljnog zakona na teret savezne razine.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. a) Temeljno pravo kojim se jamči egzistencijalni minimum dostojan čovjeka iz čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona u vezi s načelom socijalne države iz čl. 20. st. 1. Temeljnog zakona svakoj osobi upućenoj na pomoć osigurava materijalne uvjete koji su neophodni za njegovu egzistenciju, te minimum sudjelovanja u društvenom, kulturnom i političkom životu. To temeljno pravo iz čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona kao zajamčeno pravo u vezi s čl. 20. st. 1. Temeljnog zakona, pored prava s apsolutnim učinkom iz čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona na poštivanje dostojanstva svakog pojedinog čovjeka, ima poseban značaj. To je pravo u osnovi neotuđivo i mora biti ispunjeno, ali ga treba konkretizirati i aktualizirati zakonodavac koji kod naknada ili pomoći koju isplaćuje uvijek mora poći od aktualnog društvenog razvoja i postojećih životnih uvjeta. Opseg ustavnopravnog prava na naknadu ili pomoć, s obzirom na vrste potreba i sredstva koja su za to potrebna, ne može se izvesti neposredno iz Ustava. Stoga je za konkretizaciju odgovoran zakonodavac, koji pritom ima određenu normativnu slobodu.

Radi konkretizacije tog prava zakonodavac mora utvrditi sve rashode nužne za osiguranje egzistencije u transparentnom i objektivnom postupku na temelju stvarnih potreba, dakle realno.

b) Normativnoj slobodi zakonodavca kod određivanja egzistencijalnog minimuma odgovara suzdržana kontrola zakonskih odredbi od strane Saveznog ustavnog

suda. Budući da Temeljni zakon dopušta da se to pravo izrazi nekom egzaktnom brojkom, rezultat materijalne kontrole zakonskih odredaba je ograničen na pitanje jesu li ta davanja očito nedostatna. Unutar materijalnog raspona ove kontrole evidentnosti, temeljno pravo na osiguravanje egzistencijalnog minimuma dostojnog čovjeka ne daje smjernice koje bi se dale kvantificirati, ali je moguća kontrola osnove i metode izračuna naknade ili pomoći kako bi se ustanovilo udovoljavaju li cilju temeljnog prava. Kako bi se osigurala sljedivost zakonske pomoći primjerena značaju temeljnog prava, kao i sudska kontrola, definirane naknade moraju se moći opravdati pouzdanim brojkama i logičnim obračunskim metodama.

Savezni ustavni sud stoga provjerava je li zakonodavac cilj osiguranja egzistencije dostojne čovjeka uvrstio i opisao na način koji je u skladu s čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona, u vezi s čl. 20. st. 1. Temeljnog zakona, je li u okviru svoje normativne slobode za izračun egzistencijalnog minimuma odabrao načelno prihvatljivu metodu, je li u potpunosti i ispravno u bitnome utvrdio nužne činjenice, te napokon je li se kod svih koraka izračuna na temelju sljedivih brojki držao odabrane metode i prihvatljivih strukturnih načela. Kako bi se omogućila takva kontrola od strane ustavnog suda, zakonodavac je obavezan navesti koje je metode i korake koristio za izračun egzistencijalnog minimuma kod donošenja zakonskih propisa. Ukoliko ne bi ispunio tu obvezu u dovoljnoj mjeri, već zbog tih nedostataka utvrđivanje egzistencijalnog minimuma više ne bi bilo u skladu sa čl. 1. st. 1, u vezi s čl. 20. st. 1. Temeljnog zakona.

2. Ne može se smatrati da je redovna pomoć u iznosu od 345, 311 i 207 eura, koja je vrijedila u vrijeme postupaka na nižim sudovima, očigledno bila nedovoljna. Kod iznosa redovne pomoći od 345 eura ne može se ustanoviti da je taj iznos očito premalen, jer je dovoljan barem za osiguranje fizičke egzistencije, a normativna sloboda zakonodavca kod socijalnih aspekata egzistencijalnog minimuma posebno je velika.

To također vrijedi i za iznos od 311 eura za odrasle partnere koji žive u zajednici koja je upućena na socijalnu pomoć. Zakonodavac je mogao poći od toga da se u zajedničkom kućanstvu štede troškovi i da zbog toga dva partnera koja žive zajedno imaju minimalne financijske potrebe manje od dvostrukog iznosa koji vrijedi za samca.

Također se ne može ustanoviti da je jedinstveni iznos od 207 eura, koji vrijedi za djecu do navršениh 14 godina, očito nedostatan da bi se osigurao egzistencijalni minimum. Posebice nije razvidno da taj iznos nije dovoljan da bi se pokrili fizički aspekti egzistencijalnog minimuma, posebice potrebe za hranom, djece u dobi od 7 do 14 godina.

3. Statistički model koji vrijedi za izračun stopa socijalne pomoći i koji sukladno intenciji zakonodavca predstavlja i osnovu za izračun redovne pomoći, s ustavnopravnog je gledišta dopušten, jer se radi o prihvatljivoj metodi za realno određivanje egzistencijalnog minimuma za samca koja se oslanja na primjerene

empirijske podatke. Metoda utvrđivanja dohotka i potrošnje na temelju slučajnog uzorka na statistički dopušten način odražava ponašanje stanovništva po pitanju potrošnje. S ustavnopravnog gledišta, ne može se prigovoriti odabiru 20% najniže klasificiranih jednočlanih kućanstava složenih prema neto dohotku, nakon što se izdvoje primatelji socijalne pomoći, kao referentne grupe za izračun redovne pomoći samca. Zakonodavac je mogao poći od toga da je referentna grupa iz evaluacije istraživanja za utvrđivanje dohotka i potrošnje na temelju slučajnog uzorka iz 1998. godine statistički sigurno bila iznad praga primatelja socijalne pomoći.

S ustavnopravnog gledišta također se ne može prigovoriti da su izdaci donjeg kvintala, obuhvaćeni pojedinim odjeljcima kod ovog statističkog istraživanja radi utvrđivanja dohotka i potrošnje na temelju slučajnog uzorka, nepotpuni, premda kao potrošnja relevantna za redovnu pomoć ulaze u izračun te pomoći samo u određenom postotku. Međutim, zakonodavac odluku o tome koji izdaci ulaze u egzistencijalni minimum mora donijeti objektivno i argumentirano. Smanjenje stavki izdataka u odjeljcima istraživanja radi utvrđivanja dohotka i potrošnje na temelju slučajnog uzorka može se opravdati ako počiva na empirijskoj osnovi. Izdatke referentne grupe zakonodavac može izuzeti kao nebitne samo ako je utvrđeno da su pokriveni na drugi način, ili ako nisu nužni za osiguranje egzistencijalnog minimuma. S obzirom na visinu smanjenja, nije isključena ni procjena na provjerenoj empirijskoj osnovi, ali procjene „od oka“ ne predstavljaju realno prikupljanje podataka.

4. Redovna pomoć od 345 eura nije utvrđena na način sukladan ustavu, zato što se bez objektivnog opravdanja odstupilo od strukturnih načela statističkog modela.

a) Redovna stopa utvrđena čl. 2. st. 2. Uredbe o redovnim stopama iz 2005. godine, a time ujedno i potrošnja relevantna za redovnu pomoć, ne počiva na održivoj evaluaciji statističkog istraživanja radi utvrđivanja dohotka i potrošnje na temelju slučajnog uzorka iz 1998, jer su kod pojedinih stavki izdataka odbijeni određeni postoci za robu i usluge koji nisu bitni za redovnu pomoć (npr. krzno, odjeća po mjeri i jedrilice), bez da se utvrdilo da li komparativna grupa (donji kvintal) uopće ima takve izdatke. Kod drugih stavki odbijeni su iznosi koji su u osnovi prihvatljivi, ali njihov iznos empirijski nije dokazan (npr. smanjenje izdataka za struju od 15%). Druge stavke, npr. iz odjeljka 10 (obrazovanje) nisu uzete u obzir bez ikakvog obrazloženja.

Osim toga, projekcija iznosa utvrđenih za 1998. na 2005. na temelju aktualnog kretanja mirovina ne predstavlja primjereno, odnosno objektivno mjerilo. Statistička metoda na kojoj se temelji istraživanje polazi od neto dohotka, ponašanja potrošača i životnih troškova, a projekcija prema aktualnim mirovinama polazi od kretanja bruto plaća, doprinosa za mirovinsko osiguranje i faktora održivosti. Međutim, ti faktori nisu povezani s egzistencijalnim minimumom.

5. Utvrđivanje redovne pomoći u iznosu od 311 eura za partnera koji živi u zajednici upućenoj na socijalnu pomoć ne ispunjava ustavnopravne zahtjeve zato što se i ovdje nastavljaju nedostaci kod utvrđivanja redovne pomoći za samce, jer je taj iznos utvrđen na temelju ranije spomenute redovne pomoći. Međutim, pretpostavka da je za osiguranje egzistencijalnog minimuma dvaju partnera dovoljno 180% iznosa za pokriće potreba dvaju samca, počiva na empirijskoj osnovi.

6. Socijalna pomoć za djecu do navršениh 14. godina u iznosu od 207 eura nije u skladu s ustavnopravnim zahtjevima, jer je taj iznos izračunat na temelju redovne pomoći od 345 eura koja podliježe kritici. Osim toga, utvrđivanje tog iznosa ne počiva na prihvatljivoj metodi za određivanje egzistencijalnog minimuma djeteta u dobi do 14 godina. Zakonodavac je propustio provesti istraživanje o specifičnim potrebama djeteta, koje bi se za razliku od potreba odraslih trebalo ravnati prema razvojnim fazama i razvoju osobnosti koji je primjeren djetetu. Odbitak od 40% u odnosu na redovnu pomoć za samce temelji se na slobodno definiranom iznosu, koji nije ni empirijski ni metodološki utemeljen. Zakonodavac posebice ne vodi računa o troškovima za školske knjige, bilježnice, kalkulatore itd. koji potpadaju pod egzistencijalne potrebe djece. Jer bez pokrića tih troškova djeci koja su upućena na socijalnu pomoć prijeti da budu isključena iz jednakih životnih izgleda. Također, nedostaje diferencirano istraživanje o potrebama manje i veće djece.

7. Te ustavne povrede nisu otklonjene ni evaluacijom istraživanja radi utvrđivanja dohotka i potrošnje metodom slučajnog uzorka 2003. godine, niti redefiniranjem potrošnje relevantne za redovnu pomoć od 1. siječnja 2007. ili čl. 74 i 24a II. knjige Socijalnog zakonika, koji su stupili na snagu sredinom 2009.

a) Izmjene Uredbe o redovnoj pomoći koje su na snagu stupile 1. siječnja 2007. sadrže bitne nedostatke – primjerice kada se ne vodi računa o izdacima iz odjeljka 10 (obrazovanje) utvrđenih istraživanjem ili se obračun temelji na projekciji iznosa za 2003. prilagođenih kretanju aktualnih mirovina – koji nisu otklonjeni.

b) Socijalna pomoć za djecu u dobi od 7 do 14 godine, uvedena čl. 74. II. knjige Socijalnog zakonika, a koja iznosi 70 % redovne pomoći za samca, ne ispunjava ustavnopravne zahtjeve već zbog toga što se temelji na pogrešno utvrđenoj redovnoj pomoći. Zakonodavac se doduše uvođenjem treće dobne skupine i metode izračuna koja počiva na čl. 74. II. knjige Socijalnog zakonika približio realnom utvrđivanju izdataka za djecu školske dobi. Ipak, nije udovoljio zahtjevu utvrđivanje potreba specifičnih za djecu, zato što zakonska odredba i dalje polazi od potrošnje odraslog samca.

c) Odredba iz čl. 24a II. knjige Socijalnog zakonika koja predviđa jednokratno plaćanje iznosa od 100 eura, metodološki se ne uklapa u sustav utvrđivanja potreba II. knjige Socijalnog zakonika. Zakonodavac, osim toga, prilikom donošenja čl. 24a II. knjige Socijalnog zakonika nije empirijski utvrdio potrebe djeteta vezane za školu. Iznos od 100 eura se očito temelji na slobodnoj procjeni.

8. Osim toga, nespojivo je s čl. 1. st. 1. Temelnog zakona, u vezi s čl. 20. st. 1. Temelnog zakona, da u II. knjizi Socijalnog zakonika nedostaje odredba kojom bi se u okviru egzistencijalnog minimuma dostojnog čovjeka predvidjelo pravo na naknadu za osiguranje neizbježnih, tekućih posebnih potreba koje nisu jednokratne. To je naknada nužna za potrebe koje nisu pokrivena čl. 20. i dalje II. knjige Socijalnog zakonika, jer statistika dohotka i potrošnje na kojoj se temelji redovna pomoć odražava samo prosječnu potrošnju u uobičajenim situacijama, ali ne i posebne potrebe u netipičnim situacijama koje izlaze iz tog okvira.

Osiguranje redovne pomoći kao fiksnog iznosa je načelno dopušteno. Ako je statistički model primijenjen u skladu s ustavnopravnim odrednicama i paušalni iznos utvrđen na način da se mogu uravnotežiti stavke za razne potrebe, osoba upućena na socijalnu pomoć može svoju individualnu potrošnju prilagoditi tomu da izađe „na kraj” s fiksnim iznosom, ali u slučaju posebnih potreba prije svega mora iskoristiti potencijal uštede sadržan u redovnoj pomoći.

Budući da paušalni iznos pomoći već po samoj koncepciji može pokriti samo prosječne potrebe, potrebe koje se javljaju u posebnim situacijama u statistici nisu iskazane. Međutim, čl. 1. st. 1. u vezi s čl. 20. st. 1. Temelnog zakona nalaže da se i neizbježne tekuće posebne potrebe koje nisu jednokratne namire ako je to u pojedinačnom slučaju nužno radi osiguranja egzistencijalnog minimuma dostojnog čovjeka. To do sada nije bilo bez iznimke obuhvaćeno II. knjigom Socijalnog zakonika. Zakonodavac zbog te „rupe” u pokriću egzistencijalnog minimuma mora predvidjeti odredbu kojom se ublažava strogost zakona u ekstremnim slučajevima, u vidu pomoći za pokriće takvih posebnih potreba za primatelje pomoći iz čl. 7. II. knjige Socijalnog zakonika. Međutim, to pravo nastaje tek ako je potreba toliko velika da se ukupnom svotom davanja odobrenih osobi upućenoj na socijalnu pomoć – uključujući davanja trećih i vodeći računa o mogućnostima štednje osoba upućenih na socijalnu pomoć – ne može osigurati egzistencijalni minimum. To će zbog uskih i striktnih obilježja činjeničnog stanja koja moraju biti ispunjena doći u obzir samo u rijetkim slučajevima.

9. Protuustavne norme primjenjuju se sve dok zakonodavac ne donese novu regulativu 31. prosinca 2010. Zbog normativne slobode zakonodavca Savezni ustavni sud nije ovlašten na temelju vlastitih procjena i ocjena sam definirati određeni iznos pomoći. Budući da se ne može ustanoviti da su zakonski utvrđeni iznosi redovne pomoći očigledno nedostadni, Temeljni zakon zakonodavca ne obvezuje neposredno na određivanje većih iznosa. On štoviše mora provesti postupak za realno utvrđivanje iznosa potrebnog za osiguranje egzistencijalnog minimuma dostojnog čovjeka, u skladu s ustavnopravnim odrednicama na koje je ovdje ukazano, te rezultat tog postupka zakonski utemeljiti kao pravo na naknadu, odnosno socijalnu pomoć.

Članak 1. st. 1. u vezi s čl. 20. st. 1. Temelnog zakona zakonodavca ne obvezuje da iznose socijalne pomoći retrogradno redefinira. Međutim, ako zakonodavac ne bi ispunio svoju obvezu da do 31. prosinca 2010. donese novu regulativu, zakon

koji bi kasnije usvojio protivno prethodno spomenutoj obvezi morao bi vrijediti već od 1. siječnja 2011.

Zakonodavac je, nadalje, obvezan najkasnije do 31. prosinca 2010. donijeti odredbu u II. knjizi Socijalnog zakonika kojom će osigurati pokriće neizbježnih tekućih posebnih potreba koje nisu jednokratne. Primatelji pomoći prema čl. 7. II. knjige Socijalnog zakonika koji imaju takvu potrebu, moraju već i prije nove regulative primiti nužnu pomoć u stvarima ili novcu. Kako bi se izbjegla opasnost povrede čl. 1. st. 1. u vezi s čl. 20. st. 1. Temeljnog zakona, u prijelaznom razdoblju do uvođenja odgovarajuće klauzule kojom se ublažuje strogost zakona u ekstremnim slučajevima, temeljem odgovarajućeg naloga Saveznog ustavnog suda, trebalo bi ispuniti ustavnopravnu prazninu u razdoblju nakon objavljivanja presude.

§ 19.

**Načelo pravne države
(čl. 20. II. 2. u vezi s čl. 20.
III. Temeljnog zakona)**

35) BVerfGE 129, 300

(Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG / Izborni prag od 5% u njemačkom Zakonu o izborima za Europski parlament)

Savezni ustavni sud

- Ured za tisak -

Priopćenje za tisak br. 70/2011 od 9. studenog 2011.

Odluka od 9. studenog 2011.

- 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10 -

Prohibitivna klauzula (izborni prag od 5%) u Zakonu o izborima za Europski parlament je protuustavna

Drugi senat Saveznog ustavnog suda je u presudi koja je objavljena danas odlučio da prohibitivna klauzula (izborni prag od 5%), koja je vrijedila na izborima za Europski parlament 2009. godine (7. legislaturno razdoblje), u sadašnjim okolnostima predstavlja povredu načela jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda političkih stranaka, pa je stoga odredbu na kojoj je počivala prohibitivna klauzula iz čl. 2. st. 7. Zakona o izborima za europski parlament (EuWG) proglasio ništetnom. Za razliku od toga, senat je doveo u pitanje proporcionalni izborni sustav na temelju „nefleksibilnih“ lista kojemu je prigovorio jedan od podnositelja ustavne tužbe.

Međutim, to što je prohibitivna klauzula o izbornom pragu od 5% protuustavna ne znači da se izbori za Europski parlament u 2009. godini proglašavaju nevažećim i raspisuju novi izbori.

Više informacija o činjeničnom stanju, na kojem se temelje tri zahtjeva za provođenje nadzora nad ustavnošću i zakonitošću izbora, može se naći u Priopćenju za tisak br. 23/2011 od 29. ožujka 2011. na Web stranici Saveznog ustavnog suda.

Odluka je donesena s 5 glasova „za“ i tri glasa „protiv“. Suci Di Fabio i Mellinshoff imali su izdvojeno mišljenje.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Zakon o izborima za Europski parlament se kao njemački savezni zakon mora prosuđivati prema mjerilima načela utemeljenih Ustavom: prema jednakosti

biračkih prava i prema jednakosti izgleda političkih stranaka. Načelo izborne jednakosti kod proporcionalnog sustava, koji vrijedi i kod izbora zastupnika u Europskom parlamentu, nalaže da, osim što svi birači imaju jednaki broj glasova [tj. samo jedan glas], svaki birač svojim glasom mora moći jednako utjecati na saziv predstavničkog tijela koje se bira [jednakost glasačke moći]. Načelo jednakosti stranaka iziskuje da se svakoj političkoj stranci načelno moraju omogućiti jednaki izgledi tijekom cijele izborne procedure, pa time i jednaki izgledi kod raspodjele mandata.

Izborni prag od 5% utječe na nejednaku težinu glasova birača s obzirom na glasačku moć, jer glasovi onih birača koji su glasali za stranke koje nisu ušle u saziv parlamenta zbog prohibitivne klauzule nemaju utjecaja, odnosno glasačku moć. Istovremeno se ta prohibitivna klauzula negativno odražava na pravo političkih stranaka na jednakost izgleda.

Za diferencirane odredbe kod jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda stranaka stoga je uvijek potreban poseban, objektivno legitiman „kogentan“ razlog. Moraju biti nužne i primjerene za ostvarivanje svoje svrhe.

Zakonodavac mora preispitati odredbe izbornog zakona koje se tiču jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda, te ih eventualno izmijeniti, ako je ustavnopravna opravdanost te norme dovedena u pitanje novim razvojem.

Zakonodavac ima samo uzak prostor za takvu diferencijaciju. Konkretna koncepcija propisa o izborima za Europski parlament podliježe striktnoj kontroli ustavnog suda zato što postoji opasnost da njemački zakonodavac, preko prohibitivne klauzule koja utječe na isključenje manjih stranaka, većinom zastupnika osigura izbor vlastitih stranaka na europskoj razini. Općenita i apstraktna tvrdnja da se ukidanjem prohibitivne klauzule, odnosno izbornog praga od 5%, malim strankama i zajednicama birača olakšava ulazak u predstavnička tijela, čime se otežava formiranje volje u tim tijelima, ne može biti opravdanje za zadiranje u načelo jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda. Opravdanje izbornog praga od 5% iziskivalo bi štoviše veću vjerojatnost da će to negativno utjecati na sposobnost funkcioniranja predstavničkih tijela.

2. Polazeći od tih mjerila nije se moglo ostati pri prohibitivnoj klauzuli, odnosno izbornom pragu od 5%. Stvarni i pravni odnosi u vrijeme izbora za Europski parlament 2009. godine, koji još uvijek postoje, nisu dovoljni kao razlog za opravdanje teškog zadiranja u temeljna prava jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda političkih stranaka, a koje je povezano s izbornim pragom od 5%.

Procjena zakonodavca da bi se ukidanje izbornog praga od 5% moglo negativno odraziti na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta ne počiva na dovoljnoj činjeničnoj osnovi i ne vodi u dovoljnoj mjeri računa o specifičnim radnim uvjetima Europskog parlamenta, te njegovim zadaćama. Može se očekivati da bi se bez

prohibitivne klauzule u Njemačkoj – a uzevši u obzir i moguće ukidanje pristupnih ograničenja u drugim državama članicama – u Europskom parlamentu povećao broj stranaka sa samo jednim ili dva zastupnika, pa se stoga ne bi radilo o redu veličine koji je zanemariv. Bez prohibitivne klauzule u Njemačkoj bi, umjesto 162 stranke koliko ih je sada, u Europskom parlamentu bio zastupljeno 169 stranaka. Međutim, nije razvidno da bi to s dostatnom vjerojatnošću negativno utjecalo na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta. Glavne „radne jedinice“ Europskog parlamenta su klubovi zastupnika koji imaju znatnu integracijsku snagu, te su tijekom niza godina, a izričito tijekom proširenja Europske unije, uspijevali integrirati nove stranke unatoč širokom spektru zastupljenih političkih struja. Nakon tih iskustava barem se načelno može poći od toga da će se i druge male stranke, koje bi nakon ukidanja prohibitivne klauzule bile zastupljene u Europskom parlamentu, moći pridružiti postojećim klubovima zastupnika.

Isto vrijedi i za sposobnost klubova zastupnika da dogovorima u prihvatljivom vremenu dođu do većinskih odluka. „Etablirani“ klubovi zastupnika u Europskom parlamentu u parlamentarnoj praksi pokazali su se spremnima na kooperaciju i u stanju su organizirati većine koje su potrebne kod glasovanja. Nije razvidno da bi kod ukidanja prohibitivne klauzule od 5% trebalo računati sa zastupnicima malih stranaka tog reda veličine da postojeće političke grupacije u Europskom parlamentu više ne bi mogle donositi odluke u uređenom parlamentarnom procesu odlučivanja. Naposljetku, i razvoj Europskog parlamenta pokazuje da se mogu očekivati određene prilagodbe u radu parlamentaraca zbog promijenjenih okolnosti, kao što je povećanje broja nezavisnih zastupnika.

Iskazi stručnjaka i zastupnika Europskog parlamenta, koji su saslušani tijekom glavne rasprave, podudaraju se doduše u vezi očekivanja da će ulaskom daljnjih malih stranaka u Europski parlament biti teže postići većinu. Međutim, to samo po sebi ne predstavlja dovoljnu osnovu za vjerojatnu pretpostavku da će se to negativno odraziti na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta.

Nadalje, zadaće Europskog parlamenta prema Ugovorima o EU koncipirane su na taj način da nedostaju kognitivni razlozi zbog kojih bi se moralo zadirati u jednakost biračkih prava i jednakost izgleda. Sukladno europskim ugovorima, konstelacija interesa, koja bi bila usporediva s njemačkim izborima za Bundestag, ne postoji na europskoj razini. Europski parlament ne bira vladu EU, koja bi bila upućena na kontinuiranu podršku. Ni zakonodavstvo EU ne ovisi o stalnoj većini u Europskom parlamentu, koju bi tvorila stabilna koalicija određenih klubova zastupnika nasuprot opozicije. Osim toga, zakonodavstvo EU je sukladno primarnom pravu koncipirano tako da ne ovisi o određenim većinskim odnosima u Europskom parlamentu.

3. Za razliku od toga, prigovor protiv „nefleksibilnih“, odnosno nepromjenjivih izbornih lista nije održiv. Sukladno pravu EU, države članice pridržavaju pravo da se odluče ili za izbore na temelju zatvorenih (vezanih) lista bez mogućnosti promjene od strane birača, ili otvorenih lista kod kojih se redosljed predloženih kandidata može promijeniti. Savezni ustavni sud je već u vezi nacionalnih izbora u

nekoliko navrata ustanovio da se izborima na temelju „nefleksibilnih“ izbornih lista s ustavnopravnog gledišta ne može prigovoriti. Nisu izneseni novi argumenti koji bi dali povoda za drugačiju ocjenu glede izbora za Europski parlament.

4. Posljedica protuustavnosti prohibitivne klauzule od 5% je proglašenje odredaba iz čl. 2. st. 7. Zakona o izborima za Europski parlament, kojima se uređuje izborni prag, ništetnim. No ta pogreška kod izbora ne vodi do toga da se izbori za Europski parlament održani u Njemačkoj 2009. godine moraju proglasiti nevažećima i da se moraju raspisati novi izbori. Naime, u okviru nužnog odvagivanja zaštiti postojećeg stanja, odnosno sazivu predstavnika naroda koji su izabrani u vjeri da je Zakon o izborima za Europski parlament sukladan Ustavu, mora se dati prednost u odnosu na inzistiranje na utvrđenoj pogrešci kod izbora. Novi izbori u Njemačkoj bi predstavljali smetnju nesagledivih posljedica za tekući rad Europskog parlamenta, a posebice za suradnju zastupnika u klubovima zastupnika i odborima. Naprotiv, ta se pogreška kod izbora ne može smatrati potpuno neprihvatljivom. Ona se odnosi samo na manji broj zastupnika njemačkog kontingenta i ne dovodi u pitanje legitimitet svih njemačkih zastupnika u Europskom parlamentu.

Izdvojeno mišljenje sudaca Di Fabija i Mellinghoffa:

Suci Di Fabio i Mellinghoff ne podržavaju odluku ni po pitanju ishoda ni po pitanju obrazloženja. Mišljenja su da je većina senata previše šablonski primijenila mjerila za provjeru zadiranja u jednakost biračkog prava i jednakost izgleda političkih stranaka te im nije na zadovoljavajući način pridala pravu težinu. Senat previše sužava konceptijsku slobodu zakonodavca koji je donio izborni zakon, te računa s mogućim negativnim utjecajem na funkcioniranje Europskog parlamenta unatoč njegovoj većoj političkoj odgovornosti.

Prohibitivna klauzula, odnosno izborni prag od 5% nije diferencijacija koja bi bila zabranjena sama po sebi. Štoviše, ona predstavlja dodatnu regulativu uz propise o proporcionalnom izbornom sustavu. Proporcionalni izborni sustav s dodatnim uvjetom izbornog praga od 5% je s gledišta jednakosti glasačke moći manje radikalna mjera negoli načelno također moguć većinski izborni sustav s jednim krugom izbora, koji bi mogao dovesti do toga da čak više od 50% glasova, odnosno predanih glasačkih listića, u nekoj izbornoj jedinici ne poluče niti jedan mandat. Izborna načela iz čl. 38. Temelnog zakona ne prisiljavaju zakonodavca da se odluči za „čisti“ izborni sustav, već dopuštaju i modifikacije ili mješoviti izborni sustav. Kod ustavnopravne provjere ne bi se smio izdvojiti samo jedan element izbornog sustava, pa polazeći od njega postaviti striktno zahtjeve za jednakošću. Pitanja izbornih propisa podliježu normativnom uređenju od strane zakonodavca, a njegov mandat za donošenje odgovarajuće regulative s obzirom na općenitost izbornih načela Saveznom ustavnom sudu nameće obvezu suzdržanosti.

Prohibitivna klauzula od 5 % objektivno je opravdana, kako bi se kod njemačkog kontingenta spriječila prevelika rascjepkanost političkih stranaka zastupljenih u Europskom parlamentu. Njemačka pritom, zajedno s drugim državama članicama,

zajednički snosi odgovornost za sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta. Upravo države koje imaju veći kontingent mandata u okviru svojih mogućnosti oblikovanja politike svakako daju značajne doprinose sprječavanju daljnjih rastrojavanja u Europskom parlamentu. Osim prohibitivnih klauzula, izborni sustavi država članica EU sadrže i izborno-tehnička rješenja koja ionako vode do razlika u jednakosti glasačke moći. Izoliranim ukidanjem njemačkog izbornog praga od 5% od strane senata stoga bi se u usporedbi s europskim okruženjem krenulo zasebnim putem. Diferencijaciju kao razlog koji se odražava na funkcioniranje parlamenta senat u konačnici ograničava na nesposobnost funkcioniranja, premda sudska praksa Saveznog ustavnog suda za to ne nudi osnovu. Objektivan razlog za opravdanje prohibitivne klauzule od 5% već postoji u vidu smanjenja mogućih negativnih utjecaja na funkcioniranje Europskog parlamenta, te neće nastupiti tek ako bi se mogla očekivati njegova nesposobnost djelovanja u budućnosti.

Okolnost da je Europski parlament do sada – u uvjetima velike heterogenosti - u procesu formiranja volje uspijevao doći do odluka koje podržava većina, ne može biti argument za to da sprječavanje dodatnog raslojavanja ne opravdava prohibitivnu klauzulu. Svaka daljnja politička fragmentacija povećava utrošak vremena i osoblja oko postizanja konsenzusa, te umanjuje prepoznatljivost velikih političkih usmjerenja, odnosno političkih opcija među biračima. Upravo bi polazeći od toga da Europski parlament nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora ulazi u novu fazu svog razvoja, trebalo zakonodavcu dati određenu slobodu u ocjeni rizika funkcioniranja.

36) BVerfGE 131, 316 (Landeslisten / Liste u saveznim zemljama)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 58/2012 od 25. srpnja 2012.

Odluka od 25. srpnja 2012.
- 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11 -

Nova regulativa o postupku dodjele mandata kod izbora za Bundestag je protuustavna

Drugi senat Saveznog ustavnog suda u presudi koja je objavljena danas odlučio je da novi postupak dodjele mandata u Bundestagu koji je uveden izmjenama Zakona o saveznim izborima (BWG) predstavlja povredu načela jednakosti i neposrednosti izbora, te jednakosti izgleda političkih stranaka. To se odnosi prije svega na dodjelu kontingenata mandata po saveznim zemljama sukladno broju birača (čl. 6. st. 1. al. 1. Zakona o saveznim izborima), jer omogućava učinak negativne glasovne težine. Osim toga, došlo je do povrede načela jednakosti biračkih prava i jednakosti stranaka utoliko što se sukladno čl. 6. st. 2a Zakona o saveznim izborima dodjeljuju dodatni mandati i utoliko što čl. 6. st. 5. Zakona o saveznim izborima dopušta višak mandata bez kompenzacije u opsegu, koji dokida osnovnu značajku izbora za Bundestag kao proporcionalnih izbora.

Senat je propise iz čl. 6. st. 1. al. 1 i st. 2a Zakona o saveznim izborima (BWG) proglasio ništetnima, a odredbu o dodjeli viška mandata bez kompenzacije (čl. 6. st. 5. BWG) nespojivom s Temeljnim zakonom. Stoga nedostaje valjana regulativa o postupku dodjele mandata na izborima za Bundestag. Ranije važeće odredbe neće ponovo zaživjeti, jer ih je Savezni ustavni sud u svojoj presudi od 3. srpnja 2008. (BVerfGE 121, 266) također proglasio protuustavnima i proglasio da se smiju primjenjivati samo tijekom prijelaznog razdoblja, koje je u međuvremenu isteklo.

Više informacija o činjeničnom stanju na kojemu počivaju tri povezana postupka može se naći u Priopćenju za tisak br. 28/2012 od 7. svibnja 2012. na Web stranici Saveznog ustavnog suda.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:**I. Učinak negativne glasovne težine**

Na izborima za Bundestag podjela mandata političkih stranaka u skladu s odnosom ukupnog broja glasača načelno ne smije dovesti do toga da broj mandata neke stranke suprotno očekivanjima bude u korelaciji s brojem glasova koji je pripao toj stranci ili konkurentskoj stranci (učinak negativne glasovne težine). Takve apsurdne korelacije između broja glasova i uspjeha glasova ne samo da negativno utječu na jednakost biračkih prava i jednakost izgleda stranaka, već predstavljaju i povredu načela neposrednosti izbora, budući da za birača više nije razvidno na koji se način njegov glas može odraziti na uspjeh ili neuspjeh kandidata na izborima. Procedura podjele mandata je nespojiva s ustavom ako vodi do takvih učinaka, ne samo u rijetkim iznimnim slučajevima koji se nisu mogli izbjeći.

Članak 6. st. 1. al. 1. Zakona o saveznom izborima (BWG) predviđa da se svakoj saveznoj zemlji ovisno o broju birača dodjeljuje kontingent mandata, oko kojih se natječu još samo liste stranaka koje su sudjelovale na izborima u toj saveznoj zemlji. Stvaranje kontingenata mandata po saveznom zemljama omogućuje učinak negativne glasovne težine, zato što se broj mandata koji otpada na tu zemlju ne ravna prema brojčanom pokazatelju koji je utvrđen prije glasovanja – primjerice prema broju stanovnika ili broju osoba s biračkim pravom – već ovisi o broju birača koji su se odazvali. Učinak negativne glasovne težine može se javiti uvijek onda kada se povećanje broja drugih glasova koje je dobila lista stranke u pojedinoj saveznoj zemlji ne odrazi na njezin broj mandata, zato što dodatni glasovi nisu dovoljni za dodjelu još jednog mandata, ili zato što listi te zemlje već na temelju rezultata vezanih uz prvi glas pripada više mandata po izbornim jedinicama nego mandata po listi, premda istovremeno povećanje broja glasača koje se podudara s povećanjem broja drugih glasova vodi do povećanja kontingenta mandata te savezne zemlje za jedan mandat. Tada taj dodatni mandat koji pripada toj zemlji može pripasti konkurentskoj listi iz te zemlje, ili lista te stranke može izgubiti jedan mandat u nekoj drugoj saveznoj zemlji. Isto vrijedi i u obrnutom slučaju, ako se gubitak po pitanju drugog glasa stranačke liste u nekoj saveznoj zemlji ne odrazi na broj mandata koji su joj dodijeljeni, a smanjenje broja birača paralelno s time dovede do smanjenja kontingenta mandata te zemlje za jedan mandat. Takve učinke uvijek treba očekivati kada je vrlo vjerojatno da će promjena broja drugih glasova ići ruku pod ruku s promjenom broja birača zato što birači nisu izašli na izbore.

Učinak negativne glasovne težine ne može se prihvatiti stoga, stoga što se konkretno ne može predvidjeti, a pojedinačni birači jedva mogu utjecati na njega. Jer već i objektivno proizvoljni izborni rezultati vode do toga da demokratsko natjecanje oko podrške birača u tom slučaju postaje apsurdno. Nadalje, učinak negativne glasovne težine nije nužno posljedica proporcionalnog izbornog sustava u kombinaciji s glasom koji se daje određenom kandidatu u izbornim jedinicama

s listama na razini saveznih zemalja, pri čemu se odustalo od povezivanja lista u cijeloj Njemačkoj. Ne postoje prepreke za zakonodavca da spriječi takvu uzročno-posljedičnu vezu unutar izbornog sustava koji je predvidio, time što će kod određivanja kontingenta mandata pojedine savezne zemlje osnova umjesto broja birača biti npr. broj stanovnika ili broj osoba s biračkim pravom.

II. Dodatni mandati

Dodjela dodatnih mandata prema čl. 6. st. 2a Zakona o saveznim izborima (BWG) također predstavlja povredu načela jednakosti biračkih prava i načela jednakosti izgleda stranaka. Cilj je te odredbe da se gubici kod zaokruživanja prilikom dodjele mandata na razini zemlje kompenziraju u okviru izračuna na razini cijele Njemačke (tzv. iskorištenje preostalih glasova).

No na tu dodjelu dodatnih mandata u Bundestagu ne može utjecati svaki birač uz podjednake izgleda, jer se iskorištenjem preostalih glasova jednom dijelu birača daje daljnja šansa da utječu na dodjelu i iskorištenje mandata. Takvo nejednako postupanje nije opravdano. Cilju koji je slijedio zakonodavac, da se razlike u moći glasova koje nastaju uslijed interne podjele mandata u pojedinoj saveznoj zemlji, na taj način kompenziraju, ne može se prigovoriti s gledišta Ustava. Međutim, ta odredba nije primjerena za ostvarivanje tog cilja. Ona samo jednostrano uzima u obzir gubitke uslijed zaokruživanja rezultata stranačkih lista u pojedinoj saveznoj zemlji, a previđa dobitke uslijed zaokruživanja. Na taj način glasovi koji do sada nisu uzeti u obzir mogu pod određenim okolnostima utjecati na dodjelu mandata, međutim u usporedbi s time veća snaga glasova koji su do sada imali prevagu ostaje nepromijenjena. Time se dodatni mandati ne dodjeljuju kako bi se postigla jednakost moći glasova, već se upravo od toga odstupa. Odredba nije primjerena ni kako bi se otklonilo poremećaj jednakosti moći glasova povezan s viškom mandata.

III. Višak mandata

Odredba iz čl. 6. st. 5. Zakona o saveznim izborima (BWG) o višku mandata osim toga predstavlja povredu načela jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda stranaka utoliko što je dopušten višak mandata bez kompenzacije u takvom opsegu može dokinuti osnovnu značajku izbora za Bundestag kao proporcionalnog izbornog sustava. A to je slučaj ako je broj viška mandata veći od polovice broja zastupnika potrebnih za formiranje kluba zastupnika.

Izborni sustav koji je stvorio zakonodavac – bez obzira na izravan mandat kandidata u izbornim jedinicama prema relativnom većinskom sustavu – ima osnovne značajke proporcionalnog izbornog sustava. Jer pribrajanjem mandata po izbornim jedinicama mandatima liste određene stranke, ukupni se broj mandata raspodjeljuje na stranku sukladno odnosu drugih glasova koji je dobila, dok prvi (preferencijalni) glas načelno odlučuje samo o tome koje će osobe kao zastupnici pojedine izborne jedinice ući u Bundestag. Ukoliko je broj mandata kojega je

stranka osvojila u izbornim jedinicama veći od broja mandata koji joj pripada na temelju drugog glasa, stranci pripadaju i ti mandati. Ukupan broj mandata u Bundestagu u tom se slučaju povećava za tu razliku, bez da je opet potrebno razmjerno poravnanje.

Dodjela „viška mandata“ bez kompenzacije ili prijeboga znači nejednako postupanje prema glasovima birača u postupku dodjele mandata, zato što time osim drugog glasa i prvi glas može utjecati na raspodjelu mandata u Bundestagu. To nejednako ponderiranje glasova birača je, doduše, načelno opravdano ustavno legitimnim ciljem da se biraču u okviru proporcionalnog izbornog sustava omogući i biranje osoba. Međutim, u sustavu kojega je stvorio zakonodavac, gdje se personalni izbori kombiniraju s proporcionalnim sustavom, višak mandata je prihvatljiv samo u opsegu koji ne bi dokinuo osnovni karakter proporcionalnog izbornog sustava.

Ukoliko je „višak mandata“ veći od pola kluba zastupnika, povrijeđena su načela jednakosti izbora i jednakosti izgleda stranaka. Taj red veličine s jedne se strane ravna prema Poslovniku Bundestaga, sukladno kojemu je za status kluba zastupnika potreban kvorum od najmanje 5% članova Bundestaga, a s druge strane – novom regulativom o tzv. „berlinskom drugom glasu“ (čl. 6. st. 1 sl. 4. zadnja alter. Zakona o saveznim izborima) – uzima u obzir ponovo izraženu volju zakonodavca da se utjecaj prvog glasa na raspodjelu mandata zemaljskih lista što više ograniči. S obzirom na nužnost postojanja pouzdane pravne osnove sljedećih izbora za Bundestag, kao i radi sprječavanja rizika raspuštanja parlamenta zbog procedure provjere izbornih rezultata, senat smatra uputnim svesti zakonske ocjene na razmjere prihvatljive u praksi, kako bi se zakonodavac na njih mogao osloniti. Iz toga proizlazi da dopuštena maksimalna granica za višak izravnih mandata iznosi 15 mandata.

Vodeći računa o stvarnim razvojnim trendovima po pitanju viška mandata, čiji se broj od ujedinjenja Njemačke značajno povećao i na zadnjim izborima poprimio ogromne razmjere, te s obzirom na promijenjene političke prilike koje idu u prilog nastajanju „viška mandata“, s velikom se vjerojatnošću može očekivati da će broj „viška mandata“ u dogledno vrijeme u pravilu znatno premašiti ustavnopravno prihvatljiv opseg. Zakonodavac stoga mora poduzeti preventivne mjere kojima bi se spriječio ekstreman porast „viška mandata“ bez kompenzacije.

37) 2 BvE 2/13 et. al.

(Drei-Prozent-Sperrklausel EuWG / Izborni prag od 3% u Zakonu o izborima za Europski parlament)

Savezni ustavni sud

- Ured za tisak -

Priopćenje za tisak br. 14/2014 od 26. veljače 2014.

Odluka od 26. veljače 2014.

**- 2 BvE 2/13 , 2 BvE 5/13, 2 BvE 6/13, 2 BvE 7/13, 2 BvE 8/13,
2 BvE 9/13, 2 BvE 10/13, 2 BvE 12/13, 2 BvR 2220/13,
2 BvR 2221/13, 2 BvR 2238/13 -**

Prohibitivna klauzula (izborni prag) od 3% u propisima o izborima za Europski parlament je, s obzirom na aktualne pravne i stvarne okolnosti, protuustavna

Prohibitivna klauzula u Zakonu o izborima za Europski parlament je protuustavna.

To je odlučio Drugi senat Saveznog ustavnog suda u presudi koja je objavljena danas. Polazeći od aktualnih pravnih i stvarnih okolnosti, teško zadiranje u načela jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda povezano s prohibitivnom klauzulom ne može se opravdati. Ustavnopravna ocjena koja bi od toga odstupala moguća je ako se okolnosti značajno promjene. Zakonodavac može u većoj mjeri uzeti u obzir buduće razvojne trendove, ako se već u ovom trenutku mogu pouzdano predvidjeti na temelju dovoljno održivih stvarnih uporišta. Odluka je donesena sa 5 glasova „za i 3 glasa „protiv“; sudac Müller predao je izdvojeno mišljenje.

Činjenično stanje i tijek postupka:

Postupci zbog sukoba nadležnosti između tijela i ustavne tužbe odnose se na čl. 2. st. 7. Zakona o izborima za Europski parlament (EuWG), koji predviđa izborni prag od 3% kod izbora za Europski parlament. Ta je odredba uvedena 5. Zakonom o izmjenama Zakona o izborima za Europski parlament od 7. listopada 2013. (BGBl I str. 3749). Sukladno europskom pravu Akt o izboru zastupnika u Europskom parlamentu *neposrednim* općim izborima (tzv. Akt o neposrednim izborima) nalaže da se zastupnici Europskog parlamenta u državama članicama biraju prema proporcionalnom izbornom sustavu. Postupak izbora – uz pridržaj ostalih odredaba

tog akta – države članice uređuju prema svom nacionalnom pravu. Prohibitivnu klauzulu od 5% koja je vrijedila na izborima za Europski parlament 2009. godine Savezni ustavni sud u svojoj je odluci od 9. studenog 2011. (BVerfGE 129, 300) proglasio nespojivom s čl. 3. st. 1. te čl. 21. st. 1. Temeljnog zakona i stoga ju proglasio ništetnom.

Bitna pitanja koja je razmatrao senat:

Zahtjevi u postupku zbog sukoba nadležnosti tijela su dopušteni i ustavne tužbe su uspješne. Prohibitivna klauzula od 3% u propisima o izborima za Europski parlament pod aktualnim pravnim i stvarnim okolnostima predstavlja povredu načela jednakosti biračkih prava (čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona) te jednakosti izgleda političkih stranaka (čl. 21. st. 1. Temeljnog zakona).

1. Ovdje ne ulazimo u to pod kojim pretpostavkama zakonodavac nakon proglašenja norme ništetnom može ponovo donijeti normu istog sadržaja, jer smanjen izborni prag više ne predstavlja ponavljanje norme istog sadržaja. Ovdje se ne radi ni o povredi načela lojalnosti tijela; zakonodavac nije svjesno ignorirao odluku Saveznog ustavnog suda o prohibitivnoj klauzuli od 5%, već je djelovao upravo rukovodeći se njegovom odlukom od 9. studenog 2011.

2. Akt o neposrednim izborima zadaje koncepcijski okvir za donošenje nacionalnih propisa o izborima, za koje su pak obvezujuće ustavnopravne odredbe pojedine države članice. Da mogućnost definiranja izbornog praga do 5%, koja se otvara Aktom o neposrednim izborima, istovremeno implicira dopuštenost takve odredbe sukladno pravu dotične države članice, to ne može se razaznati ni iz doslovnog teksta ni iz tumačenja Akta o neposrednim izborima.

3. Mjerila na kojima počiva odluka od 9. studenog 2011. vrijede i u predmetnom postupku.

a) Načelo jednakosti biračkih prava koje vrijedi za izbore njemačkih zastupnika u Europski parlament, a proizlazi iz čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona, osigurava jednakost građana kao preduvjet načela demokracije, te je jedan od bitnih temelja državnog poretka. Iz tog načela proizlazi da svaka osoba koja ima biračko pravo načelno mora imati jednaki broj glasova, a njen glas jednake pravne izgleda za uspjeh. Kod proporcionalnog izbornog sustava to načelo osim toga zahtijeva da svaki birač svojim glasom mora imati jednaki utjecaj na saziv predstavničkog tijela koje se bira, jer je cilj proporcionalnog izbornog sustava taj da sve stranke budu zastupljene u tijelu čiji se članovi biraju po mogućnosti u približnom odnosu razmjernom broju glasova.

Načelo jednakosti izgleda stranaka izvedeno iz čl. 21. st. 1. Temeljnog zakona zahtijeva da se svakoj stranci tijekom cijele izborne procedure načelno daju iste mogućnosti, pa time i isti izgledi kod raspodjele mandata.

b) Jednakost biračkih prava i jednakost izgleda stranaka usko su povezane. Ustavnoopravno opravdanje ograničenja ravna se prema istim mjerilima. Ni jedno od ta dva načela ne podliježe apsolutnoj zabrani diferencijacije; međutim iz njihova formalnog karaktera proizlazi da je zakonodavcu ostavljen samo vrlo uzak manevarski prostor. Diferencijacije u izbornom pravu mogu se opravdati samo ustavno legitimiranim razlozima koji imaju takvu težinu bi kod odvagivanja bili u ravnoteži s jednakošću biračkih prava. U to se posebice ubraja osiguravanje sposobnosti funkcioniranja predstavničkog tijela naroda koje se bira.

c) Mjerodavne su aktualne okolnosti. Zakonodavca doduše ništa ne priječi da uzme u obzir i buduće razvojne trendove koji se konkretno naziru. No oni mogu imati mjerodavnu težinu jedino ako se takav budući razvoj već u ovom trenutku može pouzdano predvidjeti na temelju dovoljno održivih stvarnih polazišta.

U predmetnom postupku može ostati otvoreno pitanje do koje se mjere može slijediti pristup Bundestaga da su prohibitivne klauzule opravdane već polazeći od aspekta preventivnih mjera protiv rizika po sposobnost funkcioniranja. To u najboljem slučaju vrijedi za nacionalna predstavnička tijela kod kojih bi slabljenje sposobnosti funkcioniranja moglo biti isto što i slabost da se na to reagira korekcijom izbornog zakonodavstva. Jer u odnosu na Europski parlament nacionalni zakonodavac može provesti korekture. Čisto preventivno propisanom prohibitivnom klauzulom to teško zadiranje u jednakost biračkih prava samo se postponira.

d) Normativno uređenje izbornog prava podliježe striktnoj kontroli ustavnog suda. To proizlazi iz općenitog razmatranja da parlamentarna većina kod odredaba koje se tiču uvjeta političkog nadmetanja na neki način djeluje „pro domo sua“, te upravo kod izbornog zakonodavstva postoji opasnost da se određena većina u parlamentu ne rukovodi razmišljanjima od općeg dobra već ciljem očuvanja vlastite moći. To je razlog zbog kojega se kontrola ustavnog suda ne može opozvati time što će se odobriti šira sloboda predviđanja prema vlastitom nahođenju.

4. Prema tim je mjerilima prohibitivna klauzula, odnosno izborni prag od 3% (čl. 2. st. 7. Zakona o izborima za Europski parlament), nespojiva s čl. 3. st. 1. i čl. 21. st. 1. Temelnog zakona. Senat je u odluci od 9. studenog 2011. ustanovio da iz danih i postojećih stvarnih i pravnih okolnosti ne proizlaze dovoljni razlozi kojima bi se opravdalo teško zadiranje u načela jednakosti biračkih prava i jednakosti izgleda političkih stranaka, povezano s prohibitivnom klauzulom od 5%. U međuvremenu nije došlo do značajne promjene stvarnih i pravnih okolnosti. Prohibitivna klauzula od 3% ne može se opravdati očekivanim političkim i institucionalnim razvojem, te s njime povezanim promjenama uvjeta funkcioniranja Europskog parlamenta u sljedećem legislaturnom razdoblju.

a) Zakonodavac ispravno polazi od toga da bi antagonističko profiliranje „vlade“ i opozicije na europskoj razini pod određenim okolnostima moglo opravdati prohibitivnu klauzulu u njemačkim propisima o izborima za Europski parlament,

ako bi u pravnom i stvarnom smislu nastupile okolnosti usporedive s onima na nacionalnoj razini, gdje je formiranje stabilne većine nužno za izbor vlade koja je sposobna djelovati i za kontinuiranu podršku vladi. Takvom se razvoju Europskog parlamenta doduše politički teži, ali on je tek u začetima. Trenutačno se ne naziru stvarne implikacije na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta, tako da nema osnove za prognozu zakonodavca da bi se nepostojanje prohibitivne klauzule od 3% moglo negativno odraziti na funkcioniranje Europskog parlamenta.

b) Europski parlament, kao što se vidi iz njegove Rezolucije od 22. studenog 2012. godine, u dogovoru sa sadašnjom Komisijom slijedi cilj jačanja političkog legitimiteta obje institucije, a izbor njihovih članova bi trebao bi biti neposredno povezan s odlukom birača. Radi promicanja tog cilja trebali bi se nominirati kandidati za funkciju predsjednika Europske komisije. No ne teži se izmjeni odgovarajuće osnove u europskom pravu. Nejasno je kako se politički cilj jačanja demokratskog formiranja volje na europskoj razini može implementirati u okviru važećeg europskog prava, što je relevantno i za predmetno pitanje o kojemu treba odlučiti. Međutim, pitanja povezana s time mogu ostati otvorena.

c) Naime, s obzirom na stvarne okolnosti, u ovom se trenutku konkretno ne nazire da bi se pokrenuti politički razvoj bez prohibitivne klauzule u njemačkim propisima o izborima za Europski parlament mogao negativno odraziti na funkcioniranje Europskog parlamenta.

aa) Trenutačno se ne može čak ni procijeniti u kojem opsegu i s kojim učincima se stav koji dolazi do izražaja u Rezoluciji od 22. studenog 2012. može ostvariti u odnosu na predstavnike država članica u Europskom vijeću i Komisiji. I o opsegu promjena kod političkih procesa u Europskom parlamentu u idućem legislaturnom razdoblju, koje bi to eventualno moglo potaknuti, može se samo špekulirati. Ukoliko se prohibitivna klauzula od 3% opravdava razmišljanjem da se namjeravani „uzlet demokratizacije“ ne smije dovesti u pitanje time što će Njemačka prihvatiti fragmentaciju Europskog parlamenta kao nužno zlo, time bi se promašila ne samo svrha ustavnopravnih zahtjeva vezanih uz opravdanje zadiranja u jednakost biračkih prava i jednakost izgleda političkih stranaka. Time se ne bi udovoljilo ni otvorenosti političkog procesa, koji je bitan za parlamentarnu debatu upravo s obzirom na moguće prestrukturiranje, ako mu male stranke mogu dati važan doprinos.

bb) Ne može se dokazati ni da bi to imalo negativne strukturalne implikacije na formiranje većine u Europskom parlamentu uslijed političkih promjena kojima se teži.

(1) Doduše, ne može se isključiti da suradnja dvaju velikih klubova zastupnika u Europskom parlamentu u budućnosti više neće postojati ili da će biti znatno manjeg opsega. Hoće li to biti slučaj i u kojoj mjeri, još je neizvjesno. Zamisliv je u svakom slučaju i razvoj koji se ne bi negativno odrazio na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta. Postoje osnove za pretpostavku da će dva

velika kluba zastupnika koji u pravilu imaju apsolutnu većinu mandata i nadalje u velikom broju slučajeva biti zainteresirani za suradnju, ili čak upućeni na nju.

(2) Osim toga, ne može se tek tako pretpostaviti da će fleksibilno formiranje većine u parlamentu, kakvo se prakticiralo do sada, ulaskom novih zastupnika manjih stranaka biti bitno otežano. Moguće je i da bi eventualno jasnije političke suprotnosti između pojedinih klubova zastupnika upravo povećale njihovu koheziju. Osim toga, ostaje otvoreno pitanje hoće li percepcija Europskog parlamenta, koja će se promijeniti uslijed jačeg profiliranja političkih stranaka, birače u većoj mjeri nego do sada potaknuti na strateško ponašanje na izborima, što bi moglo spriječiti porast broja stranaka zastupljenih u Europskom parlamentu.

(3) Na usmenoj raspravi spomenuta je brojka od 80 zastupnika koji bi u budućnosti mogli biti neskloni suradnji, no s obzirom na trenutačne neizvjesnosti to se ne može predvidjeti s dovoljnom vjerojatnošću. Osim toga, te se izjave nisu odnosile na očekivani broj nezavisnih zastupnika manjih stranaka s jednim ili dva zastupnika, već na zastupnike određenih stranaka koje su kritične prema EU, za koje izborni prag vjerojatno neće predstavljati prepreku.

(4) S obzirom na integracijsku snagu klubova zastupnika, naposljetku još nije razvidno da novoizabrani zastupnici manjih stranaka u sljedećem legislaturnom razdoblju a priori neće biti primljeni u etablirane klubove zastupnika ili da se ne bi mogli pridružiti novoosnovanim klubovima. Međutim, trebat će pratiti implikacije zamislivog ulaska zastupnika drugih konkurirajućih stranaka koje postoje na njemačkoj političkoj sceni u Europski parlament. No ni u vezi s time trenutačno se ne može dati sigurna procjena. Ukoliko bi bilo konkretnih naznaka da razvoj ide u pogrešnom smjeru, zakonodavac to još uvijek može uzeti u obzir.

d) Prohibitivna klauzula od 3%, doduše, manje zadire u jednakost biračkih prava i jednakost stranaka od ranijeg izbornog praga od 5%. Međutim, iz toga ne proizlazi da se zadiranje u jednakost biračkih prava povezano s izbornom pragom od 3% može zanemariti i da za to ne treba opravdanje. Mandat u Europskom parlamentu može se osvojiti primjerice već s 1 % glasova birača, tako da prohibitivna klauzula ima učinke u praksi. Budući da prohibitivna klauzula u njemačkim propisima o izborima za Europski parlament trenutačno nije nužna, dakle nedostaje opravdanje temeljem zakonskog razloga, pitanje primjerenosti izbornog praga od 3% u konačnici nije presudno.

Izdvojeno mišljenje suca Müllera:

Prema mom uvjerenju, senat postavlja prevelike zahtjeve glede negativnog učinka na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta i time ne vodi dovoljno računa o nalogu zakonodavca za normativno uređenje izbornog prava. Ocjena prostora između čisto teoretske mogućnosti i sigurnih negativnih implikacija za funkcioniranje parlamenta pridržana je zakonodavcu. Nije stvar Saveznog ustavnog suda da odluku zakonodavca, koja se može potkrijepiti argumentima,

zamijeni vlastitom odlukom, koja se također može zastupati. U konačnici, odluka senata vodi do prihvaćanja rizika negativnih učinaka na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta, barem tijekom trajanja jednog legislativnog razdoblja. Nije mi razvidno da bi to nalagalo ustavno pravo.

Posljedica odluke senata je nedopuštenost bilo kakve prohibitivne klauzule kod izbora za Europski parlament. Ustavnopravna ocjena čl. 2. st. 7. Zakona o izborima za Europski parlament stoga mora početi od pitanja da li se kod odricanja od prohibitivnih klauzula u EU može početi od negativnih učinaka na sposobnost funkcioniranja parlamenta. Kad se to uzme u obzir, ne može se prigovoriti prognozi zakonodavca da bi daljnja fragmentacija Europskog parlamenta onemogućila stvaranje potrebnih većina. Ta je prognoza jednako plauzibilna kao i usporedive prognoze koje se odnose na nacionalne parlamente. U kojoj mjeri bi integracijska snaga postojećih klubova zastupnika mogla spriječiti daljnju fragmentaciju parlamenta, kao i stvaranje novih klubova zastupnika, ne može se sagledati. Kada se upućuje na suradnju velikih klubova zastupnika, tomu se protivi to što „opstanak“ njihove apsolutne većine više nije zajamčen. Zbog toga je zakonodavac mogao zanemariti te okolnosti kod odluke koja se temelji samo na prognozi.

Negativni učinak na sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta dovoljno je važan da bi se opravdalo zadiranje u načelo izborne jednakosti i jednakog izgleda stranaka. Europski parlament je parlament posebne vrste. Razlike u odnosu na zadaće i funkcije u usporedbi s Bundestagom (još) su jako velike, međutim ne opravdavaju načelno drugačije odvagivanje težine značaja osiguranja njegove sposobnosti funkcioniranja.

Ne sumnjam da čl. 2. st. 7. Zakona o izborima za Europski parlament dovoljno vodi računa o načelima primjerenosti i nužnosti. Ako se u obzir uzme nalaz da, s iznimkom Španjolske, sve države članice kao preduvjet za dodjelu mandata na izborima za Europski parlament propisuju barem 3% udjela glasova, ne može se prigovoriti zakonodavcu što je takvu prohibitivnu klauzulu, odnosno izborni prag od 3%, smatrao primjerenim kako bi se osigurala sposobnost funkcioniranja Europskog parlamenta. Protiv nužnosti zadiranja ne može se iznijeti ni argument moguće korekture propisa o izborima za Europski parlament od strane nacionalnog zakonodavca koji bi polučio učinak tek tijekom sljedećeg legislaturnog razdoblja. Umjesto toga, zakonodavac bi morao izmijeniti čl. 7. st. 2. Zakona o izborima za Europski parlament, ukoliko bi se naknadno ispostavilo da je njegova prognoza bila pogrešna.

§ 20.

Privilegija stranaka (čl. 21. Temeljnog zakona)

38) 2 BvE 11/12
(Negative Feststellung der Verfassungswidrigkeit
/ Negativna ocjena neustavnosti)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 15/2013 od 5. ožujka 2013.

Rješenje od 20. veljače 2013.
- 2 BvE 11/12 -

Odbačeni zahtjevi stranke NPD protiv Bundestaga, Bundesrata i Savezne vlade

Drugi senat Saveznog ustavnog suda odbacio je u rješenju koje je danas objavljeno zahtjev „Nacionaldemokratske stranke Njemačke“ (NPD) za utvrđivanje da ta stranka nije protuustavna. Na Saveznom ustavnom sudu nije predviđen postupak za traženi zahtjev. No to nije povezano s prazninom u pravnoj zaštiti, s obzirom na to da NPD iznosi prigovor da aktualna debata o zabrani te stranke faktički ima učinak kao da je stranka zabranjena. Državna tijela ništa ne priječi da, uz nužnu objektivnost, u debati odvagnu argumente za i protiv postupka zabrane rada stranke. Drugi senat Saveznog ustavnog suda također je odbacio supsidijarni zahtjev NPD za utvrđivanje da su gornji i donji dom njemačkog parlamenta (Bundestag i Bundesrat) te Savezna vlada povrijedili stranačka prava NPD-a stalnim tvrdnjama o tome da je ta politička stranka protuustavna.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Glavni zahtjev je nedopušten. Savezni ustavni sud nije predvidio mogućnost da mu se neka politička stranka obrati radi utvrđivanja svoje ustavnosti.
 - a) Sve dok Savezni ustavni sud ne utvrdi njihovu protuustavnost, političke stranke mogu slobodno ostvarivati svoja prava. Ukoliko im se to pravo ospori, mogu se obratiti sudovima. Prigovor podnositeljice zahtjeva da je pretjerano tražiti od političke stranke koja je „ožigosana“ kao stranka koja podriva ustavni poredak da u svakom pojedinačnom slučaju zatraži pravnu zaštitu, koja se često pokazala neučinkovitom, ne ukazuje na strukturalni nedostatak pravne zaštite. Podnositeljica zahtjeva navodi samo praktične probleme koji se – koliko je razvidno – mogu svladati uz prihvatljiv utrošak sredstava.

b) Nedostatak pravne zaštite nije razvidan ni kada podnositeljica zahtjeva tvrdi da izjave koje je sažeto nazvala „debata o zabrani,“ kao i ostale protiv nje uperene mjere, imaju [isti] učinak kao zabrana.

aa) Političke stranke se sukladno svojoj zadaći sudjelovanja u formiranju političke volje naroda moraju izložiti javnoj polemici. Dio javne rasprave su i izjave o ocjeni da je neka politička stranka protuustavna, ako su u granicama prava i zakona. S takvim izjavama dotična se stranka može i mora suočiti sredstvima polemike.

Ukoliko državna tijela vode političku polemiku, moraju voditi računa o granicama koje im postavlja Ustav, što podliježe sudskoj kontroli. To vrijedi i za javne rasprave treba li protiv neke stranke pokrenuti postupak zabrane rada te stranke. Međutim, u tom slučaju moglo bi se raditi o povredi prava iz čl. 21. st. 1. Temelnog zakona, ako se može razaznati da takva debata nije usmjerena na odluku, već se vodi s ciljem dovođenja dotične stranke u nepovoljniji položaj.

bb) Političke stranke i njihovi članovi osim toga imaju mogućnost obratiti se sudu kako bi se riješio prigovor protuustavnosti. Podnositeljica zahtjeva nipošto nije pogrešno procijenila da ustavnost neke političke stranke može biti i jest predmet sudske ocjene. No, iz neuspjeha na specijaliziranim sudovima ne slijedi zaključak kako postoji praznina u pravnoj zaštiti.

cc) Zbog tih se razloga ne može prigovoriti tomu što protivnici zahtjeva u Zakon o Saveznom ustavnom sudu nisu uvrstili postupak za utvrđivanje ustavnosti.

2. Supsidijarni zahtjev je kao tužba protiv tijela dozvoljen, ali je nedopušten tako kako je obrazložen. Nema dovoljno činjeničnih navoda o tome da je mjerama ili nečinidbama protivnika zahtjeva povrijeđen status podnositeljice zahtjeva kao političke stranke ili je on neposredno ugrožen. Podnositeljica zahtjeva navodi izjave predsjednika vlada i ministara unutarnjih poslova saveznih zemalja, pojedinih zastupnika Bundestaga i jedne savezne ministrice. No, nije razvidno da su se navedeni očitovali u korist nekog od protivnika zahtjeva. Ni mjere savezne ministrice – kao što je poticanje programa protiv desnog ekstremizma – ne mogu se tek tako pripisati Saveznoj vladi kao kolegijalnom tijelu.

39) 2 BvE 4/13

(Äußerungsbefugnis des Bundespräsidenten /
Ovlasti saveznog predsjednika za izražavanje
mišljenja)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 50/2014 od 3. lipnja 2014.

Odluka od 10. lipnja 2014.
- 2 BvE 4/13 -

Odbačena tužba NPD-a protiv Saveznog predsjednika (tužba protiv tijela državne vlasti)

Drugi senat Saveznog ustavnog suda odbacio je u odluci koja je danas objavljena tužbu stranke NPD protiv Saveznog predsjednika zbog njegovih izjava tijekom predizborne kampanje 2013. godine. Savezni predsjednik načelno sam odlučuje o tome na koji će način u praksi ostvarivati svoje reprezentativne zadaće i integrativnu ulogu. Pritom mora poštivati Ustav i zakone, između ostaloga i pravo političkih stranaka na jednakost izgleda. Pojedine izjave Saveznog predsjednika mogu se osporiti sudskim putem ako je u tim izjavama očito samovoljno zanemario svoju integrativnu ulogu time što je bio pristran. To ovdje nije bio slučaj.

Činjenično stanje:

U kolovozu 2013. godine protivnik zahtjeva sudjelovao je u diskusiji koja se održavala pred nekoliko stotina učenika stručnih škola u dobi od 18 i 25 godina u školskom centru četvrti Berlin-Kreuzberg. Na skupu koji se održavao pod kralaticom „22.09.2013. – I tvoj glas se broji!“ protivnik zahtjeva je, između ostalog, ukazao na značaj slobodnih izbora za demokraciju i potaknuo učenike i učenice na socijalni i politički angažman. Na pitanje jedne učenice, protivnik zahtjeva se osvrnuo na događaje koji su bili povezani s prosvjedima članova i pristaša podnositeljice zahtjeva (NPD) protiv prihvatnog centra za osobe koje su zatražile azil u gradskoj četvrti Berlin-Hellersdorf. U novinskim izvješćima o skupu citirane su izjave protivnika zahtjeva: „Trebaju nam građani i građanke koji će izaći na ulice i pokazati tim luđacima gdje su granice. Svi ste pozvani da to učinite.“ i „Ponosan sam što sam predsjednik zemlje u kojoj građani brane svoju demokraciju“.

Bitna pitanja koja je razmotrio senat:

Izjavama protivnika zahtjeva koje osporava podnositeljica zahtjeva s gledišta Ustava ne može se prigovoriti i stoga ne predstavljaju povredu prava podnositeljice zahtjeva na jednakost izgleda političkih stranaka.

1. Savezni predsjednik predstavlja državu i narod Savezne Republike Njemačke u odnosu na druge zemlje i u zemlji, te bi trebao utjelovljivati jedinstvo države. Obnašatelj funkcije Saveznog predsjednika u praksi načelno sam odlučuje o tome na koji će način ostvarivati svoje reprezentativne zadaće i integrativnu ulogu. Ukoliko je jedna od bitnih zadaća Saveznog predsjednika da svojim javnim nastupima vidno demonstrira jedinstvo društva i potiče ga autoritetom svoje funkcije, utoliko mora imati široku slobodu. Savezni predsjednik može ispuniti očekivanja koja se povezuju s njegovom funkcijom samo ako se, sukladno svojim procjenama, može osvrnuti na teme društvenog razvoja i općih političkih izazova, te pritom kod odabira tema imati jednaku slobodu kao i kod odluke o tome koji je oblik komunikacije u datom slučaju primjeren. Saveznom predsjedniku stoga, čak ni kad ukazuje na pogrešne razvojne trendove ili upozorava na opasnosti i pritom imenuje krug osoba ili osobe za koje smatra da su ih prouzročile, ne trebaju zakonske ovlasti izvan ovlaštenja da javno izražava mišljenje, koje je imanentno njegovoj funkciji.

2. Djelovanje Saveznog predsjednika ograničeno je obvezom da mora poštivati Ustav i zakone. U prava koja Savezni predsjednik mora poštivati ubraja se pravo političkih stranaka na jednakost izgleda iz čl. 21. st. 1. Temelnog zakona u vezi s čl. 38. st. 1. Temelnog zakona ili čl. 28. st. 1. Temelnog zakona, kad se radi o jednakosti izgleda na izborima. Negativan učinak na jednakost izgleda u političkom nadmetanju za političku stranku može proizaći i iz javnog iznošenja negativnih vrijednosnih sudova o njezinim ciljevima ili aktivnostima.

3. Kod ustavnopravne kontrole izjava Saveznog predsjednika koje se tiču jednakosti izgleda stranaka mora se uzeti u obzir da je isključivo nadležnost predsjednika da odlučuje o tome na koji će način obavljati svoju funkciju i ostvariti svoju integrativnu ulogu. Do koje će se mjere pritom rukovoditi idealom „neutralnog Saveznog predsjednika“, ni općenito ni u pojedinačnom slučaju, ne podliježe sudskoj kontroli.

S druge strane, bilo bi protivno načelima pravne države kada političke stranke, čije je pravo na jednakost izgleda bitan sastavni dio temeljnog demokratskog poretka, u odnosu na Saveznog predsjednika ne bi imale mogućnost pravne zaštite. Polazeći od toga, čini se uputnim, ali i dovoljnim, da se negativne izjave Saveznog predsjednika protiv neke stranke provjere od strane suda kako bi se utvrdilo je li on očito samovoljno zanemario svoju integrativnu ulogu time što je bio pristran.

4. Polazeći od tog mjerila, izjavama protivnika zahtjeva koje osporava podnositeljica zahtjeva ne može se prigovoriti.

a) Ukoliko podnositeljica zahtjeva smatra da su njezina prava povrijeđena i time što je protivnik zahtjeva javno podržao prosvjede protiv podnositeljice zahtjeva u četvrti Berlin-Hellersdorf, zahtjev nema izgleda za uspjeh. Naime, iz nužno objektivnog tumačenja izjava predsjednika ne može se razabrati da je Savezni predsjednik podržavao, ili čak samo odobravao, nasilne prosvjede protiv podnositeljice. Savezni predsjednik je na početku svog odgovora izričito ukazao na to da se čak ni trganje plakata ne može odobriti. Stoga nije bilo nikakve dvojbe da nipošto ne bi odobravao nasilne sukobe s podnositeljicom zahtjeva. Nadalje je u stvari koja je predmet postupka samo ukazao na slobodu izražavanja mišljenja i slobodu okupljanja te potaknuo na političku polemiku. A za to je imao ovlasti.

b) S ustavnopravnog gledišta se ne može prigovoriti ni upotrebi riječi „luđaci“ u konkretnom kontekstu. Protivnik zahtjeva je time o podnositeljici zahtjeva, te njezinim pristašama i pobornicima, iznio negativan vrijednosni sud, koji bi se, kad bi ga se promatralo izolirano, mogao doimati kao difamacija, te bi ukazivao na neobjektivno isključenje osoba koje su tako nazvane. Međutim, tu je – kao što proizlazi iz duktusa izjava protivnika zahtjeva – naziv „luđaci,“ pored naziva kao što su „ideolozi“ ili „fanatici,“ služio kao zbirni pojam za ljude koji nisu shvatili povijest, te unatoč stravičnim posljedicama nacionalsocijalizma zastupaju ekstremistička desničarska, nacionalistička i antidemokratska uvjerenja. Karikiranje sadržano u nazivu „luđaci“ sudionicima skupa je trebalo ilustrirati ne samo nedokazivost osoba koje su tako nazvane, već i naglasiti da se uzalud nadaju da će uspjeti provesti svoju ideologiju, ako im građani pokažu „gdje je granica“. Time što, nadovezujući se na lekciju koju je trebalo naučiti iz vladavine nepravde u doba nacionalsocijalizma, nazočne poziva na građanski angažman protiv političkih stavova iz kojih, prema njegovom shvaćanju, izvire opasnost za slobodarski demokratski temeljni poredak, a za koje smatra da ih zastupa podnositeljica zahtjeva, protivnik zahtjeva se zalagao za polemiku s takvim stavovima u obliku koji je u skladu s Ustavom, pa time nije prekoračio granice izražavanja negativnog mišljenja u javnosti koje nalaže Ustav.

Četvrti dio

Otvorena državnost
i međunarodna
suradnja

§ 21.

**Prijenos suverenih prava,
Europska unija, NATO,
međunarodno pravo,
međunarodni ugovori
(čl. 23, čl. 24, čl. 25. i čl. 59.
II. Temeljnog zakona)**

40) BVerfGE 6, 309
(Reichskonkordat / Ugovor između Svete Stolice
i Njemačkog Reicha)

[...]

Odluka Drugog senata od 26. ožujka 1957.
- 2 BvG 1/55 -

U ustavnopravnom sporu oko pitanja je li savezna zemlja Donja Saska Dekretom [...] o zakonu o javnom školstvu u Donjoj Saskoj od 14. rujna 1954. povrijedila Ugovor između Svete Stolice i Njemačkog Reicha od 20. srpnja 1933. a time i pravo savezne razine na poštivanje obvezujućih međunarodnih ugovora od strane saveznih zemalja [...]

IZREKA

Zahtjev Savezne vlade se odbacuje.

[...]

OBRAZLOŽENJE

E.

[...]

IV.

1. Nalazu do kojeg se došlo ne može se prigovoriti da je nespojiv s ustavnom obvezom poštivanja međunarodnog prava koja do izražaja dolazi u čl. 25. Temeljnog zakona. Takvo shvaćanje značilo bi pogrešno tumačenje da Temeljni zakon po pitanju obveze poštivanja međunarodnog prava ne ide tako daleko da se pridržavanje postojećih međunarodnih ugovora osigurava obvezatnošću prava koje iz njih proizlazi za zakonodavca. Temeljni zakon ne polazi od toga da se zakonodavstvo ustavnopravno mora obvezati na ugovorno pravo, bilo u korist ugovora kojim se uređuju predmeti koji potpadaju pod nadležnost saveznog zakonodavstva, bilo u korist ugovora saveznih zemalja čiji predmet sukladno Temeljnog zakonu spada u nadležnost zakonodavca saveznih zemalja. Temeljni zakon odgovornost za ispunjenje postojećih međunarodnopravnih ugovornih obveza prepušta nadležnom zakonodavcu. Članak 25. Temeljnog zakona samo „općim normama međunarodnog prava“ priznaje karakter nacionalnog prava i

daje im primat u odnosu na zakone. Učinak te odredbe je da te norme postaju dio njemačkog pravnog poretka bez zakona kojim bi se implementirale, dakle neposredno, te imaju primat pred njemačkim nacionalnim pravom, ali ne i pred ustavnim pravom. Ti pravni postulati stavljaju izvan snage svaku normu njemačkih izvora prava koja je po rangu iza ili je u proturječju s njima. Posebni dogovori iz ugovora, čak i ako se njima utvrđuje objektivno pravo, nemaju takav primat. Zakonodavac dakle ima ovlasti odlučivanja o pravnoj stečevini i tamo gdje postoji ugovorna obveza, ako predmet koji se njome uređuje nisu opći postulati međunarodnog prava.

[...]

41) BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung / Uredba o uređenju tržišta banana)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 103/2000 od 1. kolovoza 2000.

Rješenje od 7. lipnja 2000 .
- 2 BvL 1/97 -

Prethodno pitanje vezano uz Uredbu o uređenju tržišta banana nedopušteno

Drugi senat Saveznog ustavnog suda je na temelju prethodnog pitanja Upravnog suda iz Frankfurta trebao donijeti odluku o tome je li primjena europske Uredbe o zajedničkom uređenju tržišta banana u Saveznoj Republici Njemačkoj spojiva s Temeljnim zakonom.

I.

1. Uredba o zajedničkom uređenju banana (posebice Uredbe EZ 404/93 i 1442/93) razlikuju banane iz Europske unije (podrijetlo iz država članica EZ), banane iz država Afrike, Kariba i Pacifika (podrijetlo iz čitavog niza država AKP-a, potpisnica Sporazuma iz Loméa) i trećih država (ostale zemlje podrijetla).

Banane iz EZ i država AKP-a na otvorenim tržištima cijenom i kvalitetom ne mogu konkurirati banana iz trećih zemalja. U Njemačkoj su prije donošenje predmetnih normi prije svega bile poznate i raširene banane iz trećih zemalja.

Uredba o zajedničkom uređenju tržišta banana trebala bi poticati proizvodnju banana iz EZ i omogućiti prodaju tzv. tradicionalnih banana iz država AKP-a bez carina. Tradicionalnim bananama iz država AKP-a nazivaju se banane iz AKP-a do određene uvozne količine koja odgovara uobičajenoj prodaji.

Za banane iz EZ u tu je svrhu donesena regulativa o subvencijama. Za tradicionalne banane iz AKP-a potrebna je – kao i za sve banane proizvedene izvan EZ - uvozna dozvola, ali su oslobođene carine. Netradicionalne banane iz AKP-a i trećih zemalja mogu se do određenog kontingenta uvoziti po nižim carinskim stopama ili bez carine, dok količine izvan tog kontingenta podliježu višoj carinskoj stopi.

Odgovarajući carinski kontingenti raspodjeljuju se na uvoznike preko uvoznih licenci.

U konačnici regulativa EZ vodi do toga da su cijene koje sudionici na tržištu plaćaju za banane iz trećih zemalja više od cijena banana iz EU i „tradicionalnih“ banana iz država AKP-a.

2. U početnim postupcima razni uvoznici banana uložili su tužbe zbog ograničenja uvoza banana iz trećih zemalja. Upravni sud u Frankfurtu stoga je Sudu Europske zajednice uputio prethodno pitanje je li Uredba o zajedničkom uređenju tržišta banana spojiva s europskim pravom. Nakon što je Sud Europske zajednice odlučio da s obzirom na važenje Uredbe 404/93 ne postoje nikakve dvojbe, Upravni sud u Frankfurtu uputio je Saveznom ustavnom sudu pitanje je li primjena odredaba o uvozu banana spojiva s Temeljnim zakonom. Prema njegovom shvaćanju odredbe predstavljaju povredu prava poduzeća uvoznika koji su podigli tužbu na vlasništvo (čl. 14. st. 1. Temeljnog zakona), na slobodan izbor zanimanja [odnosno obavljanje profesionalne djelatnosti] (čl. 12. st. 1. Temeljnog zakona) i prava na jednakost (čl. 3. st. 1. Temeljnog zakona). Uslijed Uredbe o zajedničkom uređenju tržišta banana tužitelji su od 1. srpnja 1993. bez prijelaznih odredaba mogli u Saveznu republiku Njemačku uvesti manje od 50% ranije uvezenih količina banana iz trećih zemalja. To obezvrjeđuje njihovo vlasništvo nad proizvodnim pogonima i ograničava njihovo pravo na obavljanje profesionalne djelatnosti na protuustavan način, posebice zbog toga što ne postoje prijelazne odredbe.

Upravni sud u Frankfurtu smatra da je prethodno pitanje upućeno Saveznom ustavnom sudu dopušteno. Doduše, Sud Europske zajednice (SEZ) je zakonit sudac s obzirom da se radi o normama sekundarnog prava Europske zajednice. SEZ je zaniijekao da se radi o povredi europskog prava. No ukoliko sud koji postavlja prethodno pitanje smatra da sudska praksa SEZ-a ne osigurava zaštitu temeljnih prava zajamčenu Temeljnim zakonom, ne poštuje međunarodnopravne obveze Savezne Republike Njemačke iz Općeg sporazuma o carinama i trgovini (GATT) ili

ne poduzima ništa protiv postupanja zakonodavca EZ koje izlazi iz okvira odredaba Ugovora o EZ ili predstavlja njihovu povredu, postavlja se pitanje primata primjene europskog prava.

Od odluke o Ugovoru iz Maastrichta (BVerfGE 89, 155) Savezni ustavni sud je svoju nadležnost za kontrolu i odbacivanje normi proširio i na akte Europske zajednice koji su važeći i u Njemačkoj. Za razliku od situacije nakon odluke „Solange II” (Sve dok ...), Savezni ustavni sud opet izričito obnaša ovlasti kontrole, premda u suradnji sa Sudom Europske zajednice.

Savezni ustavni sud je Upravnom sudu ukazao na to da je nakon odluke o prethodnom pitanju Sud Europske zajednice 26. studenog 1996. donio odluku sukladno kojoj čl. 30. Uredbe EZ 404/93 Komisiju obvezuje na donošenje svih nužnih prijelaznih mjera. Te prijelazne mjere bi trebale omogućiti rješenje problema, koji su nastali nakon uvođenja zajedničkog uređenja tržišta, ali su prouzročeni stanjem nacionalnih tržišta prije donošenja Uredbe.

Predsjedajući vijeća koje je postavilo prethodno pitanje odgovorio je na taj dopis Saveznog ustavnog suda. Ukazujući na navode iz podneska prikazao je da čl. 30. Uredbe EZ 404/93 ne nudi povod za otklanjanje povrede temeljnih prava. Ne radi se o strogosti zakona u pojedinačnom slučaju koju zakonodavac uredbe uopće nije sagledao ili ne sagledava na taj način, već se radi o svjesnoj strogosti.

II.

U rješenju od 7. lipnja 2000. Drugi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je sljedeće:

Prethodno pitanje nije dopušteno.

Kao što je senat ustanovio u svojoj odluci „Solange II” 1986. godine, Europske zajednice, a posebice sudska praksa Suda Europske zajednice, jamče učinkovitu zaštitu temeljnih prava u odnosu na suverenu vlast Europske zajednice.

Ona je u biti jednaka zaštiti temeljnih prava koju bezuvjetno nalaže Temeljni zakon. Sve dok je to tako, Savezni ustavni sud neće obnašati jurisdikciju glede primjenjivosti propisa izvedenih iz europskog prava. Prethodna pitanja u vezi normi sekundarnog prava Europske zajednice upućena Saveznom ustavnom sudu stoga nisu dopuštena (BVerfGE 73, 339). Toga se senat držao i u odluci o Ugovoru iz Maastrichta. Senat je ondje istakao: Savezni ustavni sud svojom nadležnošću u suradnji s Sudom Europske zajednice osigurava učinkovitu zaštitu temeljnih prava stanovnika Njemačke i općenito u odnosu na suverenu vlast Europskih zajednica. Sud Europske zajednice je pod preduvjetima koje je Savezni ustavni sud formulirao u odluci „Solange II” nadležan i za zaštitu temeljnih prava građana Savezne Republike Njemačke u odnosu na pravne akte nacionalne (njemačke) javne vlasti, koji su doneseni na osnovu sekundarnog prava EZ-a. Savezni ustavni sud će u svoju nadležnost preuzeti tek i samo onda, ako je Sud Europske zajednice

odstupio od standarda temeljnih prava koja je senat definirao u odluci „Solange II“.

Ta je sudska praksa potvrđena čl. 23. st. 1. al. 1. Temeljnog zakona koji je dodan Zakonom od 21. prosinca 1992.

Time su, kao i do tada, ustavne tužbe i prethodna pitanja sudova unaprijed nedopuštena, ako u obrazloženju nije prikazano da je razvoj europskog prava uključujući sudsku praksu Suda Europske zajednice nakon donošenja odluke „Solange II“ pao ispod nužnog standarda temeljnih prava. Zbog toga u obrazloženju podneska nekog suda treba detaljno prikazati da u datom slučaju općenito nije zajamčena neophodno nužna pravna zaštita. To iziskuje usporedbu zaštite temeljnih prava na nacionalnoj razini i na razini Europske zajednice, na način kao što je to učinio Savezni ustavni sud u odluci „Solange II“.

Ovdje to nedostaje. Obrazloženje prethodnog pitanja temelji se na pogrešnom shvaćanju odluke o Ugovoru iz Maastrichta, pa stoga ne ispunjava pretpostavke dopuštenosti. Sud koji postavlja prethodno pitanje smatra da Savezni ustavni sud nakon odluke o Ugovoru iz Maastrichta opet izričito obnaša ovlasti kontrole unatoč odluci „Solange II“, premda u suradnji sa Sudom Europske zajednice. To se ne može razabrati iz Odluke o Ugovoru iz Maastrichta. Ne postoji proturječje između odluka „Solange II“ i „Maastricht“. Senat u odluci o Ugovoru iz Maastrichta ni na jednom mjestu nije napustio svoje shvaćanje o razgraničenju nadležnosti jurisdikcije Suda Europske zajednice u odnosu na nadležnost Saveznog ustavnog suda i obrnuto.

Osim toga, u predmetnom slučaju postojao je poseban povod za detaljno izlaganje u vezi negativnog razvoja standarda [zaštite] temeljnih prava u sudskoj praksi Suda Europske zajednice. To proizlazi iz već spomenute odluke SEZ-a od 26. studenog 1996. koja sadrži obvezu Komisije da donese sve prijelazne mjere koje smatra nužnima. Okolnost da je samo predsjedajući vijeća Upravnog suda odgovorio na odgovarajući ukaz Saveznog ustavnog suda ima za posljedicu nedopuštenost tog očitovanja već iz formalnih razloga, kao što je to senat izložio u daljnjem slijedu. Uostalom, Upravni sud nije mogao ustanoviti općenit pad standarda [zaštite] temeljnih prava s obzirom na tu odluku Suda Europske zajednice.

42) BVerfGE 118, 244 (Afghanistan-Einsatz / Misija u Afganistanu)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 72/2007 od 3. srpnja 2007.

Odluka od 3. srpnja 2007.
- 2 BvE 2/07 -

Odbačena tužba kluba zastupnika Ljevice protiv sudjelovanja izviđačkih zrakoplova „Tornado“ u Afganistanu

Tužba kluba zastupnika Ljevice (stranaka PDS i Die Linke) protiv tijela državne vlasti, odnosno Savezne vlade, koja se odnosi na sudjelovanje njemačkih oružanih snaga u misiji *Međunarodnih snaga za podršku sigurnosti u Afganistanu* (ISAF) je odbačena. Drugi senat Saveznog ustavnog suda u svojoj je odluci od 3. srpnja 2007. ustanovio da Savezna vlada svojom odlukom da se u Afganistan pošalju izviđački zrakoplovi tipa „Tornado“ nije povrijedila prava Bundestaga iz čl. 59. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona u vezi s čl. 24. st. 2. Temeljnog zakona. Misija ISAF-a pod vodstvom NATO-a u Afganistanu služi sigurnosti euroatlantskog prostora, pa stoga ne izlazi iz okvira bitnih strukturalnih odluka iz Ugovora o Sjevernoatlantskom savezu. Osim toga, ne postoje polazišta za strukturalno odvajanje NATO-a od njegove mirovne orijentacije. (U vezi pozadine tog postupka, vidi Priopćenja za tisak br. 36 i 37/2007 od 30. ožujka 2007.)

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

I. Zahtjevi su dopušteni, a podnositeljica zahtjeva ima ovlasti podnošenja zahtjeva. Podnositeljica je iznijela dostatne navode o tome da bi osporene mjere mogle predstavljati povredu prava Bundestaga koja su mu prenesena Ustavom.

Za ugovore kojima se uređuju politički odnosi Savezne Republike Njemačke sukladno čl. 59. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona potrebna je suglasnost zakonodavnih tijela u obliku saveznog zakona. Svojom suglasnošću za zakon o ratifikaciji donji i gornji dom parlamenta (Bundestag i Bundesrat) određuju opseg obveza Savezne Republike Njemačke koje proizlaze iz međunarodnog ugovora i za to snose trajnu političku odgovornost prema građanima. Bitna odstupanja od ugovorne osnove stoga više nisu pokrivena prvobitnim zakonom o ratifikaciji. Ako bi Savezna vlada

proširila takav ugovor izvan svojih ovlaštenja, to bi predstavljalo povredu prava Bundestaga na sudjelovanje u obnašanju vanjskopolitičkih ovlasti.

Postoji još jedno ograničenje za daljnji razvoj međunarodnog ugovora koji predstavlja osnovu sustava uzajamne kolektivne sigurnosti u smislu čl. 24. st. 2. Temeljnog zakona. Prema čl. 24. st. 2. Temeljnog zakona Savezna Republika Njemačka se „radi očuvanja mira može uključiti u sustav uzajamne kolektivne sigurnost“. S ustavnopravnog gledišta je uključivanje Savezne Republike Njemačke u takav sustav i trajno sudjelovanje u njemu moguće uz nužni preduvjet očuvanja mira. S ustavnopravnog gledišta je zabranjena i preobrazba sustava koji je prvobitno ispunjavao zahtjeve iz čl. 24. st. 2. Temeljnog zakona u sustav koji više ne služi očuvanju mira, što stoga nije pokriveno ni sadržajem zakona o ratifikaciji.

II. Zahtjevi su neosnovani. Nije došlo do povrede prava Bundestaga iz čl. 59. st. 2. al. 1. Temeljnog zakona u vezi s čl. 24. st. 2. Temeljnog zakona.

1. Misija ISAF-a pod vodstvom NATO-a u Afganistanu služi sigurnosti euroatlantskog prostora. Stoga potpada pod program integracije temeljem Ugovora o Sjevernoatlantskom savezu za koji je prema zakonu o ratifikaciji tog ugovora suodgovoran Bundestag.

a) Regionalna poveznica kao ključni element programa integracije temeljem Ugovora o NATO-u od samog početka nije značila da vojne intervencije NATO-a moraju biti ograničene samo na područje država članica NATO-a. Cilj uspostavljanja NATO-a kao zajedničkog sustava nekoliko država za obranu od vojnih napada izvana, od samog početka implicitno je podrazumijevao i vojne intervencije s ciljem obrane izvan teritorija NATO-a, odnosno na teritoriju države koja je izvršila napad. Utoliko pored vojne obrane od napada izvana i objektivno i vremenski povezana komplementarna intervencija kao reakcija na krizu na području države koja je izvršila napad još potpada pod regionalno ograničenje Ugovora o NATO-u.

b) Stoga se u misiji ISAF-a u Afganistanu ne razbire da se NATO udaljio od svog regionalnog okvira djelovanja. Naime, ta je misija očigledno usmjerena na to da se očuva ne samo sigurnost Afganistana, već upravo i sigurnost euroatlantskog prostora od budućih napada. Misija ISAF-a od početka je služila cilju omogućavanja i osiguranja civilne obnove Afganistana, kako bi se na taj način spriječilo da ponovno ojačaju Talibani, Al-Qaida i druge skupine koje ugrožavaju mir. Sigurnosni interesi Sjevernoatlantskog saveza trebali bi se očuvati i time što se od stabilne državne vlasti u Afganistanu u budućnosti ne bi mogla očekivati agresivna politika koja bi ugrožavala mir, bez obzira radi li se o aktivnom djelovanju same države ili nepoduzimanju radnji s obzirom na nastojanja terorista na području te države. Odgovorne osobe na razini NATO-a smjele su i smiju poči od toga da osiguranje civilne obnove Afganistana neposredno doprinosi i vlastitoj sigurnosti unutar euroatlantskog prostora.

2. Misija ISAF-a u Afganistanu u skladu sa stvarnim izvršenjem te načinom na koji je politički definirana u odgovarajućim odlomcima teksta deklaracija donesenih

na summitu u Rigi, ne sadrži polazišta za strukturalno odvajanje NATO-a od njegova cilja očuvanja mira (čl. 24. st. 2. Temeljnog zakona). Karakter Ugovora o Sjevernoatlantskom savezu nije se vidno promijenio uslijed misije ISAF-a u Afganistanu i tamošnjom suradnjom u okviru operacije „Trajna sloboda“ (*Operation Enduring Freedom*). ISAF i operacija „Trajna sloboda“ slijede odvojene ciljeve, imaju različitu pravnu osnovu i jasno razgraničeno područje odgovornosti. Dok operacija „Trajna sloboda“ prije svega služi neposrednom suzbijanju terorizma, ISAF služi očuvanju sigurnosti u Afganistanu kako bi se stvorila osnova za civilnu obnovu države. Suradnjom između tih misija, koje bi trebale povećati sigurnost u Afganistanu, ta pravna i stvarna razgraničenja nisu dokinuta. Da se ne može govoriti o integriranim borbenim misijama proizlazi već iz odluke Savezne vlade o odašiljanju izvidničkih zrakoplova tipa „Tornado“. U skladu s tom odlukom zrakoplovi tipa „Tornado“ trebalo bi imati zadaće izviđanja, te nije predviđeno da budu potpora iz zraka jer su ti zrakoplovi opremljeni samo oružjem za vlastitu zaštitu. Što se tiče prosljeđivanja rezultata izviđanja operaciji „Trajna sloboda“, ono je sukladno navedenoj odluci na temelju operativnog plana NATO-a za ISAF predviđeno samo „ako je to nužno za provedbu operacije ISAF-a ili radi sigurnosti snaga ISAF-a“.

43) BVerfGE 123, 267 (Lissabon / Lisabonski ugovor)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 72/2009 od 30. lipnja 2009.

Odluka od 30. lipnja 2009.
- 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08,
2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 -

Zakon o ratifikaciji Lisabonskog ugovora spojiv s Temeljnim zakonom; popratni zakon protuustavan, ako se zakonodavnim tijelima ne ustupe dovoljna prava sudjelovanja

Drugi senat Saveznog ustavnog suda danas je odlučio da je Zakon o ratifikaciji Lisabonskog ugovora spojiv s Temeljnim zakonom. Za razliku od toga, Zakon o

proširenju i jačanju prava Bundestaga i Bundesrata u pitanjima Europske unije predstavlja povredu čl. 38. st. 1. u vezi s čl. 23. st. 1. Temeljnog zakona, budući da se Bundestagu i Bundesratu ne daju dovoljna prava sudjelovanja u okviru europskih procedura donošenja pravnih propisa i izmjena ugovora. Isprava o ratifikaciji Lisabonskog ugovora Savezne Republike Njemačke ne smije se položiti tako dugo dok na snagu ne stupi konkretna zakonska norma kojom se uređuju prava sudjelovanja parlamenta, kao što nalaže Ustav. Odluka je donesena jednoglasno, a s obzirom na obrazloženje sa sedam glasova „za“ i jednim glasom „protiv“ (U vezi činjeničnog stanja usporedi Priopćenja za tisak br. 2/2009 od 16. siječnja 2009. i br. 9/2009 od 29. siječnja 2009).

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Pregled glavnih aspekata odluke

Odluka se usredotočuje na povezanost između demokratskog sustava na saveznoj razini koji propisuje Temeljni zakon, te dostignute razine samostalnog obnašanja suverenih ovlasti na europskoj razini. Strukturni problem Europske unije postavlja se u središte ustavne kontrole: opseg političke moći Europske unije je, naposljetku i kroz Lisabonski ugovor, stalno i znatno rastao, tako da Europska unija u nekim područjima politike raspolaže ovlastima koje odgovaraju onima federalne države i analogne su ovlastima države. Za razliku od toga, interni postupci odlučivanja i imenovanja, uglavnom analogno međunarodnom pravu, slijede uzor međunarodne organizacije. Europska unija je i dalje u bitnim crtama ustrojena prema načelu jednakosti država.

Sve dok u okviru osnivanja europske savezne države jedinstven europski narod kao subjekt legitimiteta ne može politički djelotvorno formulirati volju većine vodeći računa o načelu jednakosti, narodi država članica Europske unije i dalje su mjerodavni nositelji javne vlasti, uključujući i vlast u Europskoj uniji. Za pristupanje europskoj saveznoj državi u Njemačkoj bi se morao donijeti novi Ustav, kojim bi se paralelno deklariralo odricanje od suvereniteta koju jamči Temeljni zakon. U predmetnom slučaju ne radi se o takvom aktu. Europska unija i dalje predstavlja međunarodnopravno utemeljenu zajednicu država koja trajno počiva na ugovornoj volji suverenih država. Primarna odgovornost za integraciju u rukama je nacionalnih ustavnih tijela koja djeluju u ime svojih naroda. S obzirom na sve veće nadležnosti i daljnje osamostaljenje tijela Europske unije, nužna su osiguranja koja bi popratila taj razvoj, kako bi se očuvalo fundamentalno načelo ograničenih pojedinačnih ovlasti koje podliježu kontroli država članica. U uvjetima uznapredovale integracije treba očuvati i normativnu slobodu država članica bitnu za ostvarivanje demokratskog formiranja volje. Posebice treba zajamčiti da odgovornost za integraciju i dalje zadrže državna predstavnička tijela pojedinih naroda.

Širenjem nadležnosti Europskog parlamenta može se smanjiti, ali ne i zatvoriti jaz između opsega ovlasti odlučivanja tijela Europske unije i demokratske faktičke

moći građana. Europski parlament ni po svom sazivu ni unutar europskog ustroja nadležnosti ne raspolaže dovoljnim sredstvima za donošenje reprezentativnih i pouzdanih većinskih odluka kod ključnih političkih pitanja. Polazeći od zahtjeva demokracije koji vrijede za pojedine države, može se ustanoviti da zastupnici Europskog parlamenta nisu birani prema načelu jednakosti, a kod nadnacionalnog ujednačavanja interesa između država članica Europski parlament nije pozvan da donosi ključne mjerodavne političke odluke. Zbog toga na njemu ne može počivati niti parlamentarna vlada, niti se po pitanju stranačke politike može organizirati prema shemi vladajućih stranaka nasuprot opozicije, kako da bi odluka europskih birača o nekom usmjerenju politički uopće mogla biti djelotvorna. S obzirom na taj strukturalni demokratski deficit, koji se ne može razriješiti unutar zajednice država, daljnji koraci prema integraciji u odnosu na postojeće stanje ne bi smjeli potkopati ni mogućnost država da kreiraju politiku, ni načelo ograničenih pojedinačnih ovlasti.

Ustavotvorna vlast počiva na narodima država članica EU. Temeljni zakon posebnim tijelima zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti ne dopušta da odlučuju o temeljnim elementima Ustava, dakle o ustavnom identitetu (čl. 23. st. 1. al. 3, čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona). Ustavni identitet je neotuđivi element demokratskog samoodređenja naroda. Radi očuvanja djelotvornosti biračkog prava i očuvanja demokratskog samoodređenja nužno je da Savezni ustavni sud u okviru svoje nadležnosti bdije nad time da „zajednička vlast“ ili vlasti Europske unije svojim suverenim aktima ne povrijede ustavni identitet i vidno ne prekorače nadležnosti koje su im dane. Budući da se Lisabonskim ugovorom još jednom povećava prijenos ovlasti i osamostaljenje postupaka odlučivanja, to stoga iziskuje učinkovitu kontrolu prekoračenja ovlasti (kontrola *ultra vires*) i kontrolu identiteta pravnih akata europskog podrijetla u području primjene Savezne Republike Njemačke.

2. O mjerilu provjere

a) Zakon o ratifikaciji Lisabonskog ugovora sud ocjenjuje polazeći od mjerila biračkog prava. Budući da je biračko pravo izjednačeno s temeljnim pravima, u slučaju njegove povrede može se uložiti prigovor, odnosno ustavna tužba (čl. 38. st. 1. al. 1. u vezi s čl. 93. st. 1. toč. 4a Temeljnog zakona). Ono konkretizira pravo na demokratsko samoodređenje, na slobodno i ravnopravno sudjelovanje u obnašanju državne vlasti u Njemačkoj, te na poštivanje načela demokracije, uključujući poštivanje ustavotvorne vlasti naroda. Provjera povrede biračkog prava ovdje obuhvaća i zadiranje u načela koja su utvrđena čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona kao „identitet ustava“. Pravo građana da slobodno i ravnopravno na izborima i referendumima osobno i objektivno odlučuju o javnoj vlasti koja ih se tiče, utemeljeno je u dostojanstvu čovjeka i elementarna je sastojnica načela demokracije. Načelo demokracije ne podliježe odvagivanju. Izmjena Temeljnog zakona, koja bi zadirala u načela utvrđena u čl. 1 i čl. 20. Temeljnog zakona, nije dopuštena (čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona). Tzv. „klauzulom vječnosti“ (jamstvo vječnosti ili nepromjenjivih načela) ovlast raspolaganja identitetom slobodarskog

ustavnog poretka oduzima se i zakonodavcu koji mijenja Ustav. Ustavotvorna vlast predstavnicima i tijelima naroda nije dala mandat za izmjene temeljnih ustavnih načela sukladno čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona.

b) Konceptija načela demokracije Temeljnog zakona istovremeno je otvorena za cilj da se Njemačka uključi u međunarodni i europski mirovni poredak. Njemački ustav usmjeren je na otvorenost državnog sustava vlasti za miroljubivu suradnju nacija i europsku integraciju. Ni ravnopravna integracija u Europsku uniju, niti uključivanje u mirovne sustave poput Ujedinjenih naroda ne vode nužno do promjene sustava obnašanja javne vlasti Savezne Republike Njemačke. Štoviše, radi se o dragovoljnom, uzajamnom i ravnopravnom (ob)vezivanju s ciljem osiguranja mira i jačanja mogućnosti kreiranja politike kroz zajednički koordinirano djelovanje. Ustavni nalog, koji proizlazi iz čl. 23. st. 1. i preambule Temeljnog zakona, ostvarivanja ujedinjene Europe za njemačka ustavna tijela znači da sudjelovanje u europskim integracijama ne podliježe njihovom političkom nahođenju. Intencija izražena Temeljnim zakonom je ostvarivanje međunarodnog mirovnog poretka i europske integracije, pa stoga ne vrijedi samo načelo poštivanja međunarodnog prava, već i načelo poštivanja europskog prava.

c) Međutim, ovlaštenje za prijenos suverenih ovlasti na Europsku uniju sukladno čl. 23. st. 1. Temeljnog zakona uvjetovano je očuvanjem suverene ustavne državnosti na temelju prihvatljivog programa integracije prema načelu ograničenog pojedinačnog ovlaštenja i uz poštivanje ustavnopravnog identiteta države članice, pri čemu Savezna Republika Njemačka ne smije izgubiti svoju sposobnost da u vlastitoj odgovornosti samostalno politički i društveno oblikuje životne uvjete. Članak 23. st. 1. i preambula Temeljnog zakona ne sadrže izjave o konačnom karakteru političkog ustrojstva Europe. Temeljni zakon člankom 23. daje ovlaštenje za uključivanje u Europsku uniju koja je koncipirana kao udružena država i sudjelovanje u njenom razvoju. Pojam udruženja obuhvaća uže trajno povezivanje suverenih država, koje na ugovornoj osnovi obnaša javnu vlast, ali njegov temeljni poredak potpada isključivo pod ovlasti odlučivanja država članica, a narodi, to jest građani koji su državljanima država članica, ostaju subjekti demokratskog legitimiteta. Europska unija mora udovoljavati demokratskim načelima, kako s obzirom na njihovu vrstu i opseg, tako i s obzirom na organizacijsko i postupovno-pravno uređenje (čl. 23. st. 1, čl. 20. st. 1. i 2. u vezi s čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona). To prije svega znači, da europska integracija ne smije dovesti do potkopavanja demokratskog sustava vladavine u Njemačkoj. Doduše, određeni broj ili određena vrsta suverenih prava ne mora ostati u rukama države. Međutim, europsko ujedinjenje na osnovi ugovorne unije suverenih država ne smije se ostvariti na način da države članice više nemaju dovoljno prostora za političko oblikovanje gospodarskih, kulturnih i društvenih životnih uvjeta. To vrijedi posebice za područja koja su bitna za životne uvjete građana, te utječu prije svega na njihovu privatnu sferu, koja potpada u vlastitu odgovornost i zaštićena je temeljnim pravima, te osobnu i socijalnu sigurnost, kao i za političke odluke koje su posebice upućene na poznavanje kulturnih, povijesnih i jezičnih datosti,

te u prostoru koji je organiziran preko političkih stranaka i parlamenata podliježu javnom diskursu. Ukoliko u je u tim područjima koja su posebno značajna za demokraciju uopće moguć prijenos suverenih prava, treba ih tumačiti u užem smislu. To vrijedi prije svega za kazneno pravosuđe, ovlasti u kojima policija i vojska imaju monopol, načelne fiskalne odluke o prihodima i rashodima, te socijalno-političko oblikovanje životnih uvjeta kao i kulturno značajne odluke koje se odnose na odgoj, obrazovanje, ustroj medija i odnos prema vjerskim zajednicama.

d) Temeljni zakon ne daje ovlasti njemačkim državnim tijelima za prijenos takvih suverenih prava, iz čijeg bi se ostvarivanja samostalno mogle izvesti daljnje nadležnosti. Temeljni zakon brani prijenos nadležnosti za nadležnost. Načelo ograničene pojedinačne ovlasti stoga nije samo načelo europskog prava (čl. 5. st. 1. Ugovora o Europskim zajednicama; čl. 5. st. 1. al. 1. i st. 2. Ugovora o Europskoj uniji u verziji iz Lisabona), već kao i obveza Europske unije na poštivanje identiteta država članica (čl. 6. st. 3. Ugovora o EU; čl. 4. st. 2. al. 1. Lisabonskog ugovora) preuzima ustavna načela država članica. Program integracije Europske unije stoga mora biti dostatno definiran. Ukoliko države članice ugovorno pravo uređuju na način da je uz načelno daljnje važenje načela ograničene pojedinačne ovlasti moguća izmjena ugovornog prava bez postupka ratifikacije, Savezna vlada, kao i zakonodavna tijela, imaju posebnu odgovornost u okviru suodlučivanja, koja u Njemačkoj mora udovoljavati nacionalnim zahtjevima iz čl. 23. st. 1. Temelnog zakona (odgovornost za integraciju). Zakon o ratifikaciji izmjena nekog europskog ugovora i nacionalni popratni zakoni moraju biti takvi da se europska integracija može promicati prema načelu ograničene pojedinačne ovlasti, a da Europska unija pritom ne može prisvojiti nadležnost za nadležnost, ni povrijediti ustavni identitet država članica, u ovom slučaju identitet Temelnog zakona, koji se ne smije podrediti integraciji. Kod graničnih slučajeva koji su u ustavnopravnom smislu još dopušteni, njemački zakonodavac u svojim popratnim zakonima uz ratifikaciju mora predvidjeti mjere za dostatno ostvarivanje odgovornosti zakonodavnih tijela za integraciju.

e) Savezni ustavni sud provjerava jesu li pravni akti europskih tijela i institucija - poštujući načelo supsidijarnosti europskog prava (čl. 5. st. 2. UEZ; čl. 5. st. 1. al. 2 i st. 3. Lisabonskog ugovora) - u granicama suverenih prava koja su im ustupljena temeljem ograničenog pojedinačnog ovlaštenja (kontrola *ultra vires*). Osim toga, Savezni ustavni sud provjerava je li očuvana nepovrediva jezgra ustavnog identiteta sukladno čl. 23. st. 1. al. 3. u vezi s čl. 79. st. 3. Temelnog zakona (kontrola identiteta). Obnašanje tih ustavnopravno nužnih nadležnosti provjere služi očuvanju temeljnih političkih i ustavnih struktura suverenih država članica prema čl. 4. st. 2. al. 1. Lisabonskog ugovora i u uvjetima uznapredovale integracije. Kod konkretnog obnašanja ono slijedi načelo otvorenosti Temelnog zakona prema europskom pravu.

3. O supsumpciji

a) Ne postoje značajne ustavnopravne dvojbe protiv Zakona o ratifikaciji Lisabonskog ugovora.

aa) Europska unija ni kod stupanja Lisabonskog ugovora na snagu još neće poprimiti oblik koji bi bio analogan državi koji bi stoga morao odgovarati razini legitimacije demokratski ustrojenih država. Ona nije federalna država, već udruženje suverenih država u kojem vrijedi načelo ograničenog pojedinačnog ovlaštenja. Europski parlament nije predstavničko tijelo suverenog europskog naroda, već nadnacionalno predstavničko tijelo naroda država članica, tako da se na njega ne primjenjuje načelo jednakosti biračkih prava koje je zajedničko europskim državama. Druge odredbe iz Lisabonskog ugovora, kao što je dvostruka kvalificirana većina u Vijeću (čl. 16. st. 4. Lisabonskog ugovora, čl. 238. st. 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije), participacijski, asocijacijski i direktni elementi demokracije (čl. 11. Lisabonskog ugovora) te institucionalno priznanje nacionalnih parlamenata (čl. 12. Lisabonskog ugovora) ne mogu kompenzirati deficit europskih suverenih vlasti sukladno zahtjevima demokracije koji vrijede za države, ali ipak povećavaju razinu legitimnosti udruženja država.

b) Savezna Republika Njemačka nakon stupanja Lisabonskog ugovora na snagu ostaje suverena država, te je i dalje zaštićena posebice supstanca njemačke državne vlasti. Raspodjela i razgraničenje nadležnosti Europske unije u odnosu na nadležnosti država članica uslijedit će prema načelu ograničenog pojedinačnog ovlaštenja i daljnjih materijalno-pravnih zaštitnih mehanizama, posebice regulative o obnašanju nadležnosti. Prijenos suverenih ovlasti na EU koji se na taj način može kontrolirati i zastupati, ne dovodi se u pitanje pojedinim odredbama Lisabonskog ugovora. To vrijedi prije svega za pojednostavljeni postupak donošenja izmjena (usp. posebice čl. 48. st. 6. Lisabonskog ugovora). „Suglasnost“ Savezne Republike Njemačke u pojednostavljenom postupku donošenja izmjena pretpostavlja zakon u smislu čl. 23. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona kao *lex specialis* uz čl. 59. st. 2. Temeljnog zakona.

cc) Ako opća prijelazna klauzula iz čl. 48. st. 7. Lisabonskog ugovora omogućava prelazak s načela jednoglasnosti na načelo kvalificirane većine kod donošenja odluka Vijeća, ili prelazak s posebnog na redovan legislativni postupak, radi se također o izmjenama ugovora koje treba ocijeniti prema čl. 23. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona. Pravo nacionalnih parlamenata (čl. 48. st. 7. Podstavak 3. Lisabonskog ugovora) da odbiju takve izmjene nije dovoljan ekvivalent pridržaju ratifikacije. Predstavnik njemačke vlade u Europskom vijeću stoga se smije suglasiti s izmjenama ugovora temeljem primjene opće prijelazne klauzule samo ako Bundestag i Bundesrat, unutar roka koji još treba definirati, a oslanja se na svrhu čl. 48. st. 7. podstavak 3. Lisabonskog ugovora, usvoje zakon sukladno čl. 23. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona. To vrijedi također i za slučaj da se primjenjuje posebna prijelazna klauzula prema čl. 81. st. 3. podstavak 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

dd) Zakon u smislu čl. 23. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona nije nužan ako posebne prijelazne klauzule nisu ograničene na stručna područja koja su već dostatno određena Lisabonskim ugovorom i ne predviđaju pravo nacionalnih parlamenata na odbijanje suglasnosti. Međutim, i u tom slučaju Bundestag, a ako se to tiče zakonodavnih ovlasti saveznih zemalja i Bundesrat, treba preuzeti odgovornost za integraciju na neki drugi primjereni način. Od prava veta u Vijeću se i kod predmeta koji su objektivno već definirani ugovorima ne smije odustati bez uključivanja zakonodavnih tijela. Predstavnik njemačke vlade u Europskom vijeću ili Vijeću ministara stoga svoju suglasnost za izmjenu primarnog prava primjenom posebne prijelazne klauzule smije dati u ime Savezne Republike Njemačke samo ako su Bundestag - a ako regulativa o zakonodavstvu to iziskuje i Bundesrat - unutar roka koji još treba definirati, a oslanja se na svrhu čl. 48. st. 7. podstavak 3. Lisabonskog ugovora, dali svoju suglasnost za takvu odluku.

ee) I klauzula o fleksibilnosti iz čl. 352. Ugovora o funkcioniranju Europske unije može se protumačiti na način da njemačka zakonodavna tijela moraju moći predvidjeti i definirati program integracije koji se namjerava ostvariti određenim propisima. S obzirom na neodređenost mogućih slučajeva primjene, korištenje klauzule o fleksibilnosti s ustavnopravnog gledišta pretpostavlja ratifikaciju od strane Bundestaga i Bundesrata na temelju čl. 23. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona.

ff) Na nadležnost kontrole Saveznog ustavnog suda koju nalaže Ustav ne utječe Izjava br. 17 o primatu priložena Jedinostvenom europskom aktu uz Lisabonski ugovor. Osnova i granice za važenje prava EU u Saveznoj Republici Njemačkoj je nalog za primjenu prava sadržan u Zakonu o ratifikaciji, koji se može dati samo u okviru važećeg ustavnog poretka. Stoga nije od presudnog značaja je li primat primjene prava EU – koji je Savezni ustavni sud načelno priznao za pravnu stečevinu Zajednice – predviđen samim ugovorima ili u Izjavi br. 17, koja je priložena Jedinostvenom europskom aktu uz Lisabonski ugovor.

gg) Nove ili veće nadležnosti na području pravosudne suradnje u kaznenim i građanskim predmetima, vanjskotrgovinskih odnosa, zajedničke obrane te kod socijalnih pitanja koje se uspostavljaju Lisabonskim ugovorom iziskuju tumačenje Ugovora u skladu s njegovom svrhom, a tijela Europske unije ih, kako bi se izbjegla protuustavnost, moraju obnašati tako da na razini država članica postoje zadaće koje, kako po svom opsegu tako i po supstanci, imaju dovoljnu težinu, a pravno i praktički su zadaća „žive“ demokracije. Pritom posebice treba voditi računa o sljedećem:

Zbog posebno osjetljivih utjecaja kaznenih i kazneno-procesnih normi na demokratsko samoodređenje, odgovarajuću ugovornu osnovu za takve nadležnosti treba tumačiti striktno, a nipošto ekstenzivno, i za njihovo korištenje potrebno je posebno opravdanje.

Da se korištenjem dinamičkih blanketnih ovlaštenja prema čl. 83. st. 1. podstavak 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije „ovisno o kretanju

kriminaliteta“ proširi katalog posebno teških prekograničnih kaznenih djela, u stvari predstavlja proširenje nadležnosti EU i stoga potpada pod zakonsko ograničenje iz čl. 23. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona.

Na području pravosudne suradnje u kaznenim predmetima treba postaviti dodatne posebne zahtjeve prema regulativi koja nekoj državi članici daje posebna prava u legislativnoj proceduri (čl. 82. st. 3, čl. 83. st. 3. Ugovora o funkcioniranju EU, tzv. *postupak kočnice za slučaj opasnosti*). Nužna mjera demokratskog legitimiteta preko parlamenata država članica s gledišta njemačkog ustavnog prava može se zajamčiti samo time da njemački predstavnik u Vijeću prava država članica navedena u čl. 82. st. 3. i čl. 83. st. 3. Ugovora o funkcioniranju EU ostvaruje samo u skladu s nalogima Bundestaga, kao i Bundesrata ako to iziskuju odredbe o zakonodavstvu.

I kod stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i dalje bi postojao konstitutivni pridržaj prava parlamenta na davanje suglasnosti za misiju oružanih snaga u inozemstvu. Lisabonski ugovor Europskoj uniji ne prenosi nadležnost za korištenje oružanih snaga država članica bez suglasnosti dotične države članice ili njezinog parlamenta. On također ne ograničava niti mogućnosti Bundestaga da oblikuje socijalnu politiku u takvom opsegu da bi se to negativno odrazilo na načelo socijalne države na način koji bi s ustavnopravnog gledišta bio dvojbjen (čl. 23. st. 1. al. 3 u vezi s čl. 79. St. 3. Temeljnog zakona) ili tako da bi se time nedopušteno suzio nužan manevarski prostor za demokratsko donošenje odluka.

b) Kad se radi o Zakonu o izmjenama temeljnog zakona (čl. 23, čl. 45 i čl. 95.), također ne postoje veće ustavnopravne dvojbe. Do povrede demokratskih načela iz čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona neće doći ni uslijed čl. 23. st. 1a nove verzije Temeljnog zakona, kojim se normira pravo na podizanje tužbe zbog povrede načela supsidijarnosti kao manjinskog prava, te se utvrđuje da je potreban kvorum od jedne četvrtine članova, niti čl. 45. st. 3. nove verzije Temeljnog zakona.

c) Za razliku od toga, Zakon o proširenju i jačanju prava Bundestaga i Bundesrata kod pitanja Europske unije predstavlja povredu čl. 38. st. 1. u vezi s čl. 23. st. 1. Temeljnog zakona, jer prava sudjelovanja Bundestaga i Bundesrata nisu normirana u opsegu kojega nužno nalaže Ustav. Ukoliko države članice na osnovu načela ograničenog pojedinačnog ovlaštenja europske ugovore koncipiraju na način da tijela EU sama ili kao mjerodavna instanca mogu izmijeniti ugovore i bez postupka ratifikacije - premda je za to potrebna jednoglasna odluka Vijeća - nacionalna ustavna tijela imaju posebnu odgovornost u okviru svog suodlučivanja. Ta odgovornost za integraciju u Njemačkoj na nacionalnoj razini mora udovoljavati ustavnopravnim zahtjevima, posebice onima iz čl. 23. st. 1. Temeljnog zakona.

44) BVerfGE 126, 286
(Ultra-vires-Kontrolle Mangold / Kontrola
prekoračenja ovlasti u predmetu Mangold)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 69/2010 od 26. kolovoza 2010.

Rješenje od 6. srpnja 2010.
- 2 BvR 2661/06 -

**Presuda Suda Europske unije u predmetu Mangold ne predstavlja
prekoračenje ovlasti, kojemu bi trebalo prigovoriti s ustavnopravnog
gledišta**

Podnositelj tužbe je poduzeće dobavljač automobilske industrije koje je u veljači 2003. zaključilo nekoliko ugovora o radu na određeno vrijeme s osobama koje su prije toga bile nezaposlene, bez navođenja objektivnog razloga za ograničenje ugovora. Prema tada važećoj verziji čl. 14. st. 3. al. 4. Zakona o skraćenom radnom vremenu i radu na određeno vrijeme (TzBfG) moglo se odstupiti od načela da je za radne odnose na određeno vrijeme potreban objektivni razlog, ako je zaposlenik na početku radnog odnosa već napunio 52. godine.

Tužitelj u prvostupanjskom postupku, koji je od podnositelja ustavne tužbe zaposlen na taj način, kasnije je u odnosu na podnositelja tužbe iznio prigovor nevaljanosti ograničenja svog ugovora o radu. Njegov zahtjev za utvrđivanje daljnjeg postojanja radnog odnosa i vraćanja na rad pred Saveznim sudom za rad bio je uspješan.

Savezni sud za rad je ustanovio da radni odnos između stranaka nije završio istekom ograničenja. Nacionalni sudovi ne smiju primjenjivati čl. 14. st. 3. al. 4. Zakona o skraćenom radnom vremenu i radu na određeno vrijeme (TzBfG), jer ih u tom dijelu obvezuje presuda Suda Europske unije od 22. studenog 2005. u predmetu Mangold (Zbirka odluka 2005, str. I-9981). U skladu s tom odlukom nacionalna regulativa poput one iz čl. 14. st. 3. al. 4. TzBfG nespojiva je s Direktivom Vijeća o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja 2000/78/EZ te načelom o zabrani diskriminacije na osnovi dobi. Budući da je odluka Suda EU jednoznačna, nije potrebno ponovno prethodno pitanje. Premda je dogovor o ograničenju ugovora o radu koji je predmet spora sklopljen

prije presude u predmetu Mangold, Savezni sud za rad odbio je primijeniti čl. 14. st. 3. al. 4. TzBfG iz razloga zaštite povjerenja europskog ili nacionalnog prava.

Podnositelj ustavne tužbe smatra da je presudom Saveznog suda za rad povrijeđena njegova ugovorna autonomija i njegovo pravo na zakonitog suca. Prigovor povrede ugovorne autonomije iznosi polazeći od dva različita gledišta. Povreda proizlazi najprije iz toga što se Savezni sud za rad u velikoj mjeri oslanja na odluku Suda EU u predmetu Mangold, kojom je Sud Europske unije u nekoliko aspekata prekoračio svoje ovlasti. Prema shvaćanju podnositelja tužbe, povreda ugovorne autonomije nadalje proizlazi iz toga što Savezni sud za rad nije zajamčio dostatnu zaštitu povjerenja. I naposljetku je Savezni sud za rad Sudu EU trebao uputiti pitanje ne nalažu li načela zaštite povjerenja europskog ili nacionalnog prava vremenski ograničenje odluke u predmetu Mangold.

Drugi senat Saveznog ustavnog suda odbacio je ustavnu tužbu. Odluka je s obzirom na obrazloženje donesena sa šest glasova „za” i dva glasa „protiv”, a u samoj stvari sa sedam glasova „za” i jednim glasom „protiv”. Sudac Landau predao je izdvojeno mišljenje.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Ugovorna autonomija podnositelja tužbe nije povrijeđena zbog toga što osporena presuda Saveznog suda za rad počiva na nedopuštenom razvoju prava kroz sudsku praksu Suda EU i zbog toga što se tzv. „Odluka Mangold”, kao akt kojim su prekoračene ovlasti, nije smjela primijeniti u Njemačkoj.

Kao što je senat ustanovio u svojoj odluci o Lisabonskom ugovoru, Savezni ustavni sud može provoditi kontrolu prekoračenja ovlasti (kontrola *ultra vires*) radnji europskih tijela i institucija samo u duhu europskog prava. Ta kontrola stoga dolazi u obzir samo ako se radi o dovoljno kvalificiranoj povredi nadležnosti europskih tijela ili institucija. To podrazumijeva da je postupanje vlasti EU očigledno protivno nadležnostima te osporeni akt unutar strukture nadležnosti država članica i EU vodi do strukturalno značajnog pomicanja tih ovlasti na štetu država članica.

Kod kontrole radnji europskih tijela i institucija Savezni ustavni sud načelno mora uzeti u obzir odluke Suda EU kao obvezujuće tumačenje prava EU. Ako Sud EU još nije razjasnio postavljena pitanja, prije pretpostavke da se radi o aktu *ultra vires* treba mu dati priliku za tumačenje ugovora te za odluku o važenju i tumačenju upitnih radnji.

Polazeći od tog kriterija, Savezni sud za rad nije pogrešno ocijenio doseg ugovorne autonomije podnositelja tužbe. Odluka Suda EU u predmetu Mangold u svakom slučaju ne predstavlja kvalificirano prekoračenje nadležnosti.

To vrijedi prije svega za izvođenje zaključka vezanog uz zabranu diskriminacije na osnovi dobi. Nebitno je da li se to načelo može izvesti iz zajedničke ustavne tradicije i međunarodnih ugovora država članica. Jer i predmnijevan razvoj prava

kroz sudsku praksu Suda EU, koji se s gledišta pravne metodologije ne bi mogao zastupati, predstavljao bi dovoljno kvalificiranu povredu njegovih nadležnosti tek ako bi imao praktični učinak uspostavljanja nadležnosti. Izvođenjem zaključka o općem načelu zabrane diskriminacije niti je uspostavljenja nova nadležnost Europske unije, niti je proširena neka postojeća nadležnost. Utoliko već Direktivom o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja 2000/78/EZ zabrana diskriminacije na osnovi dobi postaje obvezatna kod pravnih odnosa iz ugovora o radu, čime se otvara prostor za tumačenje od strane Suda EU.

2. Ugovorna autonomija podnositeljice tužbe nije povrijeđena ni zbog toga što osporavana presuda Saveznog suda za rad ne bi jamčila zaštitu povjerenje.

Na povjerenje u daljnje važenje nekog zakona može se odraziti ne samo retrogradno utvrđivanje njegove ništetnosti od strane Saveznog ustavnog suda, već i retrogradno utvrđivanje njegove neprimjenjivosti od strane Suda EU. Međutim, mogućnosti država članica da zajamče zaštitu povjerenja obilježene su i ograničene pravom EU. U skladu s time, sudovi država članica ne mogu zajamčiti zaštitu povjerenja time što će nacionalnu regulativu, ako je utvrđeno da je nespojiva s pravom EU, primjenjivati u vrijeme prije donošenja odluke o prethodnom pitanju.

Za razliku od toga, u sudskoj praksi Suda EU ne mogu se naći uporišta za to da je sudovima država članica zabranjeno jamčiti sekundarnu zaštitu povjerenja kompenziranjem štete nastale uslijed narušavanja povjerenja. Zbog osiguranja ustavnopravne zaštite povjerenja stoga bi trebalo razmotriti mogućnost da se u konstelacijama u kojima je temeljem odluke Suda EU retrogradno utvrđeno da se neki zakon ne može primjenjivati, na nacionalnoj razini zajamči odšteta zbog toga što se osoba koja je time pogođena uzdala u zakonsku regulativu i polazeći od tog povjerenja izvršila određene dispozicije.

Polazeći od tog mjerila, Savezni sud za rad nije pogrešno ocijenio doseg zaštite povjerenja koju ustavnopravno treba zajamčiti. Zbog primata primjene europskog prava, sud je smatrao da nije u stanju zajamčiti zaštitu povjerenja na taj način da potvrdi odluke nižih sudova u korist podnositelja tužbe. Pravo na odštetu od Savezne Republike Njemačke zbog imovinskih gubitaka podnositelja tužbe uslijed ukidanja ograničenja radnog odnosa, a koje bi bilo moguće bez povrede primata primjene europskog prava, nije bilo predmet postupka pred Saveznim sudom za rad.

3. Podnositelju tužbe u konačnici nije uskraćeno pravo na zakonskog suca time što Savezni sud za rad nije pokrenuo postupak prethodnog pitanja pred Sudom Europske unije. Savezni sud za rad je u tom dijelu, što je prihvatljivo, pošao od toga da nije obvezan pokrenuti postupak prethodnog pitanja.

Savezni ustavni sud u tom kontekstu potvrđuje svoju sudsku praksu sukladno kojoj kriterij za arbitrarnost, od kojeg općenito polazi kod tumačenja i primjene normi o nadležnostima, vrijedi i za obvezu postavljanja prethodnog pitanja prema čl. 267. st. 3. Ugovora o funkcioniranju EU (usp. BVerfGE 82, 159 <194>). Savezni ustavni sud europsko pravo ne obvezuje na potpunu kontrolu obveze pokretanja postupka prethodnog pitanja prema europskom pravu, pri čemu će se ravnati prema sudskoj praksi, odnosno odlukama Suda EU u takvom postupku (za razliku od toga: BVerfG, Rješenje Trećeg vijeća Prvog senata od veljače 2010. - 1 BvR 230/09 -, NJW 2010, str. 1268 <1269>).

Izdvojeno mišljenje suca Landaua:

Sudac Landau smatra da većina senata postavlja pretjerane zahtjeve u vezi utvrđivanja prekoračenja nadležnosti (akt *ultra vires*) kod postupanja zajedničkih tijela, odnosno tijela Europske unije od strane Saveznog ustavnog suda. Time napušta konsenzus na kojem počiva odluka o Lisabonskom ugovoru, u kojoj se postavlja zahtjev da se ne radi samo o „vidnoj“ već i o „dovoljno kvalificiranoj“ povredi nadležnosti. Takva povreda ne bi bila samo očigledna, već bi morala dovesti do strukturno značajnog pomicanja ustroja nadležnosti između država članica i nadnacionalnih organizacija. Time većina senata pogrešno tumači da svako obnašanje suverenih ovlasti sukladno odluci o Ugovoru iz Lisabona mora počivati na demokratskom legitimitetu. To međutim nije slučaj kod povrede nadležnosti zajedničkih tijela ili tijela EU.

Sud EU svojom odlukom u predmetu Mangold vidno je prekoračio ovlasti tumačenja europskog prava koje su mu dane. Na pitanje koje većina senata ostavlja otvorenim, je li Sud EU napustio područje prihvatljivog tumačenja, odgovor bi očito bio potvrđan. Posebice nije prihvatljivo da se specifična zabrana diskriminacije na osnovu dobi izvodi iz zajedničke ustavne tradicije ili međunarodnih ugovora država članica.

Pod tim okolnostima Savezni sud za rad nije se smio pozivati na odluku u predmetu Mangold, te ne primijeniti čl. 14. st. 3. al. 4. Zakona o skraćenom radnom vremenu i radu na određeno vrijeme (TzBfG), kao ni odobriti tužbu za ukidanje ograničenja ugovora o radu. Budući da Savezni sud za rad nije mogao slobodno odlučiti o tome hoće li donijeti odluku očigledno odstupajući od sudske prakse Suda EU, trebao je odvagnuti i raspraviti sve raspoložive mogućnosti, kako bi razriješio ovu očito složenu situaciju.

45) BVerfGE 129, 124

(Mechanismus zur Stabilisierung des europäischen Finanzmarktes [EFS] /
Mehanizam za europsku financijsku stabilnost
[MEFS])

**Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 55/2011 od 7. rujna 2011.**

**Odluka od 7. rujna 2011.
- 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10 -**

Ustavne tužbe protiv mjera pomoći Grčkoj i mehanizma za zaštitu eura neuspješne – nije došlo do povrede proračunske autonomije Bundestaga

Savezni ustavni sud presudom koja je objavljena danas odbacio je tri ustavne tužbe protiv njemačkih i europskih pravnih akta te daljnjih mjera u vezi pomoći Grčkoj i mehanizma za zaštitu eura.

Informacije o činjeničnom stanju mogu se naći u Priopćenju za tisak br. 37/2011 od 9. lipnja 2011. na Web stranici Saveznog ustavnog suda.

Drugi senat Saveznog ustavnog suda odlučio je da se Zakon o stabilnosti monetarne unije i financijskoj stabilnosti, iz kojega proizlaze ovlaštenja za pomoć Grčkoj, te Zakon o preuzimanju jamstva u okviru Europskog stabilizacijskog mehanizma, koji se odnosi na mehanizam za zaštitu eura, ne predstavljaju povredu biračkog prava iz čl. 38. st. 1 Temeljnog zakona. Bundestag usvajanjem tih zakona nije na ustavnopravno nedopušten način negativno utjecao na proračunsku autonomiju budućih saziva Bundestaga.

Međutim, članak 1. st. 4 Zakona o stabilizacijskom mehanizmu za zaštitu eura samo je kod ustavnog tumačenja spojiv s Temeljnim zakonom. Propis treba tumačiti na način da je Savezna vlada prije preuzimanja jamstava u smislu zakona obvezna unaprijed ishoditi suglasnost Odbora za proračun.

U ostalom dijelu senat je ustavnopravne granice za ovlaštenje davanja jamstava protumačio u korist drugih država unutar Europske monetarne unije.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:**I. Opseg provjere / Dopuštenost**

Senat podignute ustavne tužbe smatra dopuštenima samo u onome dijelu u kojem građani pozivanjem na biračko pravo zaštićeno čl. 38. Temeljnog zakona iznose prigovor suštinskog gubitka vlasti koji im daje ustavna država dalekosežnim ili opsežnim prijenosom zadaća i ovlasti Bundestaga. Članak 38. st. 1. Temeljnog zakona štiti od umanjivanja nadležnosti sadašnjeg ili budućeg (saziva) Bundestaga, kojima bi se pravno ili praktički onemogućilo ostvarivanje političke volje građana. Takvo umanjenje značaja izbora načelno prijeti onda kada se daje ovlaštenje za jamstva radi provedbe obveza koje je preuzela Savezna Republika Njemačka u okviru međunarodnih sporazuma radi očuvanja likvidnosti država Monetarne unije. Senat nije ulazio u pitanje pod kojim se pretpostavkama ustavne tužbe protiv izvanugovornih izmjena primarnog prava EU mogu oslanjati na čl. 38. st. 1. al. 1. Temeljnog zakona. Što se toga tiče, podnositelji tužbi nisu pokazali konkretnu povezanost koja bi ukazivala na izvanugovornu izmjenu primarnog prava EU uslijed osporenih mjera. I s obzirom na moguću povredu temeljnog prava na vlasništvo (čl. 14. Temeljnog zakona), podnositelji tužbi nisu iznijeli dovoljno činjenica iz kojih bi proizašlo da bi se osporene mjere objektivno i značajno mogle negativno odraziti na kupovnu moć eura. Ustavne tužbe nisu dopuštene u onome dijelu u kojemu nisu usmjerene samo protiv mjerodavnih zakona, jer nedostaje valjana pravna osnova tužbe.

II. Mjerilo za provjeru

Članak 38. Temeljnog zakona, u vezi s postulatima načela demokracije (čl. 20. st. 1. i st. 2, čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona) iziskuje da odluka o primicima i izdacima javnog sektora radi demokratske sposobnosti kreiranja vlastite politike u ustavnoj državi bude pridržana Bundestagu. I u međuvladinom sustavu parlamentarni zastupnici kao izabrani predstavnici naroda moraju zadržati kontrolu nad temeljnim odlukama vezanim uz proračunsku politiku. Utoliko je Bundestagu zabranjeno uspostavljati mehanizme s financijskim učinkom koji vode do nepreglednog znatnog opterećenja proračuna bez ponovne konstitutivne suglasnosti Bundestaga. Stoga Bundestag ni kao zakonodavac ne smije etablirati trajne međunarodnopravne mehanizme koji bi značili preuzimanje odgovornosti za voljne odluke drugih država, posebice kada su povezane s posljedičnim učincima koji se teško mogu predvidjeti. Bundestag mora pojedinačno odobriti svaku solidarnu mjeru pomoći većeg opsega, koja utječe na rashodovnu stranu proračuna, na saveznoj razini, na međunarodnom planu ili u EU. I kad se radi o namjeni sredstava koja se stavljaju na raspolaganje, mora se osigurati dovoljan utjecaj parlamenta.

Senat, kojemu je ishodišna situacija cijelog postupka branila provjeru osporenih zakona na temelju odredaba europskog prava, ipak ukazuje na to da postojeći europski ugovori nisu protivni shvaćanju nacionalne proračunske autonomije kao

bitne i neotuđive nadležnosti parlamenata država članica koji imaju neposredan demokratski legitimitet, već ju dapače predmnijevaju. Striktno pridržavanje europskih ugovora jamči da će radnje koje poduzimaju tijela EU u Njemačkoj i za Njemačku počivati na dostatnom demokratskom legitimitetu. Senat u tom kontekstu upućuje na to da je ugovorna koncepcija Monetarne unije, kao zajednice kojom se osigurava stabilnost, osnova i predmet njemačkog zakona o ratifikaciji, kao što je to senat već jasno pokazao u odluci o Ugovoru iz Maastrichta (BVerfGE 89, 155 <205>).

III. Supsumpcija

Savezni ustavni sud kod utvrđivanja zabranjenog odricanja od proračunske autonomije ne može vlastitom stručnom kompetencijom preuzeti mjesto zakonodavca. Svoju provjeru s obzirom na opseg preuzimanja jamstava mora ograničiti na prekoračenje krajnjih granica. Zakonodavac po pitanju vjerojatnosti ispunjenja jamstava ima slobodan prostor za procjenu kojega Savezni ustavni sud mora poštovati. To vrijedi i za procjenu buduće održivosti saveznog proračuna i gospodarske snage Savezne Republike Njemačke. Uzevši u obzir ovaj primat zakonodavca kod procjene i polazeći od ustavnopravnih mjerila čija je primjena dopuštena, pokazalo se da su kako Zakon o stabilnosti monetarne unije i financijskoj stabilnosti, tako i Zakon o stabilizacijskom mehanizmu za zaštitu eura spojivi s Temeljnim zakonom. Stoga Bundestag nije na ustavnopravno nedopušten način iscrpio svoje pravo na usvajanje proračuna, niti se ogлуšio o suštinski sadržaj odlučivanja sukladno načelu demokracije.

Ne može se utvrditi da visina preuzetih jamstava toliko premašuje granicu opteretivosti proračuna da bi proračunska autonomija praktički bila dovedena u pitanje. Ocjena zakonodavca da su ovlasti za jamstva od ukupno 170 milijardi eura prihvatljive ne predstavlja prekoračenje njegove slobode procjene, pa se stoga tomu s ustavnopravnog gledišta ne može prigovoriti. Isto vrijedi i za očekivanje da će se, čak i u slučaju da u cijelosti nastupi rizik povezan s jamstvom, gubici još moći refinancirati povećanjem prihoda, smanjenjem izdataka i dugoročnim državnim obveznicama.

Trenutačno ne postoji temelj za pretpostavku o ireverzibilnom procesu koji bi imao konsekvence za proračunsku autonomiju Bundestaga. Njemački Zakon o ratifikaciji Ugovora iz Maastrichta u verziji Lisabonskog ugovora nudi ustavnopravno dovoljno određeno jamstvo da se Savezna Republika Njemačka neće izložiti nepreglednom automatizmu zajednice dužnika kojim se, kada se jednom pokrene, više ne bi dalo upravljati.

Ni jednim od dva osporavana zakona ne uspostavlja se niti jača automatizam kojim bi se Bundestag odrekao svog prava na usvajanje proračuna.

Zakon o stabilnosti monetarne unije i financijskoj stabilnosti sadrži ograničenje visine jamstava za koje se daje ovlaštenje, svrhu jamstva i u određenom opsegu

uređuje i uvjete isplate, te sadrži i dogovore s Grčkom koji su osnova za preuzimanje jamstava. Time je ovlaštenje za davanje jamstava sadržajno dovoljno određeno.

Zakon o stabilizacijskom mehanizmu za zaštitu eura ne definira samo svrhu i osnovne uvjete, već i volumen mogućih jamstava. Njihovo preuzimanje moguće je samo u određenom razdoblju i uvjetuje se ugovaranjem programa gospodarske i financijske politike s tom državom članicom. Za njega je potrebna suglasnost država euro zone, čime je osiguran određen utjecaj njemačke vlade. Međutim, čl. 1. st. 4. al. 1. tog zakona Saveznu vladu obvezuje samo na to da prije nego što preuzme jamstvo mora postići suglasnost s odborom za proračun Bundestaga. To nije dovoljno. Kako bi se zajamčila parlamentarna proračunska autonomija potrebno je štoviše ustavno tumačenje te odredbe koje bi značilo da je Savezna vlada načelno prije preuzimanja jamstava obvezna unaprijed ishoditi suglasnost odbora za proračun.

46) BVerfGE 132, 195 (Europäischer Stabilitätsmechanismus / Europski stabilizacijski mehanizam)

Savezni ustavni sud

- Ured za tisak -

Priopćenje za tisak br. 67/2012 od 12. rujna 2012.

Odluka od 12. rujna 2012.

**- 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12,
2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12 -**

Zahtjevi za donošenje privremene mjere radi sprječavanja ratifikacije Ugovora o europskom stabilizacijskom mehanizmu i fiskalnom paktu uglavnom odbijeni

Savezni ustavni sud danas je objavio svoju odluku o nekoliko zahtjeva za donošenje privremene mjere. Zahtjevi su prije svega usmjereni na to da se Saveznom predsjedniku sve do odluke u glavnom predmetu zabrani potpisivanje zakona, koje su 29. lipnja 2012. usvojili Bundestag i Bundesrat, čime bi se tvorili uvjeti za ratifikaciju međunarodnih ugovora koji se odobravaju tim zakonima: Ugovora o

uspostavljanju europskog stabilizacijskog mehanizma (Ugovor o ESM-u) i *Ugovor o stabilnosti, koordinaciji* i upravljanju u ekonomskoj i monetarnoj Uniji (tzv. Fiskalni ugovor).

Informacije o činjeničnom stanju mogu se naći u Priopćenju za tisak br. 47/2012 od 2. srpnja 2012. na Web stranici Saveznog ustavnog suda.

Drugi senat Saveznog ustavnog suda odbio je zahtjeve uz preduvjet da je ratifikacija Ugovora o ESM-u dopuštena samo se međunarodnopravno osigura da:

1. se čl. 8. st. 5. al. 1. Ugovora o ESM-u, kojim se uređuje ograničenje odgovornosti, sve obveze plaćanja Savezne Republike Njemačke iz tog Ugovora ograniče na udio u odobrenom temeljnom kapitalu europskog stabilizacijskog mehanizma (190.024.800.000 eura) i da se ni jedna odredba tog Ugovora ne smije tumačiti na način da Savezna Republika Njemačka bez suglasnosti njemačkog predstavnika u tijelima ESM-a preuzima veće obveze plaćanja,
2. odredbe Ugovora o ESM-u o tajnosti dokumentacije ESM-a (čl. 32. st. 5. i čl. 35. st. 1. Ugovora o ESM-u) i profesionalnoj obvezi čuvanja tajne svih osoba koje rade za ESM (čl. 34. Ugovora o ESM-u) ne smiju priječiti detaljno informiranje Bundestaga i Bundesrata.

Savezna Republika Njemačka mora dati na znanje da ne želi da ju obvezuje cijeli Ugovor o ESM-u ako bi se zadržke koje bi iznijela pokazale nedjelotvornima.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

I. Opseg provjere/Dopuštenost u glavnoj stvari

1. Senat provjeru u hitnom postupku – za razliku od uobičajenog opsega provjere kod postupaka donošenja privremenih mjera – nije ograničio samo na odvagivanje posljedica, već je kod osporenih zakona o ratifikaciji međunarodnih ugovora, uključujući popratne zakone, sumarno provjerio i dopuštene prigovore o povredama prava na koje se žale podnositelji zahtjeva. Bila je uputna sumarna provjera pravne situacije, zato što Savezna Republika Njemačka ratifikacijom tih ugovora preuzima međunarodne obveze, iz kojih – ukoliko bi se u postupku u glavnoj stvari utvrdile ustavne povrede – ne bi mogla samo tako izaći. Ukoliko bi sumarna provjera u hitnom postupku pokazala da je istaknuta povreda načela demokracije, koje čl. 79. st. 3. Temelnog zakona definira kao identitet Ustava, vrlo vjerojatna, neodobravanje privremene pravne zaštite imalo bi teške posljedice za opće dobro, koje bi imale veću težinu od gospodarskih i političkih posljedica povezanih s odgodom stupanja na snagu osporenih zakona.
2. Senat je smatrao da je postupak u glavnoj stvari dopušten u onom dijelu u kojem se podnositelji zahtjeva, pozivajući se na čl. 38. Temelnog zakona, žale na povredu ukupne odgovornosti Bundestaga za proračunsku politiku koja je

ustavnopravno utemeljena načelom demokracije (čl. 20. st. 1. i 2, čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona).

Kada podnositelji tužbe u postupku 2 BvR 1421/12 u vezi mjera Europske središnje banke za spas eura, posebice za kupnju državnih obveznica na sekundarnom tržištu, iznose prigovor da je time prekoračen okvir ovlasti njemačkih zakona o ratifikaciji Ugovora o EU (tzv. „pravni akti *ultra vires*“), ta tužba na utvrđenje nije obuhvaćena zahtjevom za donošenje privremene mjere, te stoga podliježe provjeri u postupku u glavnoj stvari.

II. Mjerilo provjere

Kao što je senat već ustanovio u odluci o pomoći Grčkoj i *Europskom* fondu za *financijsku* stabilnost od 7. rujna 2011. godine, čl. 38. Temeljnog zakona u vezi s načelom demokracije (čl. 20. st. 1. i st. 2. te čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona), odluke o primicima i izdacima javnog sektora radi demokratske sposobnosti kreiranja vlastite politike u ustavnoj državi moraju biti pridržane Bundestagu. I u međuvladinom sustavu parlamentarni zastupnici kao izabrani predstavnici naroda moraju zadržati kontrolu nad temeljnim odlukama vezanim uz proračunsku politiku. Utoliko je Bundestagu zabranjeno uspostavljati mehanizme s financijskim učinkom koji vode do nepreglednog znatnog opterećenja proračuna bez ponovne konstitutivne suglasnosti Bundestaga. Stoga Bundestag ni kao zakonodavac ne smije etablirati trajne međunarodnopravne mehanizme koji bi značili preuzimanje odgovornosti za voljne odluke drugih država, posebice kada su povezane s posljedičnim učincima koji se teško mogu predvidjeti. Bundestag mora pojedinačno odobriti svaku solidarnu mjeru pomoći većeg opsega, koja utječe na rashodovnu stranu proračuna, na saveznoj razini, na međunarodnom planu ili na razini EU. I kad se radi o namjeni sredstava koja se stavljaju na raspolaganje, mora se osigurati dovoljan utjecaj parlamenta.

Ukupna odgovornost Bundestaga za proračunsku politiku zajamčena je i dosadašnjom ugovornom koncepcijom Monetarne unije kao zajednice koja počiva na stabilnosti, posebice odredbama Ugovora o EU i Ugovora o funkcioniranju EU. Međutim, izmjene zahtjeva vezanih uz stabilnost u pravu EU koje bi imale demokratski legitimitet nisu a priori protuustavne. Temeljni zakon ne jamči postojanje važećeg prava u neizmijenjenom obliku, već strukture i postupke kojima se uspostavlja demokratski proces radi ostvarivanja stabilnosti u okviru kontinuiranog razvoja Monetarne unije i pritom se osigurava ukupna odgovornost Bundestaga za proračunsku politiku. Obvezivanje proračunskog zakonodavca da će voditi određenu proračunsku i fiskalnu politiku nije unaprijed protivno demokraciji i može uslijediti i na temelju prava EU ili međunarodnog prava.

III. Supsumpcija

Prema tim mjerilima zahtjevi su uglavnom neosnovani.

1. Ratifikacijski zakon za uvođenje čl. 136. st. 3. Ugovora o funkcioniranju EU ne utječe negativno na načelo demokracije. Iz čl. 136. st. 3. Ugovora o funkcioniranju EU predviđenog odlukom Europskog vijeća od 25. ožujka 2011. proizlaze ovlasti za uspostavljanje trajnog mehanizma uzajamne pomoći državama članicama eurozone. Odvajanjem od načela neovisnosti nacionalnih proračuna, koje je do sada bilo karakteristično za Monetarnu uniju, reorganizira se doduše dosadašnja Ekonomska i monetarna unija. Međutim time se ne napušta usmjerenost Monetarne unije na stabilnost, jer se ne dira u bitne elemente arhitekture stabilnosti, kao što su posebice neovisnost Europske središnje banke, obveza država članica da se drže proračunske discipline i vlastita odgovornost za nacionalni proračun. Mogućnost za uspostavljanje stalnog stabilizacijskog mehanizma koju pravo EU otvara čl. 136. st. 3. Ugovora o funkcioniranju EU ne vodi do gubitka nacionalne proračunske autonomije, zato što Bundestag osporenim zakonom o ratifikaciji još ne prenosi nadležnosti vezane uz proračunsku politiku na tijela EU ili institucije osnovane u okviru njih. Članom 136. st. 3. Ugovora o funkcioniranju EU ne pokreće se stabilizacijski mehanizam, već se samo državama članicama otvara mogućnost da uspostave takav mehanizam na osnovi međunarodnih ugovora. Zahtjev ratifikacije kod uspostavljanja stabilizacijskog mehanizma pretpostavlja sudjelovanje zakonodavnih tijela prije njegova stupanja na snagu.

2. Osporeni Zakon o ratifikaciji Ugovora o ESM-u u bitnome vodi računa o ustavnopravnim zahtjevima vezanim uz očuvanje ukupne odgovornosti Bundestaga za proračunsku politiku.

a) Međutim, u okviru međunarodnog postupka ratifikacije potrebno je osigurati da se odredbe Ugovora o ESM-u ne mogu tumačiti na način da odgovornost Savezne Republike Njemačke bez suglasnosti Bundestaga ne može prerasti njezin udio u odobrenom temeljnom kapitalu ESM-a, a mora se osigurati i informiranje Bundestaga i Bundesrata u skladu s ustavnopravnim odrednicama.

Izričitim ograničenjem odgovornosti na visinu odobrenih udjela članica ESM-a u temeljnom kapitalu, koje se uređuje u čl. 8. st. 5. al. 1. Ugovora o ESM-u, obveze Savezne Republike Njemačke koje se odražavaju na proračun u vezi s aktivnostima ESM-a obvezujuće su ograničene na 190.024.800.000 eura, a ta gornja granice vrijedi i za sve transfere kapitala koje se povlače prema čl. 9. Ugovora o ESM-u, uključujući „revidirane povećane“ transfere kapitala prema čl. 25. st. 2. Ugovora o ESM-u koje bi u slučaju nemogućnosti plaćanja jedne od članica ESM-a vrijedile za ostale platežno sposobne države članice, čime bi ih se razmjerno više opteretilo. Međutim, nije isključeno tumačenje Ugovora o ESM-u na način da članice ESM-a u slučaju revidirane povećane tranše kapitala koji se povlači ne mogu pozvati na gornju granicu ograničenja odgovornosti, jer doslovan tekst čl. 25. st. 2. Ugovora o ESM-u ne sadrži ograničenje visine, a svrha mu je da se i u neočekivanim izvanrednim situacijama osigura bonitet ESM-a i očuva njegova djelotvornost. Radi očuvanja ustavnopravne odrednice da proračunska opterećenja moraju biti jasno i definitivno utvrđena, Savezna Republika Njemačka se stoga prilikom ratifikacije Ugovora o ESM-u mora pobrinuti za odgovarajuće

razjašnjenje i osigurati da ju ugovor u cijelosti obvezuje samo ako se njime bez suglasnosti Bundestaga ne uspostavljaju obveze plaćanja iznad gornje granice ograničenja.

Takva je zadržka u postupku ratifikacije potrebna i s obzirom na odredbe Ugovora o EMS-u o tajnosti dokumentacije ESM-a (čl. 32. st. 5. i čl. 35. st. 1. Ugovora o EMS-u), profesionalnoj obvezi čuvanja tajne svih osoba koje rade za ESM (čl. 34. Ugovora o EMS-u). Puno toga govori u prilog tome da se tim odredbama želi spriječiti prije svega odljev informacija neovlaštenim trećim osobama, primjerice sudionicima tržišta kapitala, ali ne i parlamentima država članica, koji su odgovorni prema svojim građanima za obveze koje počivaju na EMS-u tijekom daljnje primjene ugovora. Međutim, budući da ta regulativa ne sadrži izričite odredbe o informacijama koje idu od EMS-a prema nacionalnim parlamentima, s obzirom na različite ustavnopravne situacije vezane uz prava sudjelovanja i informiranja parlamenata u državama članicama zamislivo je i tumačenje koje bi priječilo dostatnu parlamentarnu kontrolu EMS-a od strane Bundestaga. Ratifikacija Ugovora o EMS-u je stoga dopuštena samo ako se Savezna Republika Njemačka pobrine za tumačenje ugovora koje će zajamčiti da Bundestag i Bundesrat dobiju nužne detaljne informacije potrebne za donošenje svojih odluka.

b) U ostalom dijelu se odredbama Ugovora o ESM-u kod sumarne provjere ne može prigovoriti. Odredba čl. 4. st. 8. Ugovora o ESM-u prema kojoj se sva prava glasa države članice suspendiraju ako ona u cijelosti ne ispuni svoje obveze plaćanja prema EMS-u, s obzirom na potencijalne dalekosežne posljedice vezane uz aspekt ukupne odgovornosti za proračunsku politiku, mogla bi biti problematična, jer dotična država članica tijekom razdoblja neplaćanja više nema utjecaja na odluke ESM-a. Time bi sudjelovanje Bundestaga u odlukama njemačkog predstavnika u tijelima ESM-a, predviđeno nacionalnim odredbama, bilo bez ikakvog učinka, a legitimitet mjera ESM-a koji se uspostavlja takvim sudjelovanjem parlamenta prekinut. Međutim, ta odredba ne predstavlja povredu ukupne odgovornosti Bundestaga za proračun, zato što se Bundestag može i mora pobrinuti da ne dođe do suspenzije prava glasa Njemačke. Stoga mora poduzeti proračunsko-pravne mjere da se njemački udio u odobrenom temeljnom kapitalu ESM-a uvijek može uplatiti pravovremeno i u cijelosti.

Nadalje, ne možemo ustanoviti da visina jamstava preuzetih sudjelovanjem u ESM-u ukupne nominalne vrijednosti od 190.024.800.000 eura do te mjere prekoračuje proračunsku granicu opterećenja da bi proračunska autonomija uslijed toga praktički bila bez ikakvog učinka. To vrijedi i onda kada se u obzir uzme cjelokupan njemački angažman u stabilizaciji Europske monetarne unije. Kod provjere vodi li opseg obveza plaćanja i preuzete odgovornosti do odricanja od proračunske autonomije Bundestaga, zakonodavac ima prostor za slobodnu ocjenu koja obuhvaća i procjenu buduće gospodarske platežne moći Savezne Republike Njemačke, uključujući posljedice alternativnih opcija. Zakonodavac svojom ocjenom da se stavljanjem na raspolaganje njemačkih udjela u ESM-u ulazi u sagledive rizike - dok bi u slučaju neodobravanja financijske pomoći preko

ESM-a cijelom gospodarskom i socijalnom sustavu prijetile nesagledive teške posljedice - nije prekoračio svoju slobodu procjene, što Savezni ustavni sud stoga mora prihvatiti.

Samom Ugovoru o ESM-u ne može se prigovoriti da bi ESM mogao postati instrument za protuustavno financiranje država od strane Europske središnje banke. Kada bi ESM samo povukao kapital od Europske središnje banke ili ga preuzeo uz deponiranje državnih obveznica, to ne bi bilo spojivo sa zabranom monetarnog financiranja proračuna utemeljenom u čl. 123. Ugovora o funkcioniranju EU. Stoga se Ugovor može shvatiti samo tako da ne dopušta takve operacije s obveznicama. Europski stabilizacijski mehanizam potpada pod institucije navedene u čl. 123. st. 1. Ugovora o funkcioniranju EU, kojima Europska središnja banka ne smije davati kredite. Kada bi se preko EMS-a deponirale državne obveznice pri Europskoj banci kao sredstvo osiguranja kredita, to bi također predstavljalo povredu zabrane neposrednog stjecanja zadužnica javnog sektora. Pritom je nebitno da li bi se radilo o preuzimanju zadužnica direktno od javnog emitenta na primarnom tržištu, ili bi se to u slučaju stjecanja preko EMS-a smatralo kupnjom na sekundarnom tržištu. Naime, kad bi Europska središnja banka kupila državne obveznice na sekundarnom tržištu, s ciljem financiranja proračuna država članica neovisnog o tržištu kapitala, to bi također bilo zabranjeno jer bi se smatralo zaobilaženjem zabrane monetarnog financiranja proračuna. U predmetnom postupku radi donošenja privremene mjere, koja se odnosi isključivo na zakone o ratifikaciji Ugovora o ESM-u i Fiskalnom paktu te odgovarajuće popratne zakone, nije trebalo odlučiti o tome do koje je mjere program kupnje državnih obveznica država eurozone koje imaju financijske poteškoće, koji je usvojilo vijeće Europske središnje banke 6. 9. 2012. godine, u skladu s tim pravnim odrednicama.

3. Propisi o uključivanju Bundestaga u procese odlučivanja o ESM-u, koji proizlaze iz Zakona o ratifikaciji Ugovora o ESM-u i Zakona o financiranju ESM-a (ESMFinG), u bitnome udovoljavaju zahtjevima vezanim uz osiguranje načela demokracije na nacionalnoj razini. To vrijedi kako za normativno uređenje prava suodlučivanja Bundestaga, tako i s obzirom na njegovo pravo na informacije te osobni legitimitet njemačkih predstavnika u tijelima ESM-a. Oni moraju sudjelovati na sjednicama ESM-a i provoditi odluke Bundestaga. Zakon o financiranju ESM-a pretpostavlja da su njemački predstavnici obvezni držati se odluka Bundestaga i dužni su mu polagati račune.

a) Doduše, upitno je da li je suodlučivanje Bundestaga koje nalaže Ustav na nacionalnoj razini dostatno uređeno i s obzirom na emisiju udjela temeljnog kapitala ESM-a iznad nominalne vrijednosti (čl. 8. st. 2. al. 4. Ugovora o ESM-u) i je li utoliko s obzirom na moguće dalekosežne posljedice za njemački proračun – kao i kod povećanja temeljnog kapitala ESM-a – potrebno izričito zakonsko ovlaštenje. Budući da je kod tumačenja čl. 4. st. 1. Zakona o financiranju ESM-a, u skladu s Ustavom za emisiju udjela iznad nominalne vrijednosti potrebna suglasnost plenuma Bundestaga, nije potrebno donositi privremenu mjeru.

b) Kod dodjele prava suodlučivanja plenumu, Odboru za proračun i posebnim tijelima, zakonodavac se rukovodio kriterijima koje je Savezni ustavni sud naveo u svojoj odluci od 28. veljače 2012. (2 BvE 8/11; usp. Priopćenje za tisak br. 14/2012). Međutim, čini se da nije isključeno da Zakon o financiranju ESM-a Odboru za proračun daje ovlasti koje bi zbog dalekosežnih posljedica trebao imati plenum, primjerice kod odluke o bitnim izmjenama procedure i uvjeta povlačenja kapitala ESM-a. Međutim, ni tu nije potrebna privremena mjera, jer plenum Bundestaga dvojbe oko ustavnosti dodjele prava sudjelovanja Odboru za proračun može uvijek otkloniti tako što će ostvarujući svoje pravo iz čl. 5. st. 5. Zakona o financiranju ESM-a povući ovlasti Odbora za proračun, odnosno prebaciti ih na sebe.

4. Zakon o ratifikaciji tzv. Fiskalnog ugovora ne predstavlja povredu ukupne odgovornosti Bundestaga za proračunsku politiku.

a) Sadržaj koji se uređuje tim ugovorom, čiji je cilj jačanje Ekonomske i monetarne unije promicanjem proračunske discipline, uglavnom se podudara s već postojećim odrednicama o „kočnici u slučaju duga“ iz Temelnog zakona (čl. 109, 115. i 143d Temelnog zakona), te specifičnim proračunskim obvezama iz Ugovora o funkcioniranju Europske unije. U postupak u slučaju deficita koji je uređen primarnim pravom (čl. 126. UFEU) već je uključena obveza država ugovornica sukladno čl. 5. st. 1. Fiskalnog ugovora da kod prekomjernog proračunskog deficita moraju predložiti proračunski program i program gospodarskog partnerstva. Nije predviđeno neposredno „miješanje“ tijela EU u nacionalno proračunsko zakonodavstvo.

b) Fiskalni ugovor tijelima EU ne daje ovlasti koje bi utjecale na ukupnu proračunsku odgovornost Bundestaga. Ukoliko bi države ugovornice u slučaju znatnih odstupanja od srednjoročnih ciljeva vezanih uz uravnotežen proračun na nacionalnoj razini morale uspostaviti tzv. korektivni mehanizam i pritom se oslanjati na pravila koja predlaže Europska komisija (čl. 3. st. 2. Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u Ekonomskoj i monetarnoj uniji), ta se odredba tiče samo institucionalnih, ali ne i konkretnih materijalnih odrednica o formiranju proračuna. Tom se odredbom štoviše izričito pojašnjava da se mora očuvati pravo prvenstva nacionalnih parlamenta i time od početka isključuje djelomičan prijenos odgovornosti za proračun na Europsku komisiju. Ni nadležnosti Suda EU, koji se prema čl. 8. st. 1. USKU može baviti povredom obveza iz čl. 3. st. 2. USKU, ne zadiru u konkretnu normativnu slobodu nacionalnog (proračunskog) zakonodavca.

c) Naposljetku, Savezna Republika Njemačka ratifikacijom Fiskalnog ugovora ne ulazi u ireverzibilnu obvezu pridržavanja određene proračunske politike. Ugovor doduše ne predviđa pravo država ugovornica da izađu iz Fiskalnog ugovora ili ga otkaužu. Međutim, s gledišta međunarodnog običajnog prava priznato je da je uvijek moguć sporazuman izlazak iz nekog ugovora, a jednostran izlazak u svakom slučaju ukoliko se radikalno promjene okolnosti koje su bile mjerodavne u trenutku sklapanja ugovora.

47) 2 BvR 1390/12 et al.
(Ultra vires-Kontrolle OMT /
Kontrola prekoračenja ovlasti u predmetu OMT)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 9/2014 od 7. veljače 2014.

Rješenja od 17. prosinca 2013. i 14. siječnja 2014.
2 BvR 1390/12 (djelomično odvojeni postupak 2 BvR 2728/13)
2 BvR 1421/12 (djelomično odvojeni postupak 2 BvR 2729/13)
2 BvR 1438/12 (djelomično odvojeni postupak 2 BvR 2730/13)
2 BvR 1439/12
2 BvR 1440/12
2 BvR 1824/12 (djelomično odvojeni postupak 2 BvR 2731/13)
2 BvE 6/12 (djelomično odvojeni postupak 2 BvE 13/13)

Glavni predmet ESM/ESB: Odluka objavljena sukladno prethodnom pitanju upućenom Sudu Europske unije

Drugi senat Saveznog ustavnog suda će na temelju glavne rasprave održane 11. i 12. lipnja 2013. (vidi Priopćenja za tisak br. 29/2013 od 19. travnja 2013. i br. 36/2013 od 14. svibnja 2013.) u

utorak, 18. ožujka 2014, u 10.00 sati,
u sudnici Saveznog ustavnog suda,
službeno sjedište „Waldstadt“, Rintheimer Querallee 11, 76131 Karlsruhe

objaviti svoju odluku u predmetima povezanim s uvođenjem „Europskog stabilizacijskog mehanizma“ i Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju gospodarskom i monetarnom unijom (Fiskalni ugovor) od 2. ožujka 2012. Uvjeti akreditacije bit će objavljeni kasnije, a trenutačno akreditacije još nisu moguće.

Predmete postupka koji se odnose na odluku Vijeća Europske središnje banke vezanu uz izravne monetarne transakcije (OMT) od 6. rujna 2012. senat je razdvojio, privremeno obustavio postupak i Sudu EU uputio nekoliko prethodnih pitanja. Predmet postupka prethodnog pitanja je prije svega je li odluka o izravnim monetarnim transakcijama spojiva s primarnim pravom EU. Prema shvaćanju senata, važni razlozi govore u prilog tome da ta odluka izlazi iz ovlasti Europske središnje banke za monetarnu politiku, čime se zadire u nadležnost država članica i krši zabrana monetarnog financiranja proračuna. Senat je stoga sklon

pretpostavci da se radi o aktu *ultra vires*, no smatra mogućim da se restriktivnim tumačenjem odluke o izravnim monetarnim transakcijama prema Ugovorima postigne sukladnost s primarnim pravom. Odluka je donesena sa šest glasova „za“ i dva glasa „protiv“. Sutkinja Lübbe-Wolff i sudac Gerhardt predali su izdvojeno mišljenje.

O činjeničnom stanju:

Podnositelji ustavnih tužbi i podnositelj zahtjeva u sporu zbog sukoba nadležnosti između tijela vlasti, čiji su zahtjevi ocjenjeni razumnim, upereni su s jedne strane protiv sudjelovanja Njemačke središnje banke (Deutsche Bundesbank) u provedbi odluke Vijeća Europske središnje banke od 6. rujna 2012. o tehničkim značajkama izravnih monetarnih transakcija (*Technical features of Outright Monetary Transactions*), a s druge strane protiv toga što Savezna vlada i Bundestag nakon što su vidjeli tu odluku nisi ništa poduzeli. Odluka o izravnim monetarnim transakcijama predviđa da Europski sustav središnjih banaka može neograničeno kupovati državne obveznice određenih država članica, ako i sve dok te države sudjeluju u programu reformi dogovorenom u okviru Europskog fonda za financijsku stabilnost (EFSF) ili Europskog stabilizacijskog mehanizma. Deklarirani cilj je osigurati urednu monetarno-političku transmisiju i ujednačenu monetarnu politiku. Odluka o izravnim monetarnim transakcijama još nije provedena.

Bitna pitanja koja je razmatrao senat:

1. Zadaća kontrole Saveznog ustavnog suda prema stalnoj sudskoj praksi obuhvaća i kontrolu toga da li radnje tijela i institucija EU počivaju na očitom prekoračenju nadležnosti ili se tiču neprenosivog dijela zaštićenog identiteta Ustava iz čl. 79. st. 3. Temeljnog zakona.

2. Ukoliko odluka o izravnim monetarnim transakcijama predstavlja povredu mandata Europske središnje banke za monetarnu politiku ili povredu zabrane monetarnog financiranja proračuna, radilo bi se o aktu izvan ovlasti (*ultra vires* akt).

a) Prema odluci Saveznog ustavnog suda u predmetu Honeywell (BVerfGE 126, 286) nužno je da se radi o dovoljno kvalificiranoj povredi. To pretpostavlja da je postupanje vlasti EU očigledno suprotno nadležnostima, a osporeni akt u ustroju nadležnosti vodi do strukturno značajnog pomaka nadležnosti na štetu država članica.

b) Ugovori sadrže mandat Europske središnje banke, koji je ograničen na monetarnu politiku (čl. 119. i 127. ff. UFEU te čl. 17. ff. Statuta ESB-a). ESB nema ovlasti za neovisnu gospodarsku politiku, već je ona ograničene na podršku gospodarske politike u EU (čl. 119. st. 2, čl. 127. st. 1. al. 2. UFEU; čl. 2. al. 2. Statuta ESB). Ako se – uz zadržku tumačenja Suda EU – pođe od toga da se odluka o izravnim monetarnim transakcijama može kvalificirati kao neovisna mjera gospodarske politike, onda bi ona očito predstavljala povredu podjele nadležnosti. Takvo pomicanje nadležnosti

bilo bi i strukturno značajno, jer odluka o izravnim monetarnim transakcijama može prikriti mjere pomoći u okviru „Politike spašavanja eura“, koje se ubrajaju u ključne nadležnosti država članica iz područja gospodarske politike (usp. čl. 136. st. 3. UFEU). Osim toga, izravne monetarne transakcije (Outright Monetary Transactions) mogu dovesti do značajne preraspodjele između država članica i poprimiti značajke financijskog poravnanja, što nije predviđeno ugovorima o EU.

c) Ukoliko bi odluka o izravnim monetarnim transakcijama predstavljala povredu zabrane monetarnog financiranja proračuna (čl. 123. st. 1. UFEU), radilo bi se o očitom i strukturno značajnom prekoračenju nadležnosti. Ta bi povreda bila očita, jer primarno pravo EU izričito normira tu zabranu i van sumnje u tom dijelu isključuje nadležnosti Europske središnje banke. Ta bi povreda bila i strukturno značajna, jer je zabrana monetarnog financiranja proračuna jedno od glavnih pravila u okviru koncepcije Monetarne unije kao unije kojom se uspostavlja stabilnost. Osim toga, njome se osigurava ukupna odgovornost Bundestaga za proračunsku politiku.

3. Pozitivan odgovor na pitanje radi li se o aktu *ultra vires* u tom bi smislu potaknula obvezu njemačkih državnih tijela na propuštanje i obvezu poduzimanja određenih radnji, protiv kojih se u svakom slučaju može podići ustavna tužba pred Saveznim ustavnim sudom, ako se radi o ustavnim tijelima.

a) Iz odgovornosti za integraciju proizlazi dužnost Savezne vlade i Bundestaga da bdiju nad pridržavanjem programa integracije i da kod očitih i strukturno značajnih prekoračenja nadležnosti tijela EU aktivno djeluju u smislu pridržavanja programa integracije. Prisvajanju nadležnosti naknadno bi mogli dati legitimitet time što bi se potaknula izmjena primarnog prava, te bi se u okviru postupka prema čl. 23. st. 1. al. 2 i 3. Temelnog zakona formalno prenijela „konzumirana“ suverena prava. Ako to ne bi bilo moguće ili poželjno, Vlada i Bundestag bi naprotiv načelno bili obvezni u okviru svojih nadležnosti pravnim ili političkim sredstvima djelovati na ukidanje mjera koje nisu pokrivene programom integracije, a sve dok su mjere na snazi, poduzeti odgovarajuće pripreme kako bi učinci tih mjera u zemlji bili ograničeni u što većoj mjeri.

b) Povreda tih dužnosti značila bi povredu subjektivnih prava građana s pravom glasa, zbog koje se može podići ustavna tužba. Prema uvriježenoj sudskoj praksi senata do povrede čl. 38. st. 1. al. 1. Temelnog zakona dolazi ako postoji opasnost da biračko pravo, u nekom području koje je bitno za političko samoodređenje naroda, ostane bez stvarnih učinaka. Za razliku od toga, čl. 38. st. 1. al. 1. Temelnog zakona ne osigurava pravo Saveznog ustavnog suda na kontrolu zakonitosti demokratskih većinskih odluka.

U odnosu na očigledno i strukturalno značajno prekoračenje nadležnosti od strane tijela EU, zaštita iz čl. 38. st. 1. al. 1. Temelnog zakona ima i postupovnu komponentu: građanin s biračkim pravom radi osiguranja demokratskih mogućnosti utjecaja na proces europske integracije načelno ima pravo na to da se prijenos suverenih prava odvija samo u predviđenom obliku, a to se kod

samovoljnog prisvajanja nadležnosti zaobilazi. Građanin zbog toga može tražiti da se Bundestag i Savezna vlada aktivno pozabave pitanjem na koji se način ponovo može uspostaviti valjani sustav nadležnosti, te potaknuti pozitivnu odluku o tome što treba poduzeti kako bi se to ostvarilo. Akt *ultra vires* nadalje može biti predmet tužbe zbog sukoba nadležnosti između državnih tijela.

4. Uz zadržku zbog toga što se još čeka tumačenje Suda EU, odluka o izravnim monetarnim transakcijama prema procjeni Saveznog ustavnog suda nespojiva je s primarnim pravom. Međutim, moguća je drugačija ocjena kod tumačenja odluke o izravnim monetarnim transakcijama, koje bi bilo sukladno s primarnim pravom.

a) Odluka o izravnim novčanim transakcijama nije pokrivena mandatom Europske središnje banke. Monetarna politika se prema doslovnom tekstu, sistematici i ciljevima ugovora o EU mora razgraničiti od gospodarske politike, koja je prvenstveno u nadležnosti država članica. Kod tog razgraničenja bitni su objektivni neposredni ciljevi neke mjere, sredstva odabrana za ostvarivanje tih ciljeva te njihova povezanost s drugom regulativom. U prilog tome da se odluka o izravnim monetarnim transakcijama može svrstati u mjere gospodarske politike govori neposredan cilj neutraliziranja kamatnog ažijskog za državne obveznice pojedinih država članica eurozone. Prema shvaćanju Europske središnje banke, to jednim dijelom počiva na strahu ulagača od reverzibilnosti eura, dok prema gledanju Njemačke centralne banke (Bundesbank) takav kamatni ažio odražava skepsu sudionika tržišta da će se pojedine države članice pridržavati proračunske discipline, kako bi trajno sačuvali platežnu sposobnost. I selektivna kupnja državnih obveznica samo nekih država indikator je da se odluka o izravnim monetarnim transakcijama može kvalificirati kao mjera gospodarske politike, jer monetarno-politički okvir djelovanja Europskog sustava središnjih banaka načelno ne pravi razlike kod postupanja prema pojedinim državama članicama. Paralelizam s mjerama pomoći Europskog fonda za financijsku stabilnost, odnosno Europskog stabilizacijskog mehanizma, te opasnost zaobilaženja njihovih ciljeva i naloženih mjera, potvrđuju takav nalaz. Kupnja državnih obveznica predviđena odlukom o izravnim monetarnim transakcijama radi rasterećenja pojedinih država članica stoga je očito funkcionalni ekvivalent mjera pomoći navedenih institucija, međutim bez parlamentarnog legitimiteta i kontrole.

b) Članak 123. st. 1. UFEU Europskoj središnjoj banci zabranjuje kupnju državnih obveznica direktno od država članica koje ih izdaju. Očito je da se ta mjera smije zaobići ne samo mjerama koje su po funkciji ekvivalentne. Navedeni aspekti neutralizacije kamatnog ažijskog, selektivnost kupnje i paralelizam s programima pomoći Europskog fonda za financijsku stabilnost, odnosno Europskog stabilizacijskog mehanizma, govore u prilog tome da je odluka o izravnim monetarnim transakcijama usmjerena na zabranjeno zaobilaženje čl. 123. st. 1. UFEU. K tomu treba dodati i sljedeće aspekte: spremnost da se s obzirom na obveznice koje će se kupiti sudjeluje u „rezanju dugova“, povećani rizik, mogućnost da se kupljenje obveznice drže sve do konačnog dospijanja, zadiranje u formiranje cijena na tržištu i ohrabrenje Vijeća ESB-a upućeno sudionicima na tržištu da kupuju te obveznice na primarnom tržištu.

c) Prema shvaćanju Saveznog ustavnog suda, cilj otklanjanja smetnji kod monetarnog transmisijskog mehanizma, koji navodi ESB kako bi opravdala odluku o izravnim monetarnim transakcijama, ne mijenja ništa na stvari. To što kupnja državnih obveznica pod određenim okolnostima može pomoći ostvarivanju ciljeva monetarne politike, ne znači da je odluka o izravnim monetarnim transakcijama mjera monetarne politike. Kada bi kupnja državnih obveznica bila dopuštena kod svakog poremećaja monetarnog transmisijskog mehanizma, to bi bilo isto kao da se ESB da ovlast da otkloni svaki pad boniteta neke od država eurozone kupnjom državnih obveznica te države. A to bi zabranu monetarnog financiranja proračuna većim dijelom stavilo izvan snage.

d) S gledišta Saveznog ustavnog suda, odluci o izravnim monetarnim transakcijama možda se ne bi moglo prigovoriti kada bi se ona u skladu s primarnim pravom tumačila ili ograničila na taj način da ne zaobilazi uvjete programa pomoći Europskog fonda za financijsku stabilnost, odnosno Europskog stabilizacijskog mehanizma i stvarno zadrži samo karakter podrške gospodarskoj politici EU. Kad se uzme u obzir čl. 123. st. 1. UFEU, preduvjet za to vjerojatno bi bio da se mora isključiti mogućnost „rezanja duga“, da se ne mogu kupovati državne obveznice pojedinih država u neograničenom iznosu, te da se zadiranje u formiranje cijena na tržištu mora izbjeći koliko god je to moguće. Izjave predstavnika ESB-a na glavnoj raspravi i tijekom postupka pred senatom upućuju na to da bi takvo tumačenje u skladu s primarnim pravom EU moglo biti spojivo sa smislom i svrhom odluke o izravnim monetarnim transakcijama.

5. Predstavlja li odluka o izravnim monetarnim transakcijama i njezino izvršenje povredu ustavnog identiteta Temelnog zakona, u ovom se trenutku ne može sa sigurnošću sagledati i ovisi napokon i o sadržaju i dosezima tumačenja te odluke u skladu s primarnim pravom EU.

Izdvojeno mišljenje sutkinje Lübbe-Wolff:

U svom nastojanju da osigura vladavinu prava, sud može prekoračiti granice sudačke nadležnosti. Po mom mišljenju, upravo se to ovdje dogodilo. Zahtjeve je trebalo odbaciti kao nedopuštene. Pitanje na koji će način Bundestag i Savezna vlada reagirati na povredu suvereniteta Savezne Republike Njemačke, bez obzira radi li se o povredi uslijed djelovanja oružanih snaga ili drugim oblicima povrede, ne može se svrsishodno regulirati nametanjem određenih pozitivnih dužnosti poduzimanja radnji. Odabir neke od brojnih mogućih reakcija koje sežu od izražavanja negodovanja do izlaska iz Monetarne unije, stvar je isključivo političke procjene. Stoga ne čudi da se takva pravila ne mogu izvesti ni iz slova Ustava ni iz tradicije sudske prakse.

Pretpostavka da se pod pobliže definiranim preduvjetima pozivanjem na čl. 38. st. 1. Temelnog zakona mogu osporiti ne samo pozitivni akti njemačkih ustavnih tijela kojima se ograničava suverenitet, već i sama nečinidba kod kvalificiranog prekoračenja nadležnosti EU odstupa od nedavno potvrđene sudske prakse,

sukladno kojoj se nečinidba ili propust od strane Bundestaga ili Savezne vlade može osporiti ustavnom tužbom samo ako se podnositelj tužbe može pozvati na izričit mandat temeljnog zakona, kojim se u bitnome ograničava sadržaj i opseg obveze djelovanja za koju se tvrdi da je povrijeđena. I kod zahtjeva u sporu zbog nadležnosti državnih tijela senat je nedavno ustanovio da su dopušteni samo protiv konkretnih nečinidbi (propusta), to jest samo protiv nepoduzimanja konkretne radnje za koju se ujedno može pokazati da je bila i nužna. Pretpostavka da, između ostalog, samo propuštanje Savezne vlade da se na razini EU ponaša na određeni način može biti dopušteni predmet ustavne tužbe protivna je shvaćanju sukladno kojemu su čak i pozitivne radnje Savezne vlade u smislu suodlučivanja o odlukama tijela EU ili međuvladinim odlukama u pitanjima EU još nedavno proglašene neprihvatljivim predmetima pobijanja.

Izdvojeno mišljenje suca Gerhardta:

Smatram da su ustavne tužbe i zahtjevi u sporu oko nadležnosti tijela državne vlasti nedopuštene, ukoliko se tiču odluke o izravnim monetarnim ulaganjima. Predmetna odluka proširuje mogućnosti pojedinca da preko čl. 38. st. 1. Temelnog zakona – bez povratne veze s materijalnim temeljnim pravom – pokrene kontrolu akata tijela EU od strane Ustavnog suda. Dopuštanjem takve kontrole prekoračenja ovlasti (kontrola *ultra vires*) otvaraju se vrata općenitom zahtjevu vezanom uz izvršenje zakona kakav Temeljni zakon ne poznaje.

Odgovornost njemačkih ustavnih tijela za integraciju postoji u odnosu na javnost, i iz nje ne proizlazi ništa u prilog konstrukcije subjektivnog prava svakog građana s pravom glasa na pokretanje radnji od strane ustavnih tijela. Kod pitanja radi li se o kvalificiranom aktu prekoračenja nadležnosti, Savezna vlada i Bundestag moraju imati slobodu procjene i ocjene, koju građani moraju prihvatiti. Ta odluka polazi od toga da prekoračenje nadležnosti može biti očigledno i onda kada mu prethodi dugi proces razjašnjavanja. Taj nam slučaj iznimno jasno pokazuje koliko je teška primjena kriterija očiglednosti u praksi. Monetarna i ekonomska politika upućene su jedna na drugu i ne mogu se striktno razgraničiti. Kad se sve to uzme u obzir, čini mi se da se argument da se u prvom redu radi o ponovnom uspostavljanju monetarnog transmisijskog mehanizma ne može tako jednoznačno opovrgnuti.

Ne uklapa se u načelne okvirne uvjete parlamentarnog rada da pojedinac bavljenje Bundestaga vlastitim nadležnostima preko Saveznog ustavnog suda može okrenuti u određenom smjeru. Građanin preko podnesaka, stranaka i zastupnika te posebice preko medija može utjecati na način i ciljeve formiranja političkog htjenja. Bundestag je bez većih poteškoća političkim putem mogao izraziti svoje neodobravanje odluke o izravnim monetarnim transakcijama, te eventualno i zaprijetiti tužbom na utvrđenje ništetnosti, pričekati reakciju Europske središnje banke i financijskih tržišta, te potom povući daljnje konzekvence. To što on to nije učinio ne upućuje na deficit demokracije, već je odraz većinske odluke u korist određene politike prevladavanja dužničke krize u koju su upale neke države euro zone.

§ 22.

**Jednakost državljana – javne
službe (čl. 33. II. Temeljnog
zakona)**

48) 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12
(Altershöchstgrenzen im öffentlichen Dienst /
Najviša dobna granica za zapošljavanje u javnim
službama)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 34/2015 od 28. svibnja 2015.

Odluka od 21. travnja 2015.
- 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 -

**Odredbe o najvišoj dobnoj granici za zapošljavanje u javnim službama
savezne zemlje Sjeverne Rajne i Vestfalije su neustavne**

Zakon o državnim službenicima savezne zemlje Sjeverne Rajne i Vestfalije ne sadrži dovoljno određeno ovlaštenje za donošenje uredbi kojima se određuje dobna granica za zapošljavanje. Stoga odredbe o najvišoj dobnoj granici, predviđene Uredbom o napredovanju državnih službenika od 30. lipnja 2009. godine, nisu u skladu s čl. 33. st. 2. Temeljnog zakona. Tako je odlučio Drugi senat Saveznog ustavnog suda u presudi koja je objavljena danas. Senat je prihvatio dvije ustavne tužbe, te predmete vratio na ponovno odlučivanje Saveznom upravnom sudu. Senat je istodobno konkretizirao materijalne zahtjeve glede dobne granice za zapošljavanje: ona je načelno dopuštena radi osiguranja uravnoteženog omjera vremena provedenog u državnoj službi i u mirovini. Zakonodavac utoliko ima normativnu slobodu, pri čemu ograničenja, između ostalog, proizlaze iz načela učinka, koje se odnosi na napredovanje u službi ovisno o rezultatima (čl. 33. st. 2. Temeljnog zakona), kao i iz načela razmjernosti.

Činjenično stanje i tijek postupka:

Podnositelji tužbi su nastavnici koji su namještenici javnih škola u Sjevernoj Rajni i Vestfaliji. Tražili su zasnivanje radnog odnosa u statusu službenika na probni rok, iako su već navršili 40 godina, čime su prema važećoj Uredbi o napredovanju državnih službenika prešli starosnu dob za zapošljavanje.

Podnositelj tužbe iz postupka 2 BvR 1322/12 rođen je 1963. godine, a od 1991. do 1997. studirao je slikarstvo i grafiku. Nakon što mu je diploma priznata kao Prvi državni ispit za nastavnike u strukovnim školama, 2004. godine zaposlen je u

javnom školstvu savezne zemlje Sjeverne Rajne i Vestfalije. Nakon pripravničkog staža od 2005. do 2007. položio je Drugi državni ispit. Potom je zaposlen kao nastavnik sa statusom namještenika. Godine 2009. podnio je zahtjev za zasnivanje radnog odnosa u statusu službenika na probni rok, koji je Zavod za školstvo pri okružnom poglavarstvu odbio.

Podnositeljica tužbe iz postupka BvR 1989/12, rođena 1959. godine, položila je Prvi državni ispit 1984. godine, a 1987. Drugi državni ispit za nastavnike. Nakon roditeljskog dopusta od 1992. radila je kao nastavnica u katoličkoj školi, koja ima status usporediv s javnim školama. Od 2001. godine podnositeljica tužbe zaposlena je javnom školstvu savezne zemlje. Godine 2009. je drugi put podnijela zahtjev za zasnivanje radnog odnosa u statusu službenika na probni rok, koji je Zavod za školstvo pri okružnom poglavarstvu odbio.

U oba slučaja tužbe pred upravnim sudovima bile su neuspješne.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

Mjerodavne odredbe Uredbe o napredovanju državnih službenika, prema kojima se zapošljavanje može temeljiti na dobi, predstavljaju povredu čl. 33. st. 2. Temeljnog zakona. Odlukama sudova i službenih tijela koje počivaju na tim odredbama povrijeđena su temeljna prava podnositelja tužbi iz čl. 33. st. 2. Temeljnog zakona.

1. Načela pravne države i demokracije obvezuju zakonodavca da uglavnom sam donese regulativu mjerodavnu za ostvarenje temeljnih prava i da to ne prepusti izvršnoj vlasti. Delegiranje odluka na donositelja uredbi udovoljava pridržaju donošenja zakona, ako parlamentarni zakonodavac bitne odluke donese sam i ako je osnova ovlasti za donošenje uredbi dovoljno određena. Načelna odluka parlamenta ravna se prema zahtjevima pravne države iz čl. 80. st. 1. al. 2. Temeljnog zakona, sukladno kojima u zakonu treba odrediti sadržaj, svrhu i opseg ovlasti. Određenost norme iz koje proizlaze ovlasti mora biti u skladu s ustavnopravnom relevantnošću propisa za koji se daje ovlaštenje. Što više takav propis zadire u pravni položaj određenih osoba, to su viši zahtjevi vezani uz stupanj određenosti ovlasti. Stoga već iz samog ovlaštenja mora biti razvidno i predvidivo što će biti dopušteno u odnosu na građana. Premda se čl. 80. st. 1. Temeljnog zakona ne može izravno primijeniti na ovlasti za donošenje uredbi zakonima saveznih zemalja, načela koja iz njega proizlaze obvezujuća su i za zakonodavstvo savezne zemlje.

Kada se radi o radnim odnosima u javnoj službi, čl. 33. st. 2. Temeljnog zakona sadrži odredbu koja dopunjuje pravo na slobodan izbor zanimanja iz čl. 12. st. 1. al. 1. Temeljnog zakona. Sukladno toj odredbi, svakom Nijemcu je ovisno o sposobnosti, profesionalnoj osposobljenosti i uspjesima u struci zajamčeno pravo na jednaki pristup svakoj javnoj službi, bez ograničenja i pridržaja. Propis kojim se želi urediti područje temeljnih prava za koja ne vrijede ograničenja ili prava izjednačenih s temeljnim pravima, nužno određuje i konkretizira njihova ograničenja koja proizlaze iz Ustava. Stoga je zadaća parlamentarnog zakonodavca

prvenstveno odvagnuti i uravnotežiti načelo učinka iz čl. 33. st. 2. Temelnog zakona i drugih interesa zaštićenih Ustavom. Za izuzeće od načela učinka prilikom primanja u državnu službu je sukladno tome načelno potrebna (parlamentarna) zakonska osnova.

Naposljetku, glede zahtjeva da parlamentarni zakonodavac donese regulativu, treba uzeti u obzir i oblike zabrane diskriminacije na osnovi dobi europskog prava u Direktivi 2000/78/EZ. Ti zahtjevi iz prava EU povećavaju ustavnopravnu nužnost, jer je parlamentarni zakonodavac taj koji je pozvan odlučiti o uvođenju i normiranju najviše dobne granice za državne službenike, te opravdanje vrste i opsega nejednakog postupanja u skladu s navedenim iziskuje odvagivanje s drugim legitimnim ciljevima.

2. Polazeći od toga, čl. 5. st. 1. Zakona o državnim službenicima savezne zemlje Sjeverne Rajne i Vestfalije (LBG) ne sadrži dovoljno određene ovlasti za određivanje najviše dobne granice za zapošljavanje.

a) Dobna granica za zapošljavanje predstavlja teško zadiranje u čl. 12. st. 1. Temelnog zakona, a načelno i u čl. 33. st. 2. Temelnog zakona. Njome se u pravilu isključuje mogućnost da stariji kandidati steknu status službenika, bez obzira na sposobnost, profesionalnu osposobljenost i uspjehe u struci, što vodi do nejednakog postupanja koje ima određenu težinu i u suprotnosti je s kvalifikacijama kandidata. Budući da se njome definiraju uvjeti primanja u javnu službu, starosna dob za zapošljavanje, jednako kao i dobne granice za odlazak u mirovinu, ima funkciju određivanja statusa.

b) Paušalno ovlaštenje za uređivanje napredovanja državnih službenika u čl. 5. st. 1. al. 1. Zakona o državnim službenicima savezne zemlje ne udovoljava ustavnopravnim zahtjevima glede dovoljno određene osnove za takve ovlasti. Ni iz same norme ni iz njezine povezanosti s drugim propisima, a ni iz zakonodavnih podloga, nije razvidno da je zakonodavac Sjeverne Rajne i Vestfalije razmišljao o uvođenju dobne granice za zapošljavanje i o njezinoj relevantnosti u smislu zadiranja u temeljna prava. Stoga već od samog početka nedostaje načelna odluka parlamenta.

3. Stoga je upitna i materijalna ustavnost određivanja konkretne starosne dobi od strane zakonodavca savezne zemlje. S obzirom da već dulje vrijeme postoji pravna nesigurnost u vezi ustavnopravne dopuštenosti određivanja najviše dobne granice za zapošljavanje, želimo upozoriti na sljedeće:

a) Odluke o odabiru kandidata, koje potpadaju pod čl. 33. st. 2. Temelnog zakona, mogu počivati samo na aspektima koji se neposredno tiču sposobnosti i profesionalne osposobljenosti kandidata, te njihovih uspjeha u struci. Starosna dob je kriterij koji je imanentan sposobnosti ako državni službenik navršavanjem određene dobi obično više ne ispunjava zahtjeve vezane uz određenu funkciju. To, primjerice, može biti slučaj kod interventnih jedinica u vojsci, u policijskim ili

vatrogasnim postrojbama. Međutim, kod ocjene opće najviše dobne granice za zapošljavanje od 40 godina u predmetnom slučaju, fizička snaga nastavnika ne igra nikakvu ulogu.

b) Dobna granica za zapošljavanje služi, osim u gore spomenutim zanimanjima, u svrhe koje nisu povezane sa sposobnošću za ostvarivanje ciljeva koji ne potpadaju pod načelo učinka. Takvi interesi se prilikom zapošljavanja u javnoj službi mogu uzeti u obzir samo ako imaju ustavni rang. Ograničenja u propisima o državnim službenicima mogu, primjerice, proizaći iz čl. 33. st. 5. Temelnog zakona, ako su nužna zbog smisla i svrhe konkretnog radnog odnosa i lojalnosti službenika, ili ako služe tomu da se zajamče uvriježena načela koja vrijede za profesionalne službenike koja imaju ustavni rang. To se posebice odnosi na načelo doživotnog statusa službenika i načelo materijalnog zbrinjavanja državnih službenika.

Kao svrha najviše dobne granice kod zapošljavanja državnih službenika u bitnome se navodi da treba zajamčiti uravnotežen omjer vremena provedenog u državnoj službi i u mirovini. Tu dolazi do izražaja da je materijalno zbrinjavanje umirovljenog državnog službenika opravdano samo ako je tijekom dužeg razdoblja bez ograničenja svoj rad stavio na raspolaganje poslodavcu.

Najviša dobna granica za zapošljavanje može zajedno s dobnom granicom za odlazak u mirovinu, posebice s obzirom na dulji životni vijek i sve veće opterećenje javnog proračuna, predstavljati bitnu osnovu za mogućnost financiranja i funkcioniranja sustava mirovinske skrbi državnih službenika, pa time služiti provedbi načela materijalnog zbrinjavanja državnih službenika i načela doživotnog statusa službenika. Stoga u praksi treba uskladiti suprotstavljena načela iz čl. 33. st. 2. i čl. 5 Temelnog zakona.

c) Ako zakonodavac vodi računa o tim pretpostavkama, onda zadiranje u temeljno pravo iz čl. 33. st. 2. Temelnog zakona određivanjem najviše dobne granice za zapošljavanje načelno može biti opravdano. Ekonomska vrijednost mirovinske skrbi ne može se egzaktno iskazati brojkama, jer osim o trajanju faze akumulacije kapitala tijekom aktivnog staža ovisi i o trajanju faze isplate mirovine, o platnom razredu službenika, o priznavanju mirovinskih prava i drugim čimbenicima. Zbog tih nepoznanica, zakonodavcu kod uvođenja i definiranja dobne granice za zapošljavanja službenika treba dati normativnu slobodu, pri čemu opseg te slobode, između ostalog, proizlazi iz ograničenja sadržanih u čl. 33. st. 2. Temelnog zakona, te iz načela razmjernosti. Osim toga, treba poštivati i odrednice iz Direktive 2000/78/EZ.

d) Za razliku od toga, zahtjev uravnotežene dobne strukture uglavnom nije primjeren kao argument za opravdavanje maksimalne dobne granice kod zapošljavanja. Dobna struktura ovisi o broju mjesta predviđenih proračunom, te zapošljavanju novih službenika tijekom određenog razdoblja. Slijedom toga bi se uravnotežena dobna struktura prije mogla osigurati varijabilnom dobi kod zapošljavanja.

Peti dio

Pravosuđe i temeljna
prava

(čl. 100 ff. Temeljnog zakona)

§ 23.

**Pravo na pristup sudu
(čl. 103. I. Temeljnog zakona)**

49) BVerfGE 133, 168
(Absprachen im Strafprozess / Sporazumi u kaznenom postupku)

Savezni ustavni sud
- Ured za tisak -
Priopćenje za tisak br. 17/2013 od 19. ožujka 2013.

Odluka od 19. ožujka 2013.
- 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 -

Zakonska regulativa o nagodbama u kaznenom postupku je u skladu s Ustavom – neformalni dogovori nisu dopušteni

Zakonske odredbe o sporazumima u kaznenom postupku, unatoč znatnim nedostacima kod izvršenja, trenutačno nisu protuustavne. Međutim, zakonodavac mora stalno provjeravati i eventualno unaprijediti djelotvornost zaštitnih mehanizama koji služe poštivanju ustavnopravnih zahtjeva. Nedopušteni su tzv. neformalni dogovori izvan zakonske regulative. Tako je odlučio Drugi senat Saveznog ustavnog suda u presudi koja je objavljena danas. Savezni ustavni sud je istovremeno zbog povreda Ustava ukinuo presude specijaliziranih sudova koje su osporili podnositelji ustavnih tužbi, te predmete vratio na ponovno odlučivanje.

Odluka se u bitnome temelji na sljedećem obrazloženju:

1. Podnositelji tužbe ustali su ustavnom tužbom protiv osuđujuće presude kaznenog suda koja je uslijedila nakon dogovora, odnosno sporazuma, između suda i sudionika u postupku. U postupcima 2 BvR 2628/10 i 2 BvR 2883/10 ustavne tužbe osim toga su usmjerene protiv odredbe iz čl. 257c Zakona o kaznenom postupku (StPO), koja je dodana Zakonom o uređivanju sporazuma u kaznenom postupku od 29. srpnja 2009. (u daljnjem slijedu: Zakon o sporazumu u kaznenom postupku).
2. Ustavne tužbe su osnovane u onom dijelu u kojem se odnose na osporene presude, a u ostalom dijelu su odbačene.
 - a) Kazneno pravo počiva na načelu krivnje koje ima ustavni rang. Ono je utemeljeno na jamstvu dostojanstva čovjeka i vlastite odgovornosti (čl. 1. st. 1. Temeljnog zakona i čl. 2. st. 1. Temeljnog zakona) te u načelu pravne države (čl. 20. st. 3. Temeljnog zakona). Državi Ustav naleže da zajamči funkcionalno kazneno

pravosuđe. Glavni cilj kod kaznenog postupka je utvrditi istinito činjenično stanje, bez kojeg se ne može ostvariti materijalno načelo krivnje.

Pravo na pravičan postupak okrivljeniku jamči postupovna prava i primjerenu mogućnost obrane od zadiranja u ta prava, posebice od strane državnih službi. Normativno uređenje tih postupovnih prava u prvom je radu zadaća zakonodavca. O povredi prava na pravičan postupak radi se tek onda ako bi se, kada se sagleda postupovno pravo u cjelini, pokazalo da nisu uslijede nužne pravne konzekvence ili se odustalo od neodricivih načela pravne države. Pritom treba imati u vidu i funkcioniranje kaznenog pravosuđa, uključujući načelo ubrzanja postupka.

Načelo da okrivljenik ne mora teretiti samoga sebe i pretpostavka nedužnosti utemeljene su na načelu pravne države i imaju ustavni rang. Okrivljenik posebice bez ikakve prisile mora na vlastitu odgovornost moći odlučiti hoće li i eventualno u kojoj mjeri sudjelovati u kaznenom postupku.

b) Polazeći od toga, sporazumi sadrže i opasnost da se neće u cijelosti voditi računa o ustavnopravnim normama. Pa ipak, zakonodavcu Ustav sam po sebi ne brani da dopusti sporazume radi pojednostavljivanja postupka. Kako bi se ispunili ustavnopravni zahtjevi, zakonodavac je smatrao nužnim donijeti jasne zakonske norme za institut sporazuma koji u praksi igra značajnu ulogu, premda je oduvijek bio sporan. Zakonom o sporazumu u kaznenom postupku nije stvorio novi model postupka koji počiva na „konsenzusu“, već je sporazum integrirao u važeći sustav kaznenog postupovnog prava.

aa) Zakon o sporazumu u kaznenom postupku izričito upućuje da to ne utječe na obvezu suda da po službenoj dužnosti rasvijetli činjenično stanje. Time je zakonodavac pojasnio da sporazum kao takav nikada ne može biti jedina osnova za presudu, već je to i dalje isključivo uvjerenje suda. Osim toga, kod priznanja koje se temelji na sporazumu obvezatno treba provjeriti njegovu točnost. Ako se time ograničava praktično područje primjene sporazuma, to je nužna konzekvenca njegovog uvođenja u sustav važećeg kaznenog postupovnog prava. I pravna ocjena izmiče dispoziciji u okviru nagodbe, to vrijedi i za pomicanje raspona kazne kod posebice teških ili manje teških slučajeva.

bb) Zakon o sporazumu u kaznenom postupku zaključno uređuje dopuštenost sporazuma u kaznenom postupku. Time zabranjuje one načine postupanja za koje se često koristi eufemizam „neformalni dogovori“. Osim toga, sporazum ograničava na predmet glavne rasprave. Tzv. „ukupna rješenja“, kod kojih državno odvjetništvo pristaje i na obustavu drugih istražnih postupaka, stoga su nedopuštena.

cc) Transparentnost i dokumentiranje predstavljaju težište te regulative. Time se treba zajamčiti učinkovita kontrola javnosti, državnog odvjetništva i žalbenog suda. Posebice sve radnje povezane sa sporazumom moraju biti iscrpno obrađene tijekom glavne rasprave, koja je obično otvorena za javnost. To istovremeno predstavlja dodatnu potvrdu da uvjerenje suca mora proizaći iz same glavne rasprave.

Povreda obveza vezanih uz transparentnost i dokumentiranje načelno vodi do protupravnosti postignutog sporazuma. Ukoliko bi sud ostao pri takvom nezakonitom sporazumu, u pravilu se neće moći isključiti da presuda počiva na zakonskoj povredi.

Od posebnog značaja je kontrola državnog odvjetništva. Državo odvjetništvo nije samo obvezno uskratiti svoju suglasnost za nezakoniti sporazum, već mora uložiti i pravni lijek protiv presuda koje počivaju na njemu. Obvezatnost pridržavanja naloga i obveze izvještavanja osim toga omogućuju uspostavljanje jedinstvenih standarda kod obnašanje te funkcije kontrole od strane državnog odvjetništva.

dd) Zakon o sporazumu u kaznenom postupku naposljetku predviđa da optuženika treba poučiti o tome pod kojim pretpostavkama i s kojim posljedicama sud može odstupiti od izglednog rezultata. Ova pouka o pravima optuženiku treba omogućiti da donese autonomnu odluku o svom sudjelovanju u sporazumu. Kod povrede obveze poučavanja optuženika o pravima u okviru provjere od strane revizijskog suda u pravilu će se poći od toga da i priznanje, a time i presuda, počivaju na tome.

c) Zakon o sporazumu u kaznenom postupku dostatno osigurava pridržavanje ustavnopravnih normi. Znatni deficiti kod primjene, odnosno izvršenja tog zakona u praksi trenutačno ne dovode do neustavnosti zakonske regulative.

aa) Koncept te regulative bio bi neustavan jedino kad bi predviđeni zaštitni mehanizmi imali pravne praznine ili bili nedostatni na drugi način koji bi poticao „neformalne“ dogovore u praksi koji predstavljaju povredu Temeljnog zakona, dakle ako bi deficit u izvršenju bio predodređen strukturom same norme.

bb) Ni rezultat empirijskog istraživanja ni očitovanja dana u ustavnim tužbama ne upućuju nužno na pretpostavku da postoje strukturalni nedostaci kod normativnog uređenja iz kojih proizlaze dosadašnji deficiti u izvršenju. Razlozi su slojeviti. Kao glavni razlog u empirijskom istraživanju navodi se to da su propisi „teško primjenjivi u praksi“. To govori o dosad nedovoljno izraženoj svijesti o tome da u kaznenom postupku ne bi smjeli postojati sporazumi bez pridržavanja zahtjeva Zakona o sporazumu u kaznenom postupku.

d) Zakonodavac mora brižno pratiti daljnji razvoj. Ako sudska praksa i dalje u velikoj mjeri bude zaobilazila zakonsku regulativu, a Zakon o sporazumu u kaznenom postupku ne bi bio dostatan da se otklonili ustanovljeni nedostaci u primjeni, zakonodavac će morati poduzeti odgovarajuće mjere protiv takvog razvoja koji ide u pogrešnom smjeru. Ako bi to propustio učiniti, nastupilo bi protuustavno stanje.

3. Presude specijaliziranih sudova osporene ustavnim tužbama nisu spojive s normama Temeljnog zakona za sporazum u kaznenom postupku.

a) Presude koje podnositelji tužbi osporavaju u postupcima 2 BvR 2628/10 i 2 BvR 2883/10 predstavljaju povredu njihovog prava na pravičan postupak u skladu s načelima pravne države, te prava okrivljenika da ne terete sami sebe. Sporazum je u pravilu spojiv s načelom pravičnog postupka samo onda ako je optuženik prije zaključenja sporazuma poučen o tome da on ima samo ograničen obvezujući učinak za sud. Ukoliko priznanje dobiveno uz povredu obveze o pouci optuženika bude uzeto u obzir kod donošenja presude, takva presuda počiva na povredi temeljnih prava, osim ako se može isključiti uzročno-posljedična veza između pogreške u pouci i priznanja, jer bi ga optuženik dao i da je bio uredno poučen o svojim pravima. To će konkretno morati utvrditi revizijski sud.

b) Odluka Zemaljskog suda osporena u postupku 2 BvR 2155/11 već zbog toga predstavlja povredu ustavnopravnog načela krivnje, jer je Zemaljski sud osudio podnositelja tužbe uglavnom na temelju neprovjerenog formalnog priznanja. Osim toga, presuda počiva na shvaćanju koje sadrži nedopuštenu dispoziciju o osuđujućoj presudi. U tom je slučaju znatno prekoračena granica protuustavnog utjecaja na pravo okrivljenika da ne tereti sam sebe. Zemaljski sud je razliku između dva raspona kazne, koja je sama po sebi već bila prevelika, još dodatno uvjetovao pristankom na izricanje uvjetne kazne, koja je uopće bila moguća samo ako bi se raspon kazne smanjio na kaznu zapriječenu za manje težak delikt.

§ 24.

Ne bis in idem

(čl. 103. III. Temeljnog zakona)

50) BVerfGE 95, 96 (Mauerschützen / Strijelci na Zidu)

1. a) Zabrana retrogradne primjene zakona iz čl. 103. st. 2. Temelnog zakona je apsolutna i ispunjava svoju funkciju jamstva pravne države i temeljnih prava kroz striktnu formalizaciju.

b) Ona nalaže da se i dalje primjenjuje razlog za isključenje protupravnosti koji je bio zakonski uređen u vrijeme počinjenja kaznenog djela a prestao je važiti u vrijeme kaznenog postupka. Nije donesena konačna odluka o tome štiti li i u kojoj mjeri čl. 103. st. 2. Temelnog zakona na isti način i povjerenje u daljnje postojanje nepisanih razloga za isključenje protupravnosti.

2. Striktna zabrana retroaktivne primjene zakona iz čl. 103. st. 2. Temelnog zakona s gledišta pravne države je opravdana posebnom osnovom povjerenja na kojima počivaju kazneni zakoni, ako ih je usvojio demokratski zakonodavac koji ima obvezu poštivanja temeljnih prava.

3. Takva osnova povjerenja ne postoji ako je nositelj državne vlasti za najteža kaznena djela isključio kažnjivost razlozima za isključenje protupravnosti, time što je potaknuo nepravdu ili joj pogodovao izašavši iz okvira pisanih normi i na taj način u najtežem obliku prekršio ljudska prava koja su opće priznata u međunarodnoj zajednici. U tom slučaju striktna zaštita povjerenja prema čl. 103. st. 2. Temelnog zakona dolazi u drugi plan.

Rješenje Drugog senata od 24. listopada 1996.

- 2 BvR 1851, 1853, 1875 i 1852/94 -

IZREKA

Ustavne tužbe se odbacuju.

OBRAZLOŽENJE

A.

Ustavne tužne povezane u postupku radi donošenja zajedničke odluke odnose se na pitanje kažnjivosti radnji članova Nacionalnog vijeća za obranu Demokratske Republike Njemačke (DDR) te jednog pripadnika graničnih postrojbi DDR-a zbog ubojstva prebjega na granici između Zapadne i Istočne Njemačke.

I.

1. Ustavne tužbe 2 BvR 1851, 1853 i 1875/94

a) Presudom Zemaljskog suda podnositelji ustavne tužbe pod 2) i 3) osuđeni su zbog poticanja na ubojstvo na mah, podnositelj ustavne tužbe pod 2) osuđen je na zatvorsku kaznu od sedam godina i šest mjeseci, a podnositelj ustavne tužbe pod 3) na zatvorsku kaznu od pet godina i šest mjeseci. Podnositelj ustavne tužbe pod 1) je zbog pomaganja u izvršenju ubojstva na mah, uzevši u obzir kaznu za više djela u stjecaju iz jedne druge presude, osuđen na ukupnu zatvorsku kaznu od četiri godine i šest mjeseci.

aa) Zemaljski sud je smatrao da je za podnositelja tužbe pod 2) dokazano da je sudjelovao u ubojstvu sedam osoba, a za podnositelje tužbe pod 1) i 3) dokazano da su sudjelovali u ubojstvu šest osoba koje su između 1971. i 1989. htjele pobjeći iz DDR-a preko granice između Istočne i Zapadne Njemačke. Radilo se konkretno o sljedećim slučajevima, od koji se prvi odnosi samo na podnositelja tužbe pod 2):

- Dana 8. travnja 1971, osamnaestogodišnji S. nagazio je pri pokušaju prelaska preko minskog polja u blizini mjesta Schwickershausen (danas okrug Schmalkalden-Meiningen) na minu u zemlji. Mina mu je otrgnula lijevu nogu, ali ipak je uspio doći do teritorija Savezne Republike Njemačke. Nakon nekoliko operacija, tu je 4. svibnja 1971. umro od posljedica ranjavanja.
- Dana 16. siječnja 1973, u eksploziji rasprsnje mine tip SM-70 na teritoriju DDR-a nedaleko mjesta Blütlingen (okrug Lüchow-Dannenberg) teško je ozlijeđen F. (star 26 godina). Ipak je uspio doći do teritorija Savezne Republike Njemačke. Ondje je 17. siječnja 1973. od posljedica ranjavanja umro u bolnici.
- Dana 14. srpnja 1974, nedaleko mjesta Hohegeiß/Harz, V. (star 25 godina) je izazvao eksploziju triju rasprsnih mina tipa SM-70. Kako je bio teško izranjavan brojnim šrapnelima, granični vojnici DDR-a 20 minuta kasnije primili su ga za noge i odvukli ga u pozadinu. Nakon toga je utovaren na kamion. Tek dva sata nakon tog incidenta dovezen je u bolnicu Wernigerode, gdje je od posljedica ranjavanja umro 15. srpnja 1974.
- Dana 7. travnja 1980, kod mjesta Veltheim u okrugu Halberstadt, prilikom eksplozije rasprsnje mina tip SM-70, teško je ranjen B. (star 28 godina). Nakon niza operacija, 11. svibnja 1980. umro je u bolnici u Halberstadtu od posljedica ranjavanja.
- Dana 22. ožujka 1984, nedaleko mjesta u okrugu Mühlhausen, u eksploziji rasprsnje mine tip SM-70 teško je ranjen M. (star 20 godina) te je umro na licu mjesta nakon što su ga iz minskog polja izvukli granični vojnici. Liječnik kojega su pozvali ustanovio je smrt.

- Dana 1. prosinca 1984, u 3.15 h u Berlinu dva granična vojnika su ne prekidajući paljbu pucala na S. (star 20 godina), koji se preko ljestava pokušavao popeti preko Zida, te ga pogodila u gornji dio leđa. Ranjeniku je uskraćena liječnička pomoć. Tek oko 5.15 h ga je policija dopremila u bolnicu. U tom trenutku je već iskrvario. Da mu je odmah pružena liječnička pomoć, vjerojatno bi preživio. Strijelci su pohvaljeni, a prigovoreno je jedino da su potrošili previše streljiva.
- U noći s 5. na 6. veljače 1989, G. (star 20 godina) i njegov vršnjak G. pokušali su se popeti preko Zida kako bi došli do Zapadnog Berlina. Pritom je granični vojnik usmrtio G. hicem koji ga je pogodio u grudi. G. je ranjen drugim hicem. Strijelci su formalno pohvaljeni.

bb) Podnositelji tužbi pod 1), 2) i 3) obnašali su važne funkcije u partijskom i državnom aparatu DDR-a i do 1989. godine bili članovi u Nacionalnom vijeću za obranu. Podnositelj tužbe pod 1) je 1963. postao član centralnog komiteta Jedinstvene socijalističke stranke Njemačke (SED), a 1972. član Nacionalnog vijeća za obranu. Podnositelj tužbe pod 2) 1957. godine postao je zapovjednik vojnog zrakoplovstva Narodne armije DDR-a, a od 1967. kao član glavnog stožera Narodne armije bio je i član Nacionalnog vijeća za obranu. Od 1985. obnašao je funkciju ministra nacionalne obrane. Podnositelj tužbe pod 3) je 1971. pristupio Nacionalnom vijeću za obranu te postao njegov član 1979. u svojstvu zamjenika ministra nacionalne obrane.

cc) Prema činjeničnom stanju koje je utvrdio Zemaljski sud u postupku protiv podnositelja tužbi od 1) do 3) sve glavne zapovijedi ministra za nacionalnu obranu, dakle i zapovijedi koje su se ticale uporabe vatrenog oružja na granici, počivale su na odlukama Nacionalnog vijeća za obranu. [...]

Kao dio „oružanih snaga“ DDR-a granične postrojbe potpadale su pod zapovjednu odgovornost predsjednika Nacionalnog vijeća za obranu.

dd) Ovlasti graničnih postrojbi za korištenje vatrenog oružja temeljile su se, između ostaloga, na odluci Narodne skupštine od 1968. i bile su uređene zakonima objavljenima u Službenom listu DDR-a. To nije vrijedilo za ovlasti postavljanja mina ili instaliranje rasprsnih mina. Od 1961. godine, a posebice u vrijeme počinjenja kaznenih djela od 1971. do 1989. godine, na temelju odgovarajućih odluka Nacionalnog vijeća za obranu izdane su brojne zapovijedi i službeni propisi o zaštiti granice kopnenim minama i rasprsnim minama te uporabi vatrenog oružja.

[...] Sukladno čl. 17. st. 2. Zakona o narodnoj policiji (VoPoG) uporaba vatrenog oružja bila je dopuštena u sljedećim slučajevima:

„a) radi sprječavanja izvršenja kaznenog djela koje neposredno prijeti ili nastavka izvršenja kaznenog djela koje prema okolnostima predstavlja:

NE BIS IN IDEM

- teško kazneno djelo protiv suverenosti Njemačke Demokratske Republike, mira, čovječnosti i ljudskih prava
- teško kazneno djelo protiv Njemačke Demokratske Republike
- teško kazneno djelo protiv ličnosti
- teško kazneno djelo protiv javne sigurnosti ili državnog poretka
- neko drugo teško kazneno djelo koje je počinjeno ili trebalo biti izvršeno uz primjenu vatrenog oružja ili eksploziva

b) radi sprječavanja bijega ili radi uhićenja odbjeglih osoba

- protiv kojih postoji osnovana sumnja da su počinili teško kazneno djelo, ili su zbog nekog teškog kaznenog djela zadržani ili uhićeni

- protiv kojih postoji osnovana sumnja da su počinili lakše kazneno djelo, ili su zbog nekog lakšeg kaznenog djela zadržani, zatvoreni ili osuđeni na zatvorsku kaznu, te ako postoje polazišta da je korišteno vatreno oružje ili su korišteni eksplozivi, ili je bijeg uslijedio uz primjenu sile ili napada na osobe kojima je povjereno zadržavanje, uhićenje, čuvanje ili nadzor, ili ako se radilo o kolektivnom bijegu

- koje su osuđene na zatvorsku kaznu i upućene su na izdržavanje kazne u strogi zatvor ili kaznionicu

c) protiv osoba koje su uz primjenu sile pokušale osloboditi osobe zadržane, uhićene ili osuđene na zatvorsku kaznu zbog težeg ili lakšeg kaznenog djela ili im pomagale pri bijegu.“

[...]

U Dekretu o ustroju pograničnih zona i teritorijalnih voda Njemačke Demokratske Republike (GrenzO) od 15. lipnja 1972 [...] osim toga u čl. 62. izričito je određeno da je uporaba vatrenog oružja od strane pripadnika graničnih postrojbi dopuštena samo u skladu s odgovarajućim vojnim nalogima ministra za nacionalnu obranu. Zakon o državnoj granici Njemačke Demokratske Republike (GrenzG) od 25. ožujka 1982. koji je stupio na snagu 1. svibnja 1982. godine, u IV. glavi uređuje ovlasti graničnih postrojbi, a u vezi uporabe vatrenog oružja u čl. 27. propisuje sljedeće:

„(1) Uporaba vatrenog oružja je krajnja mjera primjene nasilja prema osobama. Vatreno oružje smije se koristiti samo u slučajevima kada je primjena fizičke sile sa ili bez pomagala bezuspješna ili očito ne obećava uspjeh. Uporaba vatrenog oružja protiv osoba dopuštena je samo ako svrha nije postignuta uz pomoć stvari ili životinja koji imaju učinak oružja.

(2) Uporaba vatrenog oružja je opravdana radi sprječavanja izvršenja kaznenog djela koje neposredno prijeti ili nastavka izvršenja kaznenog djela koje prema

okolnostima predstavlja teško kazneno djelo. Ona je opravdana i radi uhićenja osoba za koje postoji osnovana sumnja da su počinile teško kazneno djelo.”

[...]

B.

[...]

C.

Ustavne tužbe nisu osnovane.

[...]

I.

Posebice nije osnovan prigovor koji ističu podnositelji tužbe od 1) do 3), dopušten prema čl. 2. st. 1. u vezi s čl. 25. Temeljnog zakona (usp. BVerfGE 77, 170 [232]), da kazneni progon protiv njih kao bivših visokih dužnosnika vlade i članova ustavnog tijela DDR-a radi njihovog imuniteta, koji i dalje vrijedi, predstavlja povredu općeg pravila međunarodnog prava.

1. DDR je prema međunarodnom pravu – neovisno o međunarodnom priznanju od strane Savezne Republike Njemačke (usp. BVerfGE 36, 1 [22]) – bila država i kao takva subjekt međunarodnog prava. Stoga se u odnosu na DDR mogu primjenjivati opća pravila međunarodnog prava u smislu čl. 25. Temeljnog zakona (usp. BVerfGE 36, 1 [23 f.]; 92, 277 [320]). Pod njima se uglavnom podrazumijeva univerzalno međunarodno običajno pravo dopunjeno priznatim općim pravnim postulatima (usp. BVerfGE 15, 25 [32 f., 34 f.]; 16, 27 [33]; 23, 288 [317]). Nastanak univerzalnog međunarodnog običajnog prava doduše ne iziskuje da su se s nekim pravnim postulatima međunarodnog prava izričito ili konkludentnom radnjom suglasile sve države bez iznimke. No međunarodno običajno pravo mora počivati na općenitoj, uvriježenoj praksi brojnih država koje se temelji na pravnom uvjerenju da je takvo ponašanje legitimno (usp. BVerfGE 92, 277 [320]).

Doktrina „Act of State” na koju se pozivaju podnositelji tužbe, oslanjajući se na anglo-američko pravno shvaćanje, ne može se smatrati općim pravilom međunarodnog prava u smislu čl. 25. Temeljnog zakona, budući da nije priznata izvan anglo-američkog pravnog kruga [...]. Osim toga, u skladu sa shvaćanjem općenito zastupljenim u međunarodnopravnoj literaturi i shvaćanjem od kojega polaze i osporene presude u ovom predmetu, imunitet ne može „nadživjeti” postojanje države čiji je državljanin osoba koja se na njega poziva [...]. Shvaćanje podnositelja tužbe pod 3) da je došlo do povrede čl. 25. Temeljnog zakona već zbog toga što kazneni progon kojem je izložen predstavlja nepoštivanje suvereniteta DDR-a, upravo iz tog razloga nije ispravno.

[...]

II.

Nije došlo do povrede čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona.

Podnositelji tužbe smatraju da povreda čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona počiva prije svega na tome da su im kazneni sudovi uskratili pozivanje na razlog za isključenje protupravnosti koji proizlazi iz propisa DDR-a o graničnom režimu u vrijeme počinjenja kaznih djela, kako se tumačio i primjenjivao u državnoj praksi. Osim toga, podnositelji tužbe od 1) do 3) smatraju da je njihovo pravo iz čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona povrijeđeno i stoga što su primjenom prava Savezne Republike Njemačke osuđeni kao posredni počinitelji.

Oba su prigovora neosnovana.

1. a) U članku 103. stavak 2. Temeljnog zakona odražava se načelo pravne države (usp. BVerfGE 78, 374 [382]). Njime se utemeljuje ostvarivanje prava na slobodu, time što se jamči pravna sigurnost, državna vlast obvezuje na poštivanje zakona i štiti povjerenje. Načelo pravne države, kao jedna od ideja vodilja Temeljnog zakona, obuhvaća i zahtjev za materijalnom pravednošću (usp. BVerfGE 45, 187 [246]). Na području kaznenog prava ti su ciljevi vezani uz pravnu državu obuhvaćeni načelom „nulla poena sine culpa“. To načelo istovremeno je utemeljeno na ljudskom dostojanstvu i vlastitoj odgovornosti koje pretpostavlja Temeljni zakon, koji su zaštićeni snagom Ustava prema čl. 1. st. 1. i čl. 2. st. 1. Temeljnog zakona, te iz zakonodavac mora poštivati pri normativnom uređenju kaznenog prava (usp. BVerfGE 25, 269 [284 f.]). Na tom načelu počiva i čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona (usp. BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [285]).

Člankom 103. stavak 2. Temeljnog zakona osigurava se ostvarenje tih ciljeva, time što on dopušta kažnjavanje samo zbog djela za koje u trenutku počinjenja na temelju dovoljno određenog, zakonski definiranog činjeničnog stanja bila zapriječena kazna. Članak 103. stavak 2. Temeljnog zakona osim toga štiti i od izricanja kazne koja je veća od one koja je zakonom bila zapriječena u trenutku počinjenja kaznenog djela. U interesu pravne sigurnosti i pravednosti, čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona jamči i da na području kaznenog prava, na osnovi kojega država može poduzeti i najteža zadiranja u osobnost, samo zakonodavac smije odrediti koje su povrede pravnih dobara kažnjive. To dolazi do izražaja u čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona time što se obaveza poštivanja zakona u pravnoj državi još više pooštava i striktno je pridržana parlamentu (usp. BVerfGE 71, 108 [114]; 78, 374 [382]; stalna sudska praksa). Za građane čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona znači povjerenje u to da će država kao kažnjiva djela goniti samo oblike ponašanje za koje je zakonodavac u trenutku počinjenja kaznenog djela zakonski odredio kažnjivost i visinu kazne. Građanin na temelju toga svoje ponašanje u vlastitoj odgovornosti može usmjeriti na izbjegavanje kažnjivosti. Ta je zabrana retrogradne primjene zakona u kaznenom pravu apsolutna (usp. BVerfGE 30, 367 [385]). Ona ispunjava funkciju jamstva pravne države i temeljnih prava kroz striktnu formalizaciju. To je jedna od posebnosti među jamstvima vladavine prava [...].

b) Članak 103. st. 2. Temeljnog zakona štiti od toga da se ocjena stupnja protupravnosti kaznenog djela kasnije promjeni na štetu počinitelja (usp. BVerfGE 46, 188 [193]). Zbog toga nalaže da se i dalje primjenjuje razlog za isključenje protupravnosti koji je bio zakonski uređen u vrijeme počinjenja kaznenog djela a prestao je važiti u vrijeme kaznenog postupka. Međutim, kod razloga za isključenje protupravnosti – za razliku od elemenata kaznenog dijela i zapriječenu kaznu – ne vrijedi striktno zakonsko ograničenje. Kaznenopravni razlozi za isključenje protupravnosti mogu vrijediti i na temelju običajnog prava ili sudske prakse. Ukoliko se priznati, nepisani razlozi za isključenje protupravnosti u vrijeme počinjenja kaznenog djela kasnije ne uzmu u obzir, postavlja se pitanje štiti li i u kojoj mjeri čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona na isti način i povjerenje u daljnje postojanje nepisanih razloga za isključenje protupravnosti. O tom se pitanju ovdje ne mora donijeti općenita odluka, jer se u predmetnom slučaju podnositelji tužbe pozivaju na razlog za isključenje protupravnosti, koji je dijelom normiran, a dijelom počiva na nalogima i praksi države pod pretpostavkama koje iz ustavnih razloga dopuštaju ograničenja apsolutne zabrane retroaktivne primjene zakona iz čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona.

aa) Članak 103. stavak 2. Temeljnog zakona u pravilu vodi računa o tome da je djelo počinjeno i osuđeno u području primjene materijalnog kaznenog prava Savezne Republike Njemačke na koje se odražava Temeljni zakon. U tom slučaju kazneno pravo, koje je nastalo u uvjetima demokracije, trodiobe vlasti i obveza poštivanja temeljnih prava i načelno udovoljava zahtjevima za materijalnom pravdom, u skladu s načelom pravne države nudi polazište za apsolutnu i striktnu zaštitu povjerenja zajamčenu čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona.

bb) To više ne vrijedi neograničeno ako je kao posljedica ponovnog ujedinjenja Njemačke [...] zakonski propisano da kod ocjene kaznenih djela počinjenih u bivšem DDR-u treba primjenjivati kazneno pravo DDR-a. Ta je odredba posljedica toga što je Savezna Republika Njemačka preuzela kazneno pravosuđe na području DDR-a. Ta je odredba kao takva u skladu sa čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona, jer su građani bivšeg DDR-a osuđeni prema kaznenom pravu koje je vrijedilo za njih u vrijeme počinjenja kaznenog djela, a pravo Savezne Republike Njemačke, koje je bilo mjerodavno u trenutku donošenja presude, primjenjivalo se samo onda ako je bilo blaže. Međutim, ovakva pravna situacija u kojoj Savezna Republika Njemačka obnaša kaznenu vlast na temelju prava države, u kojoj nisu ostvarene ni demokracija, ni trodioba vlasti ni temeljna prava, može dovesti do konflikta između neodrecivih zahtjeva pravne države iz Temeljnog zakona i apsolutne zabrane retroaktivne primjene zakona iz čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona. Striktna zabrana retrogradne primjene zakona iz čl. 103. st. 2. Temeljnog zakona s gledišta vladavine prava opravdana je, kao što se pokazalo, posebnim povjerenjem koje podupiru kazneni zakoni ako ih je donio demokratski zakonodavac kojega obvezuju temeljna prava. Ta posebna osnova povjerenja ne postoji ako je druga država za najteža kaznena djela doduše propisala elemente kaznenog djela, ali je istovremeno kod nekih isključila kažnjivost razlozima za isključenje, time što je

potaknula nepravdu ili joj pogodovala izašavši iz okvira pisanih normi i na taj način u najtežem obliku prekršila ljudska prava koja su opće priznata u međunarodnoj zajednici. Na taj način nositelj državne moći počinio je ekstremnu državnu nepravdu koja može opstati samo tako dugo koliko faktički postoji državna vlast koja je za nju odgovorna.

U toj posebnoj situaciji zahtjev materijalne pravde, koji obuhvaća i poštivanje međunarodno priznatih ljudskih prava, zabranjuje primjenu takvog razloga za isključenje protupravnosti. U tom slučaju mora striktna zaštita povjerenja iz čl. 103. st. 2. Temelnog zakona dolazi u drugi plan. U suprotnom slučaju bi kazneno pravosuđe Savezne Republike Njemačke bilo u proturječju s premisama pravne države. Građaninu koji sada potpada pod kaznenu vlast Savezne Republike Njemačke zabranjeno je pozivanje na takav razlog za isključenje protupravnosti, a inače je zajamčeno povjerenje da će biti kažnjen sukladno zakonu koji je za njega vrijedio u vrijeme počinjenja kaznenog djela.

cc) Slične konfliktne situacije u Saveznoj Republici Njemačkoj javile su se već kod ocjene nepravde u doba nacionalsocijalizma.

(1) [...]

(2) Savezni ustavni sud do sada se problemom „zakonske nepravde“ bavio samo izvan kaznenog prava. Sud je uzeo je u obzir to da se u slučajevima neprihvatljivog proturječja pozitivnog prava u odnosu na pravednost načelu pravne sigurnosti prilikom ocjene mogla pridati manja važnost negoli materijalnoj pravdi. Sud se pritom pozvao na izlaganja Gustava Radbrucha [...], posebice na tzv. Radbruchovu formulu (usp. BVerfGE 3, 225 [232 f.]; 6, 132 [198 f.]; 6, 389 [414 f.]). Pritom je u nekoliko navrata naglasio da nevaženje pozitivnog prava treba biti ograničeno na ekstremne iznimne slučajeve te da zakonodavstvo, koje je samo nepravedno, te ga prema korigiranom shvaćanju treba odbaciti, uslijed imanentnog elementa uređenja može postati pravovaljano i stvoriti pravnu sigurnost (usp. BVerfGE 6, 132 [199]; 6, 389 [414 f.]). Međutim, upravo je vrijeme vladavine nacionalsocijalizma pokazalo da zakonodavac može počiniti tešku „nepravdu“ (usp. BVerfGE 3, 225 [232]; 23, 98 [106]) i stoga se već od samog početka zbog neprihvatljivog proturječja u odnosu na pravdu treba oglušiti na takvu normu, odnosno uskratiti joj poslušnost (usp. BVerfGE 23, 98 [106]; 54, 53 [67 f.]).

2. Osporene presude ispunjavaju ustavnopravni kriterij prikazan pod točkom 1.

a) Savezni ustavni sud razvio je svoju sudsku praksu samo kod ocjene tzv. zločina vlade tijekom režima SED-a u bivšem DDR-u (usp. BGHSt 39, 1 [15 ff.]; 39, 168 [183 f.]; 40, 218 [232]; 40, 241 [244 ff.]). Na njoj se temelje i osporene odluke. U skladu s time kod primjene prava treba zanemariti razlog za isključenje protuustavnosti, ako je pokrivao kvalificirano ubojstvo osoba koje nisu htjele ništa drugo nego nenaoružane, ne ugrožavajući opće priznata pravna dobra, prijeći granicu između Istočne i Zapadne Njemačke. Jer takav razlog za isključenje protupravnosti, koji

zabrani prelaska granice daje prednost u odnosu na pravo ljudi na život, zbog očigledne, neprihvatljive povrede elementarnih zahtjeva pravde i povrede ljudskih prava zaštićenih međunarodnim pravom nije valjan. Ta je povreda toliko teška da krši pravna uvjerenja koja se odnose na vrijednost i dostojanstvo čovjeka i zajednička su svim narodima. U takvom slučaju pozitivno pravo treba ustupiti pred pravdom.

[...]

b) Ta je ocjena u skladu s Temeljnim zakonom. Ona se oslanja i na odluku Saveznog ustavnog suda od 31. srpnja 1973. u svezi Ugovora o osnovama odnosa između Savezne Republike Njemačke i Njemačke Demokratske Republike (*Grundlagenvertrag*). U toj je odluci utvrđeno da je praksa DDR-a u vezi granici između Istočne i Zapadne Njemačke bila nečovječna, te da su Zid, bodljikava žica, tzv. patrole smrti i zapovijed uporabe vatrenog oružja nespojive s preuzimanjem ugovornih obveza od strane DDR-a (usp. BVerfGE 36, 1 [35]).

c) Rezultatu da se razlog za isključenje protupravnosti za ubojstvo „osoba koje su počinile povredu državne granice“, koji je postojao sukladno državnoj praksi, kao ekstremni oblik državne nepravde ne smije uzeti u obzir, podnositelji tužbe ne mogu prigovoriti da time pravo na život i pravo na slobodu kretanja prema propisima Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima nisu zajamčeni bez zadržke, jer i zapadne demokratske zemlje u svojim zakonskim propisima pod određenim okolnostima, posebice u vezi s progonom i uhićenjem počinitelja kaznenih djela, izričito predviđaju uporabu vatrenog oružja. Točno je, doduše, da zakonski propisi DDR-a kojima se uređuje uporaba vatrenog oružja na njemačko-njemačkoj granici, odgovaraju doslovnom tekstu propisa Savezne Republike Njemačke o neposrednoj primjeni prisilnih mjera. Međutim, iz činjeničnog stanja utvrđenog u osporenim presudama proizlazi da su pored zakonske situacije postojale zapovijedi koje nisu ostavljale nimalo prostora za ograničenje uporabe vatrenog oružja sukladno načelu razmjernosti, te su se pripadnici graničnih postrojbi na licu mjesta mogli prikloniti shvaćanju svojih pretpostavljenih, a u konačnici „Nacionalnog vijeća za obranu“, da osobe koje su počinile povredu državne granice, treba „eliminirati“ ako se prelazak granice ne može spriječiti drugim sredstvima. Podređivanje prava pojedinca na život državnom interesu sprječavanja prelaska granice vodilo je do zanemarivanja pisanog prava u odnosu na zahtjeve političke svrsishodnosti. To je najteži oblik materijalne nepravde.

[...]



§ 25.

**Pravna jamstva kod lišavanja
slobode**

(čl. 104. Temeljnog zakona)

51) 2 BvR 388/09

(Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen /
Načelo žurnosti postupka kod kaznenih
predmeta povezanih s lišavanjem slobode)

Savezni ustavni sud

- Ured za tisak -

Priopćenje za tisak br. 75/2009 od 7. srpnja 2009.

Rješenje od 13. svibnja 2009.

- 2 BvR 388/09 -

O načelu žurnosti postupka kod kaznenih predmeta povezanih s lišavanjem slobode

Podnositelj tužbe je privremeno uhićen 14. studenog 2007. zbog sumnje na nedozvoljeno posjedovanje vatrenog oružja i nanošenje teških tjelesnih povreda, te je od tada temeljem uhidbenog naloga Općinskog suda Mönchengladbacha od 15. studenog 2007. neprekidno bio u istražnom zatvoru. Podnositelj tužbe je 31. ožujka 2008. zbog tih delikata osuđen na ukupnu zatvorsku kaznu od tri godine i šest mjeseci. Istovremeno je uhidbeni nalog ostao na snazi. Podnositelj tužbe je protiv te presude 4. travnja 2008. uložio žalbu. Predsjednik porotničkog suda naložio je da se presuda 21. travnja 2008. dostavi branitelju i opunomoćenici supsidijarne tužiteljice, što je izvršeno 20. svibnja 2008. Dana 4. lipnja 2008. izdan je nalog da se spis dostavi državnom odvjetništvu, koji je tamo zaprimljen 20. lipnja 2008. Državno odvjetništvo predalo je žalbu Zemeljskom sudu Mönchengladbach 26. lipnja 2008. Glavna rasprava u žalbenom postupku, u kojem je žalba odbačena, a uhidbeni nalog i dalje ostao na snazi, održana je 27. siječnja 2009. O reviziji koja je uložena 3. veljače 2009. sud još nije odlučio. Protiv produljenja istražnog zatvora podnositelj tužbe je nakon neuspješne žalbe na istražni zatvor podigao ustavnu tužbu.

Drugo Vijeće Drugog senata Saveznog ustavnog suda prihvatilo je ustavnu tužbu koja je dopuštena u onom dijelu u kojem se odnosi na rješenje o produljenju istražnog zatvora. Kod predmetnih odluka nije se vodilo računa o uputnom načelu žurnosti postupaka kod kaznenih predmeta povezanih s lišavanjem slobode.

Iz osporenih odluka Zemaljskog suda i Višeg zemaljskog suda nije razvidno da je uslijedilo odvagivanje prava okrivljenika na slobodu i prava države na kazneni progon koje nalaže Ustav, pa ih je stoga trebalo ukinuti. Prilikom ponovnog odlučivanja kod odvagivanja produljenja istražnog zatvora Viši zemaljski sud morat će uzeti u obzir da prema stalnoj sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda s trajanjem istražnog zatvora rastu i zahtjevi vezani uz brzinu postupka u premetu povezanom s istražnim zatvorom. U okviru odvagivanja okrivljenikovog prava na slobodu i prava na kazneni progon bitna je primjerenost trajanja postupka na temelju objektivnih kriterija, pri čemu se kod duljeg trajanja istražnog zatvora postavljaju veći zahtjevi vezani uz postojanje opravdavajućeg razloga. To iziskuje analizu tijeka postupka koja se odnosi na konkretni slučaj.

Prema stalnoj sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda, sama težina kaznenog djela i razmjerno tomu i visina očekivane kazne kod znatnog otezanja postupka, koje se moglo izbjeći a može se pripisati državi, nije dostatna kao opravdanje za ionako dugo trajanje istražnog zatvora. Nije presudno je li pojedinačna radnja s kojom se kasnilo u postupku poprimila znatne razmjere, već jesi li predmetna odugovlačenja postupka sveukupno dosegla granicu koja u okviru odvagivanja više ne dopušta daljnje produljenje istražnog zatvora.

Viši zemaljski sud prema tim kriterijima treba ocijeniti tijek postupka. Pritom će u predmetnom slučaju morati uzeti u obzir da postupak po donošenju prvostupanjske presude nije bio proveden dovoljno brzo. Posebice period između naloga za dostavu presude Općinskog suda te kasnije dostave spisa državnom odvjetništvu ukazuju na to da je pisarna Općinskog suda predmet tretirala kao da se radi o kaznenom postupku protiv optuženika koji se brani sa slobode, te da se nije dovoljno vodilo računa o načelu žurnosti kaznenih postupaka. Daljnje otezanje s postupkom moglo je biti skrivljeno obradom predmeta na žalbenom sudu. Iz spisa svakako nije razvidan objektivan razlog za to da je od zaprimanja spisa na Zemaljskom sudu 26. lipnja 2008. i glavne rasprave 27. siječnja 2009. proteklo sedam mjeseci.

Ustavna tužba protiv samog uhidbenog naloga nije prihvaćena, pa se utoliko odustalo od obrazloženja te odluke.

IZBOR ODLUKA USTAVNOG SUDA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE

Index	Kazalo pojmova	Odluka
Abgeordnete	zastupnici	BVerfGE 131, 316; BVerfGE 129, 300; BVerfGE 132, 195; BVerfGE 129, 124; 2 BvE 11/12; 2 BvR 1390/12 i dr.; 2 BvE 2/13 i dr.; 1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11
Abstrakte Normenkontrolle	apstraktna kontrola normi	BVerfGE 128, 1; 1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11;
Allgemeines Persönlichkeitsrecht	opće pravo osobnosti	BVerfGE 121, 69; BVerfGE 128, 1; BVerfGE 67, 213; BVerfGE 125, 260;
Auflösung des Bundestages	raspuštanje Bundestaga	BVerfGE 131, 316
Auslegung von Gesetzen	tumačenje zakona	BVerfGE 129, 78; BVerfGE 128, 326; BVerfGE 20, 162; BVerfGE 90, 27; BVerfGE 117, 244; BVerfGE 67, 213; 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 126, 286; BVerfGE 132, 195; BVerfGE 55, 72; BVerfGE 124, 300; 2 BvR 1956/10 i 2 BvR 2346/10; 2 BvE 2/13 i dr.
Berufsfreiheit	sloboda izbora zanimanja	BVerfGE 121, 317; 1 BvR 1746/10; BVerfGE 128, 1; BVerfGE 125, 260; 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10; 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12; BVerfGE 102, 147
Bestimmtheit von Gesetzen/ Bestimmtheitsgrundsatz	određenost zakona / načelo određenosti	BVerfGE 124, 300; BVerfGE 95, 96; 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12
Bundespräsident	Savezni predsjednik	2 BvE 4/13; BVerfGE 132, 195
Bundesrat	Bundesrat	BVerfGE 132, 195; BVerfGE 123, 267; 2 BvE 11/12; BVerfGE 118, 244
Bundesregierung	Savezna vlada	2 BvE 11/12; BVerfGE 6, 309; BVerfGE 118, 244; BVerfGE 129, 124; 2 BvR 1390/12 i dr.; BVerfGE 46, 160; BVerfGE 110, 177; BVerfGE 123, 267
Bundesstaat	savezna država	BVerfGE 123, 267
Bundestag	Bundestag	BVerfGE 131, 316; 2 BvE 11/12; BVerfGE 118, 244; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 129, 124; BVerfGE 132, 195; 2 BvR 1390/12 i dr.; BVerfGE 129; 300; 2 BvE 2/13 i dr.
Chancengleichheit	jednakost izgleda	1 BvR 990/13 i dr.; BVerfGE 129, 300; BVerfGE 131, 316; 2 BvE 2/13 i dr.; 2 BvE 4/13
Datenschutz	zaštita podataka	BVerfGE 125, 260

Demokratie/ Demokratieprinzip	demokracija / načelo demokracije	2 BvE 2/13 i dr.; 2 BvE 4/13; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 129, 124; BVerfGE 132, 195; BVerfGE 95, 96; BVerfGE 102, 370; BVerfGE 20, 162; BVerfGE 124, 300
Demokratische Grundordnung	demokratski poredak	2 BvE 4/13; BVerfGE 20, 162
Demonstrationen	prosvjedi	BVerfGE 128, 226
Diskriminierung/ Diskriminierungsverbot	diskriminacija / zabrana diskriminacije	BVerfGE 129, 78; BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 377; BVerfGE 124, 300; BVerfGE 126, 286; 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12
Durchsuchung	pretraga	BVerfGE 20, 162; BVerfGE 117, 244
Ehe	brak	BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 59; BVerfGE 133, 377; BVerfGE 108, 82; BVerfGE 125, 175; BVerfGE 55, 72
Eigentum /Eigentumsgarantie	vlasništvo / jamstvo vlasništva	BVerfGE 128, 226; BVerfGE 128, 1; BVerfGE 90, 27; 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08; BVerfGE 102, 147; BVerfGE 129, 78; BVerfGE 129, 124
Eingetragene Lebenspartnerschaft	registrirano životno partnerstvo	BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 59; BVerfGE 133, 377
Elternrecht	pravo roditelja	BVerfGE 133, 59; BVerfGE 108, 82; BVerfGE 121, 69; 1 BvR 1178/14; 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10
Enteignung	izvlaštenje	1 BvR 3139/08 i 1 BvR 3386/08
Entscheidungsspielraum	sloboda kod odlučivanja	BVerfGE 128, 1; BVerfGE 46, 160; 1 BvR 990/13 i dr.; BVerfGE 125, 260; BVerfGE 123, 267
Europäische Union	Europska unija	BVerfGE 129, 78; BVerfGE 125, 260; BVerfGE 129, 300; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 126, 286; BVerfGE 129, 124; BVerfGE 132, 195; 2 BvR 1390/12 i dr.; 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08
Europäischer Gerichtshof	Europski sud / Sud Europske unije	BVerfGE 125, 260; BVerfGE 102, 147; BVerfGE 126, 286; BVerfGE 132, 195; 2 BvR 1390/12 i dr.; BVerfGE 129, 78; BVerfGE 128, 326
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	Europski sud za ljudska prava	BVerfGE 128, 326; 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10
Freiheit der Person	sloboda osobe	BVerfGE 128, 326
Freiheitsentziehung	lišavanje slobode	BVerfGE 128, 326

IZBOR ODLUKA USTAVNOG SUDA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE

Freizügigkeit	sloboda kretanja	BVerfGE 2, 266; BVerfGE 110, 177; 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08; BVerfGE 95, 96
Gemeinwohl	opće dobro	BVerfGE 128, 1; BVerfGE 121, 317; 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08; BVerfGE 110, 177; 2 BvE 2/13 i dr.
Gerichtsverhandlungen	ročišta	1 BvR 990/13 i dr.
Gesetzgebungsorgan	zakonodavno tijelo	BVerfGE 123, 267; BVerfGE 132, 195
Gewalt, staatliche	vlast / državna vlast	BVerfGE 128, 226; BVerfGE 46, 160; BVerfGE 128, 326; BVerfGE 20, 162; BVerfGE 125, 260; BVerfGE 2, 266; 1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11; BVerfGE 102, 147; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 126, 286; BVerfGE 95, 96
Gewaltenteilung	trodioba vlasti	BVerfGE 95, 96
Glaubens-, Bekenntnisfreiheit	sloboda vjere i vjeroispovijesti	1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10
Gleichbehandlung	jednako postupanje	BVerfGE 55, 72; BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 59; 1 BvR 990/13 i dr.; BVerfGE 133, 377; BVerfGE 90, 27; BVerfGE 110, 177; BVerfGE 131, 316; BVerfGE 102, 147; 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10
Gleichheitssatz	načelo jednakosti	BVerfGE 128, 1; BVerfGE 55, 72; BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400; 1 BvR 990/13 i dr.; BVerfGE 133, 377; BVerfGE 110, 177; BVerfGE 133, 59
Handlungsfreiheit (allgemeine)	(opća) sloboda djelovanja	BVerfGE 128, 226; 1 BvR 1746/10
Haushaltsautonomie	proračunska autonomija	BVerfGE 129, 124; BVerfGE 132, 195
Hoheitsrecht	suvereno pravo	2 BvR 1390/12 i dr.; BVerfGE 123, 267
Informationsfreiheit	sloboda informiranja	BVerfGE 90, 27
juristische Personen, ausländische	pravne osobe / strane pravne osobe	BVerfGE 129, 78
Kind(er)	dijete /djeca	BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 59; BVerfGE 133, 377; BVerfGE 108, 82; BVerfGE 121, 69; BVerfGE 125, 175; 1 BvR 1178/14; BVerfGE 90, 27; BVerfGE 102, 370
(Staats-)Kirche	(državna) Crkva	BVerfGE 102, 370
Konkrete Normenkontrolle	konkretna kontrola normi	BVerfGE 55, 72; BVerfGE 133, 59; BVerfGE 2, 266; BVerfGE 125, 175; BVerfGE 102, 147

Gerichtliche Kontrolle	sudska kontrola / provjera	BVerfGE 125, 260; BVerfGE 125, 175; 2 BvE 2/13 i dr.; 2 BvE 4/13; 2 BvR 1390/12 i dr.
Gleichstellung	jednakost	BVerfGE 129, 78; BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 377
Kollektivbeleidigung	kolektivna uvreda	1 BvR 1036/14
Kopftuch	marama koja se nosi na glavi (hidžab)	1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10
Körperliche Unversehrtheit	tjelesni integritet	2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10; BVerfGE 102, 370
Kunstfreiheit	sloboda umjetnosti	BVerfGE 67, 213
Landesregierung	vlada savezne zemlje	BVerfGE 128, 1; 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08
Maastricht-Urteil	Presuda u vezi Ugovora o Maastrichtu	BVerfGE 102, 147; BVerfGE 129, 124
Meinungsfreiheit	sloboda (izražavanja) mišljenja	BVerfGE 128, 226; BVerfGE 20, 162; BVerfGE 124, 300; 1 BvR 1036/14
Menschenwürde	ljudsko dostojanstvo	BVerfGE 102, 370; BVerfGE 125, 175; 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 133, 168, BVerfGE 95, 96
NATO	Sjevernoatlantski savez / NATO	BVerfGE 20, 162; BVerfGE 118, 244
Nationalsozialismus	Nacionalsocijalizam	BVerfGE 124, 300; BVerfGE 67, 213; 2 BvE 4/13; 2 BvE 4/13; BVerfGE 95, 96
Ne bis in idem/ Verbot der Doppelbestrafung	Ne bis in idem / zabrana dvostrukog kažnjavanja	BVerfGE 95, 96
Nichtigkeit von Gesetzen	ništetnost zakona	BVerfGE 128, 326; BVerfGE 125, 260; BVerfGE 129, 300; BVerfGE 131, 316; BVerfGE 126, 286; 2 BvE 2/13 i dr.
Normenkontrolle	kontrola normi / ocjena ustavnosti i zakonitosti	Vidi: apstraktna i konkretna kontrola normi
Opposition	opozicija	BVerfGE 129, 300; 2 BvE 2/13 i dr.
Organstreit	spor između tijela zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti	2 BvE 2/13 i dr.; 2 BvR 1390/12 i dr.; 2 BvE 2/13 i dr.
Parteien (politische)	političke stranke	BVerfGE 129, 300; 2 BvE 2/13 i dr.; 2 BvE 11/12; 2 BvE 4/13; BVerfGE 131, 316; 1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11; 2 BvR 1390/12 i dr.

IZBOR ODLUKA USTAVNOG SUDA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE

[Schutz der] Persönlichkeit, Entfaltung der Persönlichkeit	zaštita osobnosti, slobodan razvoj osobnosti	BVerfGE 128, 1; BVerfGE 133, 59; BVerfGE 90, 27; BVerfGE 67, 213; BVerfGE 121, 69; BVerfGE 125, 260; BVerfGE 125, 175; BVerfGE 95, 96
Pressefreiheit	sloboda tiska	BVerfGE 20, 162; BVerfGE 117, 244
Recht auf den gesetzlichen Richter	pravo na zakonskog suca	BVerfGE 129, 78; BVerfGE 126, 286
Recht auf ein faires Verfahren	pravo na pravičan postupak	2 BvR 2048/13; 2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10; BVerfGE 133, 168
Recht auf Leben	pravo na život	BVerfGE 46, 160
Rechtssicherheit	pravna sigurnost	BVerfGE 95, 96
Rechtsstaat	pravna država	Vidi: načelo pravne države
Rechtsstaatsprinzip	načelo pravne države	BVerfGE 129, 300; 2 BvR 2048/13; BVerfGE 131, 316 2 BvE 2/13 u.a. ; 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12; BVerfGE 102, 370; BVerfGE 133, 168; BVerfGE 95, 96; BVerfGE 110, 177; BVerfGE 46, 160; BVerfGE 128, 326; BVerfGE 125, 260; 2 BvE 4/13, 2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10
Regierung	vlada	Vidi: Savezna vlada ili vlada savezne zemlje
Religionsfreiheit	vjerska sloboda	BVerfGE 102, 370
Revision/ Revisionsverfahren	revizija / postupak revizije	BVerfGE 124, 199; BVerfGE 67, 213; BVerfGE 133, 168; 1 BvR 1036/14; 2 BvR 2048/13; 2 BvR 388/09
Richtervorbehalt	obveza ishođenja sudskog naloga	2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10; BVerfGE 125, 260
Rückwirkung von Gesetzen/ Rückwirkungsverbot	retrogradna ili retroaktivna primjena zakona / zabrana retroaktivnosti	BVerfGE 128, 326; BVerfGE 95, 96
Rundfunkfreiheit	sloboda medija	1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11
Schutz der Familie	zaštita obitelji	BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 59; BVerfGE 133, 377; BVerfGE 108, 82
Schutzpflicht des Staates	obveza zaštite ljudskih prava (za nositelje državne vlasti)	BVerfGE 46, 160; BVerfGE 126, 400; BVerfGE 125, 260
Sicherungsverwahrung	sigurnosni zatvor	BVerfGE 128, 326
Sozialstaat/ Sozialstaatsprinzip	socijalna država / načelo socijalne države	BVerfGE 125, 175; BVerfGE 123, 267
Sperrklausel bei Wahlen	prohibitivna klauzula kod izbora	BVerfGE 129, 300; 2 BvE 2/13 i. dr.

Splittingverfahren	Metoda splittinga	BVerfGE 133, 377
Steuern	porezi	BVerfGE 126, 400; BVerfGE 133, 377
Strafvollzug	izvršenje / izdržavanje kazne	BVerfGE 128, 326
Subjektivs Recht	subjektivno pravo	1 BvR 990/13 i dr.; BVerfGE 20, 162; 2 BvR 1390/12 i dr.
Subsidiarität	supsidijarnost	BVerfGE 110, 177; BVerfGE 123, 267
Telekommunikation	telekomunikacije	BVerfGE 125, 260
Übertragung von Hoheitsrechten	prijenos suverenih prava	BVerfGE 123, 267; 2 BvR 1390/12 i dr.
Umgangsrecht	pravo posjećivanja djeteta	BVerfGE 108, 82
Unschuldsvermutung	presumpcija nedužnosti	BVerfGE 133, 168
Untersuchungshaft	istražni zatvor	2 BvR 388/09
Urheberrecht	autorska prava	BVerfGE 129, 78
Vaterschaftsanerkennung	priznanje očinstva	BVerfGE 108, 82; 1 BvR 1178/14
Vereinigungsfreiheit	sloboda udruživanja	1 BvR 3017/11
Verfassungskonforme Auslegung	tumačenje sukladno Ustavu / ustavno tumačenje	BVerfGE 129, 78; 1 BvF 1/11 i 1 BvF 4/11; BVerfGE 108, 82; BVerfGE 121, 69; 1 BvR 31/08 i 1 BvR 3386/08; BVerfGE 129, 124; 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10; BVerfGE 132, 195; BVerfGE 2, 266
Verfassungsorgan	ustavno tijelo	BVerfGE 123, 267; 2 BvR 1390/12 i dr.; BVerfGE 95, 96, BVerfGE 46, 160
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	načelo razmjernosti	BVerfGE 128, 226; BVerfGE 133, 377; BVerfGE 124, 300; BVerfGE 125, 260; BVerfGE 95, 96; 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12; BVerfGE 128, 1; BVerfGE 128, 326; BVerfGE 121, 317
Versammlungsfreiheit	sloboda okupljanja	BVerfGE 128, 226; 2 BvE 4/13; 1 BvR 2135/09
Vertrauensschutz	zaštita povjerenja	BVerfGE 126, 286; BVerfGE 95, 96; BVerfGE 128, 326
Völkerrecht	međunarodno pravo	BVerfGE 128, 326; BVerfGE 6, 309; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 126, 286; BVerfGE 132, 195; BVerfGE 95, 96, BVerfGE 118, 244; BVerfGE 102, 147
Vorabentscheidungsverfahren	Postupak prethodnog pitanja	BVerfGE 129, 78; BVerfGE 125, 260; 2 BvR 1390/12 i dr.
Vorbehalt des Gesetzes	načelo zakonitosti	BVerfGE 123, 267; BVerfGE 95, 96

IZBOR ODLUKA USTAVNOG SUDA SAVEZNE REPUBLIKE NJEMAČKE

Vorlagepflicht	obveza podnošenja zahtjeva za tumačenje / obveza postavljanja prethodnog pitanja	BVerfGE 129, 78; BVerfGE 126, 286
Vorratsdatenspeicherung	preventivno pohranjivanje podataka	BVerfGE 125, 260
Wahlrecht / Wahlgesetz	biračko pravo / Zakon o izborima	BVerfGE 129, 300; BVerfGE 131, 316; 2 BvE 2/13 i dr.; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 129, 124
Willkürverbot	zabrana arbitrarnosti	BVerfGE 55, 72; BVerfGE 133, 59; 2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10
Zeugen Jehovas	Jehovini svjedoci	BVerfGE 102, 370
Zustimmungsgesetz	Zakon o ratifikaciji / ratifikacijski zakon	BVerfGE 118, 244; BVerfGE 123, 267; BVerfGE 132, 195