



# IZABRANE ODLUKE NJEMAČKOG SAVEZNOG USTAVNOG SUDA

---

DRUGO, PROŠIRENO I DOPUNJENO IZDANJE

 **KONRAD  
ADENAUER  
STIFTUNG**  
RULE OF LAW · SOUTH EAST EUROPE

Sarajevo, 2021.



# **IZABRANE ODLUKE NJEMAČKOG SAVEZNOG USTAVNOG SUDA**

drugo, prošireno i dopunjeno izdanje

Sarajevo, 2021.

Koordinatori: Hartmut Rank, LL.M. ▪ Dr. Mahir Muharemović  
Program vladavine prava Jugoistočna Evropa Konrad Adenauer Fondacije

## **IZABRANE ODLUKE NJEMAČKOG SAVEZNOG USTAVNOG SUDA**

### **drugo, prošireno i dopunjeno izdanje**

Izbor dodatnih odluka za drugo izdanje pod brojevima:  
12, 27-29, 39-41, 43, 54-55, 63-65, 85-89, 98-99, 106, 109-110,  
125-127, 132, 149-150, 164-165, 176-177, 190, 196, 208:

#### **Fondacija Konrad Adenauer e.V.**

Klingelhöferstraße 23  
10785 Berlin  
Germany  
Tel.: +49 30 26996-0  
E-Mail: zentrale-berlin@kas.de

#### **Program vladavine prava / Odjel Jugoistočna Evropa Fondacija Konrad Adenauer e.V.**

Franzelarilor Street 5, Sector 2  
RO-020785 Bucharest  
Romania  
office.rspsoe@kas.de  
+40 21 302 02 63  
+40 21 323 31 27  
<https://www.kas.de/en/web/rlpsee/home>

# I M P R E S U M

## IZABRANE ODLUKE NJEMAČKOG SAVEZNOG USTAVNOG SUDA

**Izdavač:**

Fondacija Konrad Adenauer e.V.

**Glavni odgovorni urednik:**

Dr. Mahir Muharemović

**Za izdavača:**

Hartmut Rank, LL.M.

**Originalna zbirka:**

emeritirani profesor dr. Jürgen Schwabe

**Originalnu zbirku obradio i dopunio:**

prof. dr. Edin Šarčević

**Izbor dodatnih odluka za drugo izdanje:**

Dr. Mahir Muharemović

**Predgovori:**

Hartmut Rank, LL.M., direktor Programa vladavine prava Jugoistočna  
Evropa Konrad Adenauer Fondacije

prof. dr. Stephan Harbarth, LL.M., predsjednik njemačkog  
Saveznog ustavnog suda

Zlatko M. Knežević, predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

**Savezni ustavni sud: Ustavni položaj i nadležnosti**

prof. dr. Edin Šarčević

**Prevod dodatnih odluka za drugo izdanje:**

mr. sci. Mirna Avdibegović

**Redaktura i lektorat:**

prof. dr. Edin Šarčević

Kenan Henda, Mag.iur.

**Mjesto i godina izdavanja:**

Sarajevo, 2021.

**Fotografija:**

Prava za fotografiju na naslovnoj stranici posjeduje njemački  
Savezni ustavni sud. Zahvaljujemo na dozvoli za korištenje.

**Štampa:**

SUTON, Široki brijeg

**DTP:**

NAM, Tuzla

**ISBN:** 978-9958-9963-8-2

Ova publikacija je besplatna i štampana je kao dio aktivnosti Programa vladavina  
prava Odjel Jugoistočna Evropa Fondacije Konrad Adenauer.

## Sadržaj:

<b>Predgovor:</b>	
Zlatko M. Knežević, Predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.....	<b>17</b>
<b>Predgovor:</b>	
prof. dr. Harbarth, LL.M. Predsjednik Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, .....	<b>19</b>
<b>Predgovor:</b>	
Advokat Hartmut Rank, LL.M., MBA, Direktor Programa vladavine prava za Jugoistočnu Evropu, Fondacije Konrad Adenauer,.....	<b>21</b>
<b>Uvod:</b>	
Savezni ustavni sud - ustavni položaj i nadležnosti, Edin Šarčević.....	<b>25</b>
Skraćenice .....	<b>49</b>
Napomena uz prevod.....	<b>57</b>
<b>Prvi dio: Općenito</b>	<b>61</b>
<b>§ 1. Tumačenje.....</b>	<b>63</b>
1. BVerfGE 11, 126 (Nachkonstitutioneller Bestätigungswille) – <b>Postkonstitutivna potvrдна volja</b> ...	<b>64</b>
2. BVerfGE 8, 28 (Besoldungsrecht) – <b>Pravo o primanjima</b> .....	<b>65</b>
3. BVerfGE 40, 88 (Führerschein) – <b>Vozačka dozvola</b> .....	<b>67</b>
<b>§ 2. Provjera tumačenja i primjene običnog prava.....</b>	<b>69</b>
4. BVerfGE 18, 85 (Spezifisches Verfassungsrecht) – <b>Specifično ustavno pravo</b> .....	<b>70</b>
5. BVerfGE 43, 130 (Flugblatt) – <b>Letak</b> .....	<b>71</b>
<b>§ 3. Posljedice neustavnih normi.....</b>	<b>75</b>
6. BVerfGE 1, 14 (Südweststaat) – <b>Jugozapadna država</b> .....	<b>76</b>
7. BVerfGE 21, 12 (Allphasenumsatzsteuer) – <b>Svefazni porez na promet</b> .....	<b>76</b>
<b>§ 4. Ustrojstvo privrede.....</b>	<b>79</b>
8. BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz) – <b>Zakon o saglasnosti</b> .....	<b>80</b>
<b>§ 5. Osnovna prava u „posebnim odnosima vlasti“.....</b>	<b>83</b>
9. BVerfGE 33, 1 (Strafgefangene) – <b>Zatvorenici</b> .....	<b>84</b>

**Drugi dio: Osnovna prava**

(čl. 1-19 GG)

89

<b>§ 6. Ljudsko dostojanstvo (čl. 1 I GG)</b> .....	<b>91</b>
10. BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil) – <b>Presuda o prisluškivanju</b> .....	<b>92</b>
11. BVerfGE 45, 187 (Lebenslange Freiheitsstrafe) - <b>Kazna na doživotno lišenje slobode</b> .....	<b>93</b>
12. 2 BvR 890/16 (Auslieferung innerhalb der EU) – <b>Izručenje unutar EU</b> .....	<b>94</b>
<b>§ 7. Slobodan razvoj ličnosti</b> .....	<b>99</b>
13. BVerfGE 6, 32 (Elfes) – <b>Elfes</b> .....	<b>100</b>
14. BVerfGE 34, 238 (Tonband) – <b>Tonski snimak</b> .....	<b>102</b>
15. BVerfGE 99, 185 (Scientology) – <b>Scientologija</b> .....	<b>104</b>
16. BVerfGE 96, 56 (Vaterschaftsauskunft) – <b>Informacija o očinstvu</b> .....	<b>109</b>
17. BVerfGE 101, 361 (Caroline v. Monaco) - <b>Caroline v. Monaco</b> .....	<b>112</b>
18. BVerfGE 120, 238 (Automatische Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen) - <b>Automatizirano registriranje oznaka na registarskim tablicama motornih vozila</b> .....	<b>121</b>
19. BVerfGE 106, 28 (Mithören am Telefon) – <b>Prisluškivanje telefona</b> .....	<b>126</b>
20. BVerfGE 120, 274 (Heimliche Infiltration – „Online-Durchsuchungen“) – <b>Tajna infiltracija – „Internetski (Online)-pretres“</b> .....	<b>131</b>
21. BVerfGE 112, 304 (GPS-Observation) – <b>GPS-opservacija</b> .....	<b>133</b>
22. BVerfGE 115, 320 (Rasterfahndung) – <b>Preventivna policijska raster-potruga</b> .....	<b>137</b>
23. BVerfGE 27, 1 (Mikrozensus) – <b>Mikrocenzus (reprezentativna statistika)</b> .....	<b>141</b>
24. BVerfGE 65, 1 (Volkszählung) – <b>Popis stanovništva</b> .....	<b>142</b>
25. BVerfGE 38, 281 (Arbeitnehmerkammern) – <b>Radničke/ Zaposleničke komore</b> .....	<b>147</b>
26. BVerfGE 90, 145 (Cannabis) – <b>Kanabis</b> .....	<b>148</b>
27. BVerfGE 141, 186 – 220 (Abstammungserklärungsanspruch) - <b>Pravo na utvrđivanje porijekla</b>	<b>157</b>
28. BVerfGE 142, 313 – 353 (Ärztliche Zwangsbehandlungen) – <b>Prinudna liječenja</b> .....	<b>161</b>
29. 1 BvR 2019/16 (Drittes Geschlecht) – <b>Treći spol</b> .....	<b>167</b>
<b>§ 8. Pravo na život i tjelesni integritet (čl. 2 II GG)</b> .....	<b>189</b>
30. BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I) – <b>Prekid trudnoće I</b> .....	<b>190</b>
31. BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II) - <b>Prekid trudnoće II</b> .....	<b>193</b>
32. BVerfGE 115, 118 (Luftsicherheitsgesetz) - <b>Zakon o zaštiti vazdušnog prostora</b> .....	<b>206</b>
33. BVerfGE 16, 194 (Liquorentnahme) - <b>Uzimanje likvora</b> .....	<b>209</b>
34. BVerfGE 52, 214 (Vollstreckungsschutz) - <b>Zaštita od prinudnog izvršenja</b> .....	<b>211</b>
35. BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich) – <b>Mülheim-Kärlich (atomska centrala)</b> .....	<b>212</b>
36. BVerfGE 77, 170 (Lagerung chemischer Waffen) - <b>Uskladištenje hemijskog oružja</b> .....	<b>215</b>
37. BVerfGE 19, 342 (Wencker) – <b>Wencker</b> .....	<b>216</b>
38. BVerfGE 20, 45 (Kommando 1005) – <b>Komandos 1005</b> .....	<b>219</b>
39. 2 BvR 632/18 (Ausweisung eines Gefährders) – <b>Deportacija potencijalnog počinitelja krivičnog djela</b> .....	<b>221</b>
40. BVerfGE 128, 326 (EGMR – Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung) – <b>ESLJP - O naknadnom izricanju mjere sigurnosnog zadržavanja</b> .....	<b>224</b>

41. 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16 (Recht auf selbstbestimmtes Sterben) - <b>Pravo na određivanje vlastite smrti</b> .....	230
<b>§ 9. Jednakost svih ljudi (čl. 3 GG)</b> .....	239
42. BVerfGE 26, 302 (Einkommenssteuergesetz) – <b>Zakon o porezu na prihod</b> .....	240
43. 1 BvL 11/14, 1 BvL 12/14, BvL 1/15, BvR 639/11, 1 BvR 889/12 (Grundsteuer) - <b>Porez na zemljište</b> .....	240
44. BVerfGE 10, 234 (Platow-Amnestie) – <b>Platow-amnestija</b> .....	245
45. BVerfGE 9, 338 (Hebammengesetz) – <b>Zakon o babicama</b> .....	246
46. BVerfGE 39, 196 (Beamtenpension) – <b>Mirovina državnih službenika</b> .....	248
47. BVerfGE 48, 327 (Familiennamen) – <b>Porodično prezime</b> .....	248
48. BVerfGE 84, 9 (Ehenamen) – <b>Bračno prezime</b> .....	250
49. BVerfGE 52, 369 (Hausarbeitstag) - <b>Pravo na slobodan radni dan za rad u kući</b> .....	250
50. BVerfGE 114, 357 (Aufenthaltserlaubnis des Kindes) - <b>Dozvola za boravak djeteta</b> .....	252
51. BVerfGE 39, 334 (Extremistenbeschluss) – <b>Odluka o ekstremistima</b> .....	255
52. BVerfGE 8, 28 (Besoldungsrecht) – <b>Pravo o primanjima državnih službenika</b> .....	256
53. BVerfGE 116, 243 (Ausländische Transsexuelle) – <b>Transseksualni stranci</b> .....	257
54. 1 BvR 673/17 (Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien) - <b>Usvajanje pastoraka u vanbračnim porodicama</b> .....	259
55. 1 BvR 957/18 (Ausgestaltung der mündlichen Verhandlung) – <b>Uređenje usmene rasprave</b> .....	26'
<b>§ 10. Sloboda vjere, savjesti i svjetonazora (čl. 4 GG)</b> .....	265
56. BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter) – <b>Molitvom do ozdravljenja</b> .....	266
57. BVerfGE 24, 236 (Aktion Rumpelkammer) – <b>Akcija Rumpelkammer</b> .....	269
58. BVerfGE 33, 23 (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen) – <b>Odbijanje zakletve iz vjerskih razloga</b> .....	271
59. BVerfGE 93, 1 (Kruzifix) – <b>Krst/ Raspelo</b> .....	275
60. BVerfGE 104, 337 (Schächten) – <b>Klanje na živo</b> .....	281
61. BVerfGE 105, 279 (Osho) – <b>Osho</b> .....	286
62. BVerfGE 108, 282 (Kopftuch) – <b>Marama</b> .....	290
63. BVerfGE 143, 161-215 (Karfreitag) – <b>Veliki petak</b> .....	296
64. 2 BvR 1333/17 (Kopftuchverbot für Referendarinnen) - <b>Zabrana nošenja marame za referendare (pripravnike)</b> .....	300
65. 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 (Pauschales Kopftuchverbot) - <b>Proizvoljna zabrana nošenja marame</b> .....	305
<b>§ 11. Sloboda mišljenja, informiranja i štame (cl. 5 I GG)</b> .....	315
66. BVerfGE 7, 198 (Lüth) – <b>Lüth</b> .....	316
67. BVerfGE 12, 113 (Schmid-Spiegel) – <b>Schmid-Spiegel</b> .....	321
68. BVerfGE 25, 256 („Blinkfuer“) - „ <b>Blinkfuer</b> “.....	323
69. BVerfGE 44, 197 (Solidaritätsadresse) - <b>Adresa solidarnosti</b> .....	328
70. BVerfGE 93, 266 („Soldaten sind Mörder“) - „ <b>Vojnici su ubice</b> “.....	331
71. BVerfGE 111, 147 (NPD) – <b>Nacionaldemokratska Partija (NPD)</b> .....	337
72. BVerfGE 114, 339 (Stasi-Streit) – <b>Stasi-svađa</b> .....	340



73. BVerfGE 103, 44 (Gerichtsfernsehen) – <b>Sudska televizija</b> .....	<b>342</b>
74. BVerfGE 119, 309 (Aufnahmen im Gerichtssaal) – <b>Snimanje u sudnici</b> .....	<b>348</b>
75. BVerfGE 102, 347 (Benetton Schockwerbung) – <b>Benetton šok-reklame</b> .....	<b>353</b>
76. BVerfGE 113, 63 (Junge Freiheit) – <b>Junge Freiheit (Mlada sloboda)</b> .....	<b>359</b>
77. BVerfGE 12, 205(1. Rundfunkentscheidung)– <b>1. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>365</b>
78. BVerfGE 57, 295(3. Rundfunkentscheidung)– <b>3. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>367</b>
79. BVerfGE 73, 118(4. Rundfunkentscheidung)– <b>4. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>373</b>
80. BVerfGE 74, 297(5. Rundfunkentscheidung)– <b>5. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>374</b>
81. BVerfGE 83, 238(6. Rundfunkentscheidung)– <b>6. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>379</b>
82. BVerfGE 87, 181(7. Rundfunkentscheidung)– <b>7. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>380</b>
83. BVerfGE 90, 60(8. Rundfunkentscheidung)– <b>8. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>386</b>
84. BVerfGE 35, 202 (Lebach) – <b>Lebach</b> .....	<b>387</b>
85. 1 BvR 3487/14 (Tatsachenbehauptung über Vorgang aus Privatsphäre) - <b>Činjenične tvrdnje o događajima u privatnoj sferi</b> .....	<b>391</b>
86. 1 BvR 967/15 (Pressefreiheit im öffentlichen und privaten Bereich) – <b>Sloboda štampe u javnom i privatnom prostoru</b> .....	<b>392</b>
87. 1 BvR 2973/14 (Schmähekritik / Meinungsfreiheit) – <b>Uvredljiva kritika/ Sloboda mišljenja</b> .....	<b>395</b>
88. 1 BvR 1036/14(Kollektivbeleidigung)– <b>Kolektivna uvreda</b> .....	<b>397</b>
89. 1 BvR 2716/17(Gegendarstellungsanspruch)– <b>Pravo na ispravku</b> .....	<b>399</b>
 <b>§ 12. Sloboda umjestnosti i znanosti (čl. 5 III GG)</b> .....	<b>403</b>
90. BVerfGE 30, 173(Mephisto)– <b>Mephisto</b> .....	<b>404</b>
91. BVerfGE 119, 1 (Roman „Esra“) - <b>Roman „Esra“</b> .....	<b>407</b>
 <b>§. 13. Brak, porodica, djeca (cl. 6 GG)</b> .....	<b>421</b>
92. BVerfGE 6, 55(Steuersplitting)– <b>Razrezivanje preza</b> .....	<b>422</b>
93. BVerfGE 47, 46 (Sexualkundeunterricht) – <b>Nastava o seksualnom odgoju</b> .....	<b>423</b>
94. BVerfGE 105, 313 (Lebenspartnerschaftsgesetz) – <b>Zakon o partnerstvu življenja</b> .....	<b>427</b>
 <b>§. 14. Školstvo (čl. 7 GG)</b> .....	<b>431</b>
95. BVerfGE 52, 223 (Schulgebet) – <b>Školska molitva</b> .....	<b>432</b>
 <b>§ 15. Sloboda okupljanja (čl. 8 GG)</b> .....	<b>437</b>
96. BVerfGE 69, 315 (Brokdorf) – <b>Brokdorf</b> .....	<b>438</b>
97. BVerfGE 85, 69 (Eilversammlung) – <b>Hitna okupljanja</b> .....	<b>450</b>
98. BVerfGE 128, 226 (Frankfurter Flughafen) – <b>Aerodrom Frankfurt</b> .....	<b>452</b>
99. 1 BvR 2135/09 (Versammlungsrechtliche Auflagen) - <b>Uslovi iz propisa o javnom okupljanju</b>	<b>458</b>
 <b>§ 16. Sloboda udruživanja (čl. 9 GG)</b> .....	<b>461</b>
100. BVerfGE 19, 303 (Dortmunder Hauptbahnhof) – <b>Glavna željeznička stanica Dortmund</b> .....	<b>462</b>
101. BVerfGE 42, 133 (Wahlwerbung) – <b>Izborna kampanja</b> .....	<b>465</b>

102. BVerfGE 28, 295 (Mitgliederwerbung I) – <b>Vrbovanje članova I</b> .....	466
103. BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz) - <b>Zakon o saglasnosti</b> .....	467
104. BVerfGE 84, 212 (Aussperrung) – <b>Isključenje</b> .....	470
105. BVerfGE 92, 365 (Kurzarbeitsgeld) - <b>Dnevnica za rad za vrijeme radničke borbe</b> .....	473
106.2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15 (Streikverbot für Beamte) <b>Zabranu štrajka za državne službenike</b> .....	478
<b>§. 17. Tajnost pisma, pošte i bežičnog komuniciranja (čl. 10 GG)</b> .....	485
107. BVerfGE 107, 299 (Fernmeldegeheimnis) - <b>Tajnost bežičnog komuniciranja</b> .....	486
108. BVerfGE 113, 348 (Telekommunikationsüberwachung) – <b>Nadzor nad telekomunikacijama</b> .....	488
109.1 BvR 229/16 (Vorratsdatenspeicherung) – <b>Pohranjivanje podataka</b> .....	494
110. BVerfGE 125, 260 (Vorratsdatenspeicherung) – <b>Pohranjivanje podataka</b> .....	497
<b>§. 18. Sloboda izbora zanimanja (čl. 12 GG)</b> .....	513
111. BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) – <b>Presuda o apotekama</b> .....	514
112. BVerfGE 41, 378 (Rechtsberatungsgesetz) – <b>Zakonopravnomsavjetovanju</b> .....	522
113. BVerfGE 39, 210 (Mühlenstrukturgesetz) – <b>Zakon o strukturi mlinova</b> .....	523
114. BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil) – <b>Presuda o ljekarima pri osiguravajućem društvu</b> .....	523
115. BVerfGE 13, 97 (Handwerksordnung) – <b>Uredba o zanatima</b> .....	524
116. BVerfGE 19, 330 (Sachkundenachweis) – <b>Dokaz stručnosti</b> .....	525
117. BVerfGE 86, 28 (Sachverständigenbestellung) - <b>Javno imenovanje vještaka</b> .....	526
118. BVerfGE 53, 135 (Puffreisschokolade) – <b>Čokolada od presovane riže</b> .....	531
119. BVerfGE 95, 173 (Tabakwarnhinweis) – <b>Upozorenje na proizvodima od duhana</b> .....	533
120. BVerfGE 33, 303 (Numerus clausus) – <b>Numerus clausus</b> <b>(propisio ograničenjima upisana visokoškolske studije)</b> .....	536
121. BVerfGE 98, 169 (Arbeitspflicht) – <b>Obavezni rad</b> .....	542
122. BVerfGE 102, 197 (Spielbankenkonzession) – <b>Koncesija za kockarnice</b> .....	545
123. BVerfGE 115, 276 (Sportwetten) – <b>Sportsko klađenje</b> .....	550
124. BVerfGE 105, 252 (Glykol) – <b>Glikol</b> .....	554
125. BVerfGE 141, 82-120 (Sozietätsverbot) - <b>Zabranu uspostavljanja partnerskih društava</b> .....	558
126. BVerfGE 145, 20-105 (Spielhallen) – <b>Kockarnice</b> .....	563
127.2 BvR 2377/16 (Verpflichtung zur Übermittlung von IP-Adressen) – <b>Obaveza za dostavljanje</b> <b>IP adresa</b> .....	567
<b>§. 19. Nepovredivost stana (čl. 13 GG)</b> .....	573
128. BVerfGE 38, 348 (Betriebsbetretungsrecht) – <b>Pravo na ulazak i inspekciju</b> <b>poslovnih/pogonskih prostorija</b> .....	574
129. BVerfGE 14, 263 (Wohnungsdurchsuchung) – <b>Pretres stana</b> .....	578
130. BVerfGE 109, 279 (Lauschangriff) – <b>Akustički nadzor stambenog prostora</b> .....	582
131. BVerfGE 2 BvR 1801/06 od 5.5.2008. (Durchsuchung der Anwaltskanzlei) – <b>Pretres</b> <b>advokatske kancelarije</b> .....	588
132.2 BvR 675/14 (Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes) – <b>Uspostavljanje</b> <b>službe sudijskog dežurstva</b> .....	590

<b>§ 20. Vlasništvo, razvlašćivanje, nasljedno pravo (čl. 14 GG)</b> .....	<b>595</b>
133. BVerfGE 38, 348 (Zweckentfremdung von Wohnraum) - <b>Mijenjanje namjene stambenih prostorija</b> .....	<b>596</b>
134. BVerfGE 14, 263 (Feldmühle-Urteil) – <b>Presuda o vjetrenjačama</b> .....	<b>598</b>
135. BVerfGE 21, 73 (Grundstückverkehrsgesetz) - <b>Zakon o prometu zemljišta</b> .....	<b>600</b>
136. BVerfGE 25, 112 (Niedersächsisches Deichgesetz) - <b>Zakon o nasipima Savezne zemlje Niedersachsen</b> .....	<b>603</b>
137. BVerfGE 31, 229 (Schulbuchprivileg) – <b>Privilegija školskih knjiga</b> .....	<b>604</b>
138. BVerfGE 46, 325 (Zwangsversteigerung II) – <b>Prinudna licitacija II</b> .....	<b>607</b>
139. BVerfGE 52, 1 (Kleingarten) - <b>Malavrtlarstva</b> .....	<b>608</b>
140. BVerfGE 58, 300 (Nassauskiesung) – <b>Nassau-šljunkara</b> .....	<b>614</b>
141. BVerfGE 68, 361 (Eigenbedarf I) – <b>Vlastite potrebe I</b> .....	<b>620</b>
142. BVerfGE 100, 226 (Denkmalschutz) - <b>Zaštita spomenika</b> .....	<b>622</b>
143. BVerfGE 93, 121 (Einheitswerte) – <b>Jediničevrijednosti</b> .....	<b>628</b>
<b>§ 21. Gubitak državljanstva, izručenje, pravo na azil</b> .....	<b>631</b>
144. BVerfGE 113, 273 (Europäischer Haftbefehl) – <b>Evropska potjernica</b> .....	<b>632</b>
145. BVerfGE 74, 51 (Nachfluchtatbestände) - <b>Subjektivna djela u pribježištu</b> .....	<b>633</b>
146. BVerfGE 80, 315 (Tamilen) – <b>Tamili</b> .....	<b>635</b>
147. BVerfGE 81, 142 (Terroristische Betätigung im Exil) – <b>Terorističke aktivnosti u egzilu</b> .....	<b>636</b>
148. BVerfGE 94, 49 (Sicherer Drittstaat) – <b>Sigurna treća država</b> .....	<b>638</b>
<b>§ 22. Osnovan prava pravnih osoba iz EU</b> .....	<b>641</b>
149. BVerfGE 129, 78 (Anwendungserweiterung) – <b>Proširenje primjene</b> .....	<b>642</b>
150. 2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10 (Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Richtervorbehalt) <b>Zabrana korištenja dokaza zbog povrede obaveze pribavljanja sudskenedbe</b> .....	<b>645</b>
<b>§ 23. Barijera bitnog sadržaja, garancija pravnog puta</b> .....	<b>649</b>
151. BVerfGE 21, 326 (Sozialversicherungsträger) – <b>Ustanovasocijalnog osiguranja</b> .....	<b>650</b>
152. BVerfGE 31, 314 (2. Rundfunkentscheidung) - <b>2. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>651</b>
153. BVerfGE 10, 264 (Vorschuss für Gerichtskosten) - <b>Uplata akontacije za sudske troškove</b> .....	<b>652</b>
154. BVerfGE 24, 33 (AKU-Urteil) – <b>Presuda „AKU“</b> .....	<b>652</b>
155. BVerfGE 35, 382 (Ausländerausweisung) – <b>Izgon stranaca</b> .....	<b>653</b>
156. BVerfGE 37, 150 (Sofortiger Strafvollzug) – <b>Neodložno izvršenje kazne</b> .....	<b>657</b>
157. BVerfGE 84, 34 (Gerichtliche Prüfungskontrolle) – <b>Sudska kontrola ispita</b> .....	<b>658</b>
158. BVerfGE 104, 220 (Abschiebehaft) - <b>Pritvor radi izгона</b> .....	<b>660</b>

**Treći dio: Državni strukturni principi**

(čl. 20 GG)

**665**

<b>§ 24. Državni strukturni principi I: Savezna država (čl. 20 I GG)</b> .....	<b>667</b>
159. BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung) - <b>1. Odluka o radio stanicama</b> .....	<b>668</b>
<b>§ 25. Državni strukturni principi II: Socijalna država</b> .....	<b>671</b>
160. BVerfGE 40, 121 (Waisenrente II) – <b>Penzija za siročad</b> .....	<b>672</b>
161. BVerfGE 59, 231 (Freie Mitarbeit) – <b>Slobodna/ vanjska saradnja</b> .....	<b>672</b>
162. BVerfGE 100, 271 (Lohnabstandsklausel) - <b>Klauzule o razmaku između plata</b> .....	<b>673</b>
<b>§ 26. Državni strukturni principi III: Demokratija</b> .....	<b>677</b>
163. BVerfGE 44, 125 (Öffentlichkeitsarbeit) – <b>Rad s javnošću</b> .....	<b>678</b>
164. BVerfGE 144, 20-367 (NDP-Verbot) – <b>Zabrana rada NDP-a</b> .....	<b>681</b>
165. BVerfGE 146, 1-70 (Reichweite parlamentarisches Fragerecht)	
<b>Domet parlamentarnog prava na pitanja</b> .....	<b>685</b>
<b>§ 27. Državni strukturni principi IV: Pravna država</b> .....	<b>691</b>
166. BVerfGE 8, 274 (Preisgesetz) – <b>Zakon o cijenama</b> .....	<b>692</b>
167. BVerfGE 9, 137 (Einfuhrgenehmigung) – <b>Odobrenje za uvoz</b> .....	<b>693</b>
168. BVerfGE 17, 306 (Mitfahrzentrale) - <b>Prevoz osobnim motornim vozilom</b> .....	<b>695</b>
169. BVerfGE 37, 150 (Sofortiger Strafvollzug) - <b>Neodložno izvršenje kazne</b> .....	<b>696</b>
170. BVerfGE 49, 89 (Kalkar I) - <b>Kalkar I</b> .....	<b>698</b>
171. BVerfGE 98, 218 (Rechtschreibreform) – <b>Reforma pravopisa</b> .....	<b>702</b>
172. BVerfGE 34, 269 (Soraya) – <b>Soraya</b> .....	<b>703</b>
173. BVerfGE 111, 307 (EGMR – Würdigung) - <b>Uzimanje u obzir odluka ESLJP</b> .....	<b>705</b>
174. BVerfGE 21, 378 (Doppelbestrafung) – <b>Dvostruko osuđivanje</b> .....	<b>706</b>
175. BVerfGE 30, 367 (Bundesentschädigungsgesetz) - <b>Savezni zakon o obeštećenju</b> .....	<b>707</b>
176. 2 BvR 2048/13 (Verständigung im Strafverfahren) - <b>Sporazum u krivičnom postupku</b> .....	<b>710</b>
<b>§ 28. Političke stranke (čl. 21. GG)</b> .....	<b>713</b>
177. 2 BvE 11/12 (Negative Feststellung der Verfassungswidrigkeit) – <b>Negativno utvrđivanje protivustavnosti</b> .....	<b>714</b>
<b>Četvrti dio: Članstvo u internacionalnim organizacijama</b>	<b>717</b>
<b>§ 29. Prenosanje suverenih prava na Evropsku uniju, NATO, međunarodni ugovori, uzimanje u obzir presuda evropskih sudova (čl. 23, 24 i 59 II GG)</b> .....	<b>719</b>

178.BVerfGE 37, 221 (Solange I) – <b>Sve dok I (Solange I)</b> .....	<b>720</b>
179.BVerfGE 68, 1 (Atomwaffenstationierung) – <b>Stacioniranje atomskog oružja</b> .....	<b>723</b>
180.BVerfGE 73, 339 (Solange II) - <b>Sve dok II (Solange II)</b> .....	<b>728</b>
181.BVerfGE 89, 155 (Maastricht) – <b>Maastricht</b> .....	<b>731</b>
182.BVerfGE 90, 286 („Out-of-Area“) – <b>„Out-of-Area“</b> .....	<b>740</b>
183.BVerfGE 104, 126 (Strategisches Konzept der NATO) – <b>Strateški koncept NATO-a</b> .....	<b>747</b>
184.BVerfGE 113, 273 (Europäischer Haftbefehl) – <b>Evropska potjernica</b> .....	<b>752</b>
185.BVerfGE 111, 307 (Berücksichtigung der EMRK) - <b>Uzimanje u obzir Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda</b> .....	<b>758</b>
<b>Peti dio: Pravosuđe (čl. 100 GG) i osnovna prava povodom pravosuđa</b>	
(čl. 101 i dalje GG)	
<b>§ 30. Konkretna kontrola normi (čl. 100 GG)</b> .....	
186.BVerfGE 1, 184 (Normenkontrolle I) – <b>Kontrola normi I</b> .....	<b>768</b>
187.BVerfGE 1, 184 (Normenkontrolle I) – <b>Kontrola normi II</b> .....	<b>770</b>
<b>§ 31. Pravo na zakonitog sudiju (čl. 101 I 2 GG)</b> .....	
188.BVerfGE 4, 412 (Gesetzlicher Richter) – <b>Zakoniti sudija</b> .....	<b>774</b>
189.BVerfGE 42, 237 (Vorlagepflicht) – <b>Obaveza podnošenja</b> .....	<b>776</b>
190.2 BvR 780/16 (Einsatz von Verwaltungsrichtern auf Zeit) – <b>Postavljanje sudija u upravnim sudovima na određeno vrijeme</b> .....	<b>777</b>
<b>§ 32. Zabrana smrtne kazne (čl. 102 GG)</b> .....	
191.BVerfGE 18, 112 (Auslieferung I) – <b>Izručenje I</b> .....	<b>784</b>
<b>§ 33. Pravo na sudsko saslušanje (čl. 103 I GG)</b> .....	
192.BVerfGE 9, 89 (Gehör bei Haftbefehl) – <b>Saslušanje u okviru naloga za hapšenje</b> .....	<b>788</b>
193.BVerfGE 41, 246 (Baader-Meinhof) – <b>Baader-Meinhof</b> .....	<b>790</b>
194.BVerfGE 25, 158 (Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteil) – <b>Sudsko saslušanje u kontekstu presude zbog izostanka</b> .....	<b>791</b>
195.BVerfGE 107, 395 (Gehörsrüge vor Fachgericht) – <b>Pravna zaštita zbog povrede prava na sudsko saslušanje pred stručnim sudovima</b> .....	<b>792</b>
196.BVerfGE 133, 168 (Absprachen im Strafprozess) – <b>Dogovori u krivičnom postupku</b> .....	<b>796</b>
<b>§ 34. Nulla poena sine lege i zabrana povratnog delovanja krivičnih zakona</b> .....	
197.BVerfGE 14, 174 (Gesetzesgebundenheit im Strafrecht) – <b>Vežanost zakonom u krivičnom pravu</b> .....	<b>802</b>
198.BVerfGE 32, 346 (Strafbestimmung in Gemeindesatzung) – <b>Krivične odredbe u statutu opštine</b> .....	<b>804</b>

199.BVerfGE 26, 41 (Grober Unfug) - <b>Grubo narušavanje javnog reda</b> .....	<b>805</b>
200.BVerfGE 25, 269 (Verfolgungsverjährung) – <b>Zastara gonjenja</b> .....	<b>806</b>
201.BVerfGE 92, 1 (Sitzblockade) – <b>Blokada sjedenjem</b> .....	<b>808</b>
202.BVerfGE 104, 92 (Blockadeaktion) – <b>Akcija blokade</b> .....	<b>812</b>
203.BVerfGE 105, 135 (Vermögensstrafe) – <b>Imovinska kazna</b> .....	<b>815</b>
<b>§ 35. Ne bis in idem (čl. 103 III GG)</b> .....	<b>823</b>
204.BVerfGE 23, 191 (Dienstflucht) – <b>Izbjegavanje dužnosti</b> .....	<b>824</b>
<b>§ 36. Garancija prava kod oduzimanja slobode (čl. 104 GG)</b> .....	<b>827</b>
205.BVerfGE 10, 302 (Vormundschaft) – <b>Starateljstvo</b> .....	<b>828</b>
206.BVerfGE 10, 302 (Arreststrafe) – <b>Kazna zatvora</b> .....	<b>830</b>
207.BVerfGE 105, 239 (Richtervorbehalt) – <b>Pridržavanje sudijske odluke</b> .....	<b>832</b>
208.2 BvR 388/09 (Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen) - <b>Načelo hitnosti kod pritivorskih predmeta</b> .....	<b>836</b>
<b>Indeks pojmova</b> .....	<b>838</b>



## Predgovor

U savremenom ustavno-pravnom habitatu, rijetko postoji tolika organska povezanost a koja se još rijede naglašava, pa čak i ne spominje. Kulturološka supermacija anglosaksonskog modela javnog života kao da je nametnula da se zanemaruje izvorna sličnost kulturnih kodova između njemačkog i bosanskohercegovačkog javnog života. Kad govorim o javnom, naravno da ne mislim na politizaciju javnosti, već ističem korijen, stablo i list upravo u oblasti koja je tema ove publikacije – u ustavnopravnoj materiji iskazanoj u konačnom rezultatu, sudskim odlukama, a zahvaljujući predanom radu svih učesnika na čelu sa Fondacijom Konrad Adenauer.

Za podsjećanje svim čitaocima, osnovi pravne nauke u Bosni i Hercegovini, u najvećoj mjeri su zasnovani na austro-njemačkoj pravnoj misli. Osnovi prava su zasnovani na istorijskim tekstovima njemačkih ili austrijskih zakona te možemo i danas, nakon nekoliko vijekova, naći jednake zakonske osnove u oba sistema. Kao ilustraciju pogledajmo osnove stvarnog prava, pogledajmo nešto savremenije osnove civilnog postupka ili savremene osnove privrednog, stečajnog te javnobilježničkog prava. Ta neprekinuta linija, koja istina ima vrlo malo utjecaja u obligacionom ili krivičnom pravu, daje potvrdu navedene sličnosti ovog pravničkog koda.

Međutim, pojavljuje se posebno pitanje sličnosti ili razlike odlučivanja u ustavnoj materiji jer je po definiciji svaka odluka u ustavnoj materiji (donesena od ustavnih sudova) *differentia specifica* u odnosu na druge odluke kada se radi o različitim državama jer su ustavi različiti. Ovakav stav je imao svoju svrhu u vremenima kada nije postojala nadustavna materija konvencijskog prava ili kada nije postojala obaveza jednake primjene Evropske konvencije sa konačnim korektivom kakav je danas Evropski sud (drugi dio vezanosti njemačkog ustavnog prava za luksemburški izvor prava, na žalost, Bosna i Hercegovina još dugo neće imati).

Takođe je vrlo bitno naglasiti da se radi o ustavno dvije složene države, i bez obzira na sklonost domaćih pravnika, politologa i političara da naglašavaju složenu ustavnu konstrukciju Bosne i Hercegovine, pogled na uspješno ustavno funkcionisanje jedne velike, moćne i takođe formalno gledano složene državne organizacije, trebao bi da ohladi glave svih u Bosni i Hercegovini koji nesposobnost primjene ustavnih normi u dobroj vjeri, skrivaju povicima o potrebi izmjena i zamjeni teza između upornog rada i ostvarivanja ustavnih normi i dnevopolitičkih politikanstava kojima se ustavnost srozava na nivo tabloidnih rasprava.



Ova dva pravca, po mom dubokom uvjerenju, za prosvjećenog čitaoca u Bosni i Hercegovini su poseban dobitak publikacije. Način tumačenja, ne samo ustavne norme već i konvencijske, kada se radi o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda i način tumačenja ustavnih normi u jednom preciznom odnosu kakav po svojoj prirodi mora biti odnos između različitih ustavom garantovanih državnih kategorija organizovanja, ali i odnos sa državnom organizacijom.

Stoga se pred nama nalazi ne samo pregled odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda koji možemo sa intelektualnom znatiželjom ali i distancom čitati već i pregled odluka jednog saveznog ustavnog suda u dva navedena pravca koje se čitaju u našem slučaju kao uporedni test sličnog ali ne i jednakog ustavnog sistema. U ovom slučaju, test koji Ustavni sud Bosne i Hercegovine već duže od dvadeset godina koristi kao pogled na ovu praksu a sada zahvaljujući Fondaciji Konrad Adenauer ostvaruje se i kao neophodan i za sve druge u našem pravničkom okruženju.

U ime Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, koji ima vrlo bogatu saradnju sa Fondacijom Konrad Adenauer, i koji u svojoj praksi cijeneći na početku navedene zajedničke korijene, bogatu pravničku misao sadržanu u odlukama Saveznog ustavnog suda često koristi, želim vam sa zadovoljstvom preporučiti ovo izdanje.

Sarajevo, avgust 2020.

Zlatko M. Knežević  
Predsjednik Ustavnog suda  
Bosne i Hercegovine

## Predgovor

Naš sud, a i ja lično se osobito radujemo što će sada i na bosanskom biti objavljene odabrane odluke ustavnog suda Savezne Republike Njemačke. Naime, iako se pravni poredak naših zemalja možda i razlikuje, ipak imamo - mimo državnih granica - obavezu prema jednom zajedničkom cilju: da se zalažemo za slobodu, demokraciju i vladavinu zakona.

Historija našeg kontinenta koja je često bila upravo puna patnje naučila nas je da mir, sloboda i blagostanje ne počivaju na pravu jačega nego na snazi prava. Njemački Ustav, naš Osnovni zakon, je proizišao iz ovog iskustva. Kada su se majke i očevi našeg Ustava sastali da nakon nezamislivih zločina nacionalsocijalizma protiv čovječnosti postave temelj za slobodarsku i demokratsku Njemačku, bili su i te kako svjesni da se strašna nepravda može događati i u ime zakona. Stoga su stvorili jedan slobodarski poredak u kojem se svakome pojedincu garantiraju neotuđiva prava, prava kojim ni država ne može i ne smije raspolagati niti ih ograničavati. I jasno su rekli da čovjek nije tu zbog države nego da je država tu zbog čovjeka. Stoga član 1. počinje riječima: „Ljudsko dostojanstvo je nedodirivo. Obaveza svih državnih vlasti je da ga poštuju i brane“.

Zadatak Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke je da kao „čuvar Ustava“ pazi da se poštuju načela Osnovnog zakona, Ustava. Pri tome on ne donosi samo u svojstvu „najvišeg državnog suda“ odluke povodom sporova drugih ustavnih organa ili naprimjer između države i saveznih zemalja nego je istovremeno i „građanski sud“ kojem se može obratiti svako ko smatra da su njegova osnovna ljudska prava ugrožena ili ograničena nekim aktom javne vlasti. Ovo je put koji čak i svakom pojedinačnom građaninu otvara mogućnost da obori neki zakon.

Ovaj zadatak nosi ogromnu odgovornost. Načelno, demokratski izabrani zakonodavac u demokraciji odlučuje o temeljnim pitanjima zajednice. Pri tome na raspolaganju ima dosta slobodnog prostora unutar kojeg se može odlučiti između različitih mogućnosti djelovanja. Ovaj prostor mora poštovati i ustavni sud. No, zakonodavac istovremeno mora poštovati ustav, pri tome osobito prava građana. Ukoliko to ne učini, zadatak ustavnog suda je da se umiješa i da sačuva ustavni poredak.

Kod ovakvog zadatka često pomaže i pogled izvan vlastite zemlje. Mnoga se pitanja sa kojim se ustavni sud ili općenito neko društvo konfrontira, na isti ili barem usporediv način, javljaju i u drugim zemljama - duhovno bogatstvo drugih pravnih

kultura često može biti plodonosno i za naše vlastite ideje. Zbog toga Savezni ustavni sud Savezne Republike Njemačke sasvim svjesno njeguje razmjenu iskustava sa ustavnim sudovima drugih zemalja.

U smislu ovog dijaloga se osobito radujem da se čitanjem ove zbirke želite informirati o jurisdikciji Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke. Srdačno Vas pozivam da to učinite.

prof. dr. Harbarth, LL.M.  
Predsjednik Saveznog ustavnog suda  
Savezne Republike Njemačke  
Prevod: Nermana Mršo

## Predgovor

Ustav je jedan od glavnih stubova društva organiziranog u skladu sa ustavnim principima koji pruža pravne smjernice za svo djelovanje države. No, sam tekst ustava svoje dejstvo ne može razvijati bez učesnika koji će poštovati u njemu sadržane norme i vrijednosti. Ovo je zadatak svih ustavnih organa. U tom su okviru ustavni sudovi gremiji od kojih se izričito traži tumačenje ustava i razjašnjavanje temeljnih pitanja, čiji su odgovori tek rijetko jasno kodificirani u ustavnim odredbama. Na ovom temelju počiva veliki značaj jurisdikcije ustavnog suda.

Ovo je razlog što je Program vladavine prava za Jugoistočnu Evropu Fondacije Konrad Adenauer svjesno odredio da jedno od težišta njegovoga rada bude područje ustavnog prava i ustavnih nadležnosti. Predočena zbirka obuhvata izbor temeljnih odluka Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke od njegovog osnivanja do 2020. godine.

Za ovo prošireno novo izdanje su pri tome odabrane upravo i aktuelnije odluke iz posljednje dekade koje se odnose na pitanja o kojima se u njemačkom društvu i u pravnim krugovima mnogo diskutiralo, pitanja poput pohranjivanja i zadržavanja podataka, zatim takozvana „zabrana nošenja marama“, pa odluka o oznaci pola u zakonu o građanskom statusu, i konačno, i odluke o opsegu slobode izražavanja mišljenja.

Ova se zbirka ne odnosi samo na sudije ustavnog suda nego i na sva lica koja se zanimaju za ovu oblast. Ovdje ubrajamo sudije na svim instancama, državne tužioce i advokate, te nastavnike i predavače u raznim oblastima prava. Svi oni daju pečat pravnom sistemu zemlje i razvijaju ga. Međusobni interes za ustavnu sudsku praksu u Bosni i Hercegovini i Njemačkoj postoji već dugo.

Fondacija Konrad Adenauer će pored štampanog izdanja ovih prevoda, ovu publikaciju i besplatno staviti na raspolaganje na internetu. Time će se, dobrih deset godina nakon izdanja prve edicije koja je u međuvremenu razgrbljena, krug čitalaca i korisnika prevoda jurisdikcije Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke na bosanski jezik jasno proširiti i studentima pravnih nauka omogućiti da proučavaju ove odluke.

Ustavni su sudovi često u centru socijalnih i političkih kontroverzi. Zbog svoje ustavom definirane nadležnosti, upravo u konfliktnim situacijama moraju često donositi konačne odluke. Međutim, za razliku od izvršne vlasti, ustavni sud ne raspolaže

efikasnim sredstvima prisile za provedbu vlastitih odluka. Jedino sredstvo koje mu ostaje su njegove riječi, stoga je od najvećeg značaja dobro obrazloženje njihovih odluka. Razumljivo objašnjenje odluka je osnova za njihovo prihvatanje, i od temeljne je važnosti za odluke ustavnog suda kao i cjelokupnog pravosuđa. Uvjerljivi motivi su zato centralni elemenat kojim će se donosioci odluka u izvršnoj i zakonodavnoj vlasti, a pored njih i stanovništvo, pridobiti za važan posao kojeg obavljaju ustavni sudovi. Na ovaj način se sudovi mogu zaštititi i od neopravdanih napada. Stoga kod odabira obima i izbora jezika svojih odluka, ustavni sudovi idealno u obzir uzimaju da su one adresirane upravo i na lica koja nemaju pravnu naobrazbu - zato ustavni sudovi svoje odluke se smiju obrazlagati samo kroz dogmatske rasprave.

Ako se u obzir uzme ovakvo poimanje, te bi odluke trebalo da doprinesu izmjeni ustaljenih postupaka. Drugi cilj ove publikacije je dublje shvatanje ustava Evropske unije. Kombinacija evropskog prava i nacionalnih pravnih sistema koje karakteriziraju regionalne tradicije, ustavne sudove članica Evropske unije stavljaju pred sve jači izazov. Pravna harmonizacija koja u EU uzima sve više maha redovno otvara nova pitanja kojim se sudovi moraju baviti. Njihov dijapazon se kreće od osnovnih pitanja iz oblasti osnovnih ljudskih prava, pa sve do detalja koji se odnose na državni sistem. Zbog toga smo obuhvatili i određene teme iz evropskog prava. One su relevantne i za Bosnu i Hercegovinu, državu koja je podnijela zahtjev za prijem u Evropsku uniju. Vladavina prava je pojam koji se u novije vrijeme u Evropi sve češće koristi i u političkim diskusijama. Važan zadatak u budućnosti je da se ovaj pojam ne samo pominje, nego i da se definiira i da mu se udahne život. To u mnogo većoj mjeri iziskuje stalno uključenje angažiranog društva. Ovdje ustavni sudovi imaju odlučujuću ulogu kao čuvari ustavno uređene države.

Program vladavine prava za Jugoistočnu Evropu Fondacije Konrad Adenauer bi ovom zbirkom odluka želio podržati i ohrabriti sudove u ispunjavanju ovoga važnoga zadatka. Ovom izdanju želim brojnu čitalačku publiku i kritičko iščitavanje odabranih i u njemu objavljenih odluka – i obrazloženja odluka Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke. Pozitivne reakcije na prevode odabranih odluka Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke koje je Program pravna država Jugoistočna Evropa do sada objavio mi u tom pogledu daju razloga za optimizam. Zahvaljujem se svima koji su dali svoj doprinos nastanku ovih prevoda.

Novo izdanje ove zbirke odluka ne bi bilo moguće u ovom obliku bez ogromnog angažmana i velikodušne podrške mnogih. Njima svima se ovom prilikom želim zahvaliti: hvala gospodinu profesoru emeritusu dr. Jürgenu Schwabeu koji je Programu pravna država Jugoistočna Evropa Fondacije Konrad Adenauer na raspolaganje stavio modificiran i dopunjen izbor iz svojih studija, kako bi postale dostupne stručnoj javnosti u zemljama Zapadnog Balkana. Posebnu zahvalnost dugujem prevodiocima. Želim posebno pomenuti gospodina profesora dr. Edina Šarčevića i gospodina mr. iur. Kenana Hendu i zahvaliti im se za stručnu korekturu. Želim se zahvaliti i predsjedniku

Saveznog ustavnog suda Savezne Republike Njemačke gospodinu profesoru dr. Stephanu Harbarthu, LL.M za njegov predgovor i za sveukupnu podršku našem radu u oblasti „Promicanje ustavne pravde u Jugoistočnoj Evropi“. Jednako hvala želim uputiti predsjedniku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine gospodinu M. Zlatku Kneževiću za njegov predgovor i dobru suradnju sa Programom vladavine prava za Jugoistočnu Evropu Fondacije Konrad Adenauer.

Zbirke odluka ne bi nastale bez neumornog angažmana gospodina dr. Mahira Muharemovića, LL.M.: srdačno mu hvala na tome. Konačno, hvala i svim kolegicama i kolegama Fondacije Konrad Adenauer u zemljama regije, koji su sa svojim suradnicama i suradnicima pružili značajnu podršku ovom projektu. Hvala i svim ostalim koji su dali svoj doprinos za nastanak ovog prevoda.

advokat Hartmut Rank, LL.M., MBA  
Direktor Programa vladavine prava  
za Jugoistočnu Evropu  
Fondacije Konrad Adenauer  
Bukurešt, novembra 2020. godine  
Prevod: Nermana Mršo



# Savezni ustavni sud: ustavni položaj i nadležnosti

## I. Savezni ustavni sud kao sud

1. Savezni ustavni sud (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) je organ pravosuđa (čl. 92, 2. polustav Ustava) – dakle, *sud*. To ne slijedi samo iz njegovog imena, nego iz Ustava koji u dijelu o pravosudnoj vlasti spominje Ustavni sud, kao i iz organizacionih, funkcionalnih i proceduralnih pravila koja za njega važe.<sup>1</sup> *Zakon o Saveznom ustavnom sudu* (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG)<sup>2</sup> kvalificira Savezni ustavni sud kao pravosudno tijelo savezne države koje u odnosu na sve ostale ustavne organe odlučuje samostalno i nezavisno (§ 1 st. 1 BVerfGG).

Članovima Saveznog ustavnog suda je snagom Ustava osiguran status sudija u smislu pravosudne vlasti. Oni su u okvirima suda potčinjeni isključivo Ustavu i zakonu (čl. 97 I Ustava) i sporove iz svoje nadležnosti rješavaju na osnovu *pravnih* mjerila.

2. Savezni ustavni sud *na osnovu Ustava* odlučuje o postupcima svih državnih organa kao i o postupcima upravnih službi i stručnih sudova. O aktima koje državne vlasti donose u saveznim zemljama odlučuje *na osnovu saveznih zakona*, koji prema čl. 31 Ustava uživaju primat. Ovako postavljena sudska kontrola se u načelu ne razlikuje od kontrole drugih sudova. Za Savezni ustavni sud važe, prema tome, ista načela koja važe i za ostale sudove: on može odlučivati samo na osnovu zahtjeva, vezan je isključivo za Ustav i za zakon i odlučuje po pravilu sudske neovisnosti koja podrazumijeva neutralnost u odnosu na učesnike postupka.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> S. Detterbeck, u: Sachs, Art. 92, randnr. 21a i dalje; Pieroth, u: Jarass/Pieroth, Art. 93, randnr. 2 i dalje; A. Voßkuhle: u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 93, randnr. 27 i dalje.

<sup>2</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), korišten u verziji od 11. Augusta 1993, BGBl. I s. 1473, zadnja izmjena Zakonom od 23. 11. 2007, BGBl. I s. 2614.

<sup>3</sup> Detterbek, u: Sachs, Art. 92, randnr. 25.



Odluke Saveznog ustavnog suda posjeduju, međutim, i *političku dimenziju*. Kako je rad Suda koncentriran na interpretaciju, dakle, na iznalaženje pravno relevantnog smisla ustavnih normi, to se tumačenje i primjena ustavnog prava razlikuje od tumačenja zakona u mjeri u kojoj se traži „pravo“ na pozadini ustavnog teksta. Granica između političkog i pravnog stava ovim biva pomjerana u područje političkog. To još uvijek ne znači da Savezni ustavni sud donosi političke odluke, čak ni onda kada predmet njegove provjere predstavljaju sporovi zaoštreno političkog karaktera, a odluke imaju dalekosežne političke posljedice.<sup>4</sup> Jasno je da se postupak pred Saveznim ustavnim sudom često vodi upravo povodom politički spornih i riskantnih pitanja, a da same odluke sadrže svojevrsan „politički stav“ o predmetu spora. To potvrđuje statistika razmatranih predmeta: gotovo da ne postoji važnije političko pitanje koje nije bilo predmet spora između Savezne vlade i opozicije, ili važniji zakon, koji nije podnošen na provjeru Saveznom ustavnom sudu. Sve to, međutim, ne umanjuje pravni kvalitet njegovih odluka: one se ne donose s obzirom na političku svrsishodnost, nego s obzirom na njemački Ustav i mjerila koja su njime postavljena.<sup>5</sup> Pažnje je vrijedna činjenica – preko koje se olako prelazi kao preko samorazumljivog fenomena – da su odluke Saveznog ustavnog suda u političkom životu Njemačke do sada bez izuzetka prihvatane.

Zakonodavni postupak slovom Ustava završava formalnim proglašenjem zakona (čl. 82 st. 1 Ustava). U mnogim slučajevima on, međutim, može biti okončan tek nakon što ga Savezni ustavni sud potvrdi u postupku normativne kontrole koji, u tipičnoj konstelaciji, može uslijediti nakon proglašavanja zakona. U konkretnim slučajevima sudske odluke postaju predmetom oštarih kritika, u pravilu one stranke čijim zahtjevima nije udovoljeno. No, opšta socijalna i stručna prihvatljivost nikada nije bila sporna: ona pokazuje da je sud svoje odluke utemeljio racionalo i na osnovu Ustava. Dakle, osnovni zadatak Saveznog ustavnog suda jeste tipično pravosudni: donošenje obavezujućih odluka u postupku koji se vodi povodom ustavno zagarantiranih prava i obaveza.

3. Od „sudskog kvaliteta“ polazi i BVerfGG koji u § 1 st. 1 određuje da je Savezni ustavni sud u odnosu „na sve ostale ustavne organe“ samostalan i neovisan sud Savezne Republike Njemačke. On se, kao *ustavni organ*<sup>6</sup>, razlikuje od ostalih vrhovnih sudova spomenutih u čl. 95 stav 1 Ustava; njima nije priznat rang „ustavnih organa“ (riječ je o stručnim sudovima: Savezni vrhovni sud, Savezni upravni sud, Savezni finansijski sud, Savezni radni sud i Savezni socijalni sud).<sup>7</sup> U odnosu na ove

<sup>4</sup> Usp. *Hillgruber/Goos*, s. 1.

<sup>5</sup> Usp. *Sturm*, u: *Sachs*, čl. 93, randnr. 11; *Vobkuhle*, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 93, randnr. 31 i dalje; Usp. također *H.J. Papier*, predgovor ovoj knjizi i, s. 21 i dalje.

<sup>6</sup> Oznaka „ustavni organ“ je najprije bila sporna, da bi u međuvremenu postala opšteprihvaćena, detaljnije *Sturm*, u: *Sachs*, čl. 93, randnr. 6 i dalje; *Maurer*, s. 626; *K. Stern*, u: *Bonner Grundgesetz*, Art. 93, randnr. 21 i dalje. *G. Roellecke*, *Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit*, u: *HStR III* (2005), s. 1221 i dalje, randnr. 4 i dalje. Ovaj status ne obezbjeđuje naprosto spominjanje u ustavu, nego se mora raditi o organu koji konkretan ustav konstituira u pogledu njegovih kompetencija, funkcija i postojanja, a koji sa svoje strane sopstvenom egzistencijom daje ustavnom uređenju posebna oblik (usp. *Stern*, isto).

<sup>7</sup> Njemačka terminologija koristiti pojam *Fachgerichtsbarkeit* (stručni sudovi) kada misli na sudove koji se bave

sudove Savezni ustavni sud ima kasaciona ovlaštenja, ali je isključivi omjer njegove provjere postavljen Ustavom. On, dakle, nad stručnim sudovima ne obavlja opštu pravnu kontrolu i ne predstavlja najvišu revizionu instancu.

Savezni ustavni sud redovno naglašava da je upravo nadležnost stručnih sudova da tumače i primjenjuju zakonsko pravo, dok specifične povrede Ustava ostaju predmet provjere Saveznog ustavnog suda.<sup>8</sup> Pri tom se postavlja pitanje obima kontrole („*Kontrolldichte*“) Saveznog ustavnog suda u odnosu na stručne sudove. Sud koristi tzv. *Heckovu* formulu: isključiva nadležnost stručnih sudova je „ustanovljavanje postupka, utvrđivanje i kvalifikacija činjeničnog stanja, tumačenje zakona i njihova primjena na pojedinačni slučaj“; nabrojane nadležnosti su izuzete iz nadležnosti Saveznog ustavnog suda „osim ako je povrijeđeno neko specifično ustavno pravo“.<sup>9</sup>

U smislu organizacije, funkcija i legitimacije Savezni ustavni sud, kao ustavni organ,<sup>10</sup> stoji u istoj ravni sa *Bundestagom* (Saveznim vijećem), *Bundesratom* (Vijećem saveznih zemalja), predsjednikom države i Saveznom vladom. To je pozicija koja mu obezbjeđuje poseban rang – njegov izraz su autonomija u donošenju poslovnika (izričito priznata od 1986, § 1 st. 3 BVerfGG), zatim, resorna autonomija, neposredna komunikacija sa ostalim ustavnim organima (ne preko ministara ili ministarstava), istaknuto protokolarno mjesto njegovog predsjednika kao i pravo na učešće u postupku donošenja prijedloga budžeta.<sup>11</sup> Iz istog razloga su osigurane i posebne pozicije za članove Saveznog ustavnog suda: oni nisu podređeni ni jednom saveznom ministru ili ministarstvu, predsjednik suda je nadređeni službenik među sudskim činovnicima i namještenicima, sudije Saveznog ustavnog suda nisu „savezne sudije“, nego sudije na Ustavnom sudu i nalaze se kao i drugi članovi ostalih saveznih organa u javnopravnom odnosu državnih službenika.<sup>12</sup>

## II. Tradicija Ustavnog pravosuđa

Ustavno sudstvo (ranije nazivano „državno pravosuđe“ – *Staatsgerichtsbarkeit*) ima u Njemačkoj pravnoj i političkoj kulturi dugu, ali ne sasvim uspješnu tradiciju.

konkretnom pravnom granom, građanskim i krivičnim, upravnim, finansijskim, radnim i socijalnim pravom. Usp. *Schenke*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, 1987; *Alleweldt*, *Bundesverfassungsgericht i Fachgerichtsbarkeit*, 2006.

<sup>8</sup> *Sturm*, u: *Sachs*, čl. 93, randnr. 17; *Roellecke* (fn. 6), randnr. 8.

<sup>9</sup> BVerfGE 18, 15 (92); 34, 269 (280), stalna pravosudna praksa. Formula o povredi „specifičnog ustavnog prava“ je po sebi uzev od male pomoći. Sud ju je dopunio Heckovom formulom (ime po sucu izvjestiocu Karl Hecku, u E 18, 85, 92 i dalje): „Općenito se može kazati da su postupci supsumpcije u okviru primjene običnog prava izuzeti iz nadležnosti kontrole Saveznog ustavnog suda dok god nije uočljiva greška u tumačenju koja počiva na načelno netačnom gledištu koje je od značaja za jedno ljudsko pravo, a posebno za obim njegove zaštite, i ima posebnu težinu u svom materijalnom značenju za konkretan pravni slučaj“ (odluka u prevodu pod brojem 4 ove zbirke).

<sup>10</sup> Kvalitet „ustavnog organa“ slijedi iz samog Ustava, posebno iz čl. 93 st. 1 br. 1-3, 94 st. 1 i 100 st. 1: ovim propisima se konstituira status „ustavnog organa“, utvrđuje se njegov pravni položaj kao i najbitnije kompetencije Saveznog ustavnog suda.

<sup>11</sup> § 28 III BHO (*Bundeshaushaltsordnung* – Uredba o saveznom budžetu)

<sup>12</sup> Usp. *U. Kischel*, *Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter*, u: *HStR III* (2005), s. 1233 i dalje.

Historijski počeci su vezani za osnivanje „Reichskammergerichta“<sup>13</sup> i „Reichshofrata“<sup>14</sup> starog njemačkog Rajha.<sup>15</sup> Novija načela ustavnog pravosuđa se nalaze u ustavima s prve polovine 19. stoljeća koji su predviđali ministarsku tužbu kao način zaštite ustavnog uređenja.<sup>16</sup>

Frankfurtski Ustav Rajha iz 1849. godine je po uzoru na Ustav Sjedinjenih Američkih Država predviđao uspostavljanje obuhvatnog ustavnog pravosuđa. Budući da ovaj ustavni tekst nikada nije stupio na snagu, to prema njegovom modelu nisu ni organizirani sudovi niti je uspostavljen odgovarajući pravosudni sistem.<sup>17</sup> Prusija, koja je dominirala njemačkim Rajhom od 1871. godine, nije poznavala ustavnu tužbu; u pruski Ustav je unešena ministarska tužba, ali ona nije nikada oživljena zakonom koji je bio nužan za njenu primjenu, tako da je ustavno spominjanje ostalo bez pravnog značaja. Vajmarski Ustav iz 1919. godine je uveo ustavno sudstvo koje je bilo vezano za striktno određena područja, naime, za sporove između Rajha i saveznih zemalja, za interne ustavne sporove u savezним zemljama i za ministarsku tužbu.<sup>18</sup> Istinski proboj ustavnog sudstva je ostvaren 1945. godine. Prvi ustavi južnonjemačkih zemalja iz 1946/47. obuhvatno su regulirali ustavno sudstvo sa konkretnom kontrolom normi, sa postupkom po osnovu spora organa i apstraktnom kontrolom normi. U Bavarskoj i Hesenu je, osim toga, bila predviđena individualna ustavna tužba.<sup>19</sup> Tekst aktuelnog njemačkog Ustava se oslonio na ova rješenja.

### III. Pravni osnovi

1. Savezni ustavni sud je osnovan 1951. godine, po donošenju Zakona o Saveznom Ustavnom sudu.<sup>20</sup> Po osnivanju je etablirao pravosudnu praksu koja je u bitnoj mjeri utjecala na razvoj državnopolitičkog i privrednog života. Ovaj sud danas predstavlja najvažniji segment njemačkog državnopravnog života. Uz njega narasta

<sup>13</sup> Ustanovljen 1495, na wormskom Reichstagu, sjedište naprije u Frankfurtu a.M, zatim od 1526. u Speyeru, od 1689. do kraja njemačkog Rajha 1806. u Wetzlaru (tamo je u radu suda učestvovao i Goete). Usp. *Maurer*, § 2, randnr. 12.

<sup>14</sup> Kao sud, upravnu i vladinu instancu ga je ustanovio car 1498. sa stalnim sjedištem u Beču (Wien, u okviru carskog dvora); nadležnost mu se podudarala uglavnom sa nadležnostima Reichskammergerichta, tako da su oba suda mogla biti pozvana prema izboru stranaka (*Maurer*, § 2, randnr. 12).

<sup>15</sup> Detaljnije *K.-P. Schroeder*, Das Reichskammergericht in der deutschen Geschichte, JuS 1970, str. 368 i dalje; skraćeno *Maurer*, str. 37 i dalje. Ustavi njemačkih zemalja Bayern (Verfassung des Königreiches Bayern, 26.5.1818, poglavlje X), Baden (Verfassungs-Urkunde für das Großherzogthum Baden, 22. 8. 1918, § 67) i Württemberg (Verfassungs-Urkunde für das Königreich Württemberg, 25. 9. 1919, X poglavlje) su ranom konstitucionalizmu predviđali individualnu žalbu staleškoj skupštini koja je onda imala pravo da ulaže žalbu monarhu čime je skupština preuzela posredničku funkciju između države i individua. O njemačkim ustavima nakon 1800. sažeto *Maurer*, § 2, randnr. 11 i dalje, usp. *A. Voßkuhle*, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 93, randnr. 2 i dalje.

<sup>16</sup> Usp. *Stern*, u: Bonner Grundgesetz, Art. 93, randnr. 60 i dalje sa detaljnijim napomenama.

<sup>17</sup> O njegovom značaju npr. *Voßkuhle*, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 93, randnr. 5; *Stern*, u: Bonner Grundgesetz, Art. 93, randnr. 63 i dalje.

<sup>18</sup> Vajmarski Ustav je predviđao „Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich“ (čl. 108 WRV) sa ograničenim ovlaštenjima (nije postojao postupak za zaštitu osnovnih prava, nedostajale su nadležnosti za sporove između najviših organa Rajha i za provjeru ustavnosti zakona Rajha).

<sup>19</sup> Usp. *Maurer*, § 20, randnr. 2.

<sup>20</sup> Usp. navode u fn. 2.

i ustavano pravosuđe u saveznm zemljama koje nakon 1990. godine po uvođenju individualnih ustavnih tužbi nezaobilazan dio pravnog uređenja. Oba segmenta nadopunjuje Evropski sud (Sud Evropskih zajednica) koji, između ostalog, odlučuje o spojivosti njemačkog prava s evropskim pravnim ustrojstvom i Evropski sud za ljudska prava (sud Vijeća Evrope) koji provjerava spojivost odluka Saveznog ustavnog suda sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava.<sup>21</sup>

2. Ključni propisi o Saveznom Ustavnom sudu se nalaze u Ustavu. Član 92 utvrđuje mjesto Suda u sistemu sudstva, član 93 stav 1 definira katalog nadležnosti, a član 94 stav 1 određuje sastav Suda. Ostale nadležnosti Ustavnog suda su rasute po cijelom Ustavu – relevantni su iznad svega čl. 100 stav 1, zatim, članovi 18 i 21 stav 2 Ustava itd. Osim toga, zakonodavac je ovlašten da Sudu dodijeli i druge slučajeve (član 93 stav 2 Ustava) i da bliže regulira organizaciju i postupke pred Ustavnim sudom.

Zakon o Saveznom ustavnom sudu je nakon donošenja više puta mijenjan. Najviše promjena se odnosi na ograničavanje prekomjernog broja individualnih ustavnih tužbi;<sup>22</sup> u važnije promjene spadaju one koje se odnose na organizaciona i proceduralna pitanja.<sup>23</sup> Sve u svemu, osnovna koncepcija ustavnog pravosuđa je ostala nepromijenjena.

Savezni Ustavni sud posjeduje Poslovnik (§ 1 stav 3 BVerfGG). Poslovnik je donio Sud u plenumu, on je objavljen u Saveznom službenom listu.<sup>24</sup> Kao i kod drugih sudova ovaj pravni akt je obavezan samo u internim odnosima, ali posredstvom primjene utječe na eksterne odnose. Zakon o Saveznom ustavnom sudu na više mjesta upućuje izričito na Poslovnik (npr. § 15 stav 2, 4. rečenica i § 30 stav 2, 3. rečenica BVerfGG).

#### IV. Organizacija i sastav Suda

1. Savezni Ustavni sud je organiziran po senatskom principu, sastoji se iz dva *Senata*, svaki Senat reprezentira „Savezni ustavni sud“;<sup>25</sup> u svakom od njih se nalazi osam sudija (§ 2 BVerfGG). Senati su međusobno odvojeni, kako u organizacionom tako i u personalnom smislu, samostalni su i jednaki po rangu. Jedan Senat ne može provjeravati odluku drugog Senata.<sup>26</sup> Njihova nadležnost je ustanovljena zakonom (§

<sup>21</sup> Usp. *Sturm*, u: Sachs, čl. 93, randnr. 24 i dalje, 28 i dalje; *Voßkuhle*, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 93, randnr. 80 i dalje, 89 i dalje.

<sup>22</sup> U praksi je problematičan visok broj inividualnih ustavnih tužbi – trenutno preko 6000 godišnje. Ustavna tužbu mora biti „prihvaćena“ – to podrazumijeva prethodni postupak koji se provodi pred vijećem („*Kammer*“) od tri suca (§§ 93 a-d, § 15a BVerfGG)

<sup>23</sup> Tako izmjena od 16. jula 1998. godine (BGBl. I, s. 1823) kojom se reguliraju tv i radio snimanja glavnih pretresa, odnosno ograničeno otvaranje rasprava za radio i televiziju (§ 17a) i unošenje propisa o uvidu u akte koji se stavljaju izvan postupka (§§ 35a i dalje).

<sup>24</sup> *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts* od 15. 12. 1986. (BGBl. I s. 2529), izmijenjen zaključcima Plenuma od 11. 7. 1989. (BGBl. I S. 1571), od 18. 12. 1995. (BGBl. I 1996 s. 474) i od 7. 1. 2002. (BGBl. I s. 1171).

<sup>25</sup> BVerfGE 1, 14, 29; 2, 79, 95.

<sup>26</sup> BVerfGE 7, 17, 18.

14 BVerfGG).<sup>27</sup>

2. U sastav *Plenuma* ulaze sve sudije Ustavnog suda. Njegov osnovni zadatak je da jamči jedinstvo pravosuđa i da donese odluku kada jedan Senat hoće da odstupa od pravnog shvatanja drugog Senata (§ 16 BVerfGG).<sup>28</sup> Pri tom se mora raditi o odluci koja sadrži pravno mišljenje, ako „pravno shvatanje koje je neizgovoreni razlog za odluku jednog Senata, kada bi se prema svom smislu i sadržaju izgovorilo do kraja bilo nespojivo sa shvatanjem koje zastupa drugi Senat“.<sup>29</sup> Do sada je takva konstelacija uspostavljena četiri puta: povodom procesnog položaja političkih partija u postupku spora ustavnih organa,<sup>30</sup> povodom odbijanja revizije pred civilnim sudom (prema § 554b ZPO),<sup>31</sup> povodom određivanja kako se konkretno zaposijeda sudsko tijelo<sup>32</sup> i povodom pravne zaštite pred stručnim sudovima kod kršenja čl. 103 st. 1 Ustava u zadnoj instanci.<sup>33</sup> Osim toga u Plenum se odlučuje o izbornom prijedlogu pri odugovlačenju za izbor jednog sudije na Saveznom Ustavnom sudu (§ 7a II BVerfGG) kao i o opozivu sudije Saveznog ustavnog suda (§ 105 II BVerfGG).

Na sjednici Plenuma od 15. novembra 1993. godine je odlučeno<sup>34</sup> da je Drugi senat, neovisno o odredbi § 14 BVerfGG, nadležan za *postupak kontrole normi* i za *individualnu ustavnu tužbu* u područjima prava na azil, zatim u pogledu Zakona za strance i internacionalne pravne pomoći u krivičnopravnim sporovima, u pravu državljanstva, u području javnih službi veznih za vjerske zajednice čije je pravo nadograđeno na pravo javnih službi uključujući disciplinsko pravo, u pogledu prava vojne i rezervne službe, u slučajevima krivičnog prava i krivičnog procesnog prava u kojima se postavlja pitanje tumačenja čl. 5 ili čl. 8 Ustava, u području pritvaranja ili određivanja pritvornih mjera, u području prekršajnih novčanih kazni kao i u području poreza na prihod zajedno sa crkvenim porezom.

U ostalim *postupcima kontrole normi* i *individualne ustavne tužbe* je nadležanost

<sup>27</sup> Propis glasi: „(1) Prvi Senat Saveznog ustavnog suda je nadležan za postupke kontrole normi (§ 13 br. 6 i 11), u kojima se pretežno provjerava nespojivost jednog propisa sa osnovnim pravima ili pravima iz članova 33, 101, 103 i 104 Ustava kao i ustavne tužbe s izuzetkom ustavnih tužbi prema § 91 i ustavne tužbe iz područja izbornog prava. (2) Drugi Senat Saveznog ustavnog suda je nadležan u slučajevima iz § 13 br. 1 do 5, 6 do 9, 12 i 14, dalje, za postupak kontrole normi i ustavne tužbe koje nisu dodijeljene prvom senatu. (3) U slučajevima iz § 13 br. 10 i 13 određuje se nadležnost Senata prema pravilu stavova 1 i 2. (4) Plenum Saveznog ustavnog suda može nezavisno od stavova 1 do 3, sa dejstvom od početka sljedeće poslovne godine odrediti, nadležnosti Senata ako je to postalo neophodno zbog opterećenosti jednog Senata koja nije privremenog karaktera. Takvo reguliranje važi, također, za pridodane postupke kod kojih još nije došlo do usmene rasprave ili vijećanja. Odluka će se objaviti u Saveznom službenom listu. (5) Ako je nejasno koji je Senat nadležan za jedan postupak o tome će odlučivati komisija koja se sastoji od predsjednika, podpredsjednika i četiri sudije od kojih će po dvojica za trajanje poslovne godine birati svaki Senat. Kod jednakih glasova je odlučujući glas predsjedavajućeg.“ Detaljno G. Ulsamer, u: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 14, randnr. 1 i dalje.

<sup>28</sup> BVerfGE 4, 27, 28; 77, 84, 104; 96, 375, 404.

<sup>29</sup> BVerfGE 4, 27, 28.

<sup>30</sup> BVerfGE 4, 27.

<sup>31</sup> BVerfGE 54, 277.

<sup>32</sup> BVerfGE 95, 322.

<sup>33</sup> BVerfGE 107, 395.

<sup>34</sup> Usp. Ulsamer, u u: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 14, randnr. 17.

Drugog senata određena za slučajeve u kojima je bitno tumačenje i primjena međunarodnog prava ili primarnog prava EZ kao i u onim slučajevima u kojim se ne postavljaju samo pitanja tumačenja i primjene članova 1 do 17, 19, 101 stav 1 i 103 stav 1 Ustava u vezi sa principom pravne države. Konačno, ovaj Senat je prema spomenutoj odluci nadležan za individualne ustavne tužbe iz područja civilnog pravosuđa, s izuzetkom porodičnog i nasljednog prava i to za sve slučajeve u kojima početno ime tužitelja počinje slovima L do Z njemačke abecede, a u kojima pretežu pitanja povrede prava iz članova 101 stav 1 ili 103 stav 1 Ustava.

3. Konačno, Senat obrazuje za jednu poslovnu godinu više *vijeća* (do sada su obrazovana po tri vijeća za svaki Senat).<sup>35</sup> Vijeća se sastoje od po 3 sudije po Senatu (§ 15 BVerfGG) i predstavljaju samostalno sudsko tijelo.<sup>36</sup> Njihov primarni zadatak je rasterećenje rada suda:<sup>37</sup> u prethodnom postupku odlučuju o prihvatanju ustavnih tužbi (§§ 93 a-d BVerfGG). U određenim slučajevima mogu donijeti i odluku o individualnoj ustavnoj tužbi (§ 93 c st. 1 stav 1 BVerfGG).

## V. Izbor i pravni položaj sudija

1. Ustav u čl. 94 st. 1 rečenica 2 propisuje da polovinu sudija Saveznog ustavnog suda mora izabrati Savezno vijeće, a polovinu Vijeće zemalja. Takav izborni model izlazi u susret federalnom ustrojstvu Savezne Republike Njemačke. Zajedničkim radom Saveznog vijeća i Vijeća zemalja se u skladu sa „federalnim paritetom“<sup>38</sup> mora osigurati da će se politički odnosi, uspostavljeni prema pravilima proceduralne demokratije, na jednak način uzeti u obzir i na nivou države i na nivou saveznih zemalja: svaki izabrani sudija mora biti dvostruko legitimiran. Tako su sudije nakon izbora jednom legitimirani federalno-demokratski, drugi put parlamentarno-demokratski. Razliku u izboru konstituiraju izborni organi: dok Vijeće saveznih zemalja bira neposredno (§ 7 BVerfGG), Savezno vijeće ih bira posredno, putem proporcionalnog izbora 12-člane Izborne komisije, koja sa svoje strane bira sudije (§ 6 BVerfGG). Sudije se svaki put biraju kao članovi određenog Senata; predsjednika i potpredsjednika određuju Savezno vijeće i Vijeće zemalja naizmjenično.

2. U praksi se izbor sudija Saveznog ustavnog suda odvija u internim komisijama u koje ulaze članovi političkih frakcija velikih političkih partija iz Saveznog vijeća i jedne ad-hoc-komisije koju obrazuju ministri pravosuđa saveznih zemalja. Ovakav postupak značajan dio literature smatra neustavnim,<sup>39</sup> jer Ustav na različitim mjestima

<sup>35</sup> Usp. *Voßkuhle*, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 93, randnr. 22.

<sup>36</sup> *Ulsamer*, u: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 15 a, randnr. 5 i dalje.

<sup>37</sup> „Zatranost postupcima“ predstavlja konstantnu opasnost za funkcionalnost Saveznog ustavnog suda (usp. navode kod *Voßkuhle*, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 94, randnr. 45). Prema statistici Saveznog ustavnog suda je broj zahtjeva do 1975. bio relativno konstantan (oko 1500 zahtjeva godišnje), da bi se zadnjih godina podigao na oko 5000 po godini pri čemu 97% otpada na individualne ustavne tužbe, broj predmeta se u 2008. godini popeo na 6378 (naovodi prema godišnjoj statistici Saveznog ustavnog suda, pregled na internet portalu BVerfG pod <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2008/A-I-2.htm>, očitano 07.05.2009).

<sup>38</sup> *K. A. Betermann*, Opposition und Verfassungsrichterwahl u: *Festschrift für Zweigert*, 1981, s. 723, 726.

<sup>39</sup> *Npr. Pieroth* u: *Jarass/Pieroth*, čl. 94, randnr. 1; *J. Pietzcker/D. Pallasch*, *Verfassungswidrige Bundesverfas-*

diferencira između Saveznog vijeća i komisija (npr. čl. 42 st. 3; 42 st. 1 i 2, 46, st. 1 Ustava). Tako bi se iz čl. 94 st. 1 rečenica 2 Ustava moralo zaključiti da upravo članovi parlamenta u plenumu trebaju birati sudije. Prenošenje parlamentarnih kompetencije, prema ovom shvatanju, na njegove dijelove je u suprotnosti sa značenjem spomenutih propisa kao i sa zahtjevima koji slijede iz „demokratske legitimacije koja odgovara njenoj funkciji”.<sup>40</sup> Tako se ne sužavaju jedino mogućnosti utjecaja pojedinih poslanika koji mogu odlučivati samo o listi članova komisije koju predlaže jedna frakcija, nego se uklanja i svaki oblik transparentnosti izbora.<sup>41</sup> Međutim, Savezni ustavni sud polazi, kao i vladajuće mišljenje u dogmatici, od ustavnosti ovakvog izbora. Ovdje je normativna snaga prakse koja se već desetljećima primijenjuje zadobila karakter prava; ujedno je primjetna susdržanost oko otvaranja javne debate o ovom pitanju.<sup>42</sup>

U oba tijela – u Izornoj komisiji Saveznog vijeća i u Vijeću saveznih zemalja je za izbor potrebna dvotrećinska većina. Ovim se hoće spriječiti da vladajuća politička koalicija u Saveznom vijeću ili u Vijeću saveznih zemalja jednostrano donose odluku o izboru sudija. Cilj je da svaki put „velika opozicija” zadobije status „važnog sugovornika”. Tako bi se trebala osigurati neutralnost sudija Saveznog ustavnog suda budući da bi izborni modus običnom većinom bio ustavnopolitički sumnjiv.<sup>43</sup>

3. Realnost izbornog postupka, međutim, nije tačno opisana izbornim procedurama. Izbor, zapravo odlučuju politički faktori i politički dogovori. Centralna osobina izbornog postupka je partijskopolićka proporcija: sudska mjesta se dijele po paritetnom principu, svaki put između dvije velike političke partije CDU/CSU s jedne i SDP s druge strane, pri čemu se rješenje koje je godinama prakticirano za FDP, danas primijenjuje i na Bündnis 90/Grünen.<sup>44</sup> U tom se smislu još uvijek kao relevantna spominje razlika između „crvenog” Prvog senata i „crnog” Drugog senata. Kada se oslobodi jedno sudska mjesto onda jedna ili druga politička partija ima pravo na prezentaciju – svaki put s obzirom na činjenicu čije je mjesto slobodno. Prijedlog političke partije kojoj mjesto pripada u pravilu biva prihvaćen. Na osnovu ovakvog izbornog modela sud je, sve u svemu, „zaposjednut” osobama koje pripadaju određenoj političkoj partiji ili su joj „politićki bliske”.<sup>45</sup> Prema pravilu koje vrijedi od 1976. godine CDU/CSU na jednoj, i SPD na drugoj strani, imaju pravo u svakom od Senata predlože po četiri sudije. Tri od četiri mjesta se popunjavaju svaki put

sungsrichterwahl?, JuS 1995, 511, 512 i dalje; S. U. Pieper, Verfassungsrichterwahlen, 1998, s. 29 i dalje.

<sup>40</sup> Voßkuhle, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 94, randnr. 10 sa daljim uputama.

<sup>41</sup> Usp. Voßkuhle, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 94, randnr. 10; Pietzcker/Palasz (fn. 34), 511, 514 sa daljim napomenama.

<sup>42</sup> Usp. Schlaich/Korioth, randnr. 42; J. Isensee, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, JZ 1996, s. 1085, 1092, Voßkuhle, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 94, randnr. 10.

<sup>43</sup> Tako npr. Sturm, u: Sachs, Art. 94 rdnr. 4; Voßkuhle, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 94, randnr. 9.

<sup>44</sup> Detaljnije u: Kischel (fn. 11), randnr. 21 i dalje.

<sup>45</sup> Detaljnije K. W. Geck, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, 1986; isti, Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, HStR II, 1987, str. 697 i dalje.

sa partijskim čovjekom, četvrto mjesto puni neutralni sudija. U internopolitičkim sporazumima velike političke partije ustupaju po jedno mjesto manjim partijama (FDP, Bündnis 90/Grünen). Riječ je, dakle, o partijsko-političkim dogovorima; oni su poznati, ali nikada nisu formalno ugovoreni ili protokolirani.<sup>46</sup>

Političkim partijama se, međutim, ne može pripisati bitna uloga u radu sudija. U dosadašnjoj praksi su u pravilu birani visoko kvalificirani kandidati koji su kao sudije mogli obezbjediti javno prihvatanje presuda Saveznog ustavnog suda. Do danas je to, uz manje iznimke za područje slobode vjeroispovijesti, bilo pravilo. Da bi se osigurala politička neutralnost i sudska nezavisnost čl. 94 st. 1 rečenica 3 Ustava određuje da članovi saveznog ustavnog suda ne smiju pripadati Saveznom vijeću, Vijeću saveznih zemalja, Saveznoj vladi kao ni odgovarajućim organima jedne savezne zemlje. Propis konkretizira načelo podjele vlasti (koje je upravo uobličeno u čl. 92 i 97 Ustava).

4. Trojica sudija svakog senata moraju biti izabrani iz reda sudija najviših saveznih sudova (Saveznog upravnog suda, Saveznog vrhovnog suda itd.). Time je zajamčeno prenošenje sudijskog iskustva, ali i personalna veza između Ustavnog i ostalih vrhovnih sudova.

Personalne pretpostavke za izbor u zvanje sudije Saveznog ustavnog suda su određene zakonom (§ 3 BVerfGG): kandidati moraju biti stariji od 40 godina, čime su dostigli starost koja im obezbjeđuje mogućnost izbora u Savezno vijeće kako to predviđa § 15 Saveznog izbornog zakona (*Bundeswahlgesetz* – BWahlG). Osim toga, kandidati moraju posjedovati sposobnosti za izbor u sudsku službu prema pravilima Zakona o sudijama (*Deutsches Richtergesetz* – DRiG), a to su položena oba državna ispita (§ 5 DRiG). Ova činjenice razlikuje Savezni ustavni sud od ustavnih sudova u saveznim zemljama. Naime Savezni ustavni sud je čist pravnički sud dok su u zemaljskim sudovima angažirani i laici.<sup>47</sup>

Sudije Saveznog Ustavnog suda su zaposleni pri sudu i to im je jedino zanimanje; samo univerzitetski profesori smiju dodatno obavljati univerzitetsku djelatnost.<sup>48</sup> Ovakva zabrana stoji u funkciji osiguranja radne sposobnosti suda i njegovog javnog ugleda.<sup>49</sup> Sudije se biraju na period od 12 godina, najduže, međutim, do dostizanja starosne granice koja je fiksirana na napunjenih 68 godina starosti (§ 4 BVerfGG). Ponovni izbor je zbog osiguranja nezavisnosti isključen. Prema mišljenju njemačkih

<sup>46</sup> Usp. *Kischel* (fn. 11), randnr. 22.

<sup>47</sup> Tako npr. „Staatsgerichtshof“ („Državno sudište“) u Baden-Württembergu zaposjedaju trojica profesionalnih sudija i trojica laika koji ne smiju biti obrazovani pravnici.

<sup>48</sup> Ova djelatnost mora stojati u drugom planu u odnosu na djelatnost sudije (§ 3 st. 4 rečenica 2 BVerfGG). sto važi i za sporedne djelatnosti (umjetnik, pisac, izdavač, znanstvenik) koje su odobrene i za njih nije potrebno pribavljanje odobrenja (usp. Voßkuhle, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 94, randnr. 16; Meyer, u: v. Münch/Kunig III, Art. 94, randnr. 15). Kod obavljanja sporednih djelatnosti se zahtijeva izuzetna suzdržanost kako se ne bi dovelo u pitanje povjerenje u nezavisnost i nepristrasnost sudija (usp. BVerfGE 20, 1, 5; 20, 9, 14; Kischel, fn. 11, randnr. 84).

<sup>49</sup> Usp. Geck (fn 44), randnr. 25.



pravnik, rok od 12 godina jamči kontinuiran rad i sprečava „okamenjivanje“ u funkciji sudije Ustavnog suda.<sup>50</sup>

## VI. Nadležnosti Ustavnog suda

1. Kompleks nadležnosti razlikuje Savezni ustavni od upravnih i civilnih sudova. Razliku zasniva princip enumeracije.<sup>51</sup> Dok je nadležnost upravnih i civilnih sudova određena opštim klauzulama – oni, naime, odlučuju ili o *svim* javnopravnim sporovima koji nisu ustavnopravnog karaktera (upravni, § 40 VwGO) ili, o *svim* građanskopravnim sporovima (civilni, § 13 GVG) – Savezni Ustavni sud je nadležan samo za pojedinačno (enumerativno) regulirane slučajeve. Takve slučajeve u prvom redu karakteriziraju procesnopravne pretpostavke koje moraju biti ispunjene kako bi slučaj došao pred Savezni ustavni sud. Tako npr. apstraktnu kontrolu normi mogu pokrenuti samo tačno određeni organi: Savezna vlada, vlada jedne od saveznih zemalja, članovi Saveznog vijeća.

Princip enumeracije, ipak, ne ograničava bitno nadležnost Ustavnog suda, tako da praktično ne postoji ni jedan ustavni spor koji bi unaprijed bio izuzet iz moguće nadležnosti Saveznog Ustavnog suda.

Zakon o Saveznom Ustavnom sudu sadrži najbitnije propise o postupcima, ali ne i zaokruženu kodifikaciju postupaka pred Saveznim Ustavnim sudom. Ne postoji, također, ni generalna uputa na ostale procesnopravne propise. Zakonodavac je Ustavnom sudu sasvim svjesno ostavio širok prostor odlučivanja o pojedinačnim procesnopravnim premisama. Ustavni sud se u tom smislu definirao „gospodarom svoga postupka“.<sup>52</sup> No, dogmatika državnog prava smatra da je i Ustavni sud vezan za zakonom propisano postupanje.<sup>53</sup> Naime, tipične odredbe sudskog postupka vrijede i za sudstvo Saveznog ustavnog suda. Čak i ako se pristane na kvalifikaciju Ustavnog suda kao „gospodara svoga postupka“, ili na opis njegovog postupka kao „autonomije u postupanju“ ili kao „samostalnost ustavnog procesa“, uočava se da je ovakva autonomija ograničena opštim načelima koja vrijede za sve sudske postupke.

2. Unatoč enumeraciji nije jednostavno sistematizirati najrazličitije kompetencije Saveznog ustavnog suda. Najprije se mora utvrditi da ne postoji ni jedna nadležnost koja bar posredno nema vezu sa ustavom. Zatim, da Ustav uspostavlja Savezni ustavni sud i „specijalni sud“ za ustavna pitanja. Iz toga slijedi da se i pored nepotpunosti svake sistematizacije ustavnih nadležnosti može raspoznati šest glavnih grupa: (1) *federalni* sporovi između savezne države i saveznih zemalja kao i između pojedinih zemalja, (2) postupak povodom *spora organa* na saveznoj razini i na razini saveznih zemalja; (3) postupak *provjere normi* u formi apstraktni i konkretne

<sup>50</sup> Maurer, randnr. 19.

<sup>51</sup> O uzajamnoj vezi principa enumeracije i principa pravne države usp. W. Löwe, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, u: HStR III (2005), §70, S. 1285 i dalje, randnr. 3.

<sup>52</sup> BVerfGE 13, 54, 94; 36, 342, 357; 60, 175, 213).

<sup>53</sup> Usp. Pieroth, u: Jarass/Pieroth, Art. 93 randnr. 2, Art. 94, randnr. 2.

kontrole normi, (4) individualna *ustavna tužba*, (5) *specijalni postupci* zaštite ustava u koje spada postupak povodom gubitka osnovnih prava (čl. 18 Ustava), zabrana političkih partija (čl. 21 st. 2 Ustava) i postupak podizanja optužnice (čl. 61, 98 st. 2 i 5 Ustava) i (5) postupak za *provjeru izbora*.<sup>54</sup> U praksi je „najznačajnija“, bar u pogledu broja predmeta, individualna ustavna tužba, slijede postupci za provjeru normi, sporovi državnih organa, a zatim federalni sporovi.

3. Za sve navedene postupke važe kao karakteristična mjesta sljedeći elementi:

- *Zahtjev*: Ustavni sud može – kao i svaki sud – djelovati samo ako postoji zahtjev stranke („tužilac“/„žalilac“/„apelant“). Konkretno pretpostavke su regulirane u § 23 BVerfGG – neophodna je pismena forma uz obrazloženje sa navodima o dokazima. Ovdje ne postoji prinuda u pogledu angažmana advokata, jedino u fazi usmenih rasprava stranke moraju zastupati ili advokati ili univerzitetski profesori (§ 22 BVerfGG). Povlačenje zahtjeva je moguće, no ono ne obavezuje sud – postupak može biti nastavljen ako je to u javnom interesu.<sup>55</sup>

- *Odvijanje postupka*: Ustavni sud odlučuje na osnovu usmene rasprave (§ 25 BVerfGG); od nje može i odustati uz saglasnost učesnika postupka. Od 16. jula 1998. (uvođenjem § 17a BVerfGG) su dopušteni tonski i video snimci kao i radio i tv snimanja rasprava.

- *Sposobnost odlučivanja*: Ustavni sud može donositi odluke ako je sjednici Senata prisutno najmanje 6 od 8 članova (§ 15 stav 2, 1. rečenica BVerfGG).<sup>56</sup> Zanimljivo je da odluke mogu donositi 6 ili 7 sudija, budući da ista mogućnost nije predviđena za ostale sudove – u ostalim sudskim tijelima je neophodno prisustvo svih članova, a sudska tijela zaposjeda neparan broj sudija.<sup>57</sup> Zastupanje sudija koji iz opravdanih razloga ne mogu prisustvovati sjedinici Senata u pravilu nije dopušteno. Samo u slučajevima u kojima sud „u hitnom postupku nije u stanju odlučivati“ može jedan ili više članova Drugog senata biti pridružen Senatu koji je blokiran – koji će od sudija biti preuzet odlučuje se u postupku izvlačenja loza (§ 15 stav 2, 2. rečenica BVerfGG). Senat u pravilu odlučuje običnom većinom prisutnih sudija. Kada je sjednici Senata prisutan paran broj sudija može doći do ravnoteže glasova – „pat odluka“. Pat pozicija – i to je specifičnost Saveznog Ustavnog suda – ne vodi kršenju Ustava ili kršenju saveznog prava (§ 15 stav 3, 3. rečenica BVerfGG). To u praksi znači da

<sup>54</sup> U dogmatici postoji saglasnost da ove grupe postupaka obrazuju centralne nadležnosti Saveznog ustavnog suda (usp. umjesto mnogih Voßkuhle, u: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 93, randnr. 93.

<sup>55</sup> Usp. npr. donošenje odluke unatoč povlačenju zahtjeva: BVerfGE 1, 396, 414 i dalje (apstrakta kontrola normi); BVerfGE 24, 299, 300 (postupak povodom spora organa) i BVerfGE 98, 218, 242 i dalje (individualna ustavna tužba).

<sup>56</sup> Moguće je da sudija bude isključen jer je osobno ili profesionalno već bio involviran u isti predmet (§ 18 BVerfGG) ili ako sudija smatra da je na neki način vezan za predmet ili je njegovo učešće odbijeno iz istog razloga (§ 19 BVerfGG). Detaljnije sa konkretnim primjerima A. Schmitz/E. Steiner, Die Richterablehnung im verfassungsrechtlichen Normenkontrollverfahren, VerwArch 91 (2000), s. 453 i dalje. Iz sudske prakse BVerfGE 73, 40, 85; 82, 30.

<sup>57</sup> O različitim problematičnim konstelacijama kod Maurer, § 20, randnr. 25 i dalje.

će zahtjev o kojem se raspravlja pred Sudom u slučaju pat pozicije biti odbijen kao neutemeljen.<sup>58</sup>

- *Odluka*: Sud odlučuje presudom (*Urteil*) ili rješenjem (*Beschluss*), zavisno od toga da li je provedena usmena rasprava (§ 25 stav 2 BVerfGG). Stvarne (materijalne) razlike ne postoje.

- *A-limine odbacivanje*: Zahtjevi koji su nedopušteni ili su očigledno neutemeljeni mogu jednoglasnom odlukom senata biti odbačeni (tzv. a-limine odbacivanje – odbacivanje na pragu suda prema § 24 BVerfGG). Ovaj postupak Sud bira i onda kada je pitanje dopustivosti zahtjeva nejasno ili prekomplikirano, ali se može zaobići zato što je zahtjev očigledno neutemeljen.<sup>59</sup>

- *Izdvojeni glas*: Ako jedan ili više sudija zastupaju izdvojena mišljenja u postupku savjetovanja o konkretnom zahtjevu, i to u pogledu konačne odluke ili u pogledu obrazloženja odluke, onda takvo mišljenje može biti iznešeno u tzv. izdvojenom glasu (*Sondervotum*). Takav glas se priključuje odluci Senata koju moraju potpisati sve sudije i objavljuje se zajedno sa dotičnom odlukom u tzv. Službenim zbirka odluka Saveznog Ustavnog Suda (BVerfGE – *Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen*). U novije vrijeme se sve češće primijenjuje model po kojem se u samoj odluci Saveznog ustavnog suda navode različita mišljenja sudija. To posebno vrijedi za konstelaciju u kojoj su se etablirale suprotstavljene pozicije, dakle, kada se ne može u pogledu definitivne odluke institucionalizirati manjisko mišljenje. Ustavni sud u takvim slučajevima govori o shvatanju „sudija koji nose odluku“ i shvatanju sudija „koji ne nose odluku“.<sup>60</sup>

- *Učinak*: Odluke Saveznog Ustavnog suda su obavezne za sve državne organe (ustavne organe, državne službe, sudove itd).<sup>61</sup> U formalnom smislu one stvaraju obavezne samo za konretn slučaj (*inter partes*). Pravno mišljenje Saveznog ustavnog suda ne obavezuje svojim sadržajem ostale sudove, jer odluke nemaju snagu zakona. Međutim, u sudskoj praksi mišljenje Sveznog ustavnog suda predstavlja smjernicu za niže sudske instance koje se u pravilu poštuju i integriraju u konkretne presude. Specifičan efekt ostvaruju odluke povodom kontrole normi; one, imaju snagu zakona<sup>62</sup> (§ 31 BVerfGG st. 2); budući da odlučuju o ništavosti ili važenju jednog zakononskog akta on djeluju na svakog (*inter omnes*).

- *Izvršenje*: Pod njim se podrazumijeva realizacija odluke (§ 35 BVerfGG) u slučaju da njen adresat nije sposoban ili nije voljan da izvrši obaveze određene sudskom

<sup>58</sup> U literaturi se zastupa mišljenje (manjisko) da jednak broj glasova za i protiv nije u skladu sa č. 92 i 97 Ustava, usp. *G. Barbey*, Der Status des Richters, u: HStR III (1988), § 74, s. 815 i dalje, randnr. 58

<sup>59</sup> Usp. tzv Euro-odluku BVerfGE 97, 350, 368.

<sup>60</sup> Usp. BVerfGE 95, 335, 367 i dalje („Überhangsmandate“).

<sup>61</sup> Usp. *Schlaich/Korioth*, randnr. 485 i dalje.

<sup>62</sup> Odluka ne stupa na mjesto zakona i ne prevodi Savezni ustavni sud u zakonodavca, nego utvrđje da je dluka o ništavosti jednog zakon opšteobavezna kao i zakon sam.

odlukom.<sup>63</sup> Pitanje je, zapravo, *ko, koji organ* mora izvršavati odluke, jer Ustavni sud ne posjeduje sopstvenu egzekutivu. Ustavni sud ovdje pribjegava fikciji da je on „gospodar izvršenja“ i da posjeduje „potpunu slobodu“ da svaki put dostigne cilj odluke „na najpogodniji, najbrži, najjednostavniji i najefikasniji način“<sup>64</sup>. U tom smislu dogmatika posmatra Savezni ustavni sud kao „gospodara postupka“. Specifičnost ove pozicije se pokazuje u slučaju proglašenja ništavosti jednog zakona, budući da u tom slučaju Sud prema § 35 BVerfGG donosi prelazni propis. Ovdje Savezni ustavni sud agira kao „rezervni zakonodavac“ ili kao „zakonodavac za nuždu“.<sup>65</sup>

## VII. Postupci pred Ustavnim sudom

U nastavku će najprije biti kratko prikazan postupci pred saveznim ustavnim sudom, samo je *individualnoj ustavnoj tužbi* posvećeno posebno poglavlje budući da se njen značaj<sup>66</sup> u praksi Saveznog ustavnog suda ističe sopstvenom svrhom i brojem predmeta.

1. *Spor organa*: Postupak povodom sukoba ili spora organa (*Organstreitverfahren*), nazvan kratko „organski postupak“ (čl. 93 stav 1 br.1 Ustava) se odnosi na međusobne sporove ustavnih organa savezne države ili na sporove unutar saveznih ustavnih organa povodom obima i vrste njihovih prava i obaveza.<sup>67</sup> Ovaj postupak nalazi svoj *ratio* u principu podjele vlasti i u *osiguranju* prava političke manjine. On, naime, opoziciji daje mogućnost da u sudskom postupku zaštiti svoje interese ili interese organa u kojima ona, kao politička manjina, participira pri vršenju državne vlasti. To je postupak koji, sve u svemu, karakteriziraju dvije bitne osobine: učesnici postupka i predmet postupka. Učesnici moraju biti *ustavni organi*, a postupak se mora odnositi na *tumačenje i primjenu* ustavnih propisa.

2. *Federativni sporovi*: Kao federativni fungiraju sporovi koji se vode povodom ustavom propisanih prava i obaveza u području svih pitanja iz regulativnog kompleksa savezne državnosti. Radi se zapravo o sporovima između savezne države i saveznih

<sup>63</sup> U procesnom pravu se misli na prinudno izvršenje i provođenje jedne odluke.

<sup>64</sup> BVerfGE 6, 300, 304.

<sup>65</sup> Usp.: *H.-P. Schneider*, Die Vollstreckungskompetenz nach § 25 BVerfGG – Ein Notverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts?, NJW 1994, s. 2590 i dalje; Maurer, § 20, randnr. 34; usp. BVerfGE 39, 1, 2 i dalje, 68 (Schwangerschaftsabbruch I/prekid trudnoće I); 88, 203, 209 i dalje (Schwangerschaftsabbruch II/prekid trudnoće II)

<sup>66</sup> „Unatoč, na prvi pogled, niskom procentu uspjehnosti, unatoč visokom opterećenju radnih kapaciteta suda, ona ostaje ipak noseći kamen sistema pravne zaštite“ (*Sturm*, Art. 93, randnr. 80); isto *E. Benda/E. Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. izdanje, 2001, randnr. 358).

<sup>67</sup> U obzir dolazi npr. spor između Saveznog vijeća i Savezne vlade o obimu prava Saveznog vijeća u pogledu nadležnosti za potpisivanje međunarodnih ugovora iz člana 59 stav 2 Ustava, ili npr. sukob između poslanika u parlamentu i Predsjednika SR Njemačke o parlamentarnom pravu na govor iz čl. 38 stav 1, 2. rečenica Ustava (BVerfGE 10, 4); moguće je također da dijelovi državnih organa dospiju u suprotstavljenu poziciju – parlamentarna frakcija može se postaviti kao zaštitnik parlamentarnih prava u odnosu na Saveznu vladu (tako npr. BVerfGE 45, 1). Iz dosadašnje prakse se vidi da je bilo malo ovakvih sporova, ali da su u ovom postupku donešene odluke od dalekosežnog političkog značaja npr. financiranje političkih partija (BVerfGE 24, 300; 85, 264), o javnosti rada Savezne vlade u izbornoj kampanji (BVerfGE 44, 125), o ovlaštenjima za nuždu saveznog ministra finansija (BVerfGE 45, 1), o prijevremenom raspuštanju Saveznog vijeća (BVerfGE 62, 1), o pravnom položaju frakcija i grupa (BVerfGE 84, 304; 96 264); usp. kod Maurer, § 20, randnr 41 s daljim napomenama.

zemalja (čl. 93 st. 1 br. 3 Ustava) i međusobnim sporovima između saveznih zemalja (čl. 93 stav 1 br. 4, 2. alternativna Ustava). I ovdje je riječ – kao i u sporu između organa – o kontradiktornom postupku u kojem na jednoj strani stoji podnositelj zahtjeva („tužitelj“), a na drugoj osporavatelj zahtjeva („branilac“). U područje federalnih sporova ulaze također interni sporovi u saveznom zemljama. Budući da sve savezne zemlje posjeduju vlastito ustavno sudstvo<sup>68</sup> koje rješava sporove između zemaljskih organa, subsidiarna nadležnost Saveznog ustavnog suda dolazi u obzir jedino ako bi se zbog ovlaštenih pokretača postupka isključila nadležnost zemaljskih ustavnih sudova.<sup>69</sup>

3. *Kontrola normi*: Misli se na ispitivanje usklađenosti jedne pravne norme sa normama višeg ranga. Normativna kontrola je vezana za rang normativnog izvora koji sve pravne propise stavlja u hijerarhiziran sistem uzajamno usklađenih pravnih iskaza. Normativni rang određuje da, u slučaju međusobne kolizije propisa, pravna norma višeg normativnog ranga posedue primat u odnosu na pravnu normu nižeg normativnog ranga. Iz ovakvog, opštepostavljenog pravila se izvode dva tipa pitanja, *materijalnopravni* i *formalnopravni* tip. U materijalnopravnom smislu je problematično da li u konkretnom slučaju dvije norme uopšte međusobno kolidiraju, naime, da li je jedan formalni zakon skupom svojih iskaza („materijom“) usklađen sa iskazima i vrijednosno zaštićenim sistemom („materijom“) Ustava. U formalnopravnom smislu se postavlja pitanje, ko i u kojem postupku može odlučivati o mogućim normativnim kolizijama, ko npr. smije odlučiti da li je jedan zakon u skladu sa Ustavom. Drugi tip pitanja cilja na problem kontrole normi. Takva kontrola se može odnositi na sve normativne nivoe: na pitanje spojivosti jednog zakona s Ustavom, na pitanje spojivosti neke uredbe sa zakonima i Ustavom, na pitanje spojivosti nekog statuta sa pravnim uredbama, sa zakonima i Ustavom, na pitanje spojivosti neke smjernice koja se donosi na nivou saveznih zemalja ili zemaljskog prava sa saveznom pravom i konačno na pitanje spojivosti zemaljskog i saveznog prava sa pravom EZ-a.

S obzirom na povod normativne kontrole razlikuje se *apstraktna* i *konkretna* kontrola normi.<sup>70</sup>

(a) *Apstraktna kontrola normi* (čl. 93 stav 1 br. 2 Ustava; § 13 Br. 6, §§ 76 i dalje BVerfGG) ne stoji u vezi sa konkretnim pravnim sporom. Ona je neovisna o konkretnom slučaju i služi općenitom razjašnjenju pitanja vezanih za ustavnost

<sup>68</sup> Izuzetak je Schleswig-Holstein, savezna zemlja koja je spostvenim ustavom prema čl. 99 saveznog Ustava uputila na nadležnost Saveznog ustavnog suda.

<sup>69</sup> To je slučaj kada zemaljsko pravo isključuje poslanike u zemaljskim parlamentima kao pokretače postupka ili ih u tome ograničava – oni se u takvom slučaju mogu obratiti Saveznom ustavnom sudu. Usp. npr. BVerfGE 60, 319, 323 (za Bremen); 93, 195, 202 i dalje (za Hamburg); 102, 224, 231 i dalje (za Thüringen)-

<sup>70</sup> Osim ove – najrasprostranjenije tipizacije – dogmatika razlikuje i između koncentrirane i difuzne kontrole normi (s obzrom na broj sudova koji su ovlašteni da kontroliraju i odbacuju norme), između specijalne i integrirane kontrole normi (s obzirom na tip suda koji je ovlašten da kontrolira norme, ustavni ili neki drugi vrhovni sud) i između principalne i incidentne kontrole normi (s obzirom na predmet spora – da li se ispituje samo predmetni propis ili se povodom nekog drugog spora mora „incidentno“ provjeriti i neka norma), detaljnije o sistematizaciji sa daljim uputama Maurer, § 20, randnr. 69 i dalje.

nekoj zakonu.<sup>71</sup> Zahtjev za provođenje apstraktne kontrole normi mogu podnijeti Savezna Vlada, vlada jedne savezne zemlje ili trećina članova Saveznog vijeća. Ostali organi (npr. Predsjednik države ili Vijeće zemalja) kao i djelovi Saveznog vijeća (npr. frakcije, komisije ili pojedini poslanici) nemaju pravo podnijeti zahtjev za apstraktnu kontrolu normi. U okviru ovog postupka mogu načelno biti provjeravani svi pravni propisi: formalni zakoni, uredbe i statuti, kako zemaljskog tako i saveznog nivoa – jedini uslov je da su norme proglašene, a da još nisu stupile na snagu.<sup>72</sup> Savezno pravo se provjerava s obzirom na usklađenost sa saveznim ustavom, a zemaljsko pravo osim usklađenosti za zemaljskim ustavom može biti provjeravano i s obzirom na savezni Ustav. Podnosilac zahtjeva ne mora u postupku utuživati povredu vlastitih prava ili imati pravni interes – dovoljno je da postoji interes za razjašnjenjem.<sup>73</sup>

(b) Suprotno apstraktnoj, *konkretna* kontrola normi (čl. 100 stav 1 Ustava; § 13 br. 11, §§ 80-82 BVerfGG) slijedi konkretan povod i počiva na premisi sudskog prava na provjeru normi koje je ranije, bar u pravnoj znanosti, bila sporna.<sup>74</sup> Cilj postupka je da se onemogućavanje stručnih sudova da se postavljaju iznad volje zemaljskog ili državnog zakonodavca.<sup>75</sup> Postupak se pokreće povodom konkretnog pravnog spora u kojem mora biti razjašnjeno pitanje da li je zakon na osnovu kojeg se mora donijeti konkretna presuda u saglasnosti sa Ustavom. Riječ je, dakle, o objektivnom međupostupku u kojem konačnu odluku donosi Savezni ustavni sud.<sup>76</sup> Postupak pred sudom koj je pokrenuo konkretnu kontrolu normi biti će nastavljen i okončan pod pretpostavkom uvažavanja odluke Saveznog ustavnog suda. Prema članu 100 stav 1, 1. alternativa Ustava je stručni sud dužan Saveznom ustavnom sudu postaviti pitanje ustavnosti zakona koji je relevantan za donošenje presude, a u čiju ustavnost ili valjanost on sumnja. Postupak se u takvom slučaju obustavlja do dobijanja odluke Saveznog ustavnog suda. Ovdje su moguće slijedeće konstelacije:

- nadležni sud smatra jedan zakon neustavnim zbog toga što krši Ustav (čl. 100, stav 1, 2. alternativa);
- nadležni sud smatra zakon jedne savezne zemlje, uključiv i njen ustav, neustavnim zbog povrede saveznog Ustava (čl. 100 stav 1, 2. rečenica, 1. alternativa);
- nadležni sud smatra da zakon jedne savezne zemlje uključiv i njen ustav neustavan zato što krši jedan savezni zakon ili savezno pravo (čl. 100 stav 1, 2. rečenica, 2. alternativa).

Zahtjev za provođenje konkretne kontrole normi mogu podnijeti svi državni i nedržavni

<sup>71</sup> BVerfGE 79, 326 i dalje.

<sup>72</sup> BVerfGE 104, 23, 29.

<sup>73</sup> Usp. BVerfGE 52, 63, 80; 88, 203, 334; 93, 133; 100, 149, 257f.; 108, 169, 178.

<sup>74</sup> Usp. Leibholz/Rink, Art. 100, randnr. 1.

<sup>75</sup> BVerfGE 1, 184, 197; 80, 54, 58; 86, 71, 77; 90, 263, 275. Detaljnije Hillgruber/Goos, randnr. 567.

<sup>76</sup> BVerfGE 29, 325, 326 i dalje; 49, 217, 219.

sudovi.<sup>77</sup> Suspenzivni uvjet za pokretanje postupka je uvjerenje nadležnog suda da je zakon, povodom kojeg se zahtijeva odluka Saveznog ustavnog suda, neustavan<sup>78</sup> – sumnje ili nedoumice ne mogu predstavljati razlog za podnošenje zahtjeva. To znači da se nadležni sud mora detaljno pozabaviti svim mjerodavnim aspektima konkretnog spora i da pri tom mora uzeti u obzir stavove navedene u literaturi ili etablirana pravna mišljenja.<sup>79</sup> Osim toga, pitanje koje se postavlja Saveznom ustavnom sudu mora biti bitno za odluku nadležnog suda. To bi bio slučaj ako bi nadležni sud pri ustanovljavanju nevaženja (neustavnosti) pravne norme presudio drukčijeg nego kod važenja dotične norme.<sup>80</sup> Za ocjenu da li je pitanje koje se postavlja bitno za odluku nadležnog suda je načelno mjerodavno pravno shvatanje suda koji postavlja pitanje.<sup>81</sup> Ako pitanje bitnosti ovisi o ocjeni ustavnih predpitanja, ona su u punom obimu kompetencija Saveznog ustavnog suda.<sup>82</sup> Zahtjev za konkretnu kontrolu normi se podnosi po službenoj dužnosti i u ovom postupku ne postoji suprotna strana, „osporavatelj“ („protivnik zahtjeva“ – „Antragsgegner“).<sup>83</sup>

4. *Ostali postupci:* Budući da zbog ograničenog prostora ne mogu biti detaljnije predstavljeni, u nastavku će biti nabrojani uz nekoliko najbitnijih napomena.

„Komunalna ustavna tužba“ (*Kommunale Verfassungsbeschwerde*) predstavlja posebnu formu pravne zaštite opština i njihovih zajednica – one u ovom postupku mogu dokazivati da je povrijeđeno jedno od ustavnih prava koja su im zagwarantirana u kompleksu prava na samoupravu iz člana 28 Ustava. Osim elemenata subjektivne zaštite, institucija zadobija karakteristike objektivnog postupka koji služi očuvanju komunalne samouprave.

„Verifikacija normi“ je postupak koji se oslanja na član 25 Ustava koji međunarodne propise proglašava sastavnim dijelom državnog prava. Ako se u konkretnom postupku pojavi sumnja u postojanje i opšti obim obaveza međunarodnog prava, procesni sud će obustaviti postupak i pitanje podnijeti Ustavnom sudu. Ustavni sud odlučuje o verifikaciji međunarodnopravnih propisa; njegova odluka u svakom konkretnom slučaju ima snagu zakona (§ 31 stav 2 BVerfGG).

„Kvalifikacija normi“ je postupak koji se oslanja na čl. 123 i dalje Ustava koji regulira važenje normi koje su donešene prije saziva prvog Saveznog vijeća (tzv.

<sup>77</sup> BVerfGE 4, 45, 48; 7, 183, 186; 14, 263, 273; detaljnije Hillgruber/Goos, randnr. 580.

<sup>78</sup> Predmet provjere može biti tzv. post-konstitutivno pravo, dakle, zakoni koji su proglašeni tek po stupanju na snagu njemačkog Ustava (24. 5. 1949). Propisi „evropskog prava“ mogu biti predmet provjere samo ako je predmet konkretne kontrole normi zakon kojim se daje saglasnost na ugovor (BVerfGE 52, 187, 199 i dalje). Savezni ustavni sud smatra nakon Solange-II odluke (u ovoj zbirci pod br. 147) da nije dozvoljeno podnošenje sekundarnog prava EZ na provjeru po postupku konkretne kontrole normi iz čl. 100 st. 1 Ustava.

<sup>79</sup> BVerfGE 94, 315, 325.

<sup>80</sup> BVerfGE 22, 175, 176 i dalje; 84, 233, 236 i dalje; 90, 145, 166; 91, 118, 121.

<sup>81</sup> BVerfGE 2, 181, 190 i dalje; 81, 40, 49; 86, 52, 56; 87, 114, 133; 97, 49, 62; 99, 300, 313; 106, 275, 294; 108, 186, 208.

<sup>82</sup> BVerfGE 46, 268, 284; 69, 150, 159; 89, 144, 152.

<sup>83</sup> Detaljnije Maurer, § 20, randnr. 117; Pieroth, u: Jarass/Pieroth, Art. 100, randnr. 6 i dalje.

predkonstitutivno pravo). Sud prema ovom propisu mora odlučiti da li predkonstitutivno pravo važi i nakon donošenja Ustava. Pri tom se mora riješiti pitanje, da li takvo pravo važi kao zemaljsko ili kao savezno pravo. Ako se tim povodom pojave različita mišljenja Ustavni sud je dužan u ovom postupku okvalificirati sporne norme.<sup>84</sup>

„*Odluka povodom divergencije*“ se odnosi na postupak u kojem zemaljski ustavni sud podnosi na odluku Saveznom ustavnom sudu pitanje da li je dopušteno u konkretnom slučaju odstupiti od analogne odluke saveznog ustavnog suda. Ustavni sudovi u saveznim zemljama odlučuju na osnovu zemaljskog ustavnog prava tako da svaki put ustav konkretne savezne zemlje predstavlja omjer njihovih odluka. Moguće je, međutim, da zemaljski sudovi u konkretnom sporu moraju uzeti u obzir i savezni Ustav, naime, onda kada se incidentno postavlja pitanje, da li je propis zemaljskog Ustava, koji je relevantan za sudsku odluku, u skladu sa saveznim Ustavom. Ako zemaljski ustavni sud hoće odstupiti od neke odluke Saveznog ustavnog suda ili od jedne postojeće odluke zemaljskog ustavnog suda, on mora predmet podnijeti na odluku Saveznom ustavnom sudu. Ovaj odlučuje u postupku divergencije.<sup>85</sup>

„*Postupak ustavne zaštite*“ obuhvata zapravo sve ostale slučajeve koji su predviđeni u Ustavu. Riječ je o odlukama povodom mjera za zaštitu demokratskog uređenja slobode. Ovdje se ubrajaju provjere *izbora* prema čl. 41 Ustava, zatim, provjere povodom mogućih povreda *ustavnih principa* iz člana 79 stav 3 Ustava, zatim presude povodom *gubitka osnovnih prava* (čl. 18 Ustava), *zabrane političkih partija* (čl. 21 stav 2 Ustava) kao i *mjere prema sudijama* koji su prekršili ustavne principe (član 98 stav 2 Ustava).

## VIII. Individualna ustavna tužba/žalba

1. „Najvažniji“ instrument za zaštitu individualnih prava, kao posljednje utočište građanina koji se osjeća povrijeđenim u svojim osnovnim pravima, jeste „individualna ustavna tužba“ ili „individualna ustavna žalba“ („*Verfassungsbeschwerde*“).<sup>86</sup> Pravni osnov predstavlja član 93 stav 1 br. 4 Ustava koji propisuje da je svako može podignuti zbog zaštite nekog od osnovnih prava ili jednog od prava zagarantiranih u čl. 33, 38, 101, 103 i 104 (prava koja su jednaka osnovnim pravima), tvrdeći da ih je povrijedila državna vlast. Ovaj tip zaštite osnovnih prava je tek 1969. godine unešen u Ustav.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Čl. 100 st. 3 Ustava, § 113 br. 12, §§ 83, 84 BVerfGG; BVerfGE 94, 315, 328 i dalje; 100, 209, 211 i dalje; 109, 13, 27 i dalje.

<sup>85</sup> Čl. 100 st. 3 Ustava, § 113 br. 13, § 85 BVerfGG.

<sup>86</sup> Analogan pravni lijek u Ustavu Rep. Srbije se imenuje „ustavna žalba“, u Ustavu Rep. Hrvatske „ustavna tužba“, Ustav Crne Gore koristi pojam „ustavne žalbe“, u Bosni i Hercegovini Ustavni sud koristi pojam „apelacija“. Riječi „Beschwerde“ je ovdje prevedena kao „tužba“, zbog toga što u ovom postupku podnosilac zahtjeva fungira kao pokretač postupka i nastupa kao „tužilac“ koji podnosi dokaze i postavlja zahtjeve čija se validnost tek treba ustanoviti. Osim toga, nije isključena mogućnost kontradiktornog postupka, zapravo, u većini slučajeva se vodi kao kontradiktoran postupak. S obzirom na poziciju pokretača postupka (apelanta) i na uobličavanje postupka, čini se da je pojam tužbe bliži duhu domaćih jezika i u tom smislu je ovdje treba i shvatiti.

<sup>87</sup> 19. Zakon o promjeni Ustava (19. *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*) od 29. 1. 1969, BGBl. § 90 st. 1 BVerfGG je onda prilagođen novom čl. 93 st. 1 br. 4 Ustava i čl. 20 st. 4 Ustava je preuzet u krug prava koja su jednaka osnovnim pravima.



Individualna ustavna tužba ima dvostruku ulogu. Ona na jednoj strani služi zaštiti osnovnih prava građana, odnosno zaštiti subjektivnih pravnih pozicija, a na drugoj obrazovanju i održavanju objektivnog ustavnog prava.<sup>88</sup> Pri tom uz „kazuističko-kasacioni“ efekt dolazi i efekt „generalne edukacije“.<sup>89</sup> Tužba za zaštitu osnovnih prava predstavlja izvanredan pravni lijek kojim se samo subsidiarno obezbjeđuje posljednja mogućnost i ozakonjuje posljednje sredstvo za specijalnu zaštitu osnovnih prava. Princi *supsidijariteta* zahtijeva od pokretača postupka najprije da iscrpi sva raspoloživa sredstva koja mu u smislu „pravnog puta“ stoje na raspolaganju.<sup>90</sup> *Iscrpljivanje pravnog puta* znači da nije propuštena ni jedna procesnopravna mogućnost da se odstrani utužena povreda osnovnog prava koju poredviđa zakon. Princip subsidiarnosti zahtijeva, zatim, da se iscrpe i sve ostale procesnopravne mogućnosti koje omogućuju odstranjenje povrede osnovnog prava: ne smije, naime, biti propuštena ni jedna procesna radanja, odnosno, mora biti proveden postupak u kojem je pokušano odstranjenje povrede osnovnog prava.<sup>91</sup>

Literatura uz oslonac na sudsku praksu razlikuje između ustavne tužbe *povodom presude* („*Urteilverfassungsbeschwerde*“) i ustavne tužbe *povodom pravnog stava* („*Rechtssatzverfassungsbeschwerde*“). Razlika počiva na predmetu individualne ustavne tužbe: da li se radi o sudskoj presudi ili o zakonu. Takvo razlikovanje nema načelan značaj. Upotrebljivo je, međutim, s obzirom na činjenicu da dogmatika dopuštenost ovih tipova tužbe veže za različite pretpostavke. Tako tužba povodom pravnog stava dolazi u obzir samo onda kada je pokretač postupka formalnim zakonom povrijeđen u nekom od svojih osnovnih prava.<sup>92</sup>

Načelno svako može pokrenuti postupak podizanja individualne ustavne tužbe – no to je načelo ograničenu sposobnošću da fizičko ili pravno lice bude nosilac osnovnog prava. Tako sposobnost pokretanja postuka (*Beschwerdefähigkeit*) odgovara sposobnosti da se bude stranka u građanskim sporovima, odnosno sposobnosti učešća u postupku pred upravnim sudovima. Osim toga, potrebno je posjedovanje sposobnosti da se bude nosilac konkretnog osnovnog prava.<sup>93</sup> Dalje, predmet ustavne tužbe (*Beschwerdegegenstand*) predstavljaju svi akti njemačke državne vlasti.<sup>94</sup> Riječ je o djelovanju ili propuštanju pravosuđa, zakonodavca i državne uprave koje je potencijalno u stanju da povredi osnovno pravo.<sup>95</sup> Ona, prema tome, može biti pokrenuta protiv zakona, upravnih uredbi, statuta, akata vlade i upravnih akata i

<sup>88</sup> BVerfGE 85, 109, 103

<sup>89</sup> Tako *Hillgruber/Goos*, randnr. 80.

<sup>90</sup> § 90 at. 2 rečenica 1 BVerfGG – to prema shvatanju BVerfG ne znači naprosto da pokretač postupka mora iskoristiti sve zakonom regulirane mogućnosti kako bi posredstvom stručnih sudova otklonio smetnje, nego i obavezu da „ mora upotrijebiti sva raspoloživa sredstva koja mu se prema položaju i stvarima stavljaju na raspolaganje kako bi otklonio ili sprečio povredu osnovnog prava, koja sa njom stoje u neposrednom procesnom odnosu“ (BVerfGE 112, 50, 60).

<sup>91</sup> Usp. *Hillgruber/Goos*, randnr. 216 i dalje, sa daljim uputama.

<sup>92</sup> O različitim modalitetima i pretpostavkama koje zu njih idu usp. *Hillgruber/Goos*, randnr. 141 i dalje

<sup>93</sup> Usp. BVerfGE 28, 314, 323; *Schlaich/Korioth*, randnr. 206 i dalje

<sup>94</sup> *Schlaich/Korioth*, randnr. 213 i dalje.

<sup>95</sup> BVerfGE 7, 198, 207.

drugih mjera egzekutive kao što su npr. akti pomilovanja i upravni sporazumi, kao i protiv sudskih odluka svih vrsta i svih stupnjeva. Pokretač postupka mora učiniti plauzibilnom povredu nekog od osnovnih prava koja mu snagom ustavnog teksta pripadaju (*Beschwerdegrund*), on mora biti „sam“, „neposredno“ i „trenutno“ pogođen mjerom koju dovodi u pitanje (*Beschwerdebefugnis*).<sup>96</sup> Pokretač postupka je „sam“ pogođen, kada je on direktno, a ne posredstvom trećih ugrožen mjerom koju dovodi u pitanje; on je „trenutno“ pogođen ako je ugoržavanje njegovog osnovnog prava aktuelno, ako već postoji, ako ono, dakle, nije samo očekivano; on je „neposredno“ pogođen kada za mjeru koju dovodi u pitanje nisu potrebni dalji izvršni akti. Sposobnost vođenja postupka (*Verfahrensfähigkeit*) odgovara procesnoj sposobnosti u građanskim i upravno-pravnim postupcima.<sup>97</sup> Što se tiče forme, ustavna tužba mora biti podnešena pismeno (§§ 23 stav 1, 92 BVerfGG) i u odgovarajućem roku: naime u roku od jednog mjeseca ako se pokreće protiv sudske odluke i u roku od godine dana ako se pokreće protiv zakona ili ostalih pravnih normi (§ 73 BVerfGG).

2. Što se tiče samog *postupka* on poznaje samo podnosioca zahtjeva („tužioca“/„žalioca“) ali ne i njegovog protivnika. Ustavni sud je, međutim, dužan da u samom postupku omogući organima koji su donijeli napadanu mjeru da se izjasne o problematičnim ili spornim navodima. U tom smislu može nastati kontradiktorni postupak.

Individualna ustavna tužba je, generalno, utemeljana kada napadnuta ili osporavana mjera povređuje pozicije koje su pokretaču postupka zagarantirane osnovnim ili njima sličnim pravima. Odluka Ustavnog suda zavisi tako od činjenice da li se radi o tužbi povodom presude ili o tužbi povodom pravnog stava. U prvom slučaju je tenoriranje presude komplicirano i zavisi od konkretne konstelacije.

- Ako je sudska presuda povrijedila neko od ljudskih prava, Ustavni sud će ukinuti takvu presudu i u datom slučaju će predmet vratiti nadležnom sudu na ponovno razmatranje (§ 95 stav 2 BVerfGG).

- Ako sudska presuda počiva na nekom neustavnom zakonu, sud će ukinuti presudu i utvrdiće neustavnost zakona na kojem presuda počiva. Utvrđivanje ništavosti zakona se procesualno osamostalilo i djeluje u osnovi kao opšteobavezujuća odluka o kontroli normi (§ 95 stav 3, rečenica 2. BVerfGG).

- Ako sudska presuda počiva na zakonu koji jeste ustavan, ali je u konkretnom slučaju protumačen na neustavan način, Sud će ukinuti presudu i vratiti predmet nadežnom sudu na ponovno razmatranje.

U drugom slučaju (dakle, kod tužbe povodom pravnog stava) Sud proglašava zakon

<sup>96</sup> O pretpostavkama pregledno *Hillgruber/Goos*, randnr, 166 i dalje; M. Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, 2004, s. 138 i dalje.

<sup>97</sup> Sposoban je da vodi postupak, ko je punoljetan – to se za svako osnovno pravo određuje posebno. Sud u osnovi procjenjuje sposobnost razumijevanja, uvida, a time i na stvarne pretpostavke vršenja osnovnog prava, a ne na pravnu sposobnost da se preuzimaju radnje. Usp. BVerfGE 28, 243, 255 za maloljetnog vojnika prije nego što je došlo do snižavanja godina punoljetnosti na 18 godina.

ništavim (§ 95 stav 3, 1. rečenica BVerfGG). Takvo proglašenje je opšteobavezujuće, odnosno, ono ne djeluje samo u korist pokretača postupka.

## IX. Odnos prema Evropskom sudu i Sudu za ljudska prava

Procesnopravne posljedice po poziciju Saveznog ustavnog suda slijedi iz čl. 23 Ustava koji uspostavlja primat primjene supranacionalnog prava, također i u pogledu osnovnih prava.<sup>98</sup> Za provjeru zakonitosti sekundarnog prava Zajednice je nadležan isključivo Evropski sud (i od 1988. Evropski sud prve instance); isto vrijedi i za kontrolu nacionalnog prava s obzirom na Evropsko pravo. Savezni ustavni sud u „odnosu kooperacije sa Evropskim sudom“ za sebe rezervira ulogu „nadzornika“ nad provođenjem prava Zajednice. U tom smislu bi, prema vlastitom stajalištu, provjeravao „da li se pravni akti evropskih ustanova i organa drže u okvirima prava koja su na njih prenešena ili iz njih iskaču“.<sup>99</sup>

U postupcima pred Ustavnim sudom i Sudom za ljudska prava se radi o različitim omjerima provjere: jednom o njemačkom Ustavu, drugi put o Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava. Zbog toga je konstelacija nešto jednostavnija u odnosu na Evropski sud za ljudska prava: ovdje razlike u tumačenju ne postavljaju posebne probleme,<sup>100</sup> a opšte divergencije su sprečene, u pravilu, različitim predmetima spora.<sup>101</sup> Savezni ustavni sud naglašava da Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima pripada rang običnog saveznog prava koje stvara međunarodnopravne obaveze, ali u hijerarhiji pravnih normi stoji ispod ustava.<sup>102</sup> Problem u izvjesnoj mjeri predstavlja utjecaj Evropske konvencije i prateće sudske prakse na primjenu nacionalnog prava. Ustavni sud ističe da ona ima značaj pomoćnog sredstva za tumačenje dometa, sadržaja i značaja osnovnih prava njemačkog ustava.<sup>103</sup>

## X. Ustavne strukture kao granica

Drugi svjetski rat i pad nacionalsocijalističkog režima su iza sebe ostavili uneravnotežen svjetski poredak i sasvim dezorijentiranu Njemačku. Kada je u zapadnoj Njemačkoj na pritisak saveznika donešen provizorni ustavni akt za zapadnu okupacionu zonu, nazvan „Grundgesetz“ (osnovni/temljni zakon),<sup>104</sup> centralni motiv je predstavljala briga zbog mogućeg uspostavljanja nove njemačke diktature. Djelotvoran ustav sa ustavnim pravosuđem su raspoznati kao efektivna barijera autoritarizmu.<sup>105</sup> U tom

<sup>98</sup> Usp. *Sturm*, u: *Sachs*, Art. 93, randnr, 24; *Streinz*, u: *Sachs*, Art. 23, randnr. 41 i dalje.

<sup>99</sup> BVerfGE 89, 155 (175, 178, 188).

<sup>100</sup> Za odluke Saveznog ustavnog suda su mjerodavna isključivo osnovna prava njemačkog Ustava.

<sup>101</sup> Sud za ljudska prava postupa prema čl 34 Konvencije i zbog nedostatka kasacionih nadležnosti može utvrditi postojanje povrede koja je onda u pravilu vezana za odštetni zahtjev. Sve to pod pretpostavkom da je na kraju nacionalnog pravnog puta stajala odluka Saveznog ustavnog suda.

<sup>102</sup> BVerfGE 111, 307, 305 i dalje.

<sup>103</sup> BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (315 i dalje).

<sup>104</sup> Detaljnije Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke*, 2005, s. 17 i dalje.

<sup>105</sup> Vgl. *R. Mußgnung*, *Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland*,

smislu uspostavljanje ustavnog pravosuđa dolazi kao „krunisanje pravne države”.<sup>106</sup>

Da je Savezni ustavni sud krunisao njemačku pravnu državu ne svjedoči samo 121 tom objavljenih odluka, nego interpretacija njemačkog Ustava koja izvan dogamtsko-interpretativnih pravila podrazumijeva *uvid u strukture* ustavnog uređenja i njihovo održavanje. U tom smislu treba istaći *pozitivitet* koji podrazumijeva pisanu formu, kvalitet zakona i mogućnost izmjene ustava, zatim, *hijerarhiju pravnih stavova* koja podrazumijeva fleksibilnost cijelog sistema koju sud respektira i ne mijenja, *razliku između individue i zajednice* koja podrazumijeva razliku između osnovnih i organizacionih prava kao i *princip postupanja* koji podrazumijeva da se razlike u društvu koje je orijentirano na jednakost svih ljudi mogu uspostaviti samo u proceduri. Uvažavanje ovih struktura ne može biti iznuđeno. One, međutim, mogu biti uklonjene samo unutrašnjom borbom za moć. Takva bi situacija npr. mogla nastupiti kada bi Savezni ustavni sud napustio jezičko značenje ustavnih normi i pristupio tumačenju koje bi vodilo omalovažavanju zakonodavca, ili kad bi npr. Sud samog sebe učinio smiješnim proglašavanjem visoke nezaposlenosti neustavnom.<sup>107</sup>

Savezni ustavni sud je učinio da se noseće strukture očuvaju u mjeri koja odgovara osnovnom očekivanju učesnika političkog procesa i zahtjevima vremena. On je znao uočavati realnosti izmijenjenog svijeta, znao je pojednostavljivati društvene odnose, ne urušavajući njihovu kompleksnost, iznad svega je, ipak, rješavao probleme pravničkim institucionaliziranjem koje je slijedilo u formi detaljnog obrazlaganja pojedinih odluka; one su opet smjele biti podvrgavane kritici koja nije urušila njihovu ubjedljivost. Savezni ustavni sud je u vremenskoj dimenziji prerastao tradicionalnu ulogu državnog suda. Otvaranjem procedura „za svakog” on je postao sudom građana koji su preko suda postali akteri ustavnog i državnog razvoja.

O tom pozitivnom bilansu direktno svjedoči i priloženi prevod odluka Saveznog ustavnog suda.

#### **Lista literature citirane u skraćenom obliku:**

Bonner Kommentar

*R. Dolzer/K. Vogel/K. Grabhof*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, zadnja dopuna: april 2009.

Hillgruber/Goos *Ch. Hillgruber/Ch. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. izd, Heidelberg 2006.

HStR I *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, tom I: Historische Grundlagen, Heidelberg 2003.

u: HStR I, § 8, s. 315 i dalje, randnr. 39 i dalje, 43; *Roellecke* (fn. 6), randnr. 10.

<sup>106</sup> *Roellecke* (fn. 6), randnr. 10; *G. Robbers*, Geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, u: D. C. Umbach/H.-Ernst Böttcher, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. izd. 2005, randnr. 23 i dalje.

<sup>107</sup> Na obje alternative upućuje *Roellecke* (fn. 6), randnr. 39 i 45.

- HStR II *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, tom II: Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, Heidelberg, 1987.
- HStR III *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, tom III: Das Handeln des Staates, Heidelberg 1988; tom III: Demokratie – Bundesorgane, 3. izd, Heidelberg, 2005.
- Leibholz/Rinck *G. Leibholz/H. J. Rinck*, Rechtsprechung für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar. Rechtsprechung für die Bundesrepublik Deutschland, tom 3, Köln, zadnja dopuna, april 2007.
- Jarass/Pieroth *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 10. Auflage München 2009.
- v. Mangoldt/Klein/Starck  
*H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck*, Kommentar zum Grundgesetz, tom 3, 5. izd, München 2005.
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge  
*Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, zadnja dopuna: oktobar 2008.
- Maurer *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 5. izdanje, München 2007.
- v. Münch/Kunig III  
*Ingo von Münch/Philip Kunig*, Grundgesetz-Kommentar, tom 3, 5. izdanje München 2003.
- Sachs *Michael Sachs*, Grundgesetzkommentar, 5. izdanje, München 2009.
- Schlaich/Korioth *Klaus Schlaich/Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. izdanje München 2007.

\*\*\*

*Nekoliko zanimljivosti iz rada Saveznog ustavnog suda:*

- U velikoj Sali za sjednice je do nedavno visila originalna njemačka zastava – crno-crveno-zlatna trobojka – koja je nošena 1832. na hambaškoj proslavi (*Hambacher Fest* važi kao kulminacija ranoliberalnog pokreta za njemačko ujedinjenje, slobodu i demokratiju). Ona je u međuvremenu konzervirana i na njeno mjesto je obješena nova zastava.

- U štampi i stručnim krugovima se, sa ironičnim prizvukom, uz komentare o radu Ustavnog suda spomnu sojedeća „tijela“: „*Treći senat*“ ka oznaka za krug znanstvenih suradnika koji pripremaju odluke, a koji pripadaju sudijama Ustavnog suda. „*Snjehuljica-Senat*“ za oznaku senata u čijem zasjedanju učestvuje samo jedna žena (konstelacija 1 + 7). „*Četvrti senat*“ označava krug bivših sudija Saveznog ustavnog suda koji su nakon dvanaest godina rada istupili iz službe.

- Zabrana političkih partija: 1952. godine je Savezni ustavni sud zabranio rad SRP (*Sozialistische Reichpartei*, Sozialistička partija Rajha), 1956. KPD (*Kommunistische Partei Deutschlands*, Komunistička partija Njemačke); postupak zabrane NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands* – Nacionaldemokratska partija Njemačke) je 2003. godine obustavljen zbog procesnopravnih razloga (dokazni materijal je upućivao na djelovanje tajne službe koja je usmjeravala rad NPD-a).

- Službeno odjelo, koje sudije nose na sjednicama otvorenim za javnost je kreirao jedan minhenški kostimograf, sastoji se od crvene toge i bijelog žaboa, napravljenih prema uzorima sudskih toga grada Firence iz 15 stoljeća. Sudije ih nose na usmenim raspravama i njihovo oblačenje podrazumijeva pomoć jednog sudskog namještenika.

- Plaće sudija se određuju prema Zakonu o službenim primanjima članova saveznog ustavnog suda (*Gesetz über das Amtsgehalt der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts*). Prema propisima ovog zakona Predsjednik suda je u platnom rangu saveznog ministra, podpredsjednik je u platnom rangu državnog sekretara, a sudije u rangu predsjednika jednog vrhovnog suda Savezne Republike Njemačke. Konkretni iznos primanja varira zavisno od broja djece koju svaki sudija izdržava; on, međutim, ne raste sa godinama starosti ili godinama radnog staža – ovdje se radi o nepromjenjivim platnim razredima (B 11 i B 10) kod kojih se osnovno primanje ne mijenja.

- Predsjednik Saveznog ustavnog suda u trenutnom sazivu je *prof. dr. dres. h.c. Hans-Jürgen Papier* (rođen 1943), nominiran od CDU/CSU, izabran od Bundestaga (Saveznog vijeća), funkciju je preuzeo 10. aprila 2002. godine; podpredsjednik je *prof. dr. Andreas Voßkuhle* (rođen 1963), nominiran od SPD, izabran od Bundesrata (Vijeća saveznih zemalja), funkciju je preuzeo 7. maja 2008. godine.

- Biblioteka Saveznog ustavnog suda broji oko 366.000 naslova (stanje: decembar 2008.); bibliotečki fond godišnje narasta za 6.000 do 7.000 naslova. Broj pretplaćenih časopisa se kreće oko 1290 godišnje, ako se oduzmu službena glasila savezne države ostaje oko 430 naslova iz periodike tematski vezane za pravne i socijalne znanosti. U bibliotečki fond ulazi i „*Pressearchiv*“ u kojem su sakupljeni svi materijali od 1951. godine koji se dotiču Ustavnog suda – dnevno se za ove potrebe obradi između 30 i 40 dnevnih i sedmičnih novinskih izdanja. Biblioteku i arhiv smiju u načelu koristiti namještenici saveznog ustavnog suda.

Literatura sa opštim informacijama:

*Stephan Detjen*, Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, u: Aus Politik und Zeitgeschichte. tom 37–38, 2001 (Online dostupno pod: [http://www.bpb.de/publikationen/EC69A1,0,0,Das\\_BundesverfassungsGericht\\_zwischen\\_Recht\\_und\\_Politik.html](http://www.bpb.de/publikationen/EC69A1,0,0,Das_BundesverfassungsGericht_zwischen_Recht_und_Politik.html)).

*Christoph Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, Heidelberg 1988.

*Jutta Limbach* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht. Geschichte – Aufgabe – Rechtsprechung, C. F. Müller, Heidelberg 2000.

*Jutta Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, Beck, München 2001.

*Ulrich K. Preuß*, Die Wahl der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts als verfassungsrechtliches und –politisches Problem, ZRP 1988, s. 389 i dalje.

*Horst Sacker*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. izdanje, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2003.

*Uwe Wesel*, Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik, 1. izdanje, Blessing, München 2004.

*Edin Šarčević*  
*Juristenfakultät Leipzig*

## Skraćenice

a.A.	anderer Ansicht (dručkijeg mišljenja)
ADAB	Allgemeine Dienstanweisung für die Bundesbahnbeamten (Opšta uputstva za službu službenika savezne željeznice)
a.F.	alte Fassung (stara verzija)
AFG	Arbeitsförderungsgesetz (Zakon o potpori rada)
AktG	Aktiengesetz (Zakon o akcijama)
ÄndG	Änderungsgesetz (Zakon o promjenama npr. nekog već postojećeg zakona)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (izdanja Saveznog suda za radne sporove)
AtomG	Atomgesetz (Zakon o atomskoj energiji)
ApothekenG	Apothekengesetz (Zakon o apotekama)
AuslG	Ausländergesetz (Zakon o strancima)
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz (Zakon o osiguranju namještenika)
BAG	Bundesarbeitsgericht (Savezni sud za radne sporove)
BauGB	Baugesetzbuch (Zakonik o građevinarstvu)
BayVfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Bavarski ustavni sud)
BDO	Bundesdisziplinarordnung (Savezna disciplinska uredba)
BEG	Bundesentschädigungsgesetz (Savezni zakon o obeštećenju)



BFH	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (Odluke Saveznog suda za finansije, slijedi broj toma i stranice)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Građanski zakonik)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Savezni službeni list)
BGH	Bundesgerichtshof (Savezni sud)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Odluke Saveznog suda u građanskim sporovima)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Odluke saveznog suda u krivičnim sporovima)
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei (Zakon o saveznoj policiji)
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages (Publikacije Njemačkog Bundestaga, Saveznog vijeća)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Zakon o opojnim sredstvima)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Savezni ustavni sud)
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Odluke Saveznog ustavnog suda)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Zakon o Saveznom ustavnom sudu)
DSchPflG	Denkmalschutzpflegegesetz, Landesgesetz zum Schutz und zur Pflege der Kulturdenkmäler (Zemaljski zakon o zaštiti i održavanju spomenika kulture)
EAG	Europäische Atomgemeinschaft (Evropska atomska zajednica)
EG	Europäische Gemeinschaft (Evropska zajednica)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Evropska zajednica za uglj i čelik)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Ugovor o osnivanju Evropske zajednice)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava)
EStG	Einkommensteuergesetz (Zakon o porezu na dohodak)
ESW	Europäisches Währungssystem (Evropski valutni sistem)
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken (Evropski sistem centralnih banaka)

EuGH	Gerichtshof für Europäischen Gemeinschaften (Sud evropskih zajednica)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (časopis; citirano: godište, broj prve i eventualno broj relevantne strane citiranog rada)
EuHbG	Europäisches Haftbefehlsgesetz (Zakon o evropskoj potjernici)
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union (Ugovor o osnivanju Evropske unije)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Evropska privredna zajednica)
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Ugovor o osnivanju Evropske privredne zajednice)
FAG	Gesetz über Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern (Zakon o ujednačavanju finansija između države i zemalja)
FDP	Freie Demokratische Partei Deutschlands (Slobodna demokratska partija Njemačke)
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention (Ženevska konvencija o zaštiti izbjeglica)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Društvo sa ograničenom odgovornošću)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Zakon o društvima sa ograničenom odgovornošću)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Zakon koji se odnosi na udruženja za sticanje dobiti i privređivanje)
GewO	Gewerbeordnung (Uredba o zanatima)
GrdstVG	Grundstückverkehrsgesetz (Zakon o prometu zemljištem)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Zakon o ustrojstvu sudova)
GVNW	Gesetz- und Verordnungsblatt für Land Nordrhein-Westfalen (Službene novine zemlje Nordrajn-Vestfalije)
HATG NRW	Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen über Freizeitgewährung für Frauen mit eigenem Hausstand vom 27. Juli 1948 (Zakona Savezne zemlje Nordrhein-Westfalen o odobravanju slobodnog vremena za žene sa sopstvenim domaćinstvom od 27. jula 1948.)
HdbDStR II	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. v. G. Anschütz und R. Thoma, tom. II, 1932.

Hdwo	Handwerksordnung (Uredba o obavljanju zanata)
i. A.	im Auftrag, (po nalogu)
i.d.F.	in der Fassung (u verziji)
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Zakon o internacionalnoj pravnoj pomoći u krivičnim predmetima)
i.V.m.	in Verbindung mit (u vezi sa)
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Zakon o sudu za Omladinu)
JuS	Juristische Schulung (časopis; citirano: godište, broj prve i eventualno broj relevantne strane citiranog rada)
JZ	Juristenzeitung (časopis; citirano: godište, broj prve i eventualno broj relevantne strane citiranog rada)
KG	Kommanditgesellschaft (Komanditno društvo)
KMK	Ständige Konferenz der Kultusminister (Stalna konferencija ministara za kulturu Savezne Republike Njemačke)
KMK-Empfehlung	Sammlung der Beschlüsse der Ständigen Konferenz der Kulturminister in der Bunderepublik Deutschland (Zbirka odluka Stalne konferencije ministara za kulturu u Saveznoj Republici Njemačkoj)
KSchÄndG	Gesetz zur Änderung der Kündigungsschutzverordnung (Zakonu o izmjenama Uredbe o zaštiti od otkaza)
KSchVO	Kündigungsschutzverordnung (Uredba o zaštiti od otkaza)
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Zakon o prometu životnih namirnica, kozmetičkih sredstava i ostalih potrebitina)
LMedienG	Landesmediengesetz (Zemaljski zakon o medijima)
LPartDiSBG	Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Zakon o okončanju diskriminacije partnera jednakog pola: partnerstvo življenja)
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz (Zakon o saglasnosti - za područje slobode koaliranja i tarifnih ugovora, relevantan uz čl. 9 III Ustava)
MRVerbG	Gesetz zur Verbesserung des Mietsrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (Zakona o poboljšanju prava o stanarinama)

	i o organičenju rasta stanarina kao i o reguliranju inženjerskih i arhitektonskih usluga)
NATO	Nordatlantickpakt-Organisation - North Atlantic Treaty Organisation (Organizacija sjevernoatlantskog pakta)
NDG	Niedersächsisches Deichgesetz (Zakon o nasipima savezne zemlje Niedersachsen)
Nds. SOG	Niedersächsisches Gesetz über die Öffentliche Sicherheit und Ordnung (Zakona o javnoj sigurnosti i redu Niedersachsena)
n.F.	neue Fassung (nova verzija)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (časopis; citirano: godište, broj prve i eventualno broj relevantne strane citiranog rada)
NRW/NW	Nordrhein-Westfalen (savezna zemlja Nordrajn-Westfalija)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (časopis; citirano: godište, broj prve i eventualno broj relevantne strane citiranog rada)
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (Organizacija za evropsku sigurnost i saradnju - KEBS)
OVG NRW	Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (Viši upravni sud Nordrhein-Westfalena)
OWiG	Ordnungswidrigkeitsgesetz (Zakon o prekršajima)
PbfG	Personenbeförderungsgesetz (Zakon o prevozu osoba)
PersVG	Personalvertretungsgesetz des Bundes (Svezni zakon o predstavljanju osoblja)
PolG	Polizeigesetz (Zakon o policiji)
Rdnr.	Randnummer (broj uz marginu teksta)
RGBl.	Reichsgesetzblatt (Službeni list Rajha)
Rspr.	Rechtsprechung (pravosuđe, jurisdikcija)
s.	strana
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (Jedinstvena Socijalistička Partija Njemačke, ranije DDR-a)
SG	Soldatengesetz - Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Zakon o vojnicima - Zakon o pravnom položaju vojnika)
SG/SGB	Sozialgesetzbuch (Zakonik o socijalnom)
SO	Sachverständigenordnung (Uredba o vještacima)

SOG	Sicherheits- und Ordnungsgesetz (Zakon o sigurnosti i redu)
SpBG	Spielbankengesetz (Zakon o kockarnicama)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Socijaldemokratska Partija Njemačke)
StGB	Strafgesetzbuch (Zakon o krivičnom pravu)
StPO	Strafprozessordnung (Uredba o krivičnom postupku)
StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (Zakon o obeštećenju zbog mjera krivičnog gonjenja)
StrG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (Zakon o reformi krivičnog prava)
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Zakon o izvršenju kazne lišenja slobode i propisa kojima se oduzma sloboda radi poboljšanja i osiguranja)
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (Uredba o registraciji motornih vozila)
UmwG	Umwandlungsgesetz - Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften (Zakona o pretvaranju društava kapitala i rudarskih sindikata)
UNOSOM II	United Nations Observer Mission in Somalia (Misija UN u Somaliji)
UrhG	Urhebergesetz (Zakon o autorskim pravima)
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, Versammlungsgesetz od 24. jula 1953. u verziji od 15. novembra 1978. (Zakon o okupljanju i povorkama)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Uredba o ustrojstvu upravnih sudova)
WDO	Wehrdisziplinarordnung (Uredba o vojnoj disciplini)
WEU	Vertrag über die Westeuropäische Union (Ugovor o zapadnoevropskoj uniji); Westeuropäische Union (Zapadnoevropska unija)
WRV	Weimarer Reichsverfassung (Vajmarski Ustav - Ustav Njemačkog Rajha od 11. augusta 1919.)
WStG	Wehrstrafgesetz (Zakon o krivičnim djelima u armiji)
z.B.	zum Beispiel (na primjer)

ZPO	Zivilprozessordnung (Uredba o građanskom procesu)
ZDG	Zivildienstgesetz (Zakon o služenju vojonog roka u civilnoj službi)



## Napomena uz prevod

Nekoliko karakterističnih pojmova je stvaralo izvjesne nedoumice. Najprije, pojam *Verfassungsbeschwerde* – ovdje je preveden kao „ustavna tužba“; isti pojam za analogan pravni lijek koristi npr. hrvatski Ustav i prateća dogmatika (usp. objašnjenje u fn. 85 u uvodnom tekstu o položaju i nadležnostima Suda). Zatim, pojam *Beschwerdeführer*, preveden je kao „apelant“, ne kao „tužilac“ ili „žalilac“, dakle u duhu bosanskohercegovačke sudske prakse; samo tamo gdje je Sud koristio termin *Antragsteller*, zavisno od konkretnog konteksta i zahtjeva jezičke ekonomije, upotrebljavan je pojam „pokretač postupka“. Konačno, pojam *Grundgesetz*, kako je naslovljen tekst njemačkog Ustava, nije preveden sukladno uobičajenoj jezičkoj shemi kao „osnovni“ ili „temeljni“ zakon, nego kao „Ustav“. Pri tom se vodilo računa o činjenici da je imenovanje njemačkog Ustava kao „Grundgesetz“ izlazilo u susret jednoj historijski uvjetovanoj konstelaciji. Ona je ujedinjenjem Njemačke prevaziđena, a sam *Grundgesetz* je u međuvremenu zadobio kvalitet punog ustava. Njemačka dogmatika, sa Saveznim ustavni sudom na čelu, koristi oba pojma „Grundgesetz“ (temeljni/osnovni zakon) i „Verfassung“ (ustav) ravnopravno. Ovdje je pojam *Grundgesetz* preveden kao „Ustav“ kada se misli na temeljni/osnovni zakon. Tako se, na jednoj strani, pokušala istaći činjenica da njemački *Grundgesetz* fungira kao državni ustav u punom kapacitetu, a na drugoj, da je stvarna pozicija ovog akta bliža značenju riječi „ustav“ kako je koriste lokalne pravne kulture, nego pojmu „osnovni/temeljni zakon“. Riječ je pisana malim slovom, dakle, njemački pojam „Verfassung“ je preveden kao „ustav“ svaki put kada se mislilo općenito na ustavnu povelju, a ne konkretno na njemački Ustav (*Grundgesetz*). Ostali pravni pojmovi (npr. *Zumutbarkeit*, *Grundversorgung*, *Leistungsverwaltung*, *Teilhaberecht*, *Drittwirkung* isl.) ne odstupaju od standarda koji su u upotrebi u lokalnim jezičkim kulturama i morali bi biti razumljivi iz konkretnog konteksta.

Poseban problem je predstavljalo iznalaženje adekvatnog termina za *Grundrechtseingriff* odnosno za pojam *Eingriff*. Kako se svaki put radi o državnoj mjeri kojom



se ugrožava individualna pozicija koja je zagantirana osnovnim pravima, za istu riječ su korištena četiri termina: zadiranje, zahvatanje, ugrožavanje i uplitanje. Izbor adekvatnog pojma je zavisio od konkretne konstelacije i intenziteta kojim je državna mjera pogađala određenu pravnu poziciju. U svakom konketnom slučaju se vodilo računa o vrsti i intenzitetu „napada“ na osnovno pravo. Tako je intenzitet povrede utjecao na izbor pojma: „zadiranje“ za najjači, „uplitanje“ za najslabiji intenzitet povrede pravne pozicije koja je zagantirana osnovnim pravom.

Za ustavne organe *Bundesrat* i *Bundestag* su, s obzirom na ustavnu funkciju i kompetencije, korišteni pojmovi „Vijeće saveznih zemalja“ za *Bundesrat* i „Savezno vijeće“ za *Bundestag*. Ovakva terminologija bi, s obzirom na jugoslovenski federalizam i strukturu organa savezne skupštine, morala biti razmljiva, osim toga ona odstranjuje besmislicu o „gornjem“ i „donjem“ domu, jer oba parlamentarna tijela ne stoje u hijerarhiziranom odnosu i ne mogu se nikako dovoditi u vezu sa sličnim rješenjima u drugim državama. Konačno, korišteni pojmovi najdirektnije oslikavaju stvarnu političku ulogu i ustavnu poziciju oba parlamentarna tijela: u Vijeću saveznih zemalja (*Bundesrat*) se artikuliraju politički interesi njemačkih saveznih zemalja, u Saveznom vijeću (*Bundestag*) se artikulira politički stav cijeline njemačkog društva.

U svemu ostalom je prevod očuvao duh izvornih odluka i male verbalne ekshibicije se trebaju shvatati u tom smislu – tamo gdje original npr. spominje legislativu, jurisdikciju ili jurisprudenciju (umjesto „Gesetzgebung“, „Rechtsprechung“ ili „Rechtswissenschaft“) zadržani su izvorni pojmovi latinskog korijena, u suprotnom su prevedeni kao zakonodavstvo, pravosuđe i pravna znanost, i tome slično.

Struktura prevoda do u detalje slijedi strukturu originalnih odluka Saveznog ustavnog suda. Svaka odluka nosi odgovarajuće (neslužbeno) ime, po kojem je poznata u dogmatici javnog prava. U strukturu svake odluke ulaze, na prvom mjestu, osnovni stavovi (*Leitsätze*) koji su u priloženom zborniku, kao i u originalnim odlukama, štampane masnim slovima i navedeni u logično strukturiranom redosljedu stavova numeriranih arapskim rednim brojevima. Slijede, zavisno od strukture svake odluke i izabranih dijelova, izreka (*Entscheidungsformel*), zatim, odluka o prihvatljivosti (*Zulässigkeit*), odluka o osnovanosti (*Begründetheit*) i obrazloženje odluke (*Gründe*); u određenim odlukama su navedena i izdvojena mišljenja sudija.

Odluke Saveznog ustavnog suda se citiraju u skraćenom obliku BVerfGE (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, Odluke saveznog ustavnog suda). Ova skraćenica je zadržana u prevodu, brojevi koji iza nje slijede označavaju prvu stranu svake odluke (prvi broj), odnosno broj strane citiranog mjesta (kada je unešen drugi broj). Uz svaku odluku je unešen broj akta i podaci o Senatu koji je donio odluku. Savezni ustavni sud upotrebljava sistem skraćenica iz kojih se vidi vrsta spora, tako npr: BvL za postupak konkretne kontrole normi, BvF za apstraktnu kontrolu normi, BvE za spor organa, BvD za tužbu predsjednika države, BvM za provjeru međunarodnog prava kao saveznog prava prema čl 100 st. 2 Ustava, BvR za individualnu ustavnu tužbu itd. U prevodu su navođeni tačni podaci, tako da se odluke koje su donešene nakon

1. januara 1998. godine mogu prema broju akta ili prema datumu donošenja pozvati na internet-portal Saveznog ustavnog suda (pod [www.bundesverfassungsgericht.de/](http://www.bundesverfassungsgericht.de/)).

Kompletan prevod je pročitala suradnica Konrad-Adenauer-Fondacije iz Beograda kolegica *Milica Isakov*. Njena je zasluga da su otklonjene ortografske greške i da su uočena nejasna mjesta koja je trebalo poboljšati, posebno u odlukama o radnom pravu i radničkim sindikatima. Na ovom mjestu joj se zahvaljujem za koncentriran rad i uloženi trud.

*Edin Šarčević*  
*u Leipzigu, maja 2009. godine*



## **Prvi dio**

---

### Općenito





# § 1. Tumačenje

## 1) **BVerfGE 11, 126** (Nachkonstitutioneller Bestätigungswille) **Postkonstitutivna potvrдна volja**

Pretkonstitutivna norma je preuzeta u voljni akt postkonstitutivnog zakonodavca samo ako se voljni akt koji je potvrđuje može objektivno izvesti iz sadržaja samog zakona ili – kod izmjene zakona – iz uske stvarne ovisnosti neizmjenjene i izmijenjene norme.

### **Rješenje Drugog senata od 17. maja 1960.** **- 2 BvL 11/59, 11/60 -**

Norme koje su objavljene prije stupanja na snagu Ustava, 24. maja 1949. (tzv. pretkonstitutivni zakoni), prema ustaljenoj pravosudnoj praksi Saveznog ustavnog suda, načelno ne podliježu provjeri prema čl. 100 st. 1 Ustava (usp. BVerfGE 2, 124 [128 i dalje]; 3, 45 [48]; 4, 331 [341]; 10, 129 [131]).

Prema odluci Saveznog ustavnog suda od 17. januara 1957. ovo načel se ne primijenjuje na pretkonstitutivne norme koje je zakonodavac „preuzeo u svoju volju“ nakon stupanja na snagu Ustava (BVerfGE 6, 55 [65]; dalje 7, 282 [290]; 8, 210 [213 i dalje]; 9, 39 [46]; 10, 129 [132]; 10, 185 [191]).

Uz obrazloženje ove odluke su iznešene djelimične rezerve (...).

Pojedini autori smatraju da sud volji organa koji učestvuju u zakonodavstvu pridaje značaj, čak i ako takva volja nije izražena u zakonu. Takvo shvatanje se, međutim, ne zastupa u odluci od 17. januara 1957. Ono bi bilo suprotno i načelima o ciljevima i metodama tumačenja zakona koje je priznao Savezni ustavni sud. Dok „subjektivna“ teorija uzima u obzir subjektivnu volju „zakonodavca“ kao pisca zakona, odnosno, njegove motive u historijskom kontekstu, prema „objektivnoj“ teoriji, koja u sudskoj praksi i znanosti nailazi na sve veće priznanje, predmet tumačenja je sam zakon, u zakonu objektivizirana volja zakonodavca. „Država ne progovara osobnim izjašnjavanjem učesnika zakonodavnog postupka, nego samim zakonom. Volja zakonodavca se stapa sa voljom zakona“ (Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. izd, 1950, s. 210 i dalje).

Ovakvom cilju služe tumačenja teksta norme (gramatičko tumačenje), njenog odnosa s drugim normama (sistematsko tumačenje), njene svrhe (teleološko tumačenje), zakonskih materijala i historije nastanka (historijsko tumačenje).

Kako bi se shvatila objektivna volja zakonodavca sve su navedene metode tumačenja prihvatljive. One se međusobno ne isključuju nego se dopunjuju. To važi i za uzimanje zakonskih materijala ako se iz njih može izvesti objektivni sadržaj. „Pripreme radnje za donošenje zakona“ će se, međutim, „uvijek korsiti sa odgovarajućom rezervom, i u pravilu samo kao potpora“ (RGZ 128, 111). One ne smiju dovesti do

izjednačavanja objektivnih sadržaja zakona sa predstavama zakonodavnih instanci. (...) Volja zakonodavca se pri tumačenju zakona može uzeti u obzir, ali samo kada na dogovarajući način bude izražena u zakonu (usp. npr. BGH LM br. 3 uz § 133 BGB).

Savezni ustavni sud je u svojoj Odluci od 21. maja 1952. (BVerfGE 1, 299 [312]) utvrdio da je za tumačenje zakonodavčeve volje, koja je objektivizirana u zakonskom propisu, mjerodavno njeno pojavljivaje u zakonskom tekstu i smisljena veza sa drugim normama, kao i da je historija nastanka jednog propisa mjerodavna za njegovo tumačenje samo „ako ona potvrđuje da je tačno tumačenje koje je utvrđeno prema navedenim načelima, ili ako otklanja sumnje koje na navedenom putu nisu mogle biti odstranjene“. U svojoj Odluci od 15. decembra 1959. (BVerfGE 10, 234 [244]) je Sud ponovo potvrdio ova načela.

2. „Volja zakonodavca“ je volja koja je objektivizirana u zakonu. Pretkonstitutivna norma je preuzeta u volju postkonstitucionalnog zakonodavca samo ako se potvrdna volja može objektivno izvesti iz sadržaja samog zakona ili – kod izmjene zakona – iz uske stvarne veze između nepromijenjene i promijenjene norme. Motivi i predstave članova zakonodavnog tijela nisu važni ako u zakonu nisu došli do izražaja.

Ako zakonodavac normu koja je postojala prije Ustava samo preuzme, odustavši u prvi mah od njene izmjene ili ukidanja, to još uvijek ne znači da ju je on ovim potvrdio. Također se na osnovu izmjene pojedinih odredbi jednog pretkonstitutivnog zakona ne može zaključiti da je zakonodavac ostale odredbe ispitao i potvrdio. Ne odgovara stvarnosti zamisao da svaka izmjena pretkonstitutivnog zakona koju provodi savezni zakonodavac od cijelog zakona čini postkonstitutivni akt, jer zakonodavac time obznanjuje da nepromijenjeni dio smatra zakonitim. Posebno kod sistemskih zakona ne može biti prihvaćena nerealna pretpostavka da je zakonodavac povodom pojedinačnih izmjena svaki put ispitao i potvrdio ustavnost cijelog zakona.

Da bi se jedna pretkonstitutivna norma učinila postkonstitutivnom zakonodavac mora, konkretno, učiniti raspoznatljivom sopstvenu potvrdnu volju u samom *zakonu*. To je npr. slučaj kada je stara norma nanovo objavljena kao zakon, kada nova (postkonstitutivna) norma upućuje na staru normu ili kada ograničeno i pregledno pravno područje biva u cjelini promijenjeno, a da se iz uske stvarne veze izmijenjenog sa neizmijenjenim propisom vidi da postkonstitutivni zakonodavac stare propise nije mogao preuzeti bez njihove prethodne provjere.

## 2) **BVerfGE 8, 28** (Besoldungsrecht) **Pravo o primanjima**

Sudija ne smije zakonu koji je prema doslovnom tekstu i po smislu jednoznačan, tumačenjem koje je „u skladu sa ustavom“, dati suprotan smisao.



**Rješenje Prvog senata od 11. juna 1958.****- 1 BvL 149/52 – 33 -**

(...) da je sud sopstvenom odlukom htio ustanoviti da postoji obaveza na tumačenje zakona, tumačenje koje je „usklađeno s ustavom“, onda ne bi ostalo slobodnog prostora za dodatno sudsko tumačenje jednoznačne volje, koja proizilazi iz doslovnog teksta i historije nastanka zakona.

Istina, Savezni ustavni sud je u Odluci od 7. maja 1953. (BVerfGE 2, 266 [282]) utvrdio da je „u sumnji“ obavezno „tumačenje zakona koje je u skladu sa Ustavom“. On je, međutim, dodao kako se po sebi razumije da „svrha zakona pri tome ne smije biti izgubljena iz vida“. On sam je, u slučaju koji je odlučivao, obavezu na tumačenje u skladu sa Ustavom trebao samo primijeniti kako bi odbio široko tumačenje zakona koje nije više bilo spojivo sa Ustavom, premda je takvo tumačenje – što ovdje može ostati otvorenim – po sebi odgovaralo volji zakonodavca. Savezni ustavni sud je umjesto toga proglasio da je obavezno uže tumačenje zakona, koje je manje odgovaralo volji sadržanoj u zakonu, nego što je bilo u skladu sa Ustavom. Tadašnja odluka je, dakle, imala za rezultat očuvanje maksimuma zakonodavčeve namjere, ono što se prema Ustavu i može održati; može ostati nerješeno pitanje da li su namjere zakonodavca izlazile izvan toga.

U predmetnom slučaju može ostati nerješeno, u kojoj mjeri obaveza na ustavno usklađeno tumačenje sudijama općenito dopušta da ograničavaju ili da dopunjavaju volju zakonodavca. Savezni ustavni sud je u Odluci od 17. juna 1953. – BVerfGE 2, 336 [340, 341] – potvrdio takvu mogućnost za slučajeve u kojima bi na osnovu važećeg prava *jedan* pozitivni propis vodio računa o načelu jednakosti i ukoliko bi to bilo spojivo s doslovnim zakonskim tekstom. Međutim, tumačenje koje je usklađeno sa Ustavom ni u kojem slučaju ne smije promašiti ili iskriviti zakonodavni cilj u jednoj bitnoj tački. To bi ovdje mogao biti slučaj. § 6 st. 1 *ÄnderungsG* je jednoznačan. „Tumačenje koje je usklađeno sa Ustavom“ kako ga je, čini se, namjeravao provesti Viši zemaljski sud (*Oberlandesgericht*) bi jasnom zakonskom tekstu upravo dalo suprotan smisao. Sud time ne samo da bi zadirao u kompetencije zakonodavca nego i u kompetencije Saveznog ustavnog suda; no samo je njemu prema čl. 100 st. 1 Ustava dodijeljeno pravo da zakon, koji je prema smislu i doslovnom tekstu jednoznačno suprotan Ustavu – ovdje članu 3 Ustava – a donešen je u području njegovog važenja, proglasi neustavnim.

### 3) **BVerfGE 40, 88** (Führerschein) **Vozačka dozvola**

1. Tumačenje i primjena običnih zakona je nadležnost stručnih sudova koji su bliži ovim stvarima. Savezni ustavni sud ima zadatak da odredi omjere ili granice tumačenja jednog običnog zakona, onako kako to proizilazi iz samog Ustava.
2. Utvrdi li Savezni ustavni sud u okviru tumačenja normi običnog prava, „tumačenja koje je usklađeno sa Ustavom“ da određene, po sebi moguće interpretacije ovih normi nisu u skladu sa Ustavom, to ni jedan drugi sud ovakvu mogućnost interpretacije ne smije smatrati ustavnom.

**Rješenje Drugog senata od 10. juna 1975.**  
**- 2 BvR 1018/74 -**

(...) Savezni ustavni sud je odlučio da onaj građanin koji ima stan i samo ga privremeno ne koristi, za vrijeme godišnjeg odmora, ne mora poduzimati mjere predostrožnosti u pogledu mogućih pošiljki. On se može pouzdati da će dobiti povrat u pređašnje stanje ako mu za vrijeme odsustva polaganjem pismena kod pošte bude dostavljena krivična prijava (ili novčana kazna), a on ne znajući za ovu dostavu, propusti žalbeni rok.

(...)

§ 31 BVerfGG, generalno, odlukama Saveznog ustavnog suda osigurava obavezujuće dejstvo u odnosu sve sudove iz područja važenja ovog Zakona. Ako Savezni ustavni sud proglasi neku odredbu ništavom ili važećom, njegova odluka prema § 31 st. 2 BVerfGG ima snagu zakona. Ali, odluke Saveznog ustavnog suda prema § 31 st. 1 BVerfGG i u drugim slučajevima ostvaruju obavezujući učinak koji prelazi granice pojedinačnog slučaja, tako da sudovi moraju u svim budućim slučajevima poštovati načela tumačenja Ustava koja slijede iz obrazloženja i glavnih razloga odluke (BVerfGE 19, 377 [391 i dalje]; 20, 56 [87]; 24, 289 [297]).

(...)

§ 31 BVerfGG priznaje ustavnopravnim odlukama obavezujuću snagu u mjeri u kojoj to zahtijeva funkcija Saveznog ustavnog suda kao mjerodavnog tumača i čuvara Ustava. Obavezujući učinak se zbog toga ograničava na izvođenja čiji je predmet tumačenje običnih zakona. Tumačenje i primjena običnih zakona je stvar stručnih sudova koji su bliži konkretnoj stvari. Nasuprot tome, Savezni ustavni sud mora iz Ustavnog prava izvoditi omjere ili granice koje se postavljaju pri tumačenju običnih zakona. Utvrdi li Savezni ustavni sud u okviru tumačenja neke norme običnog prava „koje je u skladu sa Ustavom“ da određene, ali po sebi moguće, interpretacije te norme nisu u skladu sa Ustavom, onda ni jedan sud takvu mogućnost interpretacije ne može smatrati ustavnom. Svi sudovi su upravo prema § 31 st. 1 BVerfGG vezani

odlukom neustavnosti koju donosi Savezni ustavni sud kao zadnja instanca u ustavim pitanjima. Jer, iz perspektive zakonskog cilja paragrafa 31 BVerfGG se ne može u pogledu obavezujućeg učinka napraviti razlika, da li je jedna norma pred Saveznim ustavnim sudom u cjelini proglašena ništavom ili je samo jedna „normativna varijanta“ postupkom tumačenja okvalificirana kao neustavna.

## **§ 2.**

# **Provjera tumačenja i primjene običnog prava**

#### 4) **BVerfGE 18, 85** (Spezifisches Verfassungsrecht) **Specifično ustavno pravo**

O granicama provjere sudskih odluka posredstvom saveznog ustavnog suda.

**Rješenje Prvog senata od 10. juna 1964.**  
**- 1 BvR 37/63, 5 W 120/62 -**

(...)

3. Da li je obično pravo koje je primijenio Savezni patentni sud (*Bundespatentgericht*) u skladu sa čl. 14 Ustava, ostaje da se odluči u postupku ustavne tužbe povodom pitanja, da li je Savezni patentni sud navedeno obično pravo protumačio i primijenio na način kojim je povrijeđeno osnovno pravo na vlasništvo.

a) Sudovi pri tumačenju i primjeni običnog prava, posebno generalnih klauzula, moraju voditi računa o vrijednostima koje su zaštićene Ustavom. Ako im jedan sud ne iziđe u susret, onda je on kao nosilac javne vlasti povrijedio norme osnovnih prava na koje nije obratio pažnju; njegova presuda mora biti ukinuta u postupku ustavne tužbe pred Saveznim ustavnim sudom (BVerfGE 7, 198 [207]; 12, 113 [124]; 13, 318 [325]).

Na drugoj strani, neće biti u skladu sa smislom ustavne tužbe i posebnim zadacima Saveznog ustavnog suda, ako on, slično kao revizijska instanca, podvrgne neograničenoj provjeri sudske odluke i uzme u obzir njihovu volju, jer nije sasvim sigurno da li netačna odluka povređuje osnovna prava stranke koja je izgubila. Forma postupka, utvrđivanje i kvalifikacija činjeničnog stanja, tumačenje običnog prava i njegova primjena na pojedinačni slučaj su isključivo nadležnost redovnih sudova i izuzeti su od provjere pred Saveznim ustavnim sudom; samo u slučaju povrede specifičnog ustavnog prava može Savezni ustavni sud odlučivati posredstvom ustavne tužbe (usp. BVerfGE 1, 418 [420]). Međutim, specifično ustavno pravo nije povrijeđeno time što je jedna odluka, mjerena prema običnom pravu, objektivno pogrešna; greška mora postojati upravo u činjenici da osnovna prava nisu uzeta u obzir.

Jasne granice koje se stavljaju mogućoj kontroli Saveznog ustavnog suda nije uvijek lako ustanoviti; za pravnu odluku se mora otvoriti odgovarajući slobodan prostor koji omogućuje uzimanje u obzir pojedinačnog slučaja i njegovog posebnog položaja. Općenito se može kazati da su postupci supsumpcije u okviru primjene običnog prava izuzeti iz nadležnosti kontrole Saveznog ustavnog suda dok god nije uočljiva greška u tumačenju koja počiva na načelno netačnom gledištu koje je od značaja za jedno ljudsko pravo, a posebno za obim njegove zaštite, i ima posebnu težinu u svom materijalnom značenju za konkretan pravni slučaj. Povreda osnovnog prava se nije desila ako je primjena običnog prava od strane nadležnog suda dovela do rezultata

o čijoj se „tačnosti“ (u opštem smislu „primjerenosti nekoj stvari“ ili „pravičnosti“) može raspravljati, pogotovo u slučaju uspoređivanja suprotstavljenih interesa koje posredstvom generalnih klauzula mora obaviti sudija, pošto njegovo vrednovanje može izgledati sporno, jer ono interesima jedne ili druge strane daje previše ili premalo značaja.

b) Savezni ustavni sud nije mogao utvrditi da pobijano Rješenje u tom smislu sadrži povredu ljudskog prava.

## 5) **BVerfGE 43, 130** (Flugblatt) **Letak**

1. Pri utvrđivanju sadržaja mišljenja iznešenog u političkoj borbi, kada je ono osnov za osudu prema §§ 186, 187a StGB, pozicije i mjerila uz čiju pomoć se istražuje sadržaj iznešenog mišljanja moraju biti u skladu sa čl. 5 st. 1 Ustava.
2. Pitanje, da li je to slučaj, podliježe potpunoj provjeri pred Ustavnim sudom zbog visokog intenziteta zadiranja u ljudsko pravo sa kojim je povezana osuđujuća presuda.

### **Rješenje Prvog Senata od 7. decembra 1976.** **- 1 BvR 460/72 -**

Apelant je optužen zbog iznošenja politički zlonamjernih tvrdnji (§§ 185, 187 a StGB). Zemaljski sud (*Landgericht*) ga je osudio na novčanu kaznu od 2000 DM. Istovremeno je sud priznao tužiocu pravo da izreku presude objavi na račun apelanta u tri dnevne novine.

Zemaljski sud je pri tom uzeo kao dokazano, da je tužiočeva poslovnica ne samo bila angažirana oko naseljavanja njemačkih, nego i oko protjerivanja poljskih seljaka sa njihovih imanja. Isto tako je uzeto kao dokazano, da je tužilac Poljake jednom usporedio sa aparatima za prisluškiivanje. Apelant je tužioca u skrivenoj formi optužio da je bio umiješan u uništavanje Poljaka. U tom smislu se ima razmijevati letak, ako se čita u kontekstu.

Ustavna tužba je osnovana.

#### **I.**

1. Ustavna tužba se odnosi na odluke redovnih sudova u krivičnom postupku. One, kao odluke nadležnih stručnih sudova, nisu podobne za provjeru pred Ustavnim sudom: forma postupka, utvrđivanje i vrednovanje činjeničnog stanja, tumačenje

običnog prava i njegova primjena na pojedinačan slučaj, načelno nisu predmet provjere pred Saveznim ustavnim sudom; samo u slučaju povrede specifičnog Ustavnog prava Savezni ustavni sud može rješavati u postupku ustavne tužbe (BVerfGE 18, 85 [92]). Takva se povreda može sastojati i u tome da nije poštovan, ili da je pogrešno određen utjecaj osnovnih prava na krivično pravo, ili na krivičnopravni postupak. Untar ovih okvira je za obim ustavnopravne provjere značajan odgovarajući intenzitet ugrožavanja ljudskih prava: što intenzivnije krivična presuda pogađa sferu osnovnih prava osuđenog to se stavljaju strožiji zahtjevi pred obrazloženje takve povrede i u toliko se i proširuju mogućnosti njene provjere pred Saveznim ustavnim sudom. (...)

Premda je određena samo novčana kazna, u sličnim slučajevima je kažnjavanje na osnovu *inkriminiranog* djela samo po sebi od većeg intenziteta nego što je to civilnopravna osuda na odustajanje, na opoziv ili na nadoknadu štete. Uz to je povreda osnovnih prava, koja se utužuje ustavnom tužbom, od posebnog značaja: čim je Zemaljski sud, utvrđivanjem da postoji „pokriveno“ iznošenje činjenica, apelantu stavio u usta izjavu koju on nije dao, iako je on upravo zbog toga bio kažnjen, sud je, zadirući u ljudsko pravo u visokom intenzitetu, morao pogoditi u samo jezgro sfere ličnosti koju štiti ljudsko pravo. Negativni učinak na vršenje osnovnog prava na slobodu mišljenja će tako značajno prelaziti preko ugrožavanja individualne slobode na mišljenje apelanta (usp. BVerfGE 42, 143, [156] – izdvojeno mišljenje). Jer, takav postupak državne vlasti će, i to ne samo zbog mogućeg zastrašivanja, doticati slobodan govor, slobodne informacije i slobodno obrazovanje mišljenja na osjetljivom mjestu i time će pogoditi slobodu mišljenja u njenoj supstanci.

Zbog toga se ovdje ne može zaobići pitanje, da li se u pobijanoj odluci mogu pronaći greške koje počivaju na načelno pogrešnom gledištu koje je od značaja za ljudsko pravo, a posebno za obim njegove zaštite (usp. BVerfGE 18, 85 [93]). Savezni ustavni sud ima prevashodno zadatak da ispita, da li odluke koje utvrđuju i vrednuju činjenično stanje kao i tumačenje i primjena običnog prava povređuju slobodu mišljenja koja je zajamčena Ustavom.

2. Utvrđena činjenična stanja pred nadležnim sudom mogu u u području verbalnih delikta sadržati takvu povredu za slučaj da se utvrđuje sadržaj pismenog iskaza i da se iskazu pripisuje značenje koje se ne nazire u doslovnom tekstu ili se iz njega ne vidi dovoljno jasno. U takvom slučaju je „činjenica“ samo tekst koji je priložen sudu. Njegov se sadržaj mora utvrditi interpretacijom. Ako izjava ima za cilj da formira mišljenje, onda pozicije i mjerila koje sud uzima u obzir moraju biti u skladu sa čl. 5 st. 1 Ustava. Tako se ustavnopravnom utvrđivanju činjenica ne suprotstavljaju one okolnosti koje kod utvrđivanja činjeničnog stanja redovno vode do vezivanja za utvrđeno činjenično stanje stručnih sudova; posebno ona odluka koja je donešena na osnovu interpretacije teksta koji se nalazi u aktima, ne počiva na neponovljivosti opšteg utiska koji je formiran na usmenoj raspravi. Ona se u svakom trenutku može kao dokaz izvesti, pa prema tome i kontrolirati.

## II.

Presudom Zemaljskog suda je povrijeđen čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava; zbog toga sa članom 5 st. 1 rečenica 1 Ustava nije spojivo rješenje Višeg zemaljskog suda kojim se odbija revizija presude.

1. Apelantov letak sadrži tvrdnje o činjenicama i vrednosne sudove koji su bili određeni, ali i podobni, da obrazuju javno mišljenje. Radi se o doprinosu duhovnoj borbi mišljenja oko jednog pitanja koje bitno dotiče javnost, dakle, oko situacije koja je od posebnog značaja za određivanje odnosa između slobode mišljenja i zaštite časti – BVerfGE 7, 198 [212]; 12, 113 [127]; 24, 278 [282 i dalje]; 42, 163 [170]. Istovremeno u presudi Zemaljskog suda nedostaje svako objašnjenje pitanja, kakvo značenje za odnosnu odluku ima ljudsko pravo. Zemaljski sud nije u konkretnom slučaju samo netačno odredio domete čl. 5 Ustava, nego osnovno pravo na slobodu mišljenja nije u svojoj odluci uopšte uzeo u obzir.

2. Upravo utvrđivanje činjenica koje su osnov za donošenje presude pokazuje da Zemaljski sud nije uzeo u obzir značaj čl. 5 Ustava za ovu odluku.

Zemaljski sud se smatrao pozvanim da prihvati, kako postoji prikrivena tvrdnja apelanta da otvoreno iznošenje činjenica u samom letku, koje se odnose neposredno na tužiočevu prošlost, „nemaju pravni smisao“: izvještaji o javnom streljanju koje su organizirali SS i policija, o povećanom broju „likvidiranih“ Poljaka, o izvanrednim „akcijama za završetak rata“ i o uništavanju poljske inteligencije bi trebali, suprotno objašnjenju apelanta, predstavljati samo sporedne činjenice. Tek se time dolazi do interpretacije letka koja predstavlja osnovu donešenoj odluci.

Ovakvo polazište je neosnovano.

Zemaljski sud polazi od toga da je u interesu djelotvorne zaštite časti potrebno „široko tumačenje“; on se, dakle, rukovodi kriterijem koji, bar u slučaju sumnje, govori u prilog tvrdnji da je apelant prikriveno iznio činjenice koje su mu stavljene na teret. Takav kriterij je sa čl. 5 Ustava nespojiv jer usmjeren isključivo na normiranu zaštitu časti kao granicu slobodi mišljenja, a da pri tom potpuno zapostavlja ustavnu garanciju slobode mišljenja. Istina, ustavnopravni značaj zaštite časti ne smije biti obezvređen. Ali, osnovno pravo na slobodu mišljenja isto tako zahtijeva da se uzme u obzir, da ono samo može biti ograničeno pravom na slobodu lične časti; u toliko više što se kod letka radi o doprinosu duhovnoj borbi mišljenja povodom pitanja koje bitno dodiruje javnost (...). Prema tome, isključiva orijentacija na zaštitu časti je iz perspektive čl. 5 Ustava nedopustiva.





## **§ 3.**

# **Posljedice neustavnih normi**

## 6) BVerfGE 1, 14 (Südweststaat) Jugozapadna država

(...)

5. Presuda kojom se jedan zakon proglašava ništavim, ne samo da ima snagu zakona (§ 31 st. 2 BVerfGG), nego prema § 31 st. 1 u smislu ključnih obrazloženja obavezuje i sve ustavne organe Savezne države (Bund), tako da savezni zakon istog sadržaja ne smije biti ponovo donešen.
6. Kada Savezni ustavni sud utvrdi da je zakon koji je donešen nakon stupanja na snagu Ustava ništav, zato što je u suprotnosti sa Ustavom, onda je takav zakon od početka bez pravnog dejstva.

**Presuda Drugog senata od 23. oktobra 1951.**  
- 2 BvG 1/51 -

## 7) BVerfGE 21, 12 (Allphasenumsatzsteuer) Svefazni porez na promet

Nedostaci u pogledu važećeg Zakona o porezu na promet (*Umsatzsteuergesetz*), ako se radi o neutralnosti u odnosu na konkurenciju „jednostepenih“ i „višestepenih“ preduzeća, moraju biti tolerirani do zaključenja poreske reforme koja je započeta i koju će zakonodavac u primjerenom roku završiti.

**Presuda Prvog senata od 20. decembra 1966.**  
- 1 BvR 320/57, 70/63 -

(...) Prema tome, Zakon o porezu na promet u važećem obliku ne zadovoljava poresku pravdu, kako je želi i sam zakonodavac, pošto u potpunosti izjednačava spoljnotrgovinske prihode jednostepenih sa spoljnotrgovinskim prihodima višestepenih preduzeća, tako da trenutno nije moguće ni zakon proglasiti ništavim, ni utvrditi da postoji povreda osnovnih prava. To važi i za ostale povrede Ustava koje je naveo apelant, budući da one imaju svoj osnov u manje-više istim razlozima.

Poseban značaj, koji porez na promet ima za savezne prihode, ali i za lične troškove preduzeća kao i za opšte formiranje cijena, trenutno ne dopušta da se cijeli zakon samo zbog toga proglasi ništavim, jer su posebne, ne sasvim beznačajne, grupe, nejednako tretirane u odnosu na druge mnogobrojnije grupe; to bi moglo biti moguće

u jednostavnim slučajevima, no ovdje bi vodilo prema rezultatu koji se ne može zastupati, da će zakonu biti otkazano važenje u srazmjerno širem području od onog koje obuhvata pitanje o kojem se ovdje odlučuje. Ni sam apelant nije zahtijevao da se zakon u cjelini proglašni ništavim. Isto tako se ne radi otome da se zakon proglašni ništavim u ograničenom obimu u kojem nejednaka opterećenja, kako se ovdje razmatraju, imaju značaj. Takvo ograničenje ništavosti bi bilo moguće samo teorijski. Praktično se kod obuhvatnog poreskog predmeta ne može pronaći formulacija kojom bi se važeći dio razgraničio od utuživog dijela. (...)

Konačno, dalje važenje zakona nije sasvim nepodnošljivo za jednostepena preduzeća kakav je i apelant. (...)

Iz svega slijedi da Zakon o porezu na promet mora u svojoj trenutno nesavršenoj formi biti zadržan, ali da je njegovom važenju, u mjeri u kojoj vanjski promet jednostepenih grubo, izjednačava sa vanjskim prometom višestepenih preduzeća, ipak postavljena vremenska granica.



## **§ 4.**

# **Ekonomsko uređenje**

## 8) **BVerfGE 50, 290** (Mitbestimmungsgesetz) **Zakon o saglasnosti**

Prošireno pravo na davanje saglasnosti radnika, prema Zakonu o saglasnosti (*Mitbestimmungsgesetz*) od 4. maja 1976, je u skladu sa osnovnim pravima društava, vlasnika osnivačkih udjela i radničkih koalicija.

**Presuda Prvog senata od 1. marta 1979.**  
**- 1 BvR 532, 533/77, 419/78 i 1 BvL 21/78 -**

(...)

Ustav koji se u svom prvom dijelu bitno ograničio na klasična osnovna prava, ne sadrži ni odredbe ni garancije koje bi upućivale na određeno privredno ustrojstvo. On za razliku od najmarskog ustava (čl. 151) ne normira čak ni konkretne ustavnopravne principe organizacije privrednog života. On ovo uređenje prepušta prevashodno zakonodavcu koji o tome može slobodno odlučivati u granicama koje određuje Ustav, a da mu pri tom izvan opšte demokratske, nije potrebna nikakva dodatna legitimacija. Kako zakonodavčeva obaveza, da uobličava i da jamči osnovna prava, spada u konstitutivne elemente demokratskog ustava, ona ne može na putu interpretacije osnovnih prava biti dalje ograničavana nego što to zahtijevaju pojedinača osnovna prava. Pri tom pojedina osnovna prava zadobijaju isto značenje kao i u ostalim odnosima: prema njihovoj historiji i današnjem sadržaju su ona u prvoj liniji individualna prava, ljudska i građanska prava, koja imaju za predmet zaštitu posebno ugroženih poručja ljudske slobode. Funkcija osnovnih prava kao objektivnih principa se sastoji u principijelnom osnaženju njihovog važenja (BVerfGE 7, 198 [205] – Lüth), premda ona ima svoje korijene u ovom primarnom značenju (usp. npr. vlasništvo BVerfGE 24, 367 [389] – Hamburški zakon o uređenju nasipa [*Hamburgisches Deichordnungsgesetz*]). Takva funkcija se zbog toga ne može odvojiti od stvarne suštine kao što se ne može ni osamostaliti kao struktura objektivnih normi koju napušta izvorni i stalni smisao osnovnih prava. Od bitnog značaja za pitanje ustavnosti zakona koji reguliraju privredu je stalna unutrašnja veza koja iz ovoga slijedi: oni su iz perspektive osnovnih prava primarno zakoni koji čuvaju upravo slobodu građana koju zakonodavac mora respektirati pri uređivanju privrede. Privreda nije pitanje jedne „institucionalne veze privrednog ustrojstva“ zasnovanog posredstvom osamostaljene objektivizacije koja nadilazi individualni sadržaj osnovnih prava, ili jedne „veze između uređenja i zaštite osnovnih prava“ koja prelazi Ustavom zajamčene elemente.

Ovome odgovara tvrdnja Saveznog ustavnog suda da je Ustav privrednopolitički neutralan; zakonodavac smije slijediti svaku privrednu politiku koja mu se čini svrsishodnom sve dok poštuje Ustav, posebno osnovna prava (BVerfGE 4, 7 [17 i dalje] – Zakon o pomoći za investicije [*Investitionshilfegesetz*]). On, dakle, ima široku slobodu odlučivanja (usp. npr. BVerfGE 7, 377 [400]). Element relativne otvorenosti, koji iz ovog proizilazi, je neophodan da bi se, na jednoj strani, vodilo

računa o historijskim promjenama koje u posebnoj mjeri karakteriziraju privredni život, a da se, na drugoj strani, ne bi proigrala normirajuća snaga Ustava. U svakom slučaju, uzimanje u obzir zakonodavčeve slobode organiziranja ne smije voditi prema uskraćivanju onoga što Ustav pri svakoj promjeni želi ostaviti neizmijenjenim, naime, ne prema uskraćivanju individualne slobode koja je zagantirana u pojedinim osnovnim pravima, a bez koje, prema ustavnoj koncepciji, život dostojan ljudskog dostojanstva ne bi bio moguć. Zadatak se, dakle, sastoji u tome da se načelna sloboda privrednog i socijalnog uobličavanja, koja mora biti sačuvana kao nadležnost zakonodavca, ujedini sa zaštitom slobode na koju pojedinačni građanin snagom Ustava ima pravo i to upravo u odnosu na zakonodavca (BVerfGE 7, 377 [400]).





## **§ 5.**

# **Osnovna prava u „posebnim odnosima vlasti“**

## 9) **BVerfGE 33, 1** (Strafgefangene) **Zatvorenici**

1. Prava zatvorenika koji su počinili krivična djela mogu, također, biti ograničena zakonom ili na osnovu zakona.
2. U određenom prelaznom roku moraju biti tolerirana ograničenja osnovnih prava okrivljenih za krivična djela koja nemaju zakonski osnov.
3. Ograničenje osnovnih prava zatvorenika koji su počinili krivično djelo, dolazi u obzir samo ako je ono neophodno za uspostavljanje određenog zajedničkog cilja koji je pokriven sistemom ustavnih vrijednosti.
4. Zadatak je Zakona o izvršenju kazni (*Strafvollzugsgesetz*) da povuče granicu koja na primjeren način vodi računa o slobodi mišljenja zatvorenika kao i o neodložnim potrebama uređenog i smislenog izvršenja krivičnih kazni.

### **Rješenje Drugog senata od 14. marta 1972.** **- 2 BvR 41/47 -**

Apelant je zatvorenik koji je počinio krivično djelo. On je 24. decembra 1967. osobi X poslao pismo u kojem se bavi ličnošću smjenjenog upravnika kazneno-popravne ustanove dr. St. i spominje odgovarajuće razloge koji su, prema njegovom mišljenju, doveli do promjene u upravljanju ustanovom. On se pri tom o dr. St. izražava krajnje nepovoljno.

Pismo je 27. decembra 1967. nadležni nadzornik zatvorskog odjeljenja zadržao, jer je ono sadržalo uvredljive iskaze i prikazivalo odnose u ustanovi koji se ne tiču osobno zatvorenika. Kao pravni osnov za oduzimanje pisma je naveden br. 155 st. 2 DVollzO (*Uredba o izvršenju presuda* je upravni propis koji ne predstavlja ni parlamentarni zakon, ni pravnu uredbu).

Sa svojom ustavnom tužbom apelant se poziva na povredu čl. 1 st. 2, 5 st. 1, 10, 19 st. 1, 20 st. 3 i 103 st. 1 Ustava.

On je mišljenja da je kontrolom zatvorenikovog pisama osoblje kazneno-popravne ustanove povrijedilo tajnost pisma koja je garantirana u čl. 10 Ustava. U suprotnosti sa čl. 5 st. 1 Ustava je, osim toga, pretpostavka da pismo sadrži uvredljive izjave ili da izvještava o odnosima u ustanovi. Osnovna prava vrijede također i za zatvorenike i mogu – kako to čl. 19 st. 1 Ustava pokazuje – biti ograničena samo zakonom koji svako ograničenje prava imenuje navođenjem odgovarajućeg člana. Takav zakon ovdje neodstaje.

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana.

## I.

Prava zatvorenika koji su počinili krivična djela mogu također biti ograničena zakonom ili na osnovu zakona.

1. Ustav u čl. 104 st. 1 i 2 i u čl. 2 st. 2 rečenice 2 i 3 podrazumjeva kao samorazumljivu mogućnost da se krivičnopravnom presudom na ograničeno ili na neograničeno vrijeme, oduzme sloboda što se, uz poštovanje odgovarajućih procesnopравnih propisa, desilo sa primjenom krivičnog zakona. Nasuprot tome, on ne sadrži, osim izuzetaka iz čl. 104 st. 1 rečenica 2 koji se odnosi na zabranu zlostavljanja, nikakve načelne iskaze o vrsti i načinu na koji se kazna oduzimanja slobode ima izvršiti. Ako se radi o ograničavanju ljudskih prava, odgovarajuće ustavne norme u svakom slučaju određuju da je to dopušteno samo posredstvom zakona ili na osnovu zakona (usp. u navedenoj vezi čl. 10 st. 2 rečenica 1 i čl. 5 st. 2 Ustava). Od stupanju na snagu Ustava nije, ni u pravosudnoj praksi, ni u znanosti izveden zaključak, da je zakonodavac obavezan da za područje koje je do sada regulirano običnim upravnim propisima o izvršenju kazne donese zakon. Upravo se, misleći na status lica lišenih slobode i lica protiv kojih se vodi krivični postupak, služilo figurom „posebnog odnosa vlasti“ tako što je ona razumijevana kao samostalno, implicitno ograničenje osnovnih prava zatvorenika koji su kažnjeni po Krivičnom pravu; nije se smatralo da je na osnovu Ustava potreban poseban zakon o izvršenju krivičnih kazni.

2. Ovakvo shvatanje se, gledajući unazad, može objasniti samo time, da tradicionalno razumijevanje izvršenja krivičnih kazni kao „posebnog odnosa vlasti“ dopušta da se osnovna prava osuđenih relativiraju do nepodnošljive neodređenosti.

Njemački Ustav predstavlja uređenje uvezano vrijednostima na čijem se vrhu nalazi priznanje zaštite slobode i zaštite ljudskog dostojanstva kao najvišeg pravnog cilja; slika čovjeka koja je u njemu postavljena, istina, nije jednaka apsolutno osamostaljenoj individui, nego nosi predstavu o osobama koje unutar zajednice stoje u višestrukim uzajamnim vezama (BVerfGE 12, 45 [51]; 28, 175 [189]). U čl. 1 st. 3 Ustava su osnovna prava proglašena neposredno obavezujućim pravom koje veže zakonodavstvo, izvršnu vlast i pravosuđe. Ovako postavljeno obuhvatno vezivanje državne vlasti bi bilo u suprotnosti sa postupkom izvršenja krivičnih presuda u kojima bi osnovna prava mogla biti ograničavana proizvoljno ili na osnovu slobodne procjene. Njihovo ograničenje dolazi u obzir samo ako je bilo neophodno za uspostavljanje cilja koji se odnosi na zajednicu i ako je pokriveno vrednosnim ustrojstvom Ustava. Osnovna prava zatvorenika koji izdržavaju kaznu po izvršnim krivičnim presudama mogu, prema tome, biti ograničena samo posredstvom zakona ili na osnovu zakona koji se, opet, neće moći odreći – po mogućnosti usko ograničenih – generalnih klauzula.

**II.**

Kontrolom apelantovog pisma, koju je obavilo nadležno službeno lice u kazneno-popravnoj ustanovi, nije povrijeđen čl. 10 st. 1 Ustava.

1. Osnovno pravo na tajnost pisma štiti uzajamnu prepisku pojedinaca pred javnom vlašću s obzirom na mogućnost da ona sazna sadržaj pismenih pošiljki. Kontrola pisma koju je obavio nadležni službenik, kako bi prekontrolirao sadržaj pisma kojeg zatvorenik dostavlja osobi koja se nalazi izvan zatvorske jedinice, predstavlja zadiranje u osnovno pravo tajnosti pisma čiji je nosilac zatvorenik.

2. Ograničenja osnovnog prava na tajnost pisma smiju prema čl. 10 st. 2 rečenica 1 Ustava biti određena samo na osnovu zakona. Apelantovo pismo je zadržano u vezi sa Uredbom o službenom rasporedu i izvršnom postupku. Ova Uredba predstavlja sporazum između Ministra pravosuđa savezne zemlje i ima karakter upravnog naloga. Prema tome, ona ne zadovoljava pretpostavke čl. 10 st. 2 rečenica 1 Ustava. Ona također ne počiva na zakonu. Do sada nije donešen zakon o izvršenju krivičnih kazni. Treutno postoji samo prijedlog Zakona o izvršenju kazne oduzimanja slobode i mjerama za poboljšanje i sigurnost koji je Savezni ministar pravosuđa podnio Saveznoj vladi.

3. Ipak se u ovom trenutku ne može utvrditi da je prekršen čl. 10 st. 1 Ustava. Ustavotvorac je pri donošenju Ustava imao pred očima uobičajenu predstavu o izvršenju krivičnog zakona, kako se to vidi iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 i 104 st. 1 i 2 Ustava, tako da nema znakova da je on smatrao kako će se odmah po stupanju na snagu Ustava morati donijeti zakon o izvršenju krivičnih presuda. Prije bi se dalo zaključiti da ustrojstvo vrijednosti, kako ga je uspostavio Ustav, stavlja zakonodavca pred zadatak da izvršenje krivičnih presuda regulira u primjerenom roku. Kako bi se utvrdilo da li je zakonodavac povrijedio Ustav, mora se odgovoriti na pitanje, da li je ovaj rok u međuvremenu istekao, kao što se mora uzeti u obzir da se višestruko, sve do današnjih dana, zastupalo mišljenje da su osnovna prava zatvorenika koji izdržavaju krivične kazne generalno ograničena odnosom izvršenja krivičnih presuda; radi se o implicitnim ograničenjima koja ne moraju biti regulirana u nekom formalnom zakonu. Samo se postupno etablira suprotno mišljenje, prema kojem Ustav kao objektivno ustrojstvo vrijednosti sa obuhvatnom zaštitom ljudskih prava, koje obavezuje cjelokupnu javnu vlast, eo ipso ne dopušta ograničenje zaštite osnovnih prava za određene grupe osoba (...).

Kod ovakvog stanja stvari se moraju u određenom, prelaznom vremenu dopustiti državna uplitanja u ljudska prava krivičnih zatvorenika koji nemaju zaštitu zakona, sve dok zakonodavac ne dobije priliku da donese zakon o izvršenju krivičnih presuda koji odgovara današnjem razumijevanju ljudskih prava sa čvrsto konturiranim normativnim pretpostavkama za zadiranje u ljudska prava. Ovaj rok se sada mora odrediti. Kao pogodna i stanju stvari primjerena vremenska tačka i ovdje dolazi u obzir okončanje parlamentarnog mandata – kao u BVerfGE 15, 337 [352] i 25,

167 [185, 188]. Do jeseni 1973. se još može tolerirati ovakvo stanje, iako ono ne odgovara današnjem razumijevanju Ustava.

4. Sve to, ipak, ne dopušta proizvoljno uplitanje u osnovna prava krivičnih zatvorenika za vrijeme ovog roka. Nadležne službe i sudovi imaju upravo zadatak da – kao i do sada – kod svakog konkretnog uplitanja ispituju da li je – neovisno o tome da nema zakona o izvršenju krivičnih presuda – u osnovna prava krivičnih zatvorenika zadirano na dopustiv način. To je slučaj samo onda kada je neophodno da se izvršenje kazne održi i provede na uredan način. Pri tom se moraju uzeti u obzir smisao i svrha izvršenja kazni.

### III.

Suprotno tome zadržavanje apelantovog pisma zbog djelimično uvredljivog sadržaja povređuje osnovno pravo apelanta na slobodu mišljenja. (...)

Ne postoji (...) zakon koji bi dopuštao državnim organima da pisma o čijem se uvredljivom sadržaju saznaje samo u postupku jedne kontrole zadržavaju radi tog sadržaja, sve sa ciljem da se spriječe bijeg zatvorenika ili kriminalne akcije. To mora – sve dok zakonom ne bude određeno nešto drugo – važiti i onda kada su uvrede usmjerene prema osoblju ustanove. Također i zatvorenicima pripada pravo da ih vrijeđaju u okvirima postojećih zakona.

Ne postoji zakon o izvršenju kazni koji bi kao „opšti zakon“ u smislu čl. 5 st. 2 Ustava mogao opravdati da se u datim okolnostima zadržavaju pisma sa uvredljivim sadržajem ili ona u kojima se raspravlja o odnosima u kaznenoj ustanovi, a koji se ne tiču zatvorenika. Takve mjere također nisu neophodne da bi se održao i uredno sproveo postupak izvršenja kazni. Smisljeno izvršenje kazne lišenja slobode ne zahtijeva da se zatvorenicima oduzme svaka mogućost kakao bi partnerima u korespondenciji iznosili svoje – po prirodi stvari obezvređujuće i neprijateljsko – mišljenje o odnosima u ustanovi i o personalu ustanove.



## **Drugi dio**

---

### Osnovna prava

- čl. 1-19 Ustava -





## **§ 6.**

# **Ljudsko dostojanstvo (čl. 1 I Ustava)**

## 10) BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil) Presuda o prisluškivanju

(...)

6. Ako javna vlast koja izvršava zakon tretira čovjeka tako da je povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, onda ovo mora biti izraz omalovažavanja vrijednosti koje pripadaju čovjeku snagom činjenice da je on osoba.

### Presuda Drugog senata od 15. decembra 1970. - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 i 308/69 -

Što se tiče načela neprikosnovenosti ljudskog dostojanstva iz čl. 1 Ustava, koje prema čl. 79 st. 3 Ustava ne smije biti predmet ustavnih promjena, sve zavisi od pitanja pod kakvim okolnostima može biti povrijeđeno ljudsko dostojanstvo. Očigledno je da se ne može dati generalni odgovor, nego se svaki put mora posmatrati konkretan slučaj. Opšte formule, kao ona da čovjek ne smije postati objektom državne vlasti, mogu samo nagovijestiti pravac za pronalaženje slučajeva povrede ljudskog dostojanstva. Čovjek često jeste običan objekt, ne samo odnosa i društvenog razvoja, nego i prava kojem se bez obzira na sopstvene interese mora pokoriti. U toj činjenici se ne može pronaći povreda ljudskog dostojanstva. Uz to je neophodno da čovjek bude izložen tretmanu koji njegov subjektivitet principijelno dovodi u pitanje, ili da tretman u konkretnom slučaju vodi proizvoljnoj zloupotrebi ljudskog dostojanstva. Tretman čovjeka od strane javne vlasti koja izvršava zakon, ako bi on trebao povređivati ljudsko dostojanstvo, mora biti izraz omalovažavanja vrijednosti koje mu pripadaju snagom činjenice da je on osoba, dakle, u tom smislu „omalovažavajući tretman“.

*Izdvojeno mišljenje sudija Geller, dr. v. Schlabrendorff i dr. Rupp:*

Pri odgovoru na pitanje, šta znači „ljudsko dostojanstvo“, moralo bi se pripaziti da se patetična riječ ne shvati isključivo u njenom najvišem smislu, polazeći otprilike od toga da je ljudsko dostojanstvo povrijeđeno samo onda kada je „tretman čovjeka od strane javne vlasti koja izvršava zakone“ (...) „izraz omalovažavanja vrijednosti koje mu pripadaju snagom činjenice da je on osoba, dakle, u tom smislu omalovažavajući tretman“. Postupi li se tako, onda se čl. 79 st. 3 Ustava reducira na zabranu ponovnog uvođenja npr. zlostavljanja, pribijanja na stub srama i metoda Trećeg Rajha. Takvo ograničene nije u skladu sa koncepcijom i duhom Ustava. Sve državne vlasti obavezne su da poštuju i štite čovjeka u njegovoj sopstvenoj vrijednosti, u njegovoj samosvojnosti. On ne smije biti tretiran „bezlično“, kao predmet, čak i kada se to ne događa zbog nepoštovanja osobe, nego u „najboljim namjerama“.

## 11) BVerfGE 45, 187 (Lebenslange Freiheitsstrafe)

### Kazna na doživotno lišenje slobode

1. Kazna na doživotno lišenje slobode zbog ubistva (§ 211 st. 1 StGB) je prema stavovima koji slijede u skladu sa Ustavom.
2. Prema sadašnjim saznanjima ne može se utvrditi da izvršenje kazne na doživotno lišenje slobode, prema propisima Zakona o izvršenju krivičnih kazni i s obzirom na današnju praksu pomilovanja, nužno vodi prema nepopravljivim psihičkim ili fizičkim oštećenjima koja bi povrijedila ljudsko dostojanstvo (čl. 1 st. 1 Ustava).
3. Izvršenje krivičnih kazni pretpostavlja da je osobama koje su osuđene na doživotno izdržavanje kazne lišenja slobode ostavljena šansa da se jednom vrate na slobodu. Sama mogućnost pomilovanja nije dovoljna; upravo princip pravne države zahtijeva da se zakonski reguliraju pretpostavke pod kojima će se izvršiti kazna na doživotno lišenje slobode kao i postupak koji će se pri tom primijeniti.

#### Presuda Prvog senata od 21. juna 1977.

#### - 1 BvL 14/76 -

U području primjene krivičnog prava, u kojem se postavljaju najviši zahtjevi za pravdom, čl. 1 st. 1 Ustava određuje način razumijevanja suštine kazne i odnos krivice i pomilovanja. Načelo „nulla poena sine culpa“ ima rang ustavnog stava (BVerfGE 20, 323 [331]). Svaka kazna mora stojati u pravednom odnosu prema težini krivičnog djela i prema krivici optuženog. (BVerfGE 6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 i dalje]). Ustavna zapovijest da se mora poštovati ljudsko pravo, znači da su zabranjene svirepe, neljudske i ponižavajuće kazne (BVerfGE 1, 332 [348]; 6, 389 [439]). Izvršilac ne smije biti učinjen običnim objektom borbe protiv kriminala kako bi se povrijedilo njegovo pravo na zasebnu vrijednost i poštovanje koje je zaštićeno ustavom. Osnovna pretpostavka individualne i socijalne egzistencije čovjeka mora ostati očuvana. Iz čl. 1 st. 1 Ustava u vezi sa principom socijalne države se izvodi – a to vrijedi posebno za izvršenje krivičnih presuda – obaveza države da jamči onaj egzistencijalni minimum koji općenito omogućuje život po mjeri ljudskog dostojanstva. Ako ljudsko dostojanstvo bude tako shvaćeno, onda neće biti moguće da država prisvoji pravo oduzimanja slobode, a da osuđenim pri tom ne ostane bar šansa da se bilo kada vrate na slobodu.

(...) jer, jezgro ljudskog dostojanstva je povrijeđeno kada osuđenik mora odustati od svake nade da će, bez obzira na razvitak sopstvene ličnosti, ponovo doći na slobodu. Da bi se, prema razumijevanju ljudskog dostojanstva, na neki način osigurali izgledi

koji bi izvršenje doživotne kazne oduzimanja slobode učinili generalno podnošljivim i pri tom odgovarili ustavnopravnim očekivanjima, nije dovoljno samo postojanje pomilovanja.

## **12) 2 BvR 890/16** (Auslieferung innerhalb der EU)

### **Izručenje unutar EU**

**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 65/2016 od 14. septembra 2016. godine**

**Rješenje od 06. septembra 2016. godine**

**-2 BvR 890/16-**

#### **Korištenje šutnje na štetu optuženog ne sprečava izručenje Ujedinjenom Kraljevstvu**

Izručenje po osnovu Evropskog uhidbenog naloga nije zabranjeno ako procesno pravo države tražiteljice ne osigurava u istom obimu zaštitu od samoinkriminacije kao što je to, sa ustavne tačke gledišta, osigurano u njemačkom krivičnom postupku. Iako je mogućnost da se u određenim slučajevima šutnja koristi na štetu optuženog, kako je to, suprotna važećem njemačkom krivičnom pravu i Ustavom priznatom načelu oslobođenja od samoinkriminacije, predviđeno u britanskom krivičnom postupku, to ne znači da je došlo do povrede ustavnih načela uspostavljenih u cilju integracije. Do povrede čl. 1 Ustava bi došlo samo u slučaju zadiranja u srž zaštite od samoinkriminacije koja je neposredno povezana sa ljudskim dostojanstvom. Ovo je zaključilo 2. vijeće Drugog senata Saveznog ustavnog suda danas objavljenim rješenjem i zbog toga nije uzelo u razmatranje apelaciju koju je apelant podnio protiv odluke o izručenju Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske radi krivičnog procesuiranja.

#### **Činjenično stanje:**

Apelant koji ima hrvatsko i irsko državljanstvo, uhapšen je 4. februara 2016. godine u Berlinu na osnovu Evropskog uhidbenog naloga. Evropski uhidbeni nalog je donesen po osnovu naloga za hapšenje koji je izdao Okružni sud u Central Hertfordshire, a prema kojem se apelant, između ostalog, tereti da je 26. aprila 1993. godine u Hertfordshire upucao jednog čovjeka. Sudsko vijeće je izručenje apelanta Ujedinjenom Kraljevstvu pobijanim rješenjem proglasilo dopuštenim. Protiv ove odluke je apelant podnio apelaciju, prigovarajući prvenstveno da bi u slučaju njegova izručenja Ujedinjenom Kraljevstvu na njega mogle biti primijenjene

odredbe § 35 Criminal Justice and Public Order Act iz 1994. godine. Prema ovom propisu, sud ili porota imaju mogućnost da iz šutnje optuženog izvedu zaključak o njegovoj krivnji. Ovo je u suprotnosti sa pravom optuženog na šutnju, kako je ono regulirano u njemačkom pravnom uređenju i dotiče ustavni identitet Savezne Republike Njemačke.

Savezni ustavni sud je, po zahtjevu apelanta, donio privremenu mjeru kojom je, do donošenja odluke po apelaciji, privremeno obustavio predaju apelanta vlastima Ujedinjenog Kraljevstva. Pri tome je Vijeće ostavilo otvorenim pitanje da li vrednovanje šutnje optuženog na njegovu štetu zaista predstavlja povredu čl. 1 st. 1 Ustava, te je naglasilo da to treba biti riješeno u glavnoj stvari. Ipak, ocjena nastupanja mogućih posljedica dovela je do donošenja privremene mjere. Da nije donesena privremena mjera, a naknadno se apelacija ispostavi osnovanom, to bi izručenjem apelanta vlastima Ujedinjenog Kraljevstva na njegovoj strani moglo dovesti do značajnih i moguće nepopravljivih štetnih posljedica. Nasuprot tome, odgađanje izručenja apelanta je bilo manje štetno.

### **Bitni argumenti Vijeća:**

Apelacija je djelomično nedopuštena, a u ostalom dijelu neutemeljena. Pobijana odluka nije protivna osnovnim ustavnim načelima koja su utvrđena čl. 23 st. 1 rečenica 3 u vezi sa čl. 79 st. 3 Ustava i koja opredjeljuju za evropsku integraciju

1. U principu, državi članici Evropske unije se treba pokloniti posebno povjerenje pridržavanju osnovnih načela pravne države i zaštite ljudskih prava. Ipak, osnovno načelo međusobnog povjerenja bi bilo poljuljano kada bi postojale stvarne indicije da u zemlji izručenja ne bi bili ispunjeni nezaobilazni zahtjevi zaštite ljudskog dostojanstva. Ukoliko bi se pokazalo da se država izručenja ne pridržava Ustavom zahtijevanih minimalnih standarda, nadležan sud ne bi mogao proglasiti izručenje dozvoljenim (usp. BVerfG, rješenje Drugog senata od 15. decembra 2015. godine - 2 BvR 2735/14 – i pripadajuće saopštenje za javnost broj: 4/2016 od 26. januara 2016. godine).

Osnovno načelo zaštite od samoinkriminacije koje proizlazi iz općeg prava na slobodan razvoj ličnosti i prava na fer postupak, podrazumijeva i pravo optuženog da iznese iskaz i da slobodno odlučuje u krivičnom postupku. To podrazumijeva i da niko, u okviru krivičnog postupka, ne smije biti primoran na samoinkriminaciju vlastitim iskazom ili da time aktivno doprinese dokazivanju svoje krivnje. Prisila ka samoinkriminaciji zadire u ljudsko dostojanstvo osobe čiji bi iskaz bio upotrijebljen protiv njega. Prema tome, pravo na šutnju optuženog u krivičnom postupku već dugo

predstavlja sastavni dio osnovnih načela koja su prihvaćena u njemačkom krivičnom postupku. Kada optuženi ima pravo na šutnju, iz toga slijedi, da se šutnja ne može upotrijebiti protiv njega kao indicija koja ga tereti, a posebno ne ako je u cjelosti porekao krivnju, s obzirom da bi ga u situaciji, u kojoj se koristi njegova šutnja, bio izložen nedozvoljenom psihičkom pritisku kako bi dao iskaz; u suprotnom bi pravo na šutnju optuženog, koje je izvedeno iz ljudskog dostojanstva, bilo obezvrjeđeno.

Iz činjenice da osnovno načelo zabrane samoinkriminacije svoje korijene ima u ljudskom dostojanstvu ne slijedi da bi svako ustavnopravno dozvoljeno obilježje ovog osnovnog načela potpadalo neposredno i pod zaštitu čl. 1 Ustava. Do povrede čl. 1 Ustava dolazi samo u slučaju da se zadire u srž prava na zaštitu od samoinkriminacije, koje neposredno pripada ljudskom dostojanstvu. To bi bio slučaj kada bi optuženi sredstvima prinude bio natjeran da se samoinkriminira davanjem izjave. Suprotno tome, iz čl. 1 Ustava ne proizlazi direktno da šutnja optuženog ni u kojem slučaju ne može biti podvrgnuta dokaznoj procjeni, a u odgovarajućem slučaju čak korištena i na njegovu štetu. Izručenje po osnovu Evropskog uhidbenog naloga, stoga, nije nedozvoljeno čim procesno pravo države tražiteljice ne pruža zaštitu od samoinkriminacije u jednakom obimu kao što je to ustavnopravno slučaj u njemačkom krivičnom postupku. Zapravo, izručenje ne bi bilo dozvoljeno, tek ako ni zaštita same srži zabrane samoinkriminacije, a koja podliježe zaštiti čl. 1 Ustava, ne bi bila garantirana.

2. Cijeneći ove standarde proizlazi da pobijano rješenje Žalbenog vijeća zadovoljava ustavnopravne zahtjeve.

Istina, zaštita od samoinkriminacije jeste odredbama Zakona o krivičnom pravu i javnom redu iz 1994. godine ograničena. Međutim, ta ograničenja ne zadiru u srž prava na zaštitu od samoinkriminacije i stoga ne uzrokuju povredu neprikosnovenog ljudskog dostojanstva. Ovo posebno zbog toga što optuženi i prema Zakonu o krivičnom pravu i javnom redu iz 1994. godine ima pravo na šutnju. Ipak, njegova šutnja može pod određenim uslovima biti podvrgnuta ocjeni i može biti korištena i na njegovu štetu, tako da posredno može doći i do pritiska kako bi on dao izjavu. To, međutim, ne predstavlja jednako opterećenja kao davanje iskaza pod prisilom ili čak kao samoinkriminacija.

Pored toga, šutnja može biti korištena i cijunjena u okviru obrazloženja odluke samo uz druge dokaze i u okviru cjelokupne ocjene dokaza. Iako ovi propisi mogu voditi ka tome da se apelant osjeća prinuđenim da daje izjavu, on ipak nema osnov za strah od osude samo po osnovu njegove šutnje. Umjesto toga, on može, cijeneći dokaze, odlučiti da li želi dati izjavu. Takva vrsta pritiska da se da izjava, a ona pod

određenim uslovima tzv. djelomične šutnje može nastati i u njemačkom krivičnom postupku, još uvijek ne vrijedi u ljudsko dostojanstvo.

Konačno u skladu je sa stalnom sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava da korištenje šutnje optuženog na njegovu štetu ne predstavlja sama po sebi i od samog početka povredu čl. 6 EKLJP, nego se uvijek mora posmatrati u vezi sa svakim pojedinačnim slučajem. Takva sudska praksa potvrđuje stav da primjena odredbe § 35 Criminal Justice and Public Order Act iz 1994. godine, u najmanju ruku, ne predstavlja povredu neprikosnovenosti ljudskog dostojanstva.





## **§ 7.**

# **Slobodan razvoj ličnosti**

### 13) BVerfGE 6, 32 (Elfes) Elfes

1. Čl. 11 Ustava ne štiti slobodu putovanja.
2. Sloboda putovanja je zajamčena kao izraz opšte slobode djelovanja iz čl. 2 st. 1 Ustava i podliježe ograničenjima koja slijede iz ustavnog uređenja.
3. Ustavno uređenje u smislu čl. 2 st. 1 Ustava je ustavno uređenje prava, to znači, cjelina normi koje su formalno i materijalno u skladu sa Ustavom.
4. Svako na putu ustavne tužbe može zahtijevati da se provjeri da li je pravna norma koja ograničava slobodu njegovog djelovanja u skladu sa ustavnopravnim uređenjem.

**Presuda Prvog senata od 16. januara 1957.  
- 1 BvR 253/56 -**

Apelant je 6. juna 1953, nakon što je iste godine podnio zahtjev kod nadležne službe Mönchengladbach da se produži njegova putna isprava, dobio odbijenicu, bez obrazloženja, pozivanjem na § 7 st. 1 lit. a Zakona o putnim ispravama (*Gesetz über das Paßwesen*) od 4. marta 1952. (BGBl. I s. 290).

(...)

Savezni upravni sud nije ubijeđen da je na osnovu sistematike pravo na putovanje neophodno unijeti u pravo na slobodu kretanja koje je garantirano u čl. 11 Ustava – kako se to tvrdi u literaturi. Međutim, pravo na putovanje, kao izraz opšteg prava na djelovanje, nije lišeno primjerene zaštite u okviru ljudskih prava (čl. 2 st. 1 Ustava).

2. Savezni ustavni sud je u svojoj presudi od 20. jula 1954. (BVerfGE 4, 7 [15 i dalje]) ostavio otvoreno pitanje da li se pod pojmom slobodnog razvoja ličnosti razumijeva ljudsko pravo na djelovanje u najširem smislu ili se čl. 2 st. 1 Ustava ograničava na zaštitu najniže mjere slobode djelovanja, bez mogućnosti da čovjek može razvijati svoje glavne osobine kao duhovno-moralna osoba.

a) Ustav pod „slobodnim razvojem ličnosti“ nije mogao misliti samo na razvoj unutar onog jezgra ličnosti koje čini bit čovjeka kao duhovno-moralnog bića; inače bi bilo neshvatljivo kako se razvoj unutar ovog ključnog područja može suprotstaviti moralnom zakonu, pravima drugih ili čak ustavnom uređenju neautoritarne demokratije. Upravo ograde koje su stavljene individui kao članu zajednice pokazuju da Ustav u čl. 2 st. 1 misli na slobodu djelovanja u obuhvatnom smislu.

U svakom slučaju, svečana formulacija iz čl. 2 st. 1 Ustava predstavlja povod da ga posmatramo u svjetlu čl. 1 Ustava i da iz toga zaključimo kako je on određen da formira ustavnu sliku čovjeka. Ovim, međutim, nije kazano ništa drugo, do da čl. 1 Ustava zaista pripada nosećim ustavnim principima koji – kao i sve odredbe Ustava – nadilaze čl. 2 st. 1 Ustava. Pravno uzev, to je samostalno osnovno pravo koje jamči opštu slobodu čovjeka na djelovanje. Nisu bili u pitanju pravni, nego jezički razlozi koji su pokrenuli zakonodavca da izvornu formulaciju „Svako može činiti i nečiniti šta želi” zamjeni današnjom. Očigledno da su teoriji, koja bi htjela da čl. 2 st. 1 Ustava štiti samo kao usko jezgro područja ličnosti, doprinosile okolnosti, da je u drugom polustavu imenovano i ustavno uređenje kao granica koja je stavljena građaninu u razvoju njegovog područja ličnosti. Pri nastojanju da se ovaj pojam, koji dolazi do izražaja i na drugim mjestima Ustava, protumači uvijek na isti način, uočeno je na kraju da postoji užji pojam ustavnog uređenja od pojma „ustavno pravno uređenje”; tako se činilo neophodnim izvesti zaključak, da bi ustavnim pravom trebalo biti zaštićeno usko jezgro područja ličnosti, ali ne i sloboda ljudskog djelovanja.

Osim opšte slobode djelovanja koju jamči čl. 2 st. 1 Ustava, Ustav je posebnim odredbama o ljudskim pravima zaštitio određena područja ljudskog djelovanja koja su, prema historijskom iskustvu, u određenim životnim situacijama ugrožena posebnim intervencijama javne vlasti; kod njih je Ustav stepenovanim zakonskim ograničenjima razgraničio u kojoj mjeri se u svako osnovno pravo smije intervenirati. Ako takva, posebna životna područja nisu zaštićena osnovnim pravima, pojedincu ostaje mogućnost da se u slučaju zadiranja javne vlasti u njegovo osnovno pravo pozove na slobodu iz čl. 2 st. 1 Ustava. Ovdje nije potrebno zakonsko ograničavanje, pošto iz ograničenja slobodnog razvoja ličnosti ustavnim uređenjem ionako proizilazi obim mogućnosti kojima raspolaže država pri zahvatanju u osnovna prava.

b) Ako se sa slobodnim razvojem ličnosti, kako je pokazano pod 2 a), zajamči opšta sloboda djelovanja koja je ograničena samo ustavnim uređenjem – pod pretpostavkom da time ne budu povrijeđena prava drugih, odnosno, da se ne protivrječi moralu – onda se pod ovim pojmom može razumijevati samo opšte pravno uređenje koje mora poštovati materijalne i formalne norme Ustava koje, prema tome, moraju predstavljati ustavno uređenje. U tom je smislu Viši upravni sud (*Oberverwaltungsgericht*) u predmetnom postupku označio ustavno uređenje kao „Ustavu primjereno” pravno uređenje koje se „izgrađuje prema Ustavu i drži se u okvirima Ustava”.

c) U literaturi se često prigovara da će u tom slučaju doći do „praznog hoda” osnovnog prava iz čl. 2 st. 1 Ustava, jer je ono stoji pod opštim zakonskim ograničenjem. Pri tom se, ipak, previđa da prema Ustavu zakonodavna vlast podliježe jačim ograničenjima nego što je to bio slučaj sa Ustavom Rajha iz 1919. godine. Tada nisu samo mnogobrojna osnovna prava bila u „praznom hodu” zbog opštih zakonskih ograničenja, koja je uspostavljao svaki zakon donešen u skladu sa Ustavom; zakonodavac je mogao pomoću zakona koje bi donosila većina potrebna za promjenu Ustava prevladati i svaku ustavnu barijeru koja mu je u pojedinačnom slučaju

stajala na putu. Nasuprot tome, važeći Ustav je uspostavio ustrojstvo vrijednosti koje ograničava javnu vlast. Ovim ustrojstvom se štiti samostalnost, odgovornost i dostojanstvo čovjeka u državnoj zajednici (BVerfGE 2, 1 [12 i dalje]; 5, 85 [204 i dalje]). Najviši principi ovog uređenja su zaštićeni od ustavnih izmjena (čl. 1, 20, 79 st. 3 Ustava). Ustavni lomovi su isključeni; ustavno pravosuđe nadzire potčinjenost zakonodavca Ustavu. Zakoni nisu „ustavni“ samo onda kada su donešeni u urednoj formalnoj proceduri. Oni moraju biti materijalno usklađeni sa najvišim vrijednostima, kao i sa nepisanim elementima ustavnih principa i sa ključnim odlukama Ustava, prvenstveno sa načelom pravne države i sa principom socijalne države. Zakoni, iznad svega, ne smiju povrijediti ljudsko dostojanstvo koje u Ustavu predstavlja najvišu vrijednost, ali ne smiju ograničavati ni duhovnu, političku i privrednu slobodu čovjeka, tako da ona u svom bitnom sadržaju bude ugrožena (čl. 19 st. 2, čl. 1 st. 3, čl. 2 st. 1 Ustava). Iz ovog slijedi da je pojedinačnom građaninu, snagom Ustava, zajamčena jedna sfera uobličavanja privatnog života, dakle, da postoji posljednje neprikosnoveno područje ljudske slobode koje je izuzeto iz područja utjecaja cjelokupne javne vlasti. Zakon kojim bi se zadiralo u ovo područje nikada ne bi mogao biti dio „ustavnog uređenja“; on bi morao biti proglašen nevažećim pred Saveznim ustavnim sudom.

Iz kazanog proizilazi da pravna norma samo onda kada odgovara postavljenim zahtjevima postaje sastavnim dijelom „ustavnog uređenja“ čime ujedno efektivno ograničava sposobnost djelovanja građana. To u procesnopravnom smislu znači da svako na putu ustavne tužbe može zahtijevati provjeru, da li zakon koji ograničava njegovu slobodu djelovanja pripada ustavnom uređenju, jer on (formalno ili sadržajno) može biti u suprotnosti sa pojedinim ustavnim odredbama ili opštim ustavnim načelima; zbog toga bi njegovo osnovno pravo iz čl. 2 st. 2 bilo povrijeđeno.

## **14) BVerfGE 34, 238**

### **(Tonband)**

### **Tonski snimak**

1. Osnovna prava iz čl. 2 stav 1 Ustava štite, također, pravne pozicije koje su neophodne za razvoj ličnosti. Ovdje, u određenim granicama, na jednak način ulazi pravo na sopstvenu sliku kao i pravo na izgovorenu riječ. Zbog toga svako za sebe mora odrediti, ko će snimati njegove riječi odgovarajućim tonskim aparatima, kao i da li će i pred kim će ovakvi snimci biti emitirani.
2. Ovim, međutim, nije isključeno da će se u slučajevima, u kojima to zahtijevaju interesi zajednice, morati ograničiti zaštićeni interesi okrivljenog, da se u kirivičnom postupku ne upotrebe tajno snimljeni tonski zapisi.

**Rješenje Drugog senata od 31. januara 1973.**  
**- 2 BvR 454/71 -**

Ustavna tužba se odnosi na pitanje da li je u istražnom postupku, koji se vodi protiv apelanta zbog sumnje da je došlo do utaje poreza, do prevare i do falsificiranja isprava, dopuštena upotreba privatnog tonskog snimka koji je tajno snimljen.

1. Prema ustaljenoj pravosudnoj praksi Saveznog ustavnog suda priznato je da Ustav svakom pojedinačnom građaninu jamči neprikosnovenu sferu privatnog oblikovanja života, na koju državna vlast ne smije utjecati (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]; 27, 1 [6], 344 [350 i dalje]; 32, 373 [378 i dalje]; 33, 367 i dalje, 376 i dalje). Ustavni zahtjev da se ovo jezgro intimne sfere pojedinca mora poštovati ima svoje osnove u pravu na slobodan razvoj ličnosti koje je zajamčeno u čl. 2 st. 1 Ustava. U obzir se, pri određivanju sadržaja i dometa osnovnog prava iz čl. 2 st. 1 Ustava, mora uzeti da je dostojanstvo čovjeka, prema ključnom propisu iz čl. 1 st. 1 Ustava, neprikosnoveno i da se u odnosu na sve vlasti očekuje da ga poštuju i štite. Osim toga, ne smije se prema čl. 19 st. 2 Ustava dirati ni u bitni sadržaj osnovnog prava iz čl. 2 st. 1 Ustava (BVerfGE 27, 344 [350 i dalje]; 32, 373 [379]). Čak ni postojanje značajnih javnih interesi ne opravdava zadiranje u apsolutno zaštićeno jezgro privatnog oblikovanja života; ovdje se ne odlučuje prema omjerima načela srazmjernosti.

Međutim, ne stoji cjelokupno područje privatnog života pod apsolutnom zaštitom osnovnog prava iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava (BVerfGE 6, 389 [433]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]). Građanin koji je upućen na zajednicu i integriran u nju, mora svaki put tolerirati državne mjere koje su donešene u interesu zajednice i u skladu su sa strogom primjenom principa srazmjernosti, u koliko one ne ugrožavaju neprikosnoveno područje privatnog oblikovanja života (...).

2. Čl. 2 st. 1 Ustava svakom garantira pravo na slobodan razvoj njegove ličnosti, ako ono ne povređuje prava drugih i ne krši ustavno uređenje ili moralni zakon. Ovo osnovno pravo štiti, isto tako, i pozicije koje su neophodne za razvoj ličnosti. Ovdje, u određenim granicama, na jednak način ulaze pravo na sopstvenu sliku kao i pravo na izgovorenu riječ. Zbog toga svako za sebe mora odrediti, ko će snimati njegove riječi odgovarajućim tonskim aparatima, kao i da li će i pred kim će ovakvi snimci biti emitirani.

(...)

5. Kako se ne radi o uplitanju javne vlasti u apsolutno zaštićeno područje ličnosti, upotreba tonskog snimka bi bila dopuštena, pod uslovom da se može opravdati značajnim javnim interesima. To ovdje nije slučaj.

a) Ustav pravu na slobodni razvoj ličnosti dodjeljuje visoki rang. Državne mjere koje ga ugrožavaju su dopuštene samo u onim rijetkim slučajevima, u kojim one odgovaraju strogim zahtjevima za održavanje principa srazmjernosti. Na drugoj

strani Ustav pripisuje efikasnom pravosuđu visok značaj. Savezni ustavni sud je zbog toga ponovo naglasio da postoji snažna potreba za efikasnim izvršenjem kazni i za suzbijanjem kriminaliteta (BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]), da postoji javni interes za potpunim iznalaženjem istine u krivičnom postupku – radi privođenja počinitelja i oslobađanja nevinih (BVerfGE 32, 373 [381] – iz čega upravo proizilazi da je efikasno razjašnjavanje teških krivičnih djela bitan zadatak pravnodržavne zajednice (BVerfGE 29, 183 [194]), kao i da postoji potreba za održavanjem funkcionalnog pravosuđa, bez kojeg se pravda ne može ostvariti.

Pravo na slobodan razvoj ličnosti, kako ga jamči ustavno pravo, može u izvjesnim slučajevima biti u konfliktu sa zahtjevom za efikasnim pravosuđem. Pravedno ujednačavanje ove razlike se može dostići tako što će svaki put kada se učini da je zbog zahtjeva da se pravosuđe provodi efikasno, neophodno državno uplitanje u zaštićeno područje člana 2 st. 2 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, ovo suprostaviti kao korektiv (usp. BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]). To znači da se svaku put mora ustanoviti kojem se od ova dva ustavna principa u konkretnom slučaju mora dati veći značaj.

## **15) BVerfGE 99, 185 (Scientology) Scientologija**

Opšte pravo na razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) štiti pojedince od netačnog pripisivanja članstva u udruženjima ili grupama, kada je takvo pripisivanje od značaja za osobu ili njenu sliku u javnosti.

Nespojivo je sa opštim pravom ličnosti shvatanje suda da se osobi koja je negativno pogođena iznošenjem činjenica putem nekog ličnog stava, uskrati mogućnost da u sudskom postupku dokaže netačnost takvih izjava uz obrazlaženje da su se u dokaznom postupku takve tvrdnje dokazale.

### **Rješenje Prvog senata od 10. novembra 1998. - 1 BvR 1531/96 -**

IZREKA:

Apelant je presudom Višeg zemaljskog suda Frankfurt am Main od 20. juna 1996. povrijeđen u osnovnim pravima iz čl. 2 stav 1 u vezi sa čl. 1 stav 1 Ustava u mjeri u kojoj je njegova tužba odbačena. U tom obimu se ona ukida, zajedno sa odlukom o snošenju sudskih troškova. Predmet se vraća Višem zemaljskom sudu.

Zemlja Hessen će apelantu nadoknaditi troškove koji su mu nastali u postupku po ustavnoj tužbi.

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba je usmjerena protiv odbijanja civilnopravne tužbe podignute radi odustajanja od izjava koje štete profesionalnom zanimanju.

**I.**

Apelant (G. Helnwein), poznati austrijski umjetnik koji živi u Njemačkoj, se od 1972. godine bavi spisima i teorijom scientologije i posjećuje tečajeve koje nudi ova organizacija. On je od 1975. godine u različitim časopisima označen kao scientolog i dovođen je u vezu sa scientološkim organizacijama. (...)

**II.**

Apelant u svojoj ustavnoj tužbi tvrdi da je povrijeđeno njegovo opšte pravo ličnosti iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava.

On tvrdi da nije scientolog, da se nije obrazovao za njihovog svećenika, da nije preuzeo takvu funkciju niti se sam predstavljao kao svećenik. Članak objavljen u „Celebrity“, broj 262 ne predstavlja intervju nego reklamu. Kako tvrdi, on nije bio ni konsultiran povodom članaka niti je odobrio njegovo štampanje. Tačno je da se zbog opšteg interesa za transcendentna pitanja 70-ih i 80-ih godina bavio knjigama o scientologiji i posjećivao odgovarajuće tečajeve, ali je po tom izgubio svaki interes i posvetio se drugim temama. Od 1992. se distancirao od scientologije i pravnim sredstvima se branio pred tvrdnjama da je i on sam scientolog.

Presuda drugostepenog suda ima za posljedicu da se o njemu smiju širiti lažne tvrdnje. To je po svom učinku jednako zabrani da izlaže ili da se bavi svojim zanimanjem, jer on u Njemačkoj, zahvaljujući javnim zamjerkama, više ne dobija nikakve ponude. (...)

On smatra da je u svemu ostalom učinio dovoljno kako bi osporio navedene tvrdnje, budući da je od sajentološke crkve u Njemačkoj zahtijevao i uspio dobiti izjavu da nije njihov član, tako da se od njega ništa više ne može očekivati.

**B.**

Ustavna tužba je osnovana. Apelant je pobijanom presudom povrijeđen u opštem pravu ličnosti iz čl. 2 st. 2 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, u dijelu koji se dnosi na odbijenu tužbu. (...)

**I.**

Pobijana presuda je povrijedila apelantovo opšte pravo ličnosti.

1. Opšte pravo ličnosti ostvaruje zaštitu i u odnosu na pripisivanje članstva u



određenim grupama, ako je to od značaja za ličnost i ako može negativno utjecati na njenu sliku u javnosti.

Osnovno pravo štiti elemente ličnosti koji nisu predmet posebne zaštite slobode, ali je uskraćuju u njenom konstitutivnom značenju za ličnost (usp. BVerfGE 54, 148 [153]; stalna pravosudna praksa). Ovdje se ubraja i socijalno priznavanje pojedinca. Zbog toga opšte pravo ličnosti obuhvata zaštitu od izjava koje se mogu štetno odraziti na njenu javnu sliku. Takve izjave ugrožavaju slobodan razvoj ličnosti kako ga jamči čl. 2 st. 1 Ustava, jer štete ugledu pojedinca, slabe njegove socijalne kontakte i zbog toga mogu potkopati njegovu svijest o sopstvenoj vrijednosti. U svakom slučaju, zaštita ovih vrijednosti ne doseže do pojedinačnog prava, da pojedinac u javnosti bude predstavljen samo onako kako on sam sebe vidi, ili bi htio da ga drugi vide. On je, međutim, zaštićen od netačnih i izopačenih predstavljanja njegove ličnosti koja nisu sasvim beznačajna za razvoj ličnosti (BVerfGE 97, 125 [148 i dalje]; 97, 391 [403]).

Za svaku osobu je, u pravilu, bitna pripadnost određenim grupama ili udruženjima. Kada im neko pripada činjenicom rođenja ili socijalizacije ona uglavnom utječu na obrazovanje identiteta osobe. Ako im je pristupio slobodnom odlukom, onda to u pravilu upućuje na visok stepen identifikacije sa njihovim ciljevima i načinom ponašanja i može zadobiti funkciju pokretačke snage koja obrazuje ličnost. Pojedinca njegova okolina identificira manje ili više sa organizacijom ili grupom kojoj je pristupio. Njegov ugled ne zavisi samo od njegovih individualnih osobina i sposobnosti, nego i od odnosa prema grupi kojoj pripada (usp. BVerfGE 93, 226 [229]). To posebno važi za grupe ili udruženja koja se definiraju s obzirom na religioznu pripadnost ili s obzrom na svjetonazor, i to u visokoj mjeri ako se radi o grupama koje ne pripadaju tradicionalnoj religiji ili svjetonazoru, nego imaju poziciju manjine koju društvo posmatra kritički, ili je čak i odbija.

2. Pobijana odluka ugrožava apelanta u njegovom osnovnom pravu iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava.

Zaštita osnovnih prava u odnosu na štetne tvrdnje ne djeluje neposredno na treća lica. Opšte pravo ličnosti ostvaruje direktan učinak samo na državu. Ona je, međutim, osnovnim pravima obavezana da, ako do toga dođe, zaštiti pojedince od ugrožavanja ličnosti posredstvom trećih (usp. BVerfGE 73, 118 [201]; 97, 125 [146]). Sudovi su, dok primijenjuju norme koje služe ovoj zaštiti, obavezni da poštuju mjerodavne okvire ljudskih prava. Ako ih ne uzmu u obzir, onda prema ustaljenoj praksi Saveznog ustavnog suda nije riječ samo o povredi objektivnog Ustavnog prava, nego se radi i o kršenju subjektivnih osnovnih prava pogođenog (usp. BVerfGE 7, 198 [206 i dalje]).

Sudske odluke koje dopuštaju tvrdnje relevantne za ličnost, a kojima se pogođeni, pošto su pogrešne, s razlogom suprostavlja, ugrožavaju, prema tome, opšte pravo ličnosti. To je slučaj s odbacivanjem apelantove tužbe usmjerene na odustajanje od tvrdnji da je on član scientološke grupe, da se sam predstavio kao svećenik

ove zajednice i da je zaista njen svećenik. Uska veza sa scientologijom, koja mu je prebacivana, može negativno utjecati na sliku koju o njemu ima javnost. To važi tim prije što je ova organizacija u društvu vrlo sporna, a bila je često predmet državnih upozorenja i kritičkih izvještaja u štampi. Također se ne može isključiti da apelantov umjetnički rad otežava tvrdnja, kako je bio scientolog u rukovodećoj poziciji, budući da rušenje poslovnog ugleda može negativno utjecati na porudžbine i na prodaju.

## II.

Opšte pravo ličnosti je povrijeđeno pobijanom odlukom.

1. Ovo pravo nije, međutim, zajamčeno u neograničenom obimu. Ono je prema čl. 2 st. 1 Ustava ograničeno ustavnim uređenjem i pravima drugih. U takva prava spada i sloboda iznošenja mišljenja koju svakom jamči čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Sloboda mišljenja nije zajamčena bez ikakvih rezervi kao što to nije ni opšte pravo ličnosti. Njoj su postavljene granice prema čl. 5 st. 2 Ustava, između ostalog, u opštim zakonima i u pravu osobne časti. (...)

U pravosuđu su se u međuvremenu obrazovala izvjesna pravila koja zaslužuju pažnju. Tako u slučaju vrednosnih sudova zaštita ličnosti ima prednost pred slobodom mišljenja kada se određena izjava predstavlja kao napad na ljudsko dostojanstvo, kao pogrdna kritika ili kao formalno omalovažavanje (usp. BVerfGE 93, 266 [293 i dalje]). U slučaju iznošenja činjenica je procjena zavisna od sadržaja istine. Istiniti iskazi u pravilu moraju biti privaćeni, čak i ako na pogođenog djeluju negativno, dok lažni ne moraju (BVerfGE 97, 391 [403]).

Ovu formulu je potrebno izdiferencirati. Kod istinitih iskaza mogu iznimno prevagnuti interesi ličnosti koji bi ujedno potisnuli slobodu mišljenja. To je posebno slučaj kada se iskazi odnose na sferu intimnosti, privatnosti ili povjerenja i kada se ne mogu legitimirati postojanjem opravdanih interesa javnosti (usp. BVerfGE 34, 269 [281 i dalje]; 66, 116 [139]) ili kada prijete da ličnosti naprave štetu koja je nesrazmjerna interesu za prenošenjem istine (usp. BVerfGE 35, 202 [232]; 97, 391 [403 i dalje]).

Nasuprot tome, ne postoji razlog koji bi, u pravilu, opravdavao prenošenje lažnih tvrdnji. To, međutim, ne znači da lažne tvrdnje od početka ne ulaze u zaštićeno područje slobode mišljenja. Savezni ustavni sud je utvrdio da netačne informacije iz perspektive slobode mišljenja ne predstavljaju dobro koje bi trebalo zaštititi. Izvan zaštićenog područja iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava se nalazi samo svjesno pronošenje lažnih tvrdnji, kao i onih za koje se već u trenutku iznošenja zna da su lažne. Sve ostale tvrdnje o činjenicama koje poprimaju formu iznošenja mišljenja uživaju zaštitu osnovnog prava, čak i ako se kasnije ispostavi da su lažne (usp. BVerfGE 61, 1 [8]; 90, 1 [15]; 90, 241 [254]).

Sadržaj istine je, međutim, odlučujući za donošnje odluke (BVerfGE 94, 1 [8]). Načelno vrijedi da slobodu mišljenja u slučaju lažnih tvrdnji o činjenicama potiskuje pravo ličnosti. Pri tom se, ipak, mora uvažiti da je istina u trenutku iznošenja tvrdnje često

neizvjesna i da se tek uspostavlja kao rezultat u procesu diskusije ili u okviru sudskog razjašnjenja (usp. BVerfGE 97, 125 [149]). Ako bi s obzirom na ovu okolnost iznošenje tvrdnji, koje bi se naknadno pokazale lažnim, svaki put bilo popraćeno odgovarajućom sankcijom, onda bi se moralo očekivati da će proces komunikacije u tom smislu biti oštećen, jer bi se još samo definitivne istine mogle iznositi bez ikakvih rizika. Za ovo je vezan efekt odbijanja zaštite osnovnih prava, a upravo to mora biti spriječeno zbog slobode mišljenja (usp. BVerfGE 43, 130 [136]).

Pravosudna praksa civilnih sudova zbog toga mora pokušati da uspostavi ravnotežu između zahtjeva za slobodom mišljenja i interesa za zaštitom ličnosti kako bi se onom koji o drugima iznosi negativne tvrdnje nametnula obaveza na dužnu pažnju koja se u pojedinostima orjenta prema mogućnostima razjašnjenja i strožije veže medije nego privatne osobe. (...) Protiv utvrđivanja ovakvih obaveza ne postoje ustavne zapreke (usp. BVerfGE 12, 113 [130]). One mogu, upravo suprotno, biti posmatrane kao izraz obaveze na zaštitu koja slijedi iz opšteg prava ličnosti. U ustavnom smislu se jedino zahtijeva da obaveza na istinu ne bude prekruta i da se tako ne suspregne slobodni proces komuniciranja, koji ima u vidu čl. 5 st. 1 Ustava (BVerfGE 54, 208 [219 i dalje]; 61, 1 [8]; 85, 1 [15, 17]).

Odluka zavisi od uvažavanja obaveze na brižljivo postupanje. Kod tvrdnji koje su potpuno neosnovane ili izmišljenje, sloboda mišljenja ne može potisnuti slobodu ličnosti. U svemu ostalom će odluka zavisiti od usklađenosti slobode mišljenja sa obimom obaveze na dužnu pažnju koja je razvijena ustavnim zahtjevima. Ako su oni poštovani, a kasnije se pokaže da je sadržaj tvrdnje lažan, onda će se tvrdnja posmatrati s obzirom na trenutak iznošenja, tako da neće doći u obzir ni kažnjavanje ni naknada štete. Suprotno tome, ne postoji legitiman interes da se istraje na tvrdnji i nakon što je utvrđeno da ona nije istinita (usp. BVerfGE 97, 125 [149]). Ako postoji opasnost da tvrdnja bude održana (takozvana opasnost prvog učinka, usp. BGH, NJW 1986, s. 2503 [2505]), onaj koji je iznio tvrdnju može biti osuđen na odustajanje od nje. Ako učinak tvrdnje i dalje djeluje na pogođenog, on može zahtijevati razjašnjenje pred sudom (usp. BVerfGE 97, 125 [149]).

Budući da je izuzetno teško utvrditi istinu o činjeničnim navodima, civilni sudovi će na onog koji iznosi štetne tvrdnje o trećem prenijeti dodatnu obavezu na pružanje objašnjenja, koja će ga privoliti da iznese dokaze u prilog svojih tvrdnji (usp. BGH, NJW 1974, s. 1710 [1711]). Ovakvo prenošenje obaveze na pružanje objašnjenja predstavlja procesnopravni odgovor materijalnopravnih propisa da će zaštita slobode mišljenja, u slučaju neosnovanih tvrdnji, ustuknuti pred zaštitom ličnosti. Biće tretirane kao laži tvrdnje koje njihov tvorac nije u stanju ojačati jasnim dokazima.

U ustavnopravnom smislu se također ne može ništa prigovoriti zahtjevu da se teret dokazivanja ne smije protegnuti na slobodu mišljenja. Takav postupak je Savezni ustavni sud odbio u slučaju na koji se poziva Viši zemaljski sud u pobijanoj presudi (Kritische Bayer-Aktionäre, BVerfGE 85, 1). Kada privatne osobe obznanjuju stavove

koji ne potiču iz njihovog osobnog iskustva, redovno je pozivanje na neprotivječne novinske vijesti, koje podupiru takve tvrdnje, dovoljno da bi se ispunila obaveza na pružanje objašnjenja. U suprotnom, jedva da bi se mogli upotrebljavati novinski izvještaji koji sadrže štetne iskaze o osobama, premda oni po svom karakteru utječu na obrazovanje mišljenje u procesu individualne razmjene stavova (usp. BVerfGE 85, 1 [22]).

Ispunjavanje obaveze na pružanje objašnjenja ne čini suvišnim iznalaženje istine. Upravo se mora razlikovati stepen objašnjenja od stepena dokaza. Tvrdnja koja je potkrijepljena dokazima također može biti pogrešna. Otud opšte pravočnosti zahtijeva da se pozivanjem na obavezu pružanja objašnjenja pogođenom ne uskraćuje mogućnost osporavanja lažnih tvrdnji u postupku. Samo ako on dokazanim činjenicama, sa svoje strane, nema šta suprostaviti, može se pretpostaviti da je tvrdnja istinita. U svemu ostalom se sadržaj istine mora razjasniti kada za ovo postoje procesne pretpostavke.

To vrijedi i kada su spomenute činjenice preuzete iz novinskih izvještaja. Iz Bayer-odluke ne slijedi ništa drugo. Savezni ustavni sud je presudu, koja je tamo osporavana, ukinuo, jer je sud zahtjev za teretom objašnjenja proširio kršeći čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava i zbog toga je izjednačio iznešene i lažne činjenice. Iz toga, međutim, ne slijedi da su istina i neistina bile nebitne i da tužilac zahtjev za izostavljanje netačnih novinskih izvještaja, sa svoje strane, nije smio konkretno obrazložiti i, u datom slučaju, dokazati.

2. Ovim zahtjevima opšteg prava ličnosti nije udovoljio Viši zemaljski sud (...)

Viši zemaljski sud je, posebno s obzirom na distanciranje, morao obratiti pažnju na činjenicu da se kao izraz pojedinačne ličnosti pojavljuje izmjena vlastitog svjetonazora i nova orijentacija. U tom slučaju on može zahtijevati da treći poštuje njegovo izmijenjeno samorazumjevanje nakon što se ozbiljno odlučio da se javno distancira od organizacije sa kojom je bio u vezi i za koju tvdi da joj je pripadao samo u prošlosti.

## **16) BVerfGE 96, 56** **(Vaterschaftsauskunft)** **Informacija o očinstvu**

1. Ne može se iz prava djeteta da zna svoje porijeklo, koje je zaštićeno čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, kao ni iz člana 6 st. 5 Ustava, dobiti odgovor na pitanje, da li vanbračno dijete ima pravo da mu majka imenuje oca.
2. Kod izbora između suprostavljenih osnovnih prava majke i djeteta sudovima u okviru primjene generalnih klauzula civilnog prava – kao

što je ovdje sud postupio po § 1618 a BGB – stoji na raspolaganju širok prostor za donošenje odluke.

**Rješenje Prvog senata od 6. maja 1997.  
- 1 BvR 409/90 -**

Ustavna tužba se odnosi na pitanje, da li, i u datom slučaju, pod kojim pretpostavkama je majka obavezna da punoljetnom vanbračnom djetetu otkrije identitet oca.

(...)

**I.**

Apelantica je presudom kojom je osuđena da imenuje muškarca sa kojim je u zakonskom periodu začela imala spolne odnose povrijedna u svom pravu na privatnu sferu, koje štiti čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava.

1. Opšte pravo ličnosti, koje slijedi iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, podržava uski životni prostor osobe i osnovne uslove za njegovo održanje (usp. BVerfGE 54, 148 [153 i dalje]; 79, 256 [268]). Ono, između ostalog, obuhvata pravo na poštovanje privatne i intimne sfere (usp. BVerfGE 89, 69, [82 i dalje]). Ovdje spadaju područje porodice kao i lični i polni odnosi sa nekim partnerom (usp. BVerfGE 65, 1 [43 i dalje]).

2. Opšte pravo ličnosti, međutim, nije zagarantirano u neograničenom obimu. Pojedinac je obavezan da prihvati ograničenja koja su nastupila zbog pretežnih opštih interesa ili s obzirom na interese trećih koji su zaštićeni osnovnim pravima, ukoliko ona ne zadiru u neprikosnoveno područje privatnog uobličavanja života (usp. BVerfGE 65, 1 [44]).

Ovdje ne može biti riječi o zadiranju u neprikosnoveno područje privatnog uobličavanja života, već zbog toga što iz odnosa o kojem se traži informacija, kćerka kao tužilac preuzima poziciju treće osobe čija je sfera ličnosti bitno dotaknuta.

**II.**

Zemaljski sud je svoju odluku donio na osnovu § 1618 a BGB u vezi sa čl. 6 st. 5, čl. 2 st. 1 i čl. 14 st. 1 Ustava. Ovdje se ne radi o nedopuštenom obrazovanju prava. (...) Zemaljski sud je, međutim, pogriješio u procjeni slobodnog prostora koji nadležnim državnim organima pri ispunjavanju obaveze na zaštitu iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava isto tako stoji na raspolaganju, kao i kod ispunjavanja naloga iz čl. 6 st. 5 Ustava.

1. (...) Kod izvođenja majčine obaveze na informaciju iz § 1618 a BGB, Zemaljski sud nije prekoračio granicu nedopuštenog obrazovanja prava. (...) Njegova objašnjenja su razumljiva i ne navode na zaključak da sud objektivno nije bio spreman

da se podvrgne pravu i zakonu, nego da se iz uloge instance koja primijenjuje norme prebacio u instancu koja stvara norme (usp. BVerfGE 87, 273 [280]).

2. Apelantica je osporavanom presudom ipak povrijeđena u svom pravu ličnosti zbog toga što je Zemaljski sud na njenu štetu previdio da mu na raspolaganju stoji širok slobodan prostor za donošenje odluke.

a) Ni pravo djeteta da zna svoje porijeklo, kako je ono zaštićeno čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, ni čl. 6 st. 5 Ustava ili čl. 14 st. 1 Ustava ne daju unaprijed odgovor na pitanje, da li vanbračno dijete u odnosu na svoju majku ima pravo na imenovanje oca. Da li postoji takvo pravo, mora odlučiti zakonodavac ili sud prilikom utvrđivanja obaveze na zaštitu koja slijedi iz osnovnih prava.

Istina, osnovno pravo ličnosti obuhvata i mogućnost da se sazna sopstveno porijeklo. Čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava ne daje, međutim, pravo na stvaranje takvih saznanja, nego može samo pružiti zaštitu pred odbijanjem državnih organa da pribave dostupne informacije.

Isto tako se iz čl. 6 st. 5 Ustava ne može zaključiti kako će se ostvariti ravnopravnost vanbračne djece s obzirom na saznanje ko je vanbračni otac, kako bi se protiv njega usmjerili zahtjevi za izdržavanje ili ostvarila nasljedna prava. Potpuna ravnopravnost sa bračnom djecom ovdje je nemoguća, već zbog toga što dijete koje je rođeno u braku snagom zakonskih propisa ima oca koji ne mora biti nužno i biološki otac.

b) Iz čl. 2 st 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava slijedi da državni organi podliježu obavezi na zaštitu koja se odnosi na jamčenje uslova koji su konstitutivni za ličnost (usp. BVerfGE 54, 148 [153]; 79, 256 [268]): Subjektivna odbrambena prava koja primarno slijede iz osnovnih prava, a usmjerena su protiv državnih zahvatanja, na jednoj, i obaveze na zaštitu, koje slijede iz objektivnog značenja osnovnih prava, na drugoj strani, uzajamno se, međutim, razlikuju utoliko što odbrambeno pravo, s obzirom na sopstveni cilj i sadržaj, zahtijeva određeno postupanje države, dok je obaveza na zaštitu načelno neodređena. Kako će državni organi ispunjavati sopstvene obaveze na zaštitu, stvar je njihove odluke koja slijedi iz sopstvene odgovornosti (usp. BVerfGE 46, 160 [164]). To ne vrijedi načelno samo za slučajeve u kojima postoje različite mogućnosti da se ostvari zaštita koju zahtijeva Ustav. Zadatak je svakog nadležnog organa da, prije svega, odmjeri značaj suprostavljenih osnovnih prava i da uzme u obzir negativne posljedice koje bi mogle imati određene forme ispunjavanja obaveze na zaštitu.

Savezni ustavni sud je zbog toga, u okviru stalne pravosudne prakse, naglašavao da je uspostavljanje i normativno provođenje jednog koncepta zaštite stvar zakonodavca kojem načelno pripada slobodan prostor procjene, vrednovanja i stvaranja, čak i onda kada je obavezan da provede mjere za zaštitu određenog pravnog dobra (usp. BVerfGE 88, 203 [262]).

Isto vrijedi i za civilne sudove kada na putu stvaranja prava ili tumačenja neodređenih pravnih pojmova utvrđuju obavezu na zaštitu zbog nedostatka jedne zakonodavne

odluke (usp. uz ovo BVerfGE 84, 212 [226 i dalje]), ili kada ovu obavezu ispunjavaju organi egzekutive (usp. BVerfGE 46, 160 [164]). Samo se izuzetno iz osnovnih prava mogu izvoditi konkretne regulativne obaveze. Slobodan stvaralački prostor postoji prije svega tamo gdje se radi o uzimanju u obzir suprotstavljenih osnovnih prava. To važi i kada – kao u ovom slučaju – zaštita jedne pravne pozicije nužno ima za posljedicu ugrožavanje osnovnog prava druge osobe, jer odluke, svaki put, u prvoj liniji mora donijeti nadležni državni organ.

Slično vrijedi i za nalog koji čl. 6 st. 5 Ustava u prvom redu upućuje zakonodavcu, a koji sudovi moraju uzeti u obzir prilikom primjene važećeg prava. Iz čl. 6 st. 5 Ustava slijedi da vanbračna djeca načelno ne smiju biti lošije tretirana od bračne djece, osim ako se iz njihove posebne situacije ne vide razlozi koji bi opravdavali nejednak tretman. Potpuno izjednačavanje otpada već zbog toga što za zakonske propise o bračnoj djeci nije odlučujuće ko je biološki otac, nego se oni vežu za brak sa majkom. Na drugoj strani, u takvim slučajevima za majku ne postoji konflikt interesa, kako je on dat u ovom slučaju.

c) Zemaljski sud je propustio da iskoristi pravo na slobodnu odluku koje mu stoji na raspolaganju pri donošenju presude. Istina, on pravo na informaciju vanbračnog djeteta u odnosu na majku nije izveo neposredno iz Ustava, nego iz jednog propisa civilnog prava. Pri primjeni § 1618 a BGB uzeo je, međutim, da postoji interesna pozicija vanbračne djece, koja je zaštićena osnovnim pravima, a koja, samo u uskim granicama, dopušta suprotstavljanje interesima majke. Posebno pitanje, „ko treba zastupati sukob različitih interesa“, koje Zemaljski sud smatra odlučujućim, onemogućuje zadovoljavajuće uzimanje u obzir suprotstavljenih interesa, jer dijete nikada ne može zastupati onu koliziju koju su njegovim začecem prouzrokovali roditelji.

Pri konkretnom odmjeravanju suprotstavljenih interesa sud je vidio postojanje samo uskog slobodnog prostora. On je, istina, priznao, da apelantica ima pojačan interes da izostavi imenovanje muškaraca sa kojima je imala odnose za vrijeme zakonski određenog perioda začeca. No, on ovom gledištu nije pripisao odlučujući značaj, jer je interesima vanbračnog djeteta dao prednost, bez konkretne usporedbe sa interesima majke i pogođenih muškaraca.

Ne može se isključiti da bi sud došao do drukčijeg zaključka da je iscrpio prostor koji mu je stajao na raspolaganju za donošenje odluke.

## **17) BVerfGE 101, 361** **(Caroline v. Monaco)** **Caroline v. Monaco**

1. Privatna sfera koju štiti opšte pravo ličnosti iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava nije ograničena na područje kuće. Pojedinaac načelno mora

imati mogućnost da se, zaštićen od fotoreportera, nesmetano kreće i na drugim, vidno odvojenim mjestima.

2. Opšte pravo ličnosti nije zajamčeno u interesu sopstvene komercijalizacije. Privatna sfera nije zaštićena od fotografiranja ako je neko saglasan s tim da se javno obznane životne situacije koje prema uobičajenom razumijevanju spadaju u sferu privatnosti.
3. Zaštićeni sadržaj opšteg prava ličnosti oba ili jednog roditelja je pojačan članom 6 st. 1 i 2 Ustava, ako se radi o objavljivanju slika koje imaju za predmet specifičnu roditeljsku naklonost prema djeci.
4. Garancije slobode štampe iz čl 5 st. 1 i 2 Ustava obuhvata i popularne publikacije za zabavu, priloge, kao i fotografske ilustracije. To posebno važi za objavljivanje slika koje pokazuju osobe iz javnog života u svakodnevnim ili privatnim odnosima.

**Presuda Prvog senata od 15. decembra 1999.**

**- 1 BvR 653/96 -**

(...)

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba se odnosi na objavljivanje fotografija iz svakodnevnog i privatnog života prominentnih osoba.

1. Optužena u prvostepenom postupku, Burda GmbH, izdaje časopise „Freizeit Revue“ i „Bunte“. U ovim su časopisima u okviru različitih tekstualnih priloga objavljene fotografije na kojima je prikazana apelantica, princeza Caroline von Monaco. Ona je zbog toga podigla tužbu kako bi tuženu obavezala da odustane od objavljivanja (...).

a) Zemeljski sud je prihvatio tužbu u mjeri u kojoj se radi objavljivanju fotografija u časopisima koji se prodaju u Francuskoj. U svemu ostalom je tužba odbijena.

Za razliku od francuskog prava, njemački sud nije usvojio zahtjevu za odustajanje.  
(...)

(...) Reviziju je Savezni sud (BGH) odbio.

**B.**

Ustavna tužba je djelimično osnovana.



## I.

Pobijane presude dodiruju opšte pravo ličnosti apelantice iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava.

1. Zaštita opšteg prava ličnosti proteže se i na fotografiranje jedne od strane treće osobe.

a) Osnovno pravo ima zadatak da zajamči elemente ličnosti koji nisu predmet posebno zagwarantiranih sloboda u okviru Ustava i ne uskraćuju ih u svom konstituirajućem značenju za ličnost (usp. BVerfGE 54, 148 [153]; 65, 1 [41]). Podvođenje konkretnog zahtjeva za pravnom zaštitom pod različite aspekte prava ličnosti mora uslijediti, prije svega, s obzirom na ugrožavanje ličnosti, što se mora utvrditi u pogledu konkretnih okolnosti predmetnog slučaja.

b) Da li postoji ovlaštenje da se objave fotografije koje prikazuju osobe u privatnim ili svakodnevnim odnosima, procjenjuje se s obzirom na pravo na vlastitu sliku i na garanciju privatne sfere, čime se konkretizira opšte pravo ličnosti.

aa) Čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, suprotno shvatanju apelantice, ne sadrži opšte i obuhvatno pravo da se raspolaže predstavljanjem sopstvene ličnosti.

Kako je to savezni ustavni sud već više puta naglasio, opšte pravo ličnosti ne daje pojedincu pravo da bude predstavljen samo onako kako on sam sebe vidi, ili bi htio da bude viđen (usp. BVerfGE 82, 263 [269]; 97, 125 [149]; 97, 391 [403]; 99, 185 [194]). Široko postavljena zaštita tako ne bi samo prerasla zaštićeni cilj ugrožavanja razvoja ličnosti, nego bi prodrla duboko u zaštićenu sferu sloboda trećih.

Apelantica uopšte ne prigovara načinu na koji je njena ličnost predstavljena na spornim fotografijama, a koju su civilni sudovi uglavnom pozitivno procijenili. Nju prije svega zanima pitanje, da li se uopšte smiju pribavljati i objavljivati njene fotografije, ako se ona ne nalazi u službenoj funkciji, nego se javno pojavljuje u privatnom svojstvu ili u svakodnevnim poslovima. Odgovor na ovo pitanje će se dobiti na osnovu konkretizacije opšteg prava ličnosti koje štiti pravo na sopstvenu sliku i privatnu sferu.

bb) Pravo na sopstvenu sliku (usp. BVerfGE 34, 238 [264]; 35, 202 [220]; 87, 334 [340]; 97, 228 [268 i dalje]) jamči pojedincu mogućnost utjecaja i odlučivanja u slučaju da druga lica pripremaju i upotrebljavaju njegove fotografije i crteže. U osnovi je nevažno da li one pojedinca prikazuju u privatnom ili javnom odnosu. Međutim, potreba za zaštitom slijedi – slično kao i kod prava na sopstvenu riječ, iz kojeg je u ustavno pravosuđe uvedeno pravo na sopstvenu sliku (usp. BVerfGE 23, 238 [246] – prvenstveno iz mogućnosti da se vanjska slika jednog čovjeka odvoji od situacije u kojoj se on tada nalazio, da se kao podatak fiksira i da je u svako doba može reproducirati nepregledan krug osoba. Takva mogućnost je proširena razvojem

tehnike snimanja koja omogućuje fotografiranje iz velike daljine, u novije vrijeme čak sa satelitske distance i u nepovoljnim odnosima svjetlosti. (...)

Od raznih aspekata prava na sopstvenu sliku je ovdje značajan onaj koji se tiče proizvođenja određenih fotografija i njihovog stavljanja na raspolaganje širokoj javnosti. Ovdje se ne radi o manipuliranju fotografijama i o njihovom falsificiranju izjmenom stvarnog konteksta, na što zaštita u prvom redu i cilja. Apelantica, suprotno tome, prihvata da sporne fotografije i popratni tekst koji je relevantan za njihovu opštu poruku tačno opisuju situaciju iz njenog života, i to upravo onako kako su je prisutni posmatrači mogli doživjeti. Ona naprosto ne bi htjela da se takve situacije opredmećuju u formi slike i da se tako prezentiraju širokoj javnosti jer su one, prema njenom mišljenju, dio njene privatne sfere.

Za razliku od prava na sopstvenu sliku, zaštita privatne sfere, koja je također ukotvljena u opštem pravu ličnosti, se ne odnosi specijalno na fotografiranje nego je tematski i prostorno uslovljena. Ona na, jednoj strani, obuhvata situacije koje zbog svog informacionog sadržaja na tipičan način moraju biti stepenovane kao „privatne“, jer njihovo javno raspravljanje ili stavljanje na uvid javnosti važi kao neprilično, njihovo obznanjivanje se doživljava kao neprijatnost ili u okolini izaziva štetne reakcije, kao što je to npr. slučaj sa vođenjem rasprave sa samim sobom u formi dnevnika (BVerfGE 80, 367), sa povjerljivim komunikacijama između bračnih partnera (BVerfGE 27, 344), sa područjem seksualnosti (BVerfGE 47, 46; 49, 286), sa socijalno otpadničkim ponašanjem (BVerfGE 44, 353) ili sa bolestima (BVerfGE 32, 373). Ako bi ovdje bila uskraćena zaštita od davanja uvida u informacije drugim osobama, bila bi ugrožena ili onemogućena rasprava sa samim sobom, slobodna komunikacija između bliskih osoba, seksualni razvoj ili uzimanje u obzir ljekarske pomoći, premda se radi o ponašanju koje je zaštićeno osnovnim pravima.

Na drugoj stran, zaštita se proteže na određeni prostor u kojem pojedinac ostaje sam sa sobom, opušta se ili se može osjećati slobodnim (usp. BVerfGE 27, 1 [6]). Istina, takvo područje nudi mogućnost ponašanja na način koji nije dostupan javnosti, tako da bi njegovo posmatranje ili predstavljanje od strane nepozvanih bilo neprijatno ili štetno. U suštini se radi o prostoru u kojem on ima mogućnost da bude oslobođen javnog promatranja, a time i slobodan od iznuđene samokontrole, čak i ako se on ovdje ne ponaša drukčije nego što se inače ponaša u javnost. Ako takva, izdvojena područja više ni bi postojala, pojedinac bi mogao biti psihički opterećen, jer bi neprestano morao paziti kako djeluje na druge i da li se pravilno ponaša. Njemu bi nedostajale faze osamljivanja i uravnoteživanja koje su neophodne za razvoj ličnosti i bez kojih bi on bio efektivno ugrožen.

Potreba za ovakvom zaštitom postoji i kod osoba koje na osnovu svoga ranga ili ugleda, svoje službe ili utjecaja, svojih sposobnosti ili djela uživaju posebnu pažnju javnosti. Osoba koja bi postala ličnost javnog života, htjela to ona ili ne, izgubila bi pravo na sopstvenu privatnu sferu koja je nepristupačna za javnosti. To vrijedi, također, za demokratski izabrane nosioce javnih funkcija, koji su, istina, zbog svoje

funkcije, obavezani na javno podnošenje računa i u tom se obimu moraju podvrgnuti javnoj pažnji, ali ne i za njihov privatni život ukoliko on ne dodiruje obavljanje službe.

Prema priznatim mjerilima, područje kuće predstavlja takvu zaštićenu sferu. Na nju se ona ne smije, međutim, svesti od samog početka, zbog razvoja ličnosti. To važi zato što funkcije kojima kućno područje služi mogu biti ispunjene samo ako ono ne okončava na kućnim zidovima ili na granici kućne parcele. Slobodni razvoj ličnosti bi bio značajno oštećen ako bi pojedinac od javne znatiželje mogao pobjeći samo u svoju kuću. Neophodan odmor od javnosti koja je formirana pod pritiskom funkcija i prisustvom medija može se ostvariti samo povlačenjem u prirodnu okolinu, npr. na neko mjesto za odmor. Zbog toga pojedinac mora načelno raspolagati mogućnošću da se, pošteđen javnog promatranja, slobodno kreće na povučanim mjestima u prirodi ili na mjestima koja su jasno odvojena od široke javnosti. To se posebno odnosi na tehniku snimanja koja savladava prostornu odvojenost, a da pogođeni to ne može primijetiti.

Ne može se generalno i apstraktno utvrditi gdje su, izvan kućnog područja, postavljene granice zaštićene privatne sfere. One mogu biti određene samo na osnovu konfiguracije mjesta na kojem se pogođeni nalazi. Odlučujuće je da li se pojedinac nalazi u situaciji, odnosno da li stvara situaciju u kojoj bi s razlogom i na raspoznatljiv način mogao polaziti od toga da ne želi biti izložen pogledima javnosti.

Da li su ispunjene pretpostavke povučeniosti, može se odgovoriti samo situaciono. Pojedinac na jednom te istom mjestu u određeno vrijeme može osjećati da nije promatran, a u drugom vremenu da jeste. Ni zadržavanje u zatvorenim prostorima nije uvijek jednako povučeniosti. Također u zatvorenim prostorima može nedostajati element povučeniosti, koji predstavlja pretpostavku za zaštitu privatne sfere izvan vlastitog doma, jer se radi o pitanju da li pojedinac s razlogom smije očekivati da nije promatran, ili pak treba birati mjesta na kojima će se kretati izložen očima javnosti.

Mjestima na kojima se pojedinac nazlazi zajedno sa drugim ljudima od početka nedostaju pretpostavke za zaštitu privatne sfere u smislu čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava. Ona ne mogu ispuniti potrebu za osamljivanjem i zbog toga ne omogućuju zaštitu osnovnih prava, koju ovakva potreba zaslužuje zbog razvoja ličnosti. Pojedinac takva mjesta ne može primjerice predefinirati u privatnu sferu svojim ponašanjem, tako što će nastojati da na tipičan način ne bude izložen pogledima javnosti. Privatnu sferu ne konstituira njegovo ponašanje, da li je sam ili je sa drugima, nego objektivne datosti mjesta u konkretnom vremenu. Ako se on na mjestima koja ne pokazuju osobine povučeniosti ponaša tako da izgleda kao da ne stoji pred očima javnosti, on sam ukida potrebu za zaštitom njegovog ponašanja, koje se po sebi ne tiče javnosti.

Dalje, zaštita privatne sfere od javnih uvida otpada kada neko pokaže da je saglasan s tim da se postupci, koji uobičajeno važe kao privatni, učine javnim, npr. ako zaključi

ekskluzivni ugovor o objavljivanju vijesti iz njegove privatne sfere. Ustavnopravna zaštita privatne sfere iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava nije zajamčena u interesu komercijalizacije vlastite ličnosti. Istina, niko nije spriječen da sam otvori takva privatna područja. Ako to učini, on se više ne može pozvati na zaštitu privatne sfere pred javnošću. Samo očekivanje da okolina takve postupke ili ponašanje u području koje ima funkciju povučenog mjesta samo ograničeno prihvati, ili da ih nikako ne uzima k znanju, mora biti konzistentno ili mora doći do izražaja izvan konkretne situacije. To vrijedi i za slučaj povlačenja odluke kojom se dopušta ili se prihvata izvještavanje o određenim događajima iz sopstvene privatne sfere.

dd) Savezni ustavni sud nije još odlučio, šta znači zaštita privatne sfere za porodični odnos između roditelja i djece. Međutim, priznato je da djeca moraju uživati posebnu zaštitu, jer se ona tek moraju razviti u odgovorne osobe (BVerfGE 24, 119 [144]; 57, 361 [383]). Ovakva potreba za zaštitom postoji također s obzirom na opasnosti koje dolaze od medija i njihovih korisnika, a tiču se fotografiranja djece. To može voditi osjetljivijim smetnjama u razvoju njihove ličnosti nego što je to slučaj sa odraslim osobama. Zbog toga područja, u kojima se djeca mogu razvijati i osjećati slobodna od uvida javnosti, moraju biti obuhvatnije zaštićena od područja koja pripadaju odraslim osobama.

Za razvoj dječije ličnosti su u prvoj liniji odgovorni roditelji. Ako vaspitanje ovisi o nesmetanom odnosu prema djeci, posebna zaštita osnovnih prava djece se u korist oca ili majke ne konstituira samo kao običan refleks (BVerfGE 76, 1 [44 i dalje]; 80, 81 [91 i dalje]). Tačnije, u područje zaštite čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava načelno ulazi roditeljska naklonost prema djeci. Zaštićeni sadržaj opšteg prava ličnosti dobija ovdje podršku iz čl. 6 st. 1 i 2 Ustava, koji obavezuje državu, da osigura takve životne uslove koji su neophodni za zdrav rast djeteta, a u koje prvenstveno spada roditeljska briga (usp. BVerfGE 56, 363 [384]; 57, 361 [382 i dalje]; 80, 81 [90 i dalje]).

Ne može se generalno i apstaraktno odrediti kako se u pojedinačnim slučajevima osnažuje zaštita ličnosti posredstvom čl. 6 Ustava. Istina, redovno će nedostajati potreba za zaštitom ako se roditelji sa svojom djecom svjesno obraćaju javnosti, ako npr. zajedno učestvuju na javnim manifestacijama ili čak stoje u njihovom središtu. U tom se smislu oni izlažu rizicima javnih nastupa. U svemu ostalom zaštita opšteg prava ličnosti u korist specifičnog odnosa između roditelja i djece može nastupiti i tamo gdje nedostaju pretpostavke povučenog mjesta.

2. Apelantica je osporenom odlukom ugrožena u njenom opštem pravu ličnosti. Kako fotografije uživaju zaštitu ovog osnovnog prava, sudska tvrdnja, da one smiju biti objavljene suprotno njenoj volji, ograničava zaštitu osnovnog prava koja se proteže i u privatnopravnim sporovima, a sudovi je moraju poštovati.

## II.

Osporavana presuda nije u ponom obimu usklađena sa zahtjevima čl. 2 st. 2 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava (...).

Evropski sud za ljudska prava (EGMR, Straßburg) Caroline von Monaco protiv Njemačke

**Presuda Trećeg senata Evropskog suda za  
ljudska prava (EGMR) od 24. juni 2004.  
– žalba br. 59320/00 (uložena 6. juna 2000) –**

**A.**

Postupak:

(...)

2. Apelantica tvrdi da je odlukama njemačkih sudova povrijeđeno njeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, kako ga garantira čl. 8 Konvencije.

(...)

**B.**

Sudska odluka

50. Sud podsjeća da pojam privatni život obuhvata mnoštvo aspekata koji se odnose na identitet jedne osobe, kao što su ime osobe (...) ili pravo na sopstvenu sliku (...).

Osim toga, područje privatnog života se, prema mišljenju suda, proteže na fizički i moralni integritet ličnosti; garancija iz člana 8 Konvencije služi, iznad svega, jamčenju razvoja ličnosti svakog pojedinca u okviru odnosa prema drugim ljudima uz isključenje vanjskih uplitanja (...). Prema tome, između pojedinca i trećih postoji interaktivna zona koja se pod pretpostavkom stvarnih odnosa može uračunati u „privatni život“ (...).

51. Sud, isto tako, upućuje da jedna osoba pod određenim pretpostavkama može imati „opravdanu nadu“ na zaštitu i poštovanje njenog privatnog života. (...)

(...)

53. U predmetnom slučaju je van svake sumnje da fotografije koje su objavljene u različitim njemačkim časopisima, na kojima se apelantica vidi sama ili sa drugim osobama, zadiru u njen privatni život.

(...)

56. U predmetnom slučaju apelantica se ne poziva na državno djelovanje nego na manjkavu zaštitu njenog privatnog života i prava na sopstvenu sliku od strane državnih službi.

(...)

58. Zaštita privatnog života se mora dovesti u ravnotežu sa slobodnim iznošenjem mišljenja koje garantira čl. 10 Konvencije.

S tim u vezi sud podsjeća da slobodno iznošenje mišljenja predstavlja kamen temeljac demokratskog društva. Ono uz ograde iz čl. 10 st. 2 ne važi samo za „informacije“ ili „ideje“ koje su u uzajamnoj vezi i koje se mogu posmatrati kao bezopasne i nevažne, nego i za takve koje djeluju kao povreda, kao šok ili kao uznemirenje. Ovo slijedi, naime, iz pluralizma, tolerancije i otvorenosti bez koje ne može postojati „demokratsko društvo“ (...).

U tim okvirima štampa zadobija bitnu ulogu u demokratskom društvu: Iako ona ne smije prekoračiti određene granice, posebno kod zaštite dobrog glasa ili prava drugih, ona je u obavezi da pod pretpostavkom sopstvenih obaveza i odgovornosti stavlja na raspolaganje informacije i ideje o svim pitanjima koja su od opšteg interesa (...). Novinarska sloboda podrazumijeva također i oslonac na određeni stepen pretjerivanja, ili čak na provokaciju (...).

59. Premda sloboda iznošenja mišljenja vrijedi i za objavljivanje fotografija, ovdje se radi o području u kojem poseban značaj imaju zaštita dobrog glasa i zaštita prava drugih. Pri tom se ne radi o širenju „ideja“, nego o širenju slika koje sadrže vrlo lične ili čak intimne „informacije“ o jednom čovjeku. Osim toga, fotografije koje su objavljene u bulevarskoj štampi, najčešće nastaju pod uslovima koji su jednaki trajnom pritisku i koje pogođena osoba doživljava kao posebno snažano zadiranje u njen privatni život, ako ne i progon.

(...)

61. Sud, prije svega, ističe da fotografije koje su štampane u različitim njemačkim časopisima prikazuju apelanticu u svakodnevnom životu, dakle, u čisto privatnim djelatnostima: u sportu, u šetnji, pri izlasku iz jednog restorana ili na odmoru. Spomenute fotografije, na kojima je apelantica oslikana ili sama, ili u pratnji drugih osoba, su dio serije napisa sa bezazlenim naslovima kao što su „O jednostavnoj sreći“, „Caroline ... povratak jedne žene u život“, „Sa princezom na putu u Pariz“ ili „Poljubac. Ili: ona se više ne skriva“ (...).

(...)

63. Prema stavu Suda, postoji načelna razlika između izvještavanja o faktima, koji su – čak i kada su kontroverzni – u stanju da u demokratskom društvu dovedu do debate, jer se na primjer odnose na političare koji su obavljali javnu funkciju, i izvještavanja o pojedinostima iz privatnog života jedne osobe, koja pri tom, kako je to ovdje slučaj, ne obavlja takve funkcije. Premda štampa u prvom slučaju ima ulogu nadzornika u jednom demokratskom društvu i doprinosi „širenju ideja i informacija o pitanjima od javnog interesa“ (...), ona takvu ulogu nema u drugom slučaju.

64. Čak i ako postoji pravo na informiranje javnosti koje važi kao bitan element jednog demokratski organizovanog društva i pod određeni okolnostima se može protezati na aspekte privatnog života, posebno u slučaju političara (...), to se ne odnosi na predmetni slučaj: Ovaj slučaj je zaista postavljen u području koje je izvan svake političke ili javne debate, jer se objavljene fotografije zajedno sa komentarima odnose isključivo na detalje iz privatnog života apelantice.

65. Sud je prema tome (...) mišljenja da objavljivanje fotografija u predmetnom slučaju služi zadovoljavanju radoznalosti određene publike s obzirom na pojedinosti iz privatnog života apelantice, premda stepen javnog ugleda apelantice ne može poslužiti kao doprinos debati koja je od opšteg društvenog interesa (...).

66. Pod tim pretpostavkama sloboda iznošenja mišljenja zahtijeva usko tumačenje (...).

67. S tim u vezi Sud uzima u obzir i zaključak Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope o pravu na poštovanje privatnog života u kojem je podvučeno „jednostrano tumačenje prava na slobodno iznošenje mišljenja“ u određenim medijima, jer oni pokušavaju opravdati povredu prava iz čl. 8 Konvencije stavom da „njihovi čitaoci imaju pravo da sve znaju o osobama javnog života“ (...).

(...)

74. Sud, prema tome, zastupa mišljenje da kriteriji koje su nacionalni sudovi upotrijebili u ovoj stvari nisu dovoljni kako bi se zagarantirala efektivna zaštita privatnog života apelantice: Ona se, u stvari, kao „apsolutna“ osoba savremenog doba – u ime slobode štampe i opšteg interesa – na zaštitu sopstvenog privatnog života može pozvati kada se nalazi na osamljenom mjestu iz kojeg je isključena javnost i kada to, što je vrlo teško, može dokazati. Ako to nije slučaj ona mora prihvatiti da u svako vrijeme, i gotovo sistematski, bude fotografirana, i morala bi pristati da takve slike budu objavljene u širokoj javnosti, čak i ako bi se fotografije sa pratećim člancima, što je ovdje slučaj, odnosile isključivo na njen privatni život.

75. Kako Sud vidi stvari, kriterij osamljenog mjesta, čak i ako se u teoriji može učiniti jednoznačnim, u praksi je problematičan i jedva da se, iz perspektive pogođene osobe unaprijed može odrediti: U predmetnom slučaju nije dovoljna opšta činjenica da je apelantica „apsolutna“ osoba savremenog, doba da bi se opravdao ovakav napad na privatni život.

#### D.

##### Zaključak

76. Kako je naprijed objašnjeno, Sud je mišljenja da pri utvrđivanju značaja zaštite privatnog života i slobode iznošenja mišljenja, kao određujući faktor mora vrijediti doprinos koji objavljene fotografije i članci imaju za debatu od opšteg interesa. U priloženoj stvari se, međutim, mora utvrditi da takav doprinos nedostaje,

jer apelantica nema oficijelne funkcije i fotografije koje su predmet spora zajedno sa člancima reflektiraju isključivo njen privatni život.

77. Osim toga, javnost nema, prema stavu Suda, legitiman interes da sazna gdje se apelantica nalazi i kako se ona uobičajeno ponaša u svom privatnom životu, čak i onda kada se ona kreće na mjestima koja se uvijek ne mogu označiti kao osamljena, premda se ona može označiti kao poznata osoba.

Kada bi se i uzelo da takav interes javnosti postoji, kao i komercijalni interes časopisa da objave fotografije i članke, oni u predmetnom slučaju, prema shvatanju Suda, moraju ustuknuti pred pravom apelantice na djelotvornu zaštitu njenog privatnog života.

78. Konačno, razlozi nacionalnih sudova, prema mišljenju Suda, nisu dovoljni da bi se zajamčila efektivna zaštita privatnog života apelantice, pri čemu je imenovana morala imati „opravdanu nadu“ da će u datim okolnostima biti zaštićen njen privatni život.

79. S obzirom na sve navedene aspekte, i unatoč prostoru slobodnog odlučivanja kojim raspolaže država, mišljenje je Suda da sudovi nisu proveli pravedno uravnoteženje interesa koji međusobno konkuriraju.

80. Zbog toga je povrijeđen član 8 Konvencije.

## 18) BVerfGE 120, 238

(Automatische Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen)

### **Automatizirano registriranje oznaka na registarskim tablicama motornih vozila**

1. Automatizirano registriranje oznaka na registarskim tablicama motornih vozila u svrhu usporedbe sa stanjem policijske istrage, zadire u zaštićeno područje osnovnog prava na informaciono samoodređenje (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) ako usporedba nije neodgovorna i oznake na registarskoj tablici ne budu odmah obrisane bez ikakvih tragova.
2. Ustavopravni zahtjevi se u odnosu na pravne osnove orijentiraju prema težini uplitanja na koje posebno utječu vrsta registriranih informacija, povod i okolnosti njihovog prikupljanja, krug osoba koje su pogođene i način vrednovanja podataka.
3. Obično imenovanje svrhe, da se registarske tablice uspoređuju sa stanjem policijske istrage koje nije zakonom pobliže određeno, nije u skladu sa zahtjevom da norme moraju biti određene.



4. Automatizirano registriranje oznaka na registarskim tablicama motornih vozila ne smije uslijediti bez ikakvog povoda, kao što ne smije biti provedeno na neograničenom prostoru. Konačno, nije zadovoljeno načelo srazmjernosti u užem smislu, kada zakonsko ovlaštenje omogućuje automatizirano registriranje i vrednovanje oznaka na registarskim tablicama motornih vozila bez postojanja konkretne opasnosti ili povećanog opšteg rizika po ugrožavanje ili povredu pravnih dobara koja bi dala povod za prikupljanje podataka o registarskim tablicama. Provođenje takve mjere u formi povremenog uzorka bi u datom slučaju moglo biti dopušteno u pogledu uplitanja od manjeg intenziteta.

**Presuda Prvog senata od 11. marta 2008.  
- 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 -**

OBRAZLOŽENJE:

Ustavna tužba je usmjerena protiv policijskog propisa u Hessenu i Schleswig-Holsteinu koji ovlašćuje na automatizirano registriranje oznaka na registarskim tablicama motornih vozila.

**A.**

**I.**

Motorna vozila se kod automatiziranog registriranja oznaka na registarskim tablicama, s obzirom na današnje stanje tehnike, najprije snimaju video kamerom. Uz pomoć softwera se iščitavaju slova i brojevi unešeni na registarsku tablicu. Tako dobijeni podaci se automatski upoređuju sa policijskim podacima iz istrage. Ako je registarska tablica sadržana u ovoj bazi podataka, prijavljuje se pogodak. Onda se utvrđuje broj registarskih oznaka kao i dalje informacije, kao što su mjesto i vrijeme pogotka, nakon čega mogu uslijediti policijske mjere, kao što je zadržavanje vozila. Ako se registarska oznaka ne nalazi u bazi podataka o potrazi, slika i dokumentirana registarska oznaka se brišu. Aparati za snimanje se mogu postavljati stacionarno ili mobilno. Kod stacionarnog rada registarske oznake mogu biti snimljene u oba pravca vožnje, dakle, i sa leđa. Kod mobilnih sistema kamera se može koristiti u policijskom vozilu koje je u pokretu.

Tehnika raspoznavanja registarskih oznaka je najprije razvijena u Velikoj Britaniji („automatic number plate recognition“ – ANPR). Tamo se trenutno, u odnosu na ostatak svijeta, upotrebljava u najvećem obimu. Tako se ona koristi u centralnom dijelu Londona kako bi se kontroliralo plaćanje takse za vožnju u centru grada. (...) Ona se također koristi u Francuskoj radi automatiziranog identificiranja registarskih oznaka zbog sprečavanja i gonjenja počinitelja krivičnih djela koja se odnose na terorizam, kao i zbog gonjenja počinitelja krivičnih djela organiziranog kriminala,

krađe i skrivanja ukradenih vozila, kao i zbog određenih carinskih prekršaja (usp. Conseil Constitutionnel, Odluka od 19. januara 2006. - br. 2005-532 DC -).

## II.

Apelanti ustavnom tužbom ističu da se osporavani propisom povređuje njihovo osnovno pravo na informaciono samoodređenje iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava.

(...)

## B.

Ustavne tužbe su dopuštene. Apelanti su u svojim osnovnim pravima pogođeni osporavanim propisima neposredno, lično i trenutno.

## I.

Ustavna tužba se izuzetno može pokrenuti i neposredno protiv zakona koji se mora izvršavati, ako apelant ne može iscrpiti pravni put, budući da nije primio k znanju konkretne mjere (usp. BVerfGE 30, 1 [16 i dalje]; 67, 157 [169 i dalje]; 100, 313 [354]; 109, 279 [306 i dalje]; 113, 348 [362 i dalje]). Isto važi i kada je predviđeno naknadno obznanjivanje, ali se od njega može dugoročno uzev odustati zbog mnoštva izuzetaka u pogledu normativnih pretpostavki djela. U takvim okolnostima upravo nije zajamčena efektivna pravna zaštita (usp. BVerfGE 109, 279 [370]; 113, 348 [362 i dalje]).

(...)

## II.

Apelanti su također pogođeni lično i trenutno. Isitna kada ugrožavanje – kao i ovdje – uslijedi izvršavanjem osporavanog zakona, pogođeni u pravilu ne zna ništa o aktu izvršenja tako da je dovoljno za mogućnost lične i trenutne pogođenosti da apelant pokaže da će njegova osnovna prava najvjerojatnije biti dotaknuta mjerom koja počiva na osporavanoj pravnoj normi (usp. BVerfGE 67, 157 [169 i dalje]; 100, 313 [354]; 109, 279 [307 i dalje]; 313, 348 [363]). (...)

Navodi apelanata su, s obzirom na to, dovoljni kako bi se dokazalo da su lično i trenutno pogođeni. Nadzorom je pogođen svako u čija se prava ličnosti zadire posredstvom državnih mjera (usp. BVerfGE 109, 279 [308]; 113, 348 [363]). Apelanti svaki za sebe navode da su registrirani vlasnici sopstvenih osobnih vozila. Ovo je dovoljno kako bi se prihvatilo da postoji lična i trenutna pogođenost. Praktično, postoji mogućnost registriranja oznaka na registarskim tablicama za svakog vlasnika motornog vozila čije se vozilo nalazi na ulicama konkretne savezne zemlje. (...)

**C.**

Ustavne tužbe su također osnovane. Oспоравanim propisima se povređuje opšte pravo ličnosti apalanata iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava u varijanti osnovnog prava na informaciono samoodređenje.

**I.**

(...)

1. Pravo na informaciono samoodređenje vodi računa o ugrožavanju i povredama ličnosti koje posebno pod uslovima moderne obrade podataka mogu proizići iz mjera koje se odnose na informacije (...). Ovo osnovno pravo utvrđuje i proširuje zaštitu osnovnog prava u području slobode ponašanja i privatnosti; ono započinje već na stepenu ugrožavanja ličnosti.

Takva situacija ugrožavanja može nastati i prije konkretnog napada na pravna dobra. Posredstvom elektronske obrade podataka su pojedinačni podaci o ličnim ili stvarnim odnosima neke osobe pogodni za neograničeno pohranjivanje i mogu se za sekundu, u svako vrijeme, bez obzira na udaljenost, ponovo pozvati. Oni se, osim toga, mogu spojiti sa drugim zbirkama podataka pri čemu nastaju najrazličitije mogućnosti kombiniranja i korištenja (usp. BVerfGE 65, 1 [42]; 115, 320 [342]). Na taj način se mogu proizvesti dalje informacije i tako se može dospjeti do zaključaka kojima se ugrožavaju interesi pogođenih na poštovanje tajnosti, što je zaštićeno osnovnim pravima, kao što ovo sa sobom može povući i zadiranja u slobodu na izbor vlastitog ponašanja (usp. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45]; ...). Dalju specifičnost u pogledu potencijala mjera elektronskog skupljanja podataka povodom povrede osnovnih prava predstavlja masa podataka koji se obrađuju i koji se na konvencionlanom putu uopšte ne mogu savladati. Pozicija duhovnog ugrožavanja, koja dolazi sa ovakvim tehničkim mogućnostima, odgovara zaštiti osnovnog prava koja se na ovo odnosi (usp. BVerfGE 65, 1 [42]; 113, 29 [45 i dalje]; 115, 320 [342]).

Čak i onda kada prikupljanje veće količine podataka nije ništa drugo do sredstvo za ostvarenje cilja, umanjeње mase koja se obrađuje, zadiranje u osnovno pravo može postojati u prikupljanju informacija ako se takve informacije stavljaju na raspolaganje državnim službama i ako obrazuju bazu za naknadnu usporedbu sa kriterijima policijske istrage (usp. BVerfGE 100, 313 [366 sa 337, 380]; 115, 320 [343]). Mjerodavno je da li se opštim pregledom, u pogledu na svrhu nadzora i na korištenje, upravo tako zgusnula određena potreba državnih službi za konkretnim podacima da se mora potvrditi pogođenost u kvalitetu koji proizvodi napad na osnovno pravo (usp. BVerfGE 115, 320 [343]).

Obim zaštite prava na informaciono samoodređenje se ne ograničava na informacije koje su po svom tipu senzibilne i upravo zbog toga moraju biti zaštićene osnovnim

pravom. Također odnos prema podacima koje se tiču ličnosti, a koje po sebi imaju neznan informativni sadržaj može, već prema svome cilju i prema postojećim mogućnostima obrade i spajanja imati, po osnovna prava, relevantan učinak na privatnost i slobodu ponašanja pogođenog. Utoliko više, pod uslovima elektronske obrade podataka, ne postoji običan, dakle, o kontekstu upotrebe neovisan, beznačajan datum (usp. BVerfGE 65, 1 [45]; BVerfG NJW 2007, s. 2464 [2466]).

Zaštita osnovnog prava ne otpada već zbog toga što su predmetne informacije javno dostupne – kako je to propisano za označavanje motornih vozila koje služi identifikaciji (§ 23 st. 1 rečenica 3 StVO). Kada se pojedinac kreće u javnosti pravo štiti informaciono samoodređenje njegovog interesa da informacije koje su povezane sa osobom ne budu deponovane na putu automatiziranog prikupljanja informacija sa mogućnošću njihovog daljeg korištenja (usp. BVerfG, Rješenje 1. Komore Prvog senata od 23. februara 2007 - 1 BvR 2368/06 -. NVwZ 2007, s- 688 [690 i dalje]).

2. Na drugoj strani, prikupljanje podataka ne utemeljuje činjeničnu pretpostavku ugrožavanja kada se podaci neposredno po prikupljanju tehnički sortiraju, bez ikakvih tragova, anonimno i bez mogućnosti da se uspostavi veza sa konkretnom osobom (usp. također BVerfGE 100, 313 [366]; 107, 299 [328]; 115, 320 [343]). Otud ne dolazi do napada na zaštićeno područje prava na informaciono samoodređenje u slučajevima elektronske obrade registarskih tablica ako bi se usporedba sa stanjem istrage odmah preduzela i ako bi ona ispala negativna (takozvani slučaj promašaja), kao ni onda kada bi pravno i tehnički bilo dodatno osigurano da će podaci ostati anonimni i da će odmah biti obrisani, bez ikakvih tragova i bez mogućnosti da se uspostavi veza sa nekom osobom.

3. Suprotno tome, do napada na osnovno pravo dolazi kada snimljena registarska tablica ostaje u memoriji, budući da time može postati osnovom daljih mjera (takozvani slučaj pogotka). Od tog trenutka snimljena registarska tablica stoji na raspolaganju državnim službama i započinje specifično ugrožavanje ličnosti u pogledu njene slobode ponašanja i privatnosti, čime se aktivira zaštita osnovnog prava na informaciono samoodređenje.

(...)

b) U pogledu na pogođene osobe upravo memorisanje i vrednovanje registriranih oznaka na registarskim tablicama motornih vozila zadire u pravo na informaciono samoodređenje, jer se na ovaj način podaci, koji se odnose na osobe, čine dostupnim državnim službama, čime se može obrazovati baza za šire državne mjere. Uplitanje u osnovno pravo koje je povezano sa automatiziranim registriranjem oznaka na registarskim tablicama motornih vozila dobija poseban značaj time što mjere ne nude samo tehničko olakšanje kod provjere u pojedinačnom slučaju, nego stvaraju i mogućnost serijske obrade mnoštva registarskih oznaka u najkraćem vremenu. Oni se u ovu svrhu i upotrebljavaju (...).

Uplitanje u osnovno pravo na informaciono samoodređenje se proširuje kada se memorišu dodatne informacije, npr. podaci o mjestima ili pravcu vožnje motornog vozila. Uplitanje se produbljuje kada se registracija oznaka na registarskim tablicama koristi za dobijanje dodatnih informacija, kao što su slike o kretanju neke osobe. Ako se registriranju oznaka na registarskim tablicama priključe konkretne mjere za odbranu od opasnosti, kao što je zaustavljanje motornog vozila ili njegovo isključenje iz saobraćaja, onda one predstavljaju samostalne napade na osnovna prava, koji moraju biti opravdani s obzrom na druga ovlaštenja, čija zakonitost podliježe samostalnim ustavnopravnim pretpostavkama (usp. BVerfG, NJW 2007, s. 2464 [2466]).

(...)

Zadatak je zakonodavca da pronađe propis koji je u skladu sa Ustavom. On mora na strani opisa činjeničnog stanja ograničiti ciljeve koji se slijede kao i prijetnje pravnim dobrima koja se želi zaštititi i mora zajamčiti da će nesrazmjerna uplitanja u osnovna prava biti djelotvorno spriječena odgovarajućim zakonskim pretpostavkama za uplitanja u osnovna prava.

## **19) BVerfGE 106, 28** **(Mithören am Telefon)** **Prisluškivanje telefona**

1. Zaštita tajne u bežičnom komuniciranju (čl. 10 st. 1 Ustava) se proteže na privatne telekomunikacione uređaje.
2. Čl. 10 st. 1 Ustava utemeljuje pravo kojim se može odbraniti od državnih uvida u sadržaje i bliže okolnosti telekomunikacija i stvara obavezu države da predvidi zaštitu ako bi privatne osobe uspjele osigurati pristup komunikacijama.
3. Zajamčeno pravo na izgovorenu riječ, koje je dio opšteg prava ličnosti iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, štiti od upotrebe uređaja za prisluškivanje, koje jedan učesnik razgovora stavlja na raspolaganje trećem, koji ne učestvuje u razgovoru. Čl. 10 st. 1 Ustava ne obuhvata ovakvu zaštitu.
4. Pravno lice privatnog prava se može pozvati na pravo na izgovorenu riječ.
5. O upotrebi svjedočenja u civilnom postupku koje počiva na nezakonitom prisluškivanju telefonskih razgovora.

**Rješenje Prvog senata od 9. oktobra 2002.**  
**- 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Obje ustavne tužbe su spojene zajedničkom odlukom, jer se odnose na pitanje civilnopravne upotrebe svjedočenja o sadržaju telefonskih razgovora, koje su svjedoci mogli pratiti posredstvom prislušnih uređaja, uz znanje samo jednog od učesnika razgovora.

(...)

**C.**

Ustavne tužbe su prihvatljive i osnovane. Pobijanim odlukama apelant nije povrijeđen u svom osnovnom pravu na čuvanje tajne u bežičnom komuniciranju iz čl. 10 st. 1 Ustava. Sudovi, međutim, nisu u potrebnoj mjeri uvažili opšte pravo ličnosti koje, u formi prava na izgovorenu riječ, pripada apelantu.

**I.**

Saznanja koja su u postupku iznijeli svjedoci nisu dobijana pod uslovima kojima bi se povrijedilo čuvanje tajnosti bežičnog komuniciranja. Oni u pogledu na normu osnovnog prava iz čl. 10 Ustava zbog toga ne podliježu zabrani iznošenja i upotrebe dokaza pred sudom (...)

2. Čl. 10 st. 1 Ustava, dakle, ne štiti od upotrebe uređaja za prisluškivanje koje je treća osoba stavila na raspolaganje jednom učesniku razgovora, kako bi ih on koristio protiv drugog učesnika razgovora.

Kako čl. 10 st. 1 Ustava štiti samo tajnost tehničkog medija koji se upotrebljava za prenos vijesti, zaštićeno područje nije ugroženo ako jedan sagovornik, u svom području utjecaja i odgovornosti, omogući pristup telekomunikacionim uređajima privatnoj trećoj osobi. Istina, i u tom slučaju se za napad na telekomunikaciju upotrebljava medij prenosa. Međutim, ne dolazi do realizacije specifičnog stanja povrede koje podrazumijeva čl. 10 st. 1 Ustava. Na prvom mjestu ne stoji povreda povjerenja u sigurnost telekomunikacionih uređaja koji se upotrebljavaju za prenošenje vijesti, nego personalno razočarenje u sagovornika.

c) U predmetnom slučaju su tužiocima prvostepenog postupka omogućili prisluškivanje osobama koje su kasnije saslušane kao svjedoci, upotrebom uređaja koji su bili povezani sa telefonom kao krajnjim aparatom, a stajali su isključivo u području njihovog utjecaja i odgovornosti. Moguće je da su ovim povrijedili povjerenje koje im je dodjeljeno, naime, da zaštite razgovore od trećih. Ovim, međutim, nije ugroženo područje zaštite iz čl. 10 st. 1 Ustava.

## II.

Sudovi su povrijedili ustavom zajamčeno pravo na izgovorenu riječ kao opšte pravo ličnosti, tako što su saslušali svjedoke i iskoristili njihove iskaze. (...)

a) U pravosudnoj praksi Saveznog ustavnog suda je priznato da Ustav pored prava na sopstvenu sliku štiti i pravo na izgovorenu riječ (usp. BVerfGE 34, 238 [246]; 54, 148 [154]). Time je zajamčeno samoodređenje jedne osobe o sopstvenom predstavljanju u komunikaciji sa drugima (usp. BVerfGE 54, 148 [155]). Zaštita obuhvata mogućnost da se svako, prema sopstvenoj procjeni, u komunikaciji ponaša adekvatno datoj situaciji. Osnovno pravo obuhvata i ovlaštenje da svako za sebe određuje, da li sadržaj komunikacije treba biti poznat samo partneru u razgovoru, određenom krugu osoba ili javnosti (BVerfGE 54, 148 [155]) (...). Pravo na samoodređenje se, dakle, prostire na izbor osoba koje trebaju da saznaju sadržaj razgovora.

Pravo na samoodređenje dobija poseban izraz u ovlaštenju čovjeka, da osobno i sam odlučuje, da li njegove riječi trebaju biti snimljene na nosač tona kako bi bile dostupne trećim, pri čemu se riječi i glas odvajaju od učesnika komunikacije i bivaju osamostaljeni u formi koja je dostupna trećim (usp. BVerfGE 34, 238 [246 i dalje]). Suprotno tome, ljudska komunikacija treba posredstvom ljudskih prava biti zaštićena, kako riječi – možda neka nepromišljena i olako iznešena izjava, običan usputni stav koji je izrečen u okviru nekog razgovora ili formulacija koja se može razumjeti samo iz posebne situacije – u nekoj drugoj prilici ne bi bile izdvojene iz konteksta, da bi sadržaj, izraz ili ton bio upotrebljen protiv osobe koja govori. Ustav zbog toga pruža zaštitu od tajnog snimanja kao i od upotrebe takvih snimaka bez saglasnosti, ili čak bez jasno ispoljene volje snimljenog. (...)

Ustav, međutim, ne štiti od takvog „opredmećivanja“ riječi, nego i od povreda prava na samoodređenje u smislu odluke, kojoj osobi sadržaj komunikacije treba biti dostupan. Zaštita svakako postoji i od uvođenja u razgovor treće osobe kao slušaoca, bez znanja drugog ili od dopuštanja trećima da neposredno učestvuju u komunikaciji. Ako se osoba koja govori, ponaša tako da njene riječi bez posebnih poteškoća može čuti mnoštvo ljudi, ona je sama zaslužna da je čuju treći. Ona nije zaštićena od učešća trećih u komunikaciji, ako bi npr. previdjela nepoželjne slušaoce u sopstvenoj blizini ili ako loše procjeni glasnoću sopstvenog govora. Odlučujuće je, da li govornik na osnovu okvirnih uslova smije osnovano očekivati da ga treći neće moći čuti (usp. – o zaštiti prostorno određene privatne sfere – BVerfGE 101, 361 [384 i dalje]).

b) Pravo na izgovorenu riječ nije identično sa zaštitom privatne sfere koja, također, izvire iz opšteg prava ličnosti (usp. BVerfGE 101, 361 [382 i dalje]). (...)

(...) zaštita prava na izgovorenu riječ nije ograničena na odgovarajući sadržaj ili na mjesto, nego se odnosi na samoodređivanje u pogledu neposrednog pristupa komunikacijama, npr. tonskom snimku ili učešću u komunikaciji treće osobe. Zaštita

prava na izgovorenu riječ ponovno zavisi od toga da li se pri razmjeni informacija radi o ličnim sadržajima komunikacije ili čak o podacima koji su posebno osjetljivi za osobu, kao i o dogovoru o posebnoj tajnosti razgovora.

Najčešće se ne može predvidjeti u kojem pravcu će se razvijati jedan razgovor. Tako razgovor, koji se najprije ograničava na poslovne stvari koje nisu predmet tajnosti, može preći u ličan, ili ličan može preći u poslovni razgovor sa osjetljivim sadržajima. Pravo na samoodređenje sagovornika obuhvata mogućnost da se razgovoru da novi tok, a da se ne izgubi vlastita nepristrasnost. Pravo na samoodređenje treba pripremiti onog koji govori na moguće posljedice komunikacije. Ako bi on bio svjestan da ga treći prisluškuje, tako da u slučaju rasprave postoji dokaz (...), on bi mogao, s obzirom na činjenicu da je u suprotnom slučaju bez dokaznih sredstava, izostaviti svako izjašnjavaње koje bi bilo pravno relevantno. On bi se mogao potruditi da pažljivo izabere takve formulacije koje bi u konkretnim okolnostima mogle biti značajne za izvođenje dokaza. Ili bi se, sa svoje strane, mogao pobrinuti da stavi na raspolaganje sopstveni dokaz. Takve mogućnosti, da se svaki put orijentira prema sagovorniku i da se svaki put, primjereno situaciji, ponaša u skladu sa svojim komunikacionim interesima, će mu biti oduzete ako on sam ne može odlučiti, ko neposredno smije primati k znanju sadržaje komunikacije. (...)

3. Prihvatanje i korištenje svjedočenja pred stručnim sudovima predstavlja napad na zaštićeno područje prava na izgovorenu riječ. (...)

aa) Potreba za zaštitom postupka komunikacije, suprotno stavovima Zemaljskog suda, ne zavisi od toga da li razgovor ima povjerljiv sadržaj, ili od toga, da li onaj koji poziva očigledno drži do tajnosti razgovora (...).

bb) Zaštićeno područje prava na izgovorenu riječ svakako ne bi bilo ugroženo da je apelant odobrio svjedocima da slušaju razgovor. (...)

Sudska pretpostavka, da je odobrenje u predmetnom slučaju bilo suvišno ili da se može konkludentno izvesti iz okolnosti slučaja, ne može izdržati ustavnopravnu provjeru. (...)

b) Faktička rasprostranjenost uređaja za prisluškivanje ne opravdava zaključak da ih treći redovno korsite za prisluškivanje razgovora. Naprave koje su ugrađene u telefone radi prisluškivanja razgovora (zvučnici ili dvostruka slušalica) imaju različite svrhe. Tako oni za učesnike jednog razgovora predstavljaju tehničku pretpostavku za proširenje kruga partnera u razgovoru. Osim toga, zvučnici mogu omogućiti da se za vrijeme telefoniranja oslobode obje ruke, kako bi se napravile zabilješke ili prelistali akti, a da se razgovor ne mora prekidati.

Sudovi u prethodnom postupku nisu utvrdili da li odgovarajući uređaji na uobičajen način mogu biti upotrebljeni za prisluškivanje trećih bez njihovog znanja. Čak i ako bi tajno prisluškivanje u određenim područjima, na primjer u poslovnom prometu, bilo faktički uobičajeno, to je još uvijek nedovoljno da se pristanak na prisluškivanje, zbog



toga što mu se sagovornik nije suprotstavio, smatra nebitnim. Iz same okolnosti, da neko zna da postoji mogućnost prisluškivanja, ne slijedi nužno da on sa stvarnim prisluškivanjem računa i da je sa njim prećutno saglasan. (...)

4. Zadiranje u opšte pravo ličnosti apelanta nije opravdano Ustavnim pravom.

Opšte pravo ličnosti nije zajamčeno u neograničenom obimu. Ono je prema čl. 2 st. 1 Ustava, između ostalog, ograničeno ustavnopravnim uređenjem. U ovo se ubrajaju i civilnopravni propisi o saslušanju svjedoka (§§ 373 i dalje ZPO) kao i o pravnoj kvalifikaciji dokaza (posebno § 286 ZPO). Ovi propisi su relevantni za ponašanje sudova (prihvatanje i ocjena dokaza) koje apelant dovodi u pitanje.

Na osnovu rezultata uravnoteživanja opšteg prava ličnosti koje je, na jednoj strani, usmjereno protiv korištenja, sa pravno zaštićenim interesom koji, na drugoj strani, govori u prilog upotrebi dokaza (BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [373 idalje]), određuje se da li je napad na osnovno pravo opravdan.

aa) Ustav pripisuje poseban značaj odredbi da pravosuđe mora biti djelotovorno – između ostalog princip pravne države iz čl. 20 st. 3 Ustava. (...) Održavanje funkcionalnog pravosuđa i stremljenje prema materijalno tačnoj odluci predstavljaju i u civilnom postupku, u kojem se odlučuje unutar privatnopravnog odnosa, važan element opšteg dobra. Kako bi se ustanovila istina, sudovi su pozvani da uzmu u obzir dokaze koje iznose stranke, ako su iskazi o činjenicama značajni i ako ih je potrebno dokazivati. To zahtijeva § 286 ZPO i tamo regulirano načelo slobodne ocjene dokaza kao i pravo na sudsko saslušanje iz čl. 103 st. 1 Ustava koje predstavlja pravo slično osnovnim pravima.

bb) Opšti interes za postojanjem funkcionalnog civilnog i krivičnog sudstva nije dovoljan sam posebi da bi se u okvirima uravnoteživanja moglo uvijek polaziti od toga da mu pripada jednak ili veći značaj od onog koji bi se mogao pripisati opštem pravu ličnosti. Upravo se moraju uzeti u obzir aspekti iz kojih slijedi da je potrebno zaštititi posebne interese koji zahtijevaju usvajanje dokaza, iako se time ugrožava ličnost. U krivičnom postupku to može, na primjer, biti razjašnjenje posebno teških krivičnih djela (BVerfGE 34, 238 [248 i dalje]; 80, 367 [380]). Također u civilnom postupku mogu postojati situacije u kojima interesi za sprovođenje dokaza radi pravne zaštite stranaka – izvan postojećih „običnih“ interesa za dokazima – dobijaju poseban značaj.

To se u praksi prvostepenih sudova pretpostavlja kada se svjedok nalazi u stanju nužde ili u poziciji koja je slična nuždi (usp. BGHZ 27, 284 [289 i dalje]). Primjer koji ovo pokazuje je tajno snimanje radi utvrđivanja identiteta osobe koja se u anonimnom pozivu predstavila tuđim imenom, kako bi pod ovim zaštitnim ogrtačem mogla klevetati bez ikakvih opasnosti (usp. BGH, NJW 1982, s. 277). Drugi primjer su mjere za utvrđivanje ucjenjivačkih prijetnji (usp. BGHZ 27, 284 [290]). U sudskoj praksi će opravdavanje napada na opšte pravo ličnosti biti uzeto u obzir i onda kada

je napadnutom, prilikom pribavljana dokaznih sredstava, vrlo teško ili nije nikako moguće odbraniti kriminalni napad na njegovu poslovnu egzistenciju (usp. BGH, NJW 1994, s. 2289 [2292i dalje]. Suprotno tome, nije dovoljno da postoji samo interes da se osigura dokazno sredstvo za neko civilno pravo.

## **20) BVerfGE 120, 274** (Heimliche Infiltration – „Online-Durchsuchungen“) **Tajna infiltracija – „Internetski (Online)-pretres“**

1. Opšte pravo ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) obuhvata osnovno pravo na zajamčeno povjerenje i integritet informaciono-tehničkih sistema.
2. Nije u suprotnosti sa ustavnim pravom tajna infiltracija nekog informacionotehničkog sistema čijim se korištenjem ovaj sistem nadzire, a njegovi mediji memorisanja mogu biti očitavani, samo ako postoje stvarni dokazi o konkretnoj opasnosti za pravno dobro od izuzetnog značaja. Izuzetno su važni tijelo, život i sloboda ličnosti ili takva dobra zajednice čijim ugrožavanjem se dotiču osnove ili egzistencija države ili osnove ljudske egzistencije. Mjera može biti opravdana čak i onda kada se ne može sa odgovarajućom sigurnošću utvrditi da će opasnost nastupiti u bližoj budućnosti, ali odgovarajuće činjenice upućuju u pojedinačnom slučaju na opasnost koja za posebno važno pravno dobro dolazi od određenih osoba.
3. Tajna infiltracija nekog informacionotehničkog sistema se načelno mora staviti pod pridržavanje sudskog odobrenja. Zakon kojim se ovlašćuje na ovakvo uplitanje mora sadržati mjere koje omogućuju da se zaštititi jezgro privatnog uobličavanja života.
4. Ako se ovlaštenje odnosi na neku državnu mjeru kojom se u računarskoj mreži mogu očitati sadržaj i okolnosti tekućih telekomunikacija ili se mogu vrednovati podaci koji se na ovo odnose, uplitanje se mjeri prema čl. 10 st. 1 Ustava.
5. Ako država dobije spoznaje o sadržaju internetskih komunikacija na putu koji je za ovo tehnički predviđen, onda uplitanje u čl. 10 st. 1 Ustava postoji samo onda kada državni organi nisu autorizirani da dobijaju saznanja kao učesnici u komunikaciji.  
Ako država pribavlja komunikacione sadržaje iz interneta koji su otvoreni za javnost, ona učestvuje u javno pristupačnom postupku komuniciranja i načelno se ne upliće u osnovno pravo.

**Presuda Prvog senata od 27. februara 2008.****- 1 BvR 370/09, 559/07 -**

(...)

Zaštita osnovnih prava očekivanjem povjerenja i integriteta postoji neovisno o mogućnosti da se napad na informacionotehnički sistem obavi lako ili samo uz značajan napor. Očekivanje povjerenja i integriteta, je priznato i zaštićeno osnovnim pravom i postoji samo dok pogođeni koristi informacionotehnički sistem kao vlastiti i zato, svaki put prema konkretnim okolnostima, smije polaziti od toga da sam ili zajedno sa drugima raspolaže odlukom o pristupu ovlaštenih osoba informacionotehničkom sistemu. Ako se korištenje vlastitog informacionotehničkog sistema odvija posredstvom informacionotehničkih sistema koji se nalaze u faktičkoj vlasti drugih, zaštita korištenja se proteže i na njih.

(...)

Ako se očitavaju podaci koji daju informaciju o komunikacij pogođenog sa trećim osobama, intenzitet napada na osnovno pravo se povećava time što je ograničena mogućnost građana – koja je i u funkciji opšteg dobra – da učestvuju u bežičnoj komunikaciji, a da ne budu nadzirani (usp. o prikupljanju podataka o uspostavljenim kontaktima BVerfGE 115, 166 [187 i dalje]). Prikupljanje takvih podataka posredno ugrožava slobodu građana, jer strah od nadzora, čak ako se on uspostavlja naknadno, može spriječiti prirodnu individualnu komunikaciju. Pored toga, takvo prikupljanje podatak karakterizira značajna širina koja pojačava snagu zadiranja u osnovno pravo time što se sa komunikacionim partnerom osobe koja se nadzire nužno obuhvataju i treći, a da pri tom nije bitno da li se u takvoj osobi nalaze pretpostavke ovakvog zadiranja (usp o telekomuniacionom nadzoru BVerfGE 113, 348 [382 i dalje]); dalje, BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321]).

(...)

Tekući ili samo privremeno zapamćeni podaci mogu biti od posebnog značaja za ličnost pogođenog, ili mogu omogućiti pristup drugim, posebno osjetljivim podacima. To npr. vrijedi za cache-memoriju koju postavljaju radni programi kao što su Web-Browseri, a čija obrada može omogućiti dobijanje informacija okorištenju takvih programa, a time posredno i o afinitetima ili komunikacionim navikama pogođenog, ili o pristupnim kodovima kojima pogođeni ostvaruje pristup tehnički osiguranim sadržajima na njegovom sistemu ili mreži. Pored toga dogoročni nadzor internetskih komunikacija, kako to može omogućiti osporavana norma, predstavlja bitno intenzivano zadiranje u usporedbi sa jednostrukim prikupljanjem komunikacionih sadržaja i oklnosti komuniciranja. Konačno, mora se uzeti u obzir da regulirani upad služi i da je podoban da zaobiđe tehnologiju kodiranja. Na taj način se zaobilaze vlastite mjere zaštite koje pogođeni preduzima protiv upada u podatke koje on ne želi. Ometanje takve informacione samozaštite pojačava težinu zadiranja u osnovno pravo.

## 21) BVerfGE 112, 304 (GPS-Observation)

### GPS-opservacija

1. § 100 cst. 1 br. 1 slovo b StPO ([Strafprozessordnung] Uredba o krivičnom postupku) je, kao zakonski osnov za izvođenje i upotrebu dokaza, korištenjem Global Positioning Systema, u skladu sa ustavnopravnim pretpostavkama.
2. Službe koje vode istragu o krivičnim djelima moraju, s obzirom na potencijal opasnosti koji je imanentan „aditivnom“ napadu na osnovno pravo, prilikom korištenja modernih metoda istrage, posebno onih koje za pogođenog ostaju tajni, uvažavati specijalne zahteve koji se stavljaju pred postupak.
3. Zbog brzog i za zaštitu osnovnih prava riskantnog informacionotehničkog napretka, zakonodavac mora pažljivo posmatrati tehnički razvoj i u slučaju potrebe dodatnim zakonodavstvom poduzimati odgovarajuće korekture. Ovo se odnosi i na pitanje, da li su postojeće procesnopravne mjere, s obzirom na budući razvoj, pogodne da efektivno osiguraju zaštitu osnovnih prava i da na siguran način osujete nekoordinirane istražne mjere različitih službi.

#### Presuda Drugog senata od 12. aprila 2005.

- 2 BvR 581/01 -

(...)

Ustavna tužba se odbija.

OBRAZLOŽENJE:

#### A.

Ustavna tužba je usmjerena protiv korištenja Global Positioning Systema (GPS) u istrazi povodom krivičnopravnog postupka koji je proveden istovremeno sa drugom opservacionom mjerom, kao i protiv korištenja saznanja koja su dobijena iz GPS-opservacije. Ona se odnosi na pitanje, da li je § 100 c st. 1 slovo b Uredbe o krivičnom postupku (*Strafprozessordnung* – StPO) u skladu sa Ustavom.

#### I.

Na osnovu član 3 br. 6 Zakona o suzbijanju ilegalne trgovine opojnim drogama i drugih oblika organiziranog kriminala (OrgKG) od 15. jula 1992. (BGBl. I, s. 1302) je u StPO uveden § 100 c st. 1 br. 1 slovo b StPO. Propis, u svrhu opservacije, regulira korištenje posebnih tehničkih sredstava koja su predviđena za utvrđivanje

činjeničnog stanja ili za pronalaženje mjesta boravka počinioca. Mjera je usmjerena prema § 100 c st. 2 rečenica 1 StPO protiv optuženog. U odnosu na druge osobe dozvoljena je samo prema pretpostavkama iz § 100 c st. 2 rečenica 3 StPO. Prema § 101 st. 1 rečenica 1 StPO, za čije tumačenje je potrebno voditi računa o presudi Saveznog ustavnog suda od 3. marta 2004. (BVerfGE 109, 279 [363 i dalje]) se učesnici moraju upoznati sa poduzetim mjerama.

§ 100 c StPO glasi:

„Korištenje tehničkih sredstava

(1) Bez znanja pogođenog

1. smiju

(a) biti napravljene fotografije i creži,

(b) ostala posebna tehnička sredstva, koja su određena u svrhu opservacije, kako bi se istražilo činjenično stanje ili kako bi se pronašlo mjesto boravka počinioca, smiju biti upotrebljena, ako je predmet istrage krivično djelo od posebnog značaja i kada je utvrđivanje činjeničnog stanja ili pronalaženje mjesta boravka počinioca na drugi način bezizgledno ili otežano.

(...)“

## II.

Apelant je, kao član takozvane antiimperijalističke ćelije (*Antiimperialistische Zelle, AIZ*), nastavljajući u to vrijeme upravo napuštanu strategiju oružane borbe „Frakcije crvene armije“ (*„Rote Armee Fraktion“*, RAF), izvršio četiri bombaška napada. Viši zemaljski sud ga je zbog ovih djela, između ostalog, zbog pokušaja ubistva u četiri slučaja (...) osudio na ukupnu kaznu zatvora od 13 godina.

1. Viši zemaljski sud se prilikom ocjene dokaza oslonio na mjerodavne spoznaje mnogobrojnih opservacionih mjera koje su protiv apalenta i ostalih optuženih provedene u prvostepenom postupku.

(...)

Decembra 1995. je po nalogu Generalnog saveznog tužioca u osobnom motornom vozilu suoptuženog instalran GSP-prijemnik uz čiju pomoć je prostorna pozicija vozila mogla biti određena, sa tačnošću do pedeset metara. Ciklus memorisanja podataka je bio tako programiran da su u ugrađenom prijemniku po minutnom taktu snimani datum, vrijeme geografska širina i zemaljske koordinate, kao i brzina kojom se u svakom trenutku kretalo osobno vozilo. Memorisani podaci su „preuzimani“, s razmakom od nekoliko dana, pomoću postupka koji bi se kratkoročno aktivirao. Pregledom podataka o poziciji bilo je moguće u cjelini rekonstruirati vožnju, mjesta parkiranja i zadržavanja. GSP-opservacija je trajala sve do hapšenja apelanta, 25. oktobra 1996.

(...)

### C.

#### I.

Osporavane odluke krivičnih sudova počivaju na tačnom stavu, da § 100 c st. 1 br. 1 slovo b StPO predstavlja zakonsku osnovu za skupljanje i korištenje dokaza pod pretpostavkom upotrebe GPS-a. Propis odgovara ustavnopravnim zahtjevima da norme krivičnog procesnog prava, koje omogućuju uplitanje u osnovna prava, budu određene (pod 1.) i u svemu ostalom je u skladu sa Ustavom ( pod 2.).

(1.) Kako strožija formulacija zahtjeva za određenošću zakona iz čl. 103 st. 2 Ustava načelno ne važi za propise krivičnog procesnog prava (usp. BVerfGE 25, 269 [286 i dalje]; 63, 343 [359]), zahtjev za jasnoćom normi i za određenošću činjeničnog stanja se dobija iz principa pravne države (čl. 20 st. 3, čl. 28 st. 1 Ustava). Prema njemu, pravne pretpostavke i posljedice koje propisuje jedna norma moraju biti tako formulirane da pogođeni može shvatiti pravnu situaciju i da joj može prilagoditi sopstveno ponašanje (usp. BVerfGE 21, 73 [79]; 25, 269 [285]; 87, 287 [317 i dalje]; stalna sudska praksa).

a) Zakonodavac je u § 100 c st. 1 br. 1 slovo b StPO dopustio da se koriste tehnička sredstava samo kada povod predstavlja djelo od „bitnog značaja“. On je odustao od dalje konkretizacije, kao što bi to npr. bilo uvođenje kataloga krivičnih djela. Savezni ustavni sud je već utvrdio da karakteristika „bitan značaj“ svaki zahvat u osnovna prava podvrgava dovoljno odredivom ograničenju. Takvo krivično djelo mora spadati bar u područje srednjeg kriminaliteta, mora na osjetljiv način ugrožavati pravni mir i mora biti podobno da kod naroda u značajnoj mjeri izazove osjećaj pravne nesigurnosti (usp. BVerfGE 102, 21 [34]; 107, 299 [322]; 109, 279 [344]).

b) U okviru tumačenja karakteristike „ostala posebna tehnička sredstva, koja su određena u svrhu opservacije“, kako je ona navedena u § 100 c st. 1 br. 1 slovo g StPO, moguća je konkretizacija u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima.

aa) Nedovoljna je napomena koju sadrže osporavane presude krivičnih sudova, da se kod GSP-a naprosto radi o nešto usavršenijim tehničkim sredstvima od onih koje je zakonodavac naveo kao primjere mjernih mikro-odašiljača (...). Uspješna upotreba mjernog mikro-odašiljača pretpostavlja bar orijentaciono poznavanje aktuelnog mjesta zadržavanja okrivljenog. Korištenje GPS-a se ne odnosi na takvo bitno ograničenje mogućnosti korištenja.

Zahtjev za određenošću iziskuje da zakonodavac tačno označi tehničke instrumente i da tako osigura, da adresat svaki put može shvatiti sadržaj norme (usp. BVerfGE 87, 287 [317 i dalje]). Zahtjev za određenošću ne iziskuje, međutim, takve zakonske formulacije koje bi isključile uzimanje u obzir svakog budućeg kriminalno-tehničkog

usavršavanja. Zbog brzih informacionotehničkih promjena koje su za zaštitu osnovnih prava riskantne (usp. BVerfGE 65, 1 [42 i dalje]), (...) zakonodavac mora pažljivo promatrati tehnički razvoj i u slučaju da on, s obzirom na konkretno popunjavanje otvorenih zakonskih pojmova posredstvom krivičnih službi i krivičnih sudova, poprими pogrešan tok, mora po potrebi dodatnim normiranjem unijeti odgovarajuće korekture (BVerfGE 90, 145 [191]).

bb) Upotreba karakteristike „ostala posebna tehnička sredstva, koja su određena u svrhu opservacije“, su u skladu sa ovim zahtjevima. S obzirom na cilj, lako se razumije šta je pod ovim mišljeno i može se konkretizirati pomoću metoda za tumačenje zakona koje su opštepriznate.

Zakonodavac je sistematskim razgraničenjem sredstava običnog optičkog promatranja iz § 100 c st. 1 br. 1 slovo a StPO, na jednoj strani, i tehnike akustičkog promatranja i snimanja iz § 100 c st. 1 br. 2 i 3 StPO, na drugoj strani, jasno razgraničio područje u kojem se primijenuju moderne kriminološke tehnike, koje omogućuju da se na novi način rasvijetli određeno činjenično stanje ili da se locira neka osoba. Radi se o lociranju i određivanju mjesta boravka pomoću promatranja tehničkim sredstvima. U tom se području nalazi upotreba GPS-a. (...) Pri ovakvom stanju stvari, zakonodavac nije morao polaziti od toga da GPS može postati instrumentom za opservaciju posebne vrste i specifične dubine, čija upotreba prema Ustavu smije biti dopuštena samo pod restriktivnim pretpostavkama.

2. Regula iz § 100 c st. 1 br. 1 slovo b StPO je i u svemu ostalom u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima.

Napad na opšte pravo ličnosti (čl. 2 st. 1 Ustava u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) upotrebom instrumenata tehničke opservacije ne doseže na tipičan način, prema razmjeru i intenzitetu, do neprikosnovenog jezgra privatnog uobličavanja života (usp. o ovom BVerfGE 80, 367 [375]; 109, 279 [319], tako je i ovdje. Zakonodavac bi mogao dodatno uzeti u obzir da primjena ovih tehničkih sredstava, i kada zahvata u područje koje je zaštićeno osnovnim pravom, može na kraju pozitivno djelovati i na pogođenog. To je otprilike slučaj sa tehnički osnaženom opservacijom koja može spriječiti dublji napad (...) sa učinkom na treće. Zbog toga se ništa ne može prigovoriti zakonodavcu koji je prihvatljivost mjere naprosto učinio ovisnom o početnoj sumnji. Njemu nije zabranjeno da korištenje ovih sredstava veže za najniži stepen subsidiarnosti koji je u neposrednoj sistematskoj vezi sa § 100 c StPO („ako je predmet istrage krivično djelo od posebnog značaja i kada je istraživanje činjeničnog stanja ili pronalaženje mjesta boravka počinioca na drugi način bezizgledno ili otežano“, usp. o ovom BVerfGE 109, 279 [342 i dalje]).

3. Suprotno shvatanju apelanta, za istovremeno korištenje više istražnih mjera nije potreban poseban zakonski osnov. Upravo bi zakonodavac morao biti svjestan da će opštim procesnopravnim osiguranjem, također i bez specifičnih zakonskih propisa,

„sveobuhvatni nadzor“, koji je prema ustavu neprihvatljiv (BVerfGE 65, 1 [43]; 109, 279 [323]), a na osnovu kojeg je moguće ustanoviti obuhvatan profil ličnosti jednog učesnika, biti isključen snagom ustava.

a) Službe koje vode istragu o krivičnim djelima moraju, s obzirom na potencijal opasnosti koji je imanentan „aditivnom“ napadu na osnovno pravo, prilikom korištenja modernih metoda istrage, posebno onih koje za pogođenog ostaju tajni, uvažavati specijalne zahtjeve koji se stavljaju pred postupak.

aa) Mora se osigurati da je državni tužilac, koji zahtijeva ili određuje istražne mjere, kao primarno odgovoran nosilac odluke, informiran o istražnim zahvatima koji svaki put pogađaju nosioca osnovnog prava, kako u trenutku stavljanja zahtjeva, tako i u trenutku izvođenja jedne mjere koja je vremenski pomjerena; inače, ne bi bilo moguće odgovorno provjeriti i utvrditi da li postoji pretjerano opterećenje. Uz to je po sebi razumljivo (usp § 168 b st. 1, § 199 st. 2 rečenica 2 StPO) da u aktima nije potrebno obezbjediti kompletnu dokumentaciju o svim izvedenim ili izvodivim istražnim radnjama (usp. BVerfGE 63, 45 [64]). Osim toga (...) mora se osigurati da različita javna tužilaštva, bez znanja jednih o drugima, uvođenjem dvostrukog postupka ne zadiru u osnovna prava.

b) Zakonodavac osim toga mora posmatrati, da li su postojeće procesnopravne mjere pogodne da, s obzirom na budući razvoj, efektivno osiguraju zaštitu osnovnih prava. Treba razmisliti da li se dodatnim reguliranjem – na primjer u pravcu krivičnog ili prekršajnog postupka – može nekoordiniranim mjerama istrage različitih službi spriječiti pouzdana istraga.

## 22) BVerfGE 115, 320 (Rasterfahndung)

### Preventivna policijska raster-potruga

1. Preventivna policijska raster-potruga, kako je regulira § 31 PolG NW 1990, u skladu je sa osnovnim pravom na informaciono samoodređenje (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) samo ako postoje konkretne opasnosti za visoko rangirana dobra kao što su postojanje ili sigurnost savezne države ili jedne zemlje, ili tijelo, život ili sloboda neke osobe. Takva raster-potruga otpada ako se provodi i prije nego što je nastupila odbrana od opasnosti.
2. Opšte stanje ugroženosti, kako je ono, sve u svemu, postojalo nakon terorističkog napad od 11. septembra 2001, ili stanje napetosti u vanjskoj politici, nisu dovoljni za uvođenje raster-potrage. Potrebno je u prvom redu da postoje dalje činjenice iz kojih se može izvesti konkretna opasnost, na primjer, pripremanje i izvođenje terorističkih napada.



**Rješenje Prvog senata od 4. aprila 2006.  
- 1 BvR 518/02 -**

(...)

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba se odnosi na sudske odluke o određivanju preventivne policijske raster-potrage.

**I.**

1. Raster-potruga je posebna policijska metoda gonjenja koja se oslanja na upotrebu elektronske obrade podataka. Policijske službe preuzimaju od javnih ili privatnih ustanova lične podatke osoba, kako bi proveli automatiziranu uspodbu (raster) sa drugim podacima. Usporedbom bi se trebalo doći do karakterističnog skupa osoba na koje se odnose određene osobine, koje su unaprijed utvrđene i smatraju se značajnim za dalju istragu.

2. Nakon terorističkih napada od 11. septembra 2001. su policijske službe u saveznim zemljama, uz učešće Savezne službe za kriminalitet, na području cijele države provodile raster-potjeru za islamskim teroristima, nakon čega je postalo poznato da su pojedini atentatori ranije živjeli u Njemačkoj.

**B.**

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana. Pobijane odluke su povrijedile apalanta u njegovom osnovnom pravu na informaciono samoodređenje iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava. One počivaju na ustavno dopuštenom uplitanju u osnovna prava, ali mu na putu tumačenja daju sadržaj koji ni zakonodavac ne bi mogao odrediti, a da ne prekrši ova osnovna prava. Primjena propisa u konkretnom slučaju počiva na ovom tumačenju.

**I.**

(...)

2. Ovlaštenja za zahvatanje u osnovna prava iz § 31 st. 1 PolG NW zadovoljavaju ustavnopravne pretpostavke.

a) Osnovno pravo na informaciono samoodređenje nije zajamčeno bez ikakvih ograničenja. Pojedinaac mora prihvatiti ograničenja svojih prava ako su ona opravdana pretežnim interesima zajednice (usp. BVerfGE 65, 1 [43 i dalje]). Za takva ograničenja moraju, međutim, postojati zakonski osnovi koji, iznad svega, moraju odgovarati načelu srazmjernosti i zahtjevu za jasnoćom normi (usp. BVerfGE 65, 1 [44]).

b) Propis § 31 st. 1 PolG NW 1990, koji ograničava osnovno pravo, u skladu je sa načelom srazmjernosti. Ono zahtijeva da država pri konkretnom zadiranju u osnovna prava slijedi legitiman cilj koji se ostvaruje podobnim, potrebnim i primjerenim sredstvima (usp. BVerfGE 109, 279 [335 i dalje]).

aa) Propis slijedi legitiman cilj sa odbranom od opasnosti koja prijeto postojanju ili sigurnosti savezne države ili jedne zemlje, ili sa odbranom od opasnosti za tijelo, život ili slobodu jedne osobe.

bb) Sredstvo raster-gonjenja je podobno za postizanje ovog cilja. Zakon je podoban za postizanje cilja ako se pomoću njega može postići željeni uspjeh. To je ovdje slučaj. Podobnost ne osporava široko postavljen metod prikupljanja podataka, koja samo u malom broju slučajeva stavlja u izgled odgovarajuće spoznaje (usp. BVerfGE 100, 313 [373]).

cc) Zadiranje u osnovno pravo je, također, potrebno za postizanje zakonodavnih svrha. One se ne mogu postići blažim, ali isto tako efektivnim sredstvima.

dd) Zakonska ovlaštenja se kreću u granicama srazmjernosti u užem smislu. Pravilo srazmjernosti u užem smislu zahtijeva da težina napada na osnovno pravo, prilikom opšte procjene, ne stoji u nesrazmjeri sa razlozima koji ga opravdavaju (stalna pravosudna praksa). Provjera na pozadini ovog srazmjera može, prema tome, dovesti do situacije u kojoj jedno sredstvo za zaštitu pravnog dobra, koje je po sebi pogodno i potrebno, ne može biti primijenjeno, jer ugrožavanje ljudskog prava koje polazi od njega, prevazilazi korist od zaštite pravnog dobra, tako da se korištenje sredstva za zaštitu mora pokazati nesrazmjernim. Najprije se na osnovu odnosa između državne obaveze na zaštitu pravnih dobara i pojedinačnih interesa na očuvanje prava koja jamči Ustav, moraju na apstraktan način, usporediti suprotstavljene interese, kako bi se dospjelo do zadatka koji ima zakonodavac. To može voditi do zaključka da izvjesna intenzivna zadiranja u ljudska prava smiju biti prognozirana tek od određenog stepena sumnje ili opasnosti. Odgovarajuća ograničenja koja nastaju zahvatima u osnovna prava se moraju zajamčiti zakonskim propisom. Kod raster-gonjenja su ove pretpostavke ispunjene kada zakonodavac mogućnost zahvatanja u osnovna prava veže za postojanje konkretne opasnosti za ugrožena pravna dobra. To je ovdje slučaj sa mjerodavnim propisom iz § 31 st. 1 PolG NW.

(1) Napad na osnovno pravo, kako ga omogućuje § 31 PolG NW 1990, služi zaštiti visoko rangiranih ustavnih dobara. Zaštićena dobra od visokog ustavnog ranga su opisana postojanjem i sigurnošću savezne države i zemalja kao i sigurnošću tijela, života i slobode osoba koje moraju biti zaštićene od opasnosti. Sigurnost države kao organizirane moći za održavanje mira i uređenja i sigurnosti naroda koju ona – pod pretpostavkom poštovanja dostojanstva i samostalne vrijednosti pojedinca – mora zajamčiti, jesu ustavna dobra koja stoje u istom rangu sa ostalim značajnim dobrima. Čl. 2 stav 2 rečenica 1 Ustava obavezuje državu u vezi sa čl. 1 st. 1 rečenica 2 Ustava da štiti život i tjelesni integritet pojedinaca, što, iznad svega, znači da ih brani od

protivpravnih napada drugih. Takvoj obavezi na zaštitu pripada visok ustavnopravni rang. Isto vrijedi i za pravno dobro osobne slobode u smislu čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava.

(2) § 31 PolG NW omogućuje zadiranje u pravo na informaciono samoodređenje radi zaštite navedenih prava od posebnog značaja.

(a) Za pravno vrednovanje načina na koji se zadire u osnovna prava na osnovu zakonskog ovlašćenja je, između ostalog, bitno, u kom su intenzitetu nosioci osnovnog prava isloženi ugrožavanju i pod kojim pretpostavkama se ono odigrava, posebno, da li su ove osobe za to dale povoda. Mjerodavni su, dakle, formiranje pragova intervencije, broj pogođenih i, u svemu ostalom, intenzitet ugrožavanja individue. Za težinu ugrožavanja individue je bitno, da li pogođeni ostaju anonimni kao osobe, koje su lične informacije obuhvaćene i kakve negativne posljedice prijete nosiocima osnovnih prava na osnovu poduzetih mjera, odnosno, s kakvim negativnim posljedicama oni, bez ikakvog razloga, moraju računati.

(...)

(g) Značajno je, konačno, i to da § 31 PolG NW predviđa mogućnost rasprostranjenog zadiranja u osnovna prava bez postojanja konkretne sumnje. Načelno visok intenzitet napada dokumentiraju uplitanja u ljudska prava za koja je karakteristično da ne postoji sumnja i da su široko rasprostranjena – koja, dakle, pod djelokrug jedne mjere stavljaju širok krug osoba, iako one ne stoje ni u kakvoj vezi sa konkretnim držanjem, a svojim ponašanjem nisu prouzrokovale takav napad. Jer, pojedinac je u svojoj individualnoj slobodi intenzivnije pogođen, što daje manje povoda za državno uplitanje u njegovo osnovno pravo. Od takvih uplitanja mogu polaziti i efekti zastrašivanja koji mogu voditi ograničenjima u vršenju osnovnih prava. Efekt koji odvraća od vršenja osnovnog prava ne mora biti izbjegavan samo radi zaštite subjektivnog prava pojedinca koji je pogođen. Ovim je ugroženo i opšte dobro, jer samoodređenje predstavlja elementarni funkcionalni uslov slobodne demokratske zajednice koja je utemeljena na sposobnosti djelovanja i sudjelovanja njenih građana. Nepriistrasnost ponašanja je ugrožena kada rasprostranjenost istražnih mjera dovodi do nastajanja rizika zloupotrebe i osjećaja opšteg nadzora.

(...)

(d) Napad na osnovno pravo, koji dolazi sa provođenjem raster-potrage, a čije pretpostavke nisu usko opisane zakonom, je toliko značajan, da zakonodavac smije propisati mjere za zaštitu visoko rangiranih pravnih dobara iz § 31 st. 1 PolG NW 1990. samo ako postoji konkretna opasnost. (...)

(bb) Prema ovom mjerilu, raster-potruga ne smije biti omogućena prije nego što je došlo do konkretne opasnosti, jer bi ona u formi prikupljanja informacija sa intenzivnim personalnim karakteristikama, i tamo gdje ne postoji sumnja, vodila široko rasprostranjenim zadiranjima u osnovna prava. (...)

## II.

Osporavane odluke nisu u skladu sa ustavnim zahtjevima. One počivaju na proširenom tumačenju pojma aktuelne opasnosti iz § 31 st. 1 PolG NW 1990. koje ne odgovara ovim načelima i pri tom dovodi do preoblikovanja opunomoćenja u prethodno ovlaštenje. Ovaj propis zadobija sadržaj koji ni zakonodavac nije mogao odrediti, bez kršenja osnovnog prava na informaciono samoodređenje iz čl. 2 st. 1 u vezu sa čl. 1 st 1 Ustava. (...)

## 23) BVerfGE 27, 1 (Mikrozensus)

### Mikrocenzus (reprezentativna statistika)

O ustavnosti reprezentativne statistike (mikrocenzus).

**Rješenje Prvog senata od 16. jula 1969.**

**- 1 BvL 19/63 -**

Pogođeni stanuje u području koje je, prema posebnom statističko-matematičkom postupku, izabrano kako bi njegovi stanovnici bili anketirani prema Zakonu o mikrocenzusu (*Mikrozensusgesetz*). On neće da primi službenike bavarske Zemaljske službe za statistiku i neće da odgovori na 60 postavljenih pitanja koja su mu dostavljena na bijelom i na dodatnom, žutom formularu.

1. a) Prema čl. 1 st. 1 Ustava je dostojanstvo čovjeka neprikosnoveno i državne vlasti ga moraju zaštititi i poštovati.

U vrednosnom ustrojstvu Ustava je ljudsko dostojanstvo najviša vrijednost (BVerfGE 6, 32 [41]). Ovaj stav o dostojanstvu čovjeka prožima čl. 2 st. 1 Ustava kao i sve ostale ustavne odredbe. Država ne smije nikakvom mjerom, dakle, ni zakonom, povrijediti ljudsko dostojanstvo ili, u svom bitnom sadržaju, dodirnuti slobodu čovjeka izvan okvira koji su određeni u čl. 2 st. 1 Ustava. Ustav ovim jamči da pojedinačnom građaninu ostaje na raspolaganju jedno područje privatnog upravljanja vlastitim životom koje je izuzeto iz utjecaja javne vlasti (BVerfGE 6, 32 [41]; 389 [433]).

b) U svjetlu takve predstave o čovjeku u zajednici, sam čovjek dobija posebno pravo na vrijednost i poštovanje. Suprotno je ljudskom dostojanstvu da se čovjek učini običnim objektom države (usp. BVerfGE 5, 85 [204]; 7, 198 [205]). Nespojivo je sa ljudskim dostojanstvom da država za sebe uzima pravo da ljude prisilno, u njihovoj cjelokupnoj personalnosti registirira i katalogizira, čak i ako je osigurana anonimnost statističke obrade, i da ih time tretira kao stvar koja je u svakom odnosu otvorena za popis.

Državi je zabranjeno prodiranje u područje personalnosti, obuhvatnim uvidom u lične odnose svojih građana, samim tim, što pojedincu mora ostati na raspolaganju

„unutrašnji prostor“ kako bi mogao slobodno i odgovorno oblikovati sopstvenu ličnosti, u kojem bi on „sam sebe posjedovao“ i „u koji se on može povući, u koji okolina nema pristup, u kojem može biti ostavljen na miru i uživati pravo na osamljenost“ (...). Država može, prema prilikama, zadirati u ovo područje uvidima – čak i ako su oni vrednosno neutralni – koji psihičkim pritiskom javnog učešća mogu ograničiti slobodan razvoj ličnosti.

c) Neće, međutim, svaka statistička obrada ličnih i životnih podataka povrijediti ličnost u njenom dostojanstvu ili dodirnuti njeno pravo na samoodređenje u najskirevnijem području života. Svako mora, kao građanin koji je upućen na zajednicu i uvezan u nju (usp. BVerfGE 4, 7, [15, 16]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]), prihvatiti nužnost statističkih obrada koje se u određenom obimu odnose i na njegovu ličnost, tako npr. kod popisa stanovništva, kao pretpostavku planskog djelovanja države.

Statističko raspitivanje o osobi može biti doživljeno kao napad na dostojanstvo ili kao prijetnja pravu na samoodređenje tamo gdje je obuhvaćeno područje vlastitog života koje po prirodi ima tajni karakter, a statističkom obradom je proglašeno statistički otvorenim ili se očekuje da bude otvoreno. Utoliko su i državi modernog industrijskog društva stavljene prepreke pred upravnotehničkom „depersonalizacijom“. Gdje se, suprotno tome, statistička obrada odnosi samo na ponašanje ljudi u vanjskom svijetu, ljudska ličnost u pravilu neće biti „obuhvaćena“ u svom neprikosnovenom području privatnog upravljanja vlastitim životom. To u svakom slučaju važi, ako podaci posredstvom anonimnog vrednovanja gube vezu sa ličnošću. Pri tom se pretpostavlja, da je anonimnost na odgovarajući način osigurana (...).

d) Prema tome, statističko raspitivanje o putovanjima za odmor, ne predstavlja povredu čl. 1 st. 1, čl. 2 st. 1 Ustava. Ovakvo raspitivanje uistinu pogađa jedno područje privatnog života. Međutim, ono ne prisiljava ispitanog da svoju intimnu sferu otvori za javnost niti da omogući državi uvide u pojedine odnose koji vanjskom svijetu ne bi bili pristupačni i zbog toga bi po prirodi stvari imali „tajni karakter“.

## **24) BVerfGE 65, 1** **(Volkszählung)** **Popis stanovništva**

1. Opšte pravo ličnosti iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, u uslovima moderne obrade podataka, obuhvata zaštitu pojedinaca od neograničenog prikupljanja, memorisanja, korištenja i stavljanja na raspolaganje ličnih podataka.
2. Dopuštena su ograničenja ovog prava „na informaciono samoodređenje“ samo u opštem interesu. Ona moraju imati ustavni osnov u zakonu koji mora odgovarati pravnodržavnom zatjevu za jasnim normama. Zakonodavac pri reguliranju mora nadalje voditi računa o načelu

srazmjernosti. On, također, mora poduzeti oranzacione i procesnopravne mjere, kako bi se onemogućila povreda prava ličnosti.

3. Što se tiče ustavnopravnih očekivanja u pogledu navedenih ograničenja, mora se razlikovati između podataka koji se odnose na ličnost i bivaju prikupljeni i stavljeni na raspolaganje u individualiziranoj, neanonimiziranoj formi, od takvih koji su određeni za statističke svrhe.

Kod prikupljanja podataka za statističke svrhe ne može se zahtijevati vezivanje podataka za usku i konkretnu svrhu. Prikupljanje i obrada informacija mora, međutim, biti stavljena pod odgovarajuća ograničenja radi poravnjanja unutar informacionog sistema.

4. Program prikupljanja podataka iz Zakona o popisu stanovništva 1983. (Volkzählungsgesetz, § 2 br. 1 do 7, §§ 3 do 5) ne vodi do registriranja i katalogiziranja osoba koje bi bilo nespojivo sa dostojanstvom čovjeka; on je u skladu i sa zahtjevima za jasnim normama i za srazmjernošću. Pri tom je potrebno da se, zbog osiguranja prava na iformaciono samoodređenje, odrede dopunske procesnopravne mjere za provođenje i organizaciju prikupljanja podataka.
5. Propisi o dostavi podataka (između ostalog poravnanje sa podacima iz registra), kako su oni predviđeni u § 9 st. 1 do 3 Zakona o popisu stanovništva 1983, nisu u suprotnosti sa opštim pravom ličnosti. Stavljanje na raspolaganje podataka za potrebe znanosti (§ 9 st. 4 VZG 1983) je u skladu sa Ustavom.

**Presuda Prvog senata od 15. decembra 1983.**

**- 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 -**

(...)

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

(...)

d) Pravo na „informaciono samoodređenje“ nije zajamčeno bez ikakvih ograničenja. Pojedinaac ne raspolaže pravom u smislu apsolutne, neograničene vladavine nad „svojim“ podacima; on se prije svega formira unutar socijalne zajednice, on je ličnost koja je upućena na komunikaciju. Informacije, čak i kada se odnose na ličnost, oslikavaju socijalnu realnost koja ne može biti podređena isključivo pogođenom. Ustav je (...) odnos idividua – zajednica odlučio u smislu uključenosti i vezanosti ličnosti za zajednicu (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351 i dalje]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]). Prema tome, pojedinac u

pretežnom interesu zajednice načelno mora prihvatiti ograničenja njegovog prava na informaciono samoodređenje.

Takva ograničenja iziskuju – kako je to tačno navedeno u § 6 st. 1 Zakona o saveznoj statistici (*Bundesstatistikgesetz*) – zakonski osnov (usklađen sa ustavom) iz kojeg građanin može jasno vidjeti pretpostavke i obim ograničenja, a koji bi bio u skladu sa pravnodržavnim zahtjevom da pravne norme moraju biti jasne (BVerfGE 45, 400 [420] sa daljnjim uputama). Zakonodavac mora, nadalje, pri reguliranju voditi računa o načelu srazmjernosti. Ovo načelo ima ustavni rang i slijedi iz same suštine osnovnih prava koja javna vlast, kao izraz opšteg prava na slobodu građana u odnosu na državu, svaki put smije ograničiti koliko je to neophodno za zaštitu javnog interesa (BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]).

2. Ustavne tužbe ne daju povoda za detaljnu analizu prava na informaciono samoodređenje. Ovdje se odlučuje samo o dometu ovog prava, s obzirom na državne mjere kojima se od građana zahtijevaju navodi o podacima koji su lične prirode. Pri tom nije odlučujući sam način navođenja. Odlučujuća je njihova upotrebljivost i mogućnost korištenja. Oboje, na jednoj strani, zavisi od svrhe kojoj služi prikupljanje i, na drugoj, od mogućnosti njihove obrade i povezivanja, što je imanentno tehnologiji informacija. Pri tom, jedan sasvim beznačajan datum može zadobiti novo vrednosno mjesto; zbog toga u automatskoj obradi podataka više ne postoji „beznačajan“ datum.

U kojoj mjeri su informacije senzibilne, ne može zavisiti samo od toga da li se one odnose na intimne događaje. Da bi se utvrdio značaj nekog datuma za lično pravo, potrebno je prije svega znati stvarnu svrhu njegovog korištenja: tek kada postane jasno u kakvu svrhu se zahtijevaju podaci i kakve su mogućnosti njihove obrade i povezivanja, može se odgovoriti na pitanje kada je dopušteno ograničavanje prava na informaciono samoodređenje. Pri tom se mora razlikovati između podataka koji se odnose na osobe i koji nisu prikupljeni i obrađeni u anonimiziranoj formi (o tome pod a]) i takvih koji su određeni za potrebe statistike (o tome pod b]).

a) Do sada je priznato da prinudno prikupljane podatak nije prihvatljivo u neograničenom obimu, konkretnije, u slučajevima njihovog korištenja u vezi sa državnim upravom (npr. kod oporezivanja ili odobravanja socijalnih davanja). Zbog toga je zakonodavac za zaštitu pogođenih lica predvidio različite mjere koje se kreću u pravcu ustavom projiciranih očekivanja (...).

Prinudno navođenje podataka lične prirode podrazumijeva da je zakonodavac svaki put u odnosu na konkretno područje, precizno odredio da su podaci za ove svrhe pogodni i potrebni. Sa ovim nije u skladu držanje neanonimiziranih podataka u rezervi, kako bi oni poslužili neodređenim svrhama. Također vrijedi, da sve službe koje su nadležne da u okviru svojih zadataka prikupljaju podatke lične prirode, za postizanje ovog cilja moraju biti ograničene na potreban minimum.

Korištenje podataka je ograničeno na zakonom određenu svrhu. Već je zbog opasnosti, koja postoji u okviru automatske obrade podataka, potrebna čvrsta službena zaštita pred zloupotrebom u formi zabrane stavljanja na raspolaganje i zabrane korištenja podataka. Dalje, bitne procesnopravne mjere zaštite su obaveza na izvještavanje, na davanje informacija i na brisanje podataka.

b) Prikupljanje i obrada podataka za potrebe statistike sadrži određene specifičnosti koje u okviru ustavnopravnog rasuđivanja ne smiju biti izostavljene.

aa) Statistika ima bitan značaj za državnu politiku koja je obavezana principima i smjericama Ustava. Ako se ekonomski i socijalni razvoj ne prihvata kao nepromjenljiva sudbina, nego se razumijeva kao permanentni zadatak, potrebne su obuhvatne, kontinuirane i stalno aktualizirane informacije o privrednim, ekonomskim i socijalnim odnosima. Tek se spoznajom relevantnih podataka i mogućnosti da se statistički upotrijebe informacije, za čije korištenje se otvara šansa automatskom obradom podataka, stvara neophodan osnov za djelovanje državne politike, koja se orijentira prema principu socijalne države (BVerfGE 27, 1 [9]).

Kod prikupljanja podataka za statističke ciljeve ne može se zahtijevati usko i konkretno vezivanje podataka za određenu svrhu. Bitna karakteristika statistike je da se podaci nakon statističke obrade upotrebljavaju za različite zadatke koji nisu unaprijed odredivi; zbog toga i postoji potreba za memorisanjem podataka i njihovim držanjem u rezervi. Samo za prikupljanje podataka koji ne služe potrebama statistike može važiti zahtjev za konkretnim opisom svrhe i striktna zabrana skupljanja podataka lične prirode, ali ne i za popis stanovništva koji treba posredovati sigurnu bazu podataka za dalja statistička istraživanja kao i za političke procese planiranja koji počivaju na pouzdano utvrđenom broju i socijalnoj strukturi stanovništva. Popis stanovništva mora postojati kao prikupljena i prerađena baza podataka sa različitim svrhama koja, dakle, sakupljene podatke memorira i drži u rezervi kako država ne bi reagirala nespremno na razvoj industrijskog društva. Također bi bila suprotna svrsi zabrana da se podaci koji su statistički obrađeni stave na raspolaganje i da se upotrebe.

bb) Kako, po prirodi stvari, nije unaprijed određivo mnoštvo mogućnosti korištenja i objedinjavanja statistike, to se prikupljanju i obradi informacija unutar sistema informacija moraju, radi ujednačavanja, staviti određena ograničenja. Moraju biti stvorene jasno definirane pretpostavke za obradu podataka, koje osiguravaju da, u sistemu automatskog prikupljanja i obrade podataka, pojedinac neće postati običan objekt informacija koje se odnose na njegovu osobu. Oboje, i nedostajući oslonac na tačno određenu i u svako vrijeme raspoznatljivu i shvatljivu svrhu, kao i multifunkcionlano korištenje podataka, osnažuje tendencije koje trebaju biti obuhvaćene i ograničene zakonom o zaštiti podataka, a koje konkretiziraju Ustavom zajamčeno pravo na informaciono samoodređenje. Kako od samog početka nedostaju ograničenja koja su orijentirana prema određenoj svrsi, koja prema tome ograničavaju podatak, to popis stanovništva nosi opasnost od nedopustivog registriranja i katalogiziranja osoba, kako je to već istaknuto u Mikro-cenzus-rješenju



(BVerfGE 27, 1 [6]). Zbog toga se prikupljanje i obrada podataka za potrebe statistike obavlja pod posebnim uslovima, jer se tako štite lična prava građana o kojim se daju informacije.

Neovisno o multifunkcionalnom karakteru prikupljanja i obrade podataka za potrebe statistike, pretpostavlja se da će ono uslijediti samo kao pomoćno sredstvo za ispunjenje javnih zadataka. Ni ovdje se ne može očekivati dobjanje svakog podatka. Čak i u uslovima prikupljanja pojedinačnih podataka za potrebe statistike, zakonodavaca mora ispitati da li postoji opasnost da pogođene osobe budu socijalno stigmatizirane (npr. kod ovisnika o drogama, kod osuđenih, duhovno bolesnih, asocijalnih osoba), odnosno, da li svrha prikupljanja podataka može biti ostvarena posredstvom anonimiziranog istraživanja. (...)

Budući da se informacije u fazi prikupljanja – dijelom i u fazi memorisanja – još uvijek mogu individualizirati, neophodne su, radi osiguranja prava na informaciono samoodređenje, posebne mjere za provođenje i organizaciju prikupljanja i obrade podataka; istovremeno su potrebni propisi o postupku brisanja onih podataka koji se prikupljaju kao pomoćni podaci (identifikacione osobine) i koji omogućuju jednostavnu individualizaciju, npr. ime, adresa, identifikacioni broj, dividendna lista (usp. također § 11 st. 7 rečenica 1 BStatG). Od posebnog su značaja za statističko prikupljanje podataka djelotvorne propisi koji osiguravaju njihovu nedostupnost trećim licima. Za zaštitu prava na informaciono samoodređenje je neohodno – i to već u postupku prikupljanja – strogo držanje u tajnosti pojedinačnih podataka koji su prikupljeni za potrebe statistike, sve dok postoji, ili dok može biti uspostavljena personalna veza (statistička tajna); isto važi za zahtjev da se, ako je moguće, izvrši prijevremeno (faktičko) anonimiziranje, koje je povezano sa mjerama protiv individualiziranja.

Tek se činjenjem statistike nedostupnom, postupkom anonimiziranja podataka i držanja podataka u tajnosti, kada su oni vremenski i personalno ograničeni, kako to iziskuje pravo na informaciono samoodređenje i osigurava zakon, otvara pristup državnih organa informacijama koje su neophodne za izvršenje planiranih zadataka. Samo se pod tim pretpostavkama može i smije očekivati od građanina da će biti prinuđen na davanje informacija koje se od njega očekuju. Ako bi se lični podaci koji se prikupljaju za potrebe statistike smjeli stavljati na raspolaganje protiv volje i znanja pogođenog, onda ne bi samo na nedozvoljen način bilo ograničeno pravo na informaciono samoodređenje, koje je osigurao Ustavom, nego bi bila ugrožena i službena statistika koju je Ustav u članu 73 br. 11 predvidio i zaštitio. Za funkcionalnu službenu statistiku neophodan je visok stepen tačnosti i istinitosti prikupljenih podataka. Taj cilj može biti dostignut samo ako građanin, koji je obavezan na davanje informacija, vjeruje da su podaci koji su prikupljeni za potrebe statistike, a bez koje ne bi bilo moguće postići dobijanje istinitih podataka nedostupni (...). Državna praksa koja obznanjivanjem procesa obrade podataka i njihovim otvaranjem ni ne pokušava uspostaviti takvo povjerenje će, uzev dugoročno, dovesti do nestanka spremnosti na kooperaciju, jer će nastajati nepovjerenje. Kako državna prinuda može imati samo ograničen učinak, kratkoročno će se isplatiti državno djelovanje koje izigrava

interese građana; ako se posmatra dugoročno, to će voditi sužavanju obima i tačnosti informacija (...). Pošto se visokoindustrijalizirana društva, koja karakterizira stalni porast kompleksnosti njihove okoline, mogu razumjeti i učiniti prijemčivim za ciljane državne mjere samo pomoću pouzdane statistike, ispostavlja se da ugrožavanje službene statistike može dovesti u pitanje jednu važnu pretpostavku socijalnodržavne politike. Budući da se ovakvim čuvanjem statistike može osigurati državni zadatak „planiranja“, to princip držanja u tajnosti podataka kao i njihovog anonimiziranja u najranijem mogućem periodu, ne vodi samo zaštiti prava na informaciono samoodređenje, nego je konstitutivan i za samu statistiku.

cc) Vodi li se na djelotvoran način računa o predstavljenim zahtjevima, onda je prikupljanje podataka za isključive potrebe statistike prema sadašnjem stanju spoznaje i iskustva u ustavnopravnom smislu nesporno. Ne vidi se da bi lično pravo građanina moglo biti ugroženo ako bi prikupljeni podaci *nakon* njihovog anonimiziranja ili statističke obrade (...) bili stavljeni na raspolaganje statističkim službama, drugim državnim organima ili drugim službama.

Poseban problem predstavlja stavljanje na raspolaganje (posredovnje) podataka koji još nisu ni anonimizirani ni statistički obrađeni. Prikupljanja za statističke potrebe obuhvataju i individualizirane podatke o pojedinim građanima koji nisu neophodni i služe jedino – od toga mora polaziti anketirani građanin – kao pomoćno sredstvo u postupku prikupljanja podataka. Prema izričitom zakonskom propisu, svi ti podaci smiju biti stavljeni na raspolaganje, ako ih za potrebe statistike obrađuju druge upravne službe i ako pri tom budu poduzete mjere koje su neophodne za zaštitu prava ličnosti, posebno statistička tajna i zahtjev blagovremenog anonimiziranja unutar organizacije i postupka, kako je to slučaj sa statističkim službama savezne države i saveznih zemalja. Stavljanje na raspolaganje podataka prikupljenih za potrebe statistike koji nisu anonimizirani ili statistički obrađeni za potrebe izvršenja upravnih mjera, može na nedopušten način zadirati u pravo na informaciono samoodređenje.

## **25) BVerfGE 38, 281** **(Arbeitnehmerkammern)** **Radničke/ Zaposleničke komore**

U skladu su sa Ustavom zakoni zemalja Bremen i Saarland o uspostavljanju radničkih komora kao korporacija javnog prava sa obaveznim članstvom svih radnika.

**Rješenje Prvog senata od 18. decembra 1974.**  
**- 1 BvR 430/65 i 259/66 -**

Apelanti su pogođeni, jer su zakonom prinuđeni da kao članovi pristupe jednoj ustanovi javnog prava čiju neophodnost oni osporavaju. U stalnoj sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda je već ukazano na koje se osnovno pravo oni mogu pozvati, tako

što je ustanovljeno, da ustavna ograničenja prinudnog učlanjivanja u javnopravnu korporaciju ne slijede iz čl. 9 nego iz čl. 2 st. 1 Ustava. U Odluci od 29. jula 1959. (BVerfGE 10, 89) se kaže:

„(...) na pitanje ustavnopravnih ograničavanja prinudnog učlanjivanja u javnopravnu korporaciju (...) se ne može odgovoriti na osnovu člana 9 Ustava, jer ova odredba garantira samo slobodu da se osnuju privatnopravna udruženja, da se njima pristupi ili da se ostane izvan njih. Ali, čl. 2 st. 1 Ustava pokazuje da je prinudno učlanjenje moguće samo u okvirima ustavnog uređenja. Prema tome, javnopravne korporacije smiju biti osnovane kako bi se mogli obaviti *legitimni* javni zadaci. Zakonodavac procjenjuje, koji će od ovih zadataka država ispuniti posredstvom vlastitih javnopravnih korporacija ili ustanova, a ne posredstvom vlastitih službi. Savezni ustavni sud može ovdje ispitati samo da li je zakonodavac poštovao granice vlastite procjene. Savezni ustavni sud, dakle, ne ispituje da li je izbor organizacione forme svrsishodan ili neophodan.“

Ostaje se pri ovoj odluci i mišljenju koje je zastupano u kasnijim odlukama (BVerfGE 10, 354 [361 i dalje]; 12, 319 [323]; 15, 235 [239]), a koje je i u većem dijelu literature naišlo na podršku (...).

Pojedincu je u čl. 9 st. 1 Ustava zagwarantirana sloboda – ona se može ograničiti samo prema st. 2 – da se zajedno sa drugima može udruživati u udruženja bilo koje vrste, da ih može osnivati, ali da može iz njih istupati ili ostati izvan njih. Nešto je drugo kada se država odluči da zbog opšteg dobra zakonom organizuje korporaciju javnog prava kao udruženje osoba kojoj radi primjerenog ispunjavanja njenih zadataka mora pripadati određeni krug građana. Sigurno je da to država ne smije činiti neograničeno. Njen zakon mora pripadati „ustavnopravnom uređenju“, t. j. on mora u formalnom i materijalnom smislu biti u cjelini usklađen sa Ustavom (BVerfGE 6, 32 [36 i dalje, posebno 41]). Ovdje se ubraja i zahtjev da on odgovara pretpostavkama pravne države, koje uključuju načelo srazmjernosti državnih uplitanja.

To u ovoj konstelaciji znači da zakonodavac, u pogledu načelne pretpostavke primata slobodnog obrazovanja udruženja iz čl. 2 st. 1 Ustava i iz čl. 9 st. 1 Ustava, mora brižljivo ispitati da li je nužno osnivanje takve javnopravne korporacije. Pojednac sa čl. 2 st. 1 Ustava dobija pravo da ne bude na prinudan način uzet u obzir kao član korporacija koje „nisu neophodne“ (BVerfGE 10, 89 [99]).

## 26) BVerfGE 90, 145 (Cannabis) Kanabis

1. a) Ograničenja iz čl. 2 st. 1 Ustava važe za postupanje sa drogama. Ne postoji „pravo na opijenost“ koje bi se moglo izvesti iz ovih ograničenja.

b) Krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima (Betäubungsmittelgesetz - BtMG), kojima je zaprijećena kazna za nedopušteno postupanje sa proizvodima od kanabisa, se u pogledu krivične zabrane određuju prema čl. 2 st. 1, a u pogledu zaprijećene kazne lišenja slobode, prema čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava.

2. a) Pri procjeni da li je izabrano sredstvo za postizanje željenog cilja podobno i potrebno, kako to zahtijeva načelo srazmjernosti, kao i za predviđanje opasnosti koje u ovom odnosu prijete pojedincu ili zajednici, ostavljen je zakonodavcu slobodan prostor odlučivanja koji Savezni ustavni sud može podvrgavati provjeri samo u ograničenom obimu.

b) Pri ukupnoj procjeni težine zadiranja u osnovna prava, značaja i hitnosti razloga koji ovo opravdavaju, mora za adresata zabrane biti sačuvana granica podnošljivosti (zabrana pretjerivanja ili srazmjernost u užem smislu). Provjera na osnovu ovog omjera može voditi do toga da po sebi podobno i potrebno sredstvo zaštite pravnog dobra ne može biti primijenjeno, jer povreda ljudskih prava pogođenog, koja pri tom nastaje, jasno nadilazi prirast zaštite pravnih dobara, tako da se upotreba zaštićenog sredstva pokazuje kao neprimjerena.

3. Ukoliko krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima prijete kaznom za djelo koje je isključivo u funkciji povremenog pripremanja manje količine kanabisa za vlastitu upotrebu i nije u vezi sa ugrožavanjem trećih, onda oni ne krše zabranu pretjerivanja samo zbog toga što je zakonodavac omogućio organima gonjenja, da odustajanjem od kazne (usp. § 29 st. 5 BtMG) ili od krivičnog gonjenja (usp. §§ 153 i dalje StPO, § 31a BtMG) vode računa o manjem individualnom sadržaju krivice i nepravnosti djela.
4. Načelo jednakosti ne zahtijeva da se na jednak način zabrane ili dopuste sve droge ako su one potencijalno jednako štetne. Zakonodavac bi mogao na različite načine regulirati postupanje sa proizvodima od kanabisa, na jednoj, i sa alkoholom ili nikotinom, na drugoj strani, a da pri tom ne prekrši Ustav.

#### **Rješenje Drugog senata od 9. marta 1994.**

**- 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92 -**

#### **A.**

Postupci koji su sprovedeni radi zajedničke odluke odnose se na pitanje, da li su krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima, u mjeri u kojoj prijete kaznom za različite forme nedopuštenog postupanja sa proizvodima od kanabisa, u skladu sa Ustavom. (...)

## C.

Krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima podliježu ustavnopravnoj provjeri (...) da li su u skladu sa Ustavom. Ovdje kažnjavanje zbog nedopuštenog postupanja sa proizvodima od kanabisa, posebno hašiša, nije suprotno čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava ni čl. 3 st. 1 Ustava, načelno ni čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava.

Ustavna tužba je neosnovana.

1. Krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima, kojima je zapriječena kazna za nedopušteno postupanje sa proizvodima od kanabisa se u pogledu krivične zabrane mjere prema čl. 2 st. 1, a u pogledu zapriječene kazne lišenja slobode prema čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava.

Čl. 2 st. 1 Ustava štiti svaki oblik ljudskog djelovanja bez obzira na njegov značaj za razvoj ličnosti (usp. BVerfGE 80, 137 [152]). Apsolutno je zaštićeno, a time i izuzeto iz utjecaja javne vlasti, samo ključno područje privatnog uobličavanja života (usp. BVerfGE 6, 32 [41]; 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). U ovo se ne može, zbog višestrukog socijalnog utjecaja, uračunati postupanje sa drogama, posebno, dovođenje u stanje opijenosti. U svemu ostalom je opšta sloboda djelovanja zajamčena samo u granicama 2. polustava člana 2 st. 1 Ustava i, prema tome, mora biti ograničena ustavnim uređenjem (usp. BVerfGE 80, 137 [153]).

Pod njim se razumijevaju sve norme koje su formalno i materijalni u skladu sa Ustavom (BVerfGE 6, 32 i dalje; stalna pravosudna praksa). Čl. 2 st. 1 Ustava ne povređuje ograničenja opšte slobode djelovanja koja bi uslijedila na osnovu pravnih propisa (usp. BVerfGE 34, 369 [378i dalje]; 55, 144 [148]). Ne postoji „pravo na opijenost“ koje bi se moglo izvesti iz ovih ograničenja.

U materijalnom smislu načelo srazmjernosti, pod uslovom posebnih ustavnopravnih garancija, nudi opšti ustavnopravni omjer prema kojem sloboda djelovanja smije biti ograničena (BVerfGE 75, 108 [154 i dalje]; 80, 137 [153]). Značaj ovog načela jača prilikom provjere krivičnih propisa koji se, kao najoštrija državna sankcija za određeno djelo, izriču građaninu u presudama zbog socijalno-etičkog obezvređivanja (usp. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258]).

Zaprijeti li se kaznom lišenja slobode, omogućeno je zadiranje u zaštićeno osnovno pravo slobode ličnosti, kako ga jamči čl. 2 st. 2 rečenica 3 Ustava. Sloboda ličnosti, koju Ustav označava „nepovredivom“, predstavlja visoko rangirano pravno dobro, tako da u se u nju prema članu 2 st. 2 rečenica 3 Ustava smije zadirati na osnovu zakona i samo zbog posebno važnog razloga. Takva zadiranja su općenito uzev prihvatljiva ako ih, pod pretpostavkom načela srazmjernosti, zahtijeva zaštita drugih ili zajednice, premda pod određenim pretpostavkama mogu doći u obzir, ako bi sprečavala pogođenog da sam sebi napravi veću osobnu štetu (usp. BVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 i dalje]; 59, 275 [278]; 60, 123 [132]).

Zakon koji ograničava osnovno pravo mora, prema ovom načelu, biti podoban i potreban da bi se dostigao željeni cilj. Zakon je podoban ako uz njegovu pomoć željeni rezultat može biti dostignut; on je potreban ako zakonodavac nije mogao izabrati neko drugo sredstvo, koje je jednako djelotvorno, ali koje nikako, ili znatno slabije ograničava osnovno pravo (BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157 [173, 176]). Pri procjeni, da li je izabrano sredstvo podobno i potrebno za dostizanje željenog cilja, kao i pri procjeni i predviđanjima koje se poduzimaju povodom opasnosti koje prijete pojedincu ili zajednici, zakonodavac raspolaže širokim prostorom slobodnog odlučivanja koji Savezni ustavni sud može samo u ograničenom obimu ispitati, već prema osobenosti područja o kojem se radi, prema mogućnostima da obrazuje siguran stav i prema pravnim dobrima koja su u igri (usp. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]).

Nadalje, pri ukupnoj procjeni težine zadiranja u osnovna prava i značaja, kao i hitnosti razloga koji ovo opravdavaju, mora za adresate zabrane biti sačuvana granica podnošljivosti (usp. BVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [178]; 81, 70 [92]). Oni konkretnom mjerom ne smiju biti pretjerano opterećeni (zabrana pretjerivanja ili srazmjernost u užem smislu; usp. BVerfGE 48, 396 [402]; 83, 1 [19]). U području državnih kazni slijedi iz principa krivice koji svoje osnove ima u čl. 1 st. 1 Ustava (usp. BVerfGE 45, 187 [228] i iz načela srazmjernosti, koji se izvodi iz principa pravne države i prava koja garantuju slobode, da težina jednog krivičnog djela i krivica počinioca moraju stajati u pravednom odnosu. Zapriječena kazna ne smije, prema vrsti i težini, biti neprimjerena djelu koje je stavljeno pod kaznu. Činjenično stanje i pravna posljedica moraju biti jedno sa drugim tačno usklađeni (usp. BVerfGE 54, 100 [108]; stalna sudska praksa).

Zakonodavac načelno utvrđuje pojedinačno područje kažnjivog djelovanja uzimajući u obzir konkretno stanje. Savezni ustavni sud takvu odluku ne može provjeravati s obzirom na pitanje da li je pronađeno najsvrsishodnije, najracionalnije i najpravednije rješenje; on mora samo paziti da li su krivični propisi materijalno u skladu sa odredbama Ustava i sa nepisanim ustavnim načelima, kao i sa nosećim ustavnim odlukama (usp. BVerfGE 80, 244 [255] sa daljim napomenama).

2. a) Sa sadašnjim Zakonom o opojnim sredstvima i propisima koji su mu prethodili zakonodavac slijedi cilj kojim se želi zaštititi ljudsko zdravlje, kako pojedinačno tako i stanovništva u cjelini, od opasnosti koje dolaze sa opojnim sredstvima, kao i stanovništva, posebno omladine, od ovisnosti o opojnim sredstvima.

Ostvarenju ovog cilja služe i krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima. Kako bi se takav cilj postigao, zakonodavac ne predviđa kažnjavanje samo za djela koja ugrožavaju neposredno zdravlje pojedinaca. Ovdje se, iznad svega, radi o formiranju socijalnog života tako što bi se odstranio socijalno štetan utjecaja droga, koji bi mogao usijediti od takozvane meke droge kanabisa: njome se, posebno omladina, navodi na opojna sredstva; ona omogućuje stvaranje zavisnosti od opojnih sredstava. Time može biti oštećena ličnost kod omladine u razvoju. (...)

Zakon o opojnim sredstvima, s obzirom na postavljeni cilj, služi potrebama zajednice koje podržava Ustav.

b) Prema procjenama zakonodavca, posebno su značajne opasnosti po zdravlje koje proizilaze iz upotrebe proizvoda od kanabisa. (...)

c) Danas je sporna izvorna zakonodavčeva procjena opasnosti po zdravlje. Međutim, nesigurna je pretpostavka, koja se iznosi u priloženim spisima, da je opasnost od proizvoda od kanabis minimalna. (...)

Postoji opšta saglasnost da proizvodi od kanabisa ne dovode do tjelesne ovisnosti. (...)

Smatra se, također, da su pri umjerenom korištenju kanabisa slabi izgledi za neposredna zdravstvena oštećenja. (...)

To pokazuje nizak broj povremenih konzumenata, kao i visok broj potrošača koji se ograničavaju na konzum hašiša. Nadalje, opisano je da bi trajni konzum proizvoda od kanabisa mogao voditi do smetnji u komunikaciji, do letargije, ravnodušnosti, osjećaja straha, do gubitka osjećaja za realnost i depresija. (...)

Uglavnom se odbija shvatanje da kanabis ima „funkciju uhadavanja“ u tvrđe droge, ako bi se time htjela opisati materijalna osobina proizvoda od kanabisa.

3. Premda se iz današnje perspektive opasnosti po zdravlje, koje dolaze od kanabis proizvoda, pokazuju manjim od one opasnosti koju je zakonodavac imao u vidu pri donošenju zakona, ipak, današnje spoznaje ukazuju na značajne opasnosti i rizike, tako da se opšta koncepcija zakona u odnosu na proizvode od kanabisa pokazuje ustavnom. To slijedi iz stručnih mišljenja nadležnih službi Saveznog ministarstva zdravlja i Savezne službe za kriminal kao i iz izabrane literature – koja prelazi obim navedenih citata – kako ih je pribavio ovaj Senat. Zakonska koncepcija polazi od podvrgavanja obuhvatnoj državnoj kontroli ukupnog odnosa prema kanabis proizvodima, izuzev samog konzuma, zbog opasnosti koje za pojedince ili zajednicu dolaze sa drogom ili trgovinom drogama, kao što polazi od prijetnje kaznom za nedopuštenu upotrebu proizvoda od kanabisa, kako bi se ova kontrola u cjelini provela. Krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima su, s obzirom na ovakav sadržaj, podobni da ograniče širenje droge u društvu i da time umanje opasnosti koje od nje dolaze. Krivični propisi su, prema tome, generalno podobni da podstaknu ostvarenje zakonskog cilja.

4. Ništa se u smislu Ustava ne može prigovoriti procjeni zakonodavca (...) da su krivične zabrane nedopuštenog postupanja sa drogama potrebne kako bi se dostigao zakonski cilj. Kako se to može vidjeti iz gore navedenih izvora (pod 3), prema današnjim saznanjima se može zastupati mišljenje zakonodavca, da mu za dostizanje takvog cilja ne stoji na raspolaganju jednako djelotvorno, ali blaže sredstvo od zapriječene kazne. Ovome se ne može prigovoriti da dosadašnja kanabis-prohibicija nije mogla u

potpunosti ostvariti zakonske ciljeve, tako da bi slobodna upotreba kanabisa kao blažeg sredstva, brže vodila ostvarenju tog cilja. Još uvijek nije zaključena kriminalnopolitička diskusija o pitanju da li bi se do umanjenog konzumiranja kanabisa prije došlo preventivnim učinkom zapriječene kazne ili slobodnom upotrebom kanabisa koja bi, eventualno, dovela do razdvajanja tržišta drogama. Ne postoje znanstveno utemeljena stajališta koja bi jednoznačno govorila u prilog tačnosti jednog ili drugog puta. (...) Kada zakonodavac povodom ovakvog stanja stvari ostaje pri mišljenju da generalna krivična zabrana kanabisa odvrća daleko veći broj potencijalnih konzumenata, nego što bi to bio slučaj sa ukidanjem krivične prijetnje i da je ona mnogo podobnija za zaštitu pravnih dobara, onda se to u ustavnopravnom smislu mora prihvatiti. Jer, kod izbora između više puteva koji su potencijalno podobni za dostizanje zakonskog cilja, upravo zakonodavac posjeduje prerogative procjene i odlučivanja (usp. BVerfGE 77, 84 [106]). Istina, moguće je da se pod posebnim pretpostavkama pojave slučajevi u kojima se u okviru kontrole normi moraju poštovati sigurna kriminološka saznanja koja mogu prinuditi zakonodavca na odgovarajući tretman nekog pitanja koje on po slovu Ustava regulira, ili se odgovarajući propis isključuje kao moguće rješenje (usp. BVerfGE 50, 205 [212] i dalje). Takav stepen čvrstoće ne pokazuju, međutim, rezultati rasprava o krivičnoj zabrani rada sa produktima od kanabisa.

5. Kako bi se procjenilo da li su krivični propisi Zakona o opojnim sredstvima, koji su predmet ustavnopravne provjere, u suprotnosti sa zabranom pretjerivanja (srazmjernost u užem smislu) mora se načelna zabrana rada sa produktima od kanabisa i njena zaštita zapriječenom kriminalnom kaznom za različite prekršaje razlikovati od zabrane. Nije u suprotnosti sa Ustavom opšti koncept zakonodavca da se – uz vrlo uske izuzetke – obuhvatno zabrani rad sa produktima od kanabisa. Njega opravdavaju ciljevi kojima se stremi, da se zaštititi stanovništvo – posebno omladina – od opasnosti po zdravlje koje uzrokuje upotreba droga, kao i od opasnosti psihičke zavisnosti od droga, iznad svega od kriminalnih organizacija koje vladaju tržištem droga, kako bi se na taj način suprostavilo njihovom, općenito, štetnom utjecaju. Ovim važnim društvenim potrebama nisu suprostavljeni jednako važni interesi za slobodno postupanje sa drogama.

To načelno vrijedi i onda kada zakonodavac zbog provođenja zabrane upotrebljava sredstvo kriminalne kazne. U slučaju kršenja zabrane rada sa produktima od kanabisa se ne radi samo o nepoštovanju upravnih propisa, dakle, o tipičnom upravnom pravu; ovim se daleko više ugrožavaju društvene potrebe koje zakonodavac želi zaštititi. Zbog toga ocjena zakonodavca, da ovakvi prekršaji zahtijevaju kaznu i da moraju biti kažnjivi, počiva na jednoznačnoj i stručnoj procjeni.

c) Ni prijetnja kaznom zbog nedopuštenog uzimanja proizvoda od kanabisa iz § 29 st. 1 rečenica 1 br. 1 BtMG kao i prijetnja kaznom za nedopušteno posjedovanje ove droge, kako je to normirano u § 29 st. 1 rečenica 1 br. 3, nisu u usrotnosti sa ustavnopravnom zabranom pretjerivanja.



c 1) Ne predstavlja samo trgovina sa proizvodima od kanabisa i njeno besplatno dijeljenje, koje stoji u vezi sa stavljanjem u promet droga, opštu opasnost za druge. Također, nedopušteno uzimanje i nedopušteno posjedovanje ugrožavaju tuđa pravna dobra, već time što otvaraju mogućnost nekontroliranog stavljanja u promet droga. Opasnost takvog stavljanja u promet postoji i onda kada uzimanje i posjedovanje droga prema predstavi počinioca treba poslužiti samo za vlastitu upotrebu. Uz sve to ide činjenica da se upravo u uzimanju droge za vlastite potrebe ostvaruje potražnja koja uspostavlja ilegalno tržište drogom. (...) Iz perspektive generalne prevencije je u smislu ustavnopravne zabrane pretjerivanja opravdano da se nedopušteno uzimanje i posjedovanje proizvoda od kanabisa radi vlastite upotrebe, općenito posmatra kao kažnjivo djelo za koje je zapriječena krivična kazna.

(...)

Ograniči li se uzimanje ili posjedovanje proizvoda od kanabisa na manju količinu koja služi povremenoj vlastitoj upotrebi, onda konkretna opasnost od prometa opojnim drogama općenito nije toliko značajna. Uvođenje krivičnih sankcija za povremene konzumente manjih količina i za one koji uživaju proizvode od kanabisa samo radi eksperimenta može, djelujući na pojedinačne počinioce, voditi ka neprimjerenim i, u polgedu specijalne prevencije, negativnim rezultatima, kao što je npr. nepoželjno istiskivanje u narko-scenu ili solidariziranje s njom.

c 2) Čak i ako se uzmu u obzir ovakve konstelacije, generalna – generalno-preventivno utemeljena – prijetnja kaznom za nedopušteno uzimanje i za nedopušteno posjedovanje proizvoda od kanabisa nije zbog toga u suprotnosti sa zabranom pretjerivanja. Zakonodavac joj je izišao u susret time što je omogućio organima krivičnog gonjenja da u pojedinačnim slučajevima odustanu od kazne ili od krivičnog gonjenja, vodeći računa o neznatnom individualnom sadržaju prekršaja i krivice konkretnog djela.

c 3) Ne može se iz ustavnopravne perspektive osporiti odluka zakonodavca, da posredstvom ograničenja obaveze na gonjenje vodi računa o neznatnom sadržaju prekršaja i krivice. Da bi zakonodavac uzeo u obzir neznatan sadržaj prekršaja i krivice on ima dva puta: on može – npr. privilegiranim djelima – ograničiti područje primjene opštih krivičnopравnih propisa, ili može omogućiti specijalne sankcije za slučajeve bagatelnog kriminala (materijalno-pravno rješenje). Ali, on može ograničiti i olabaviti obavezu na gonjenje (procesualno rješenje). Ustavnopravna zabrana pretjerivanja dopušta principijelno oba rješenja (usp. BVerfGE 50, 205 [213 i dalje]).

(...)

## II.

Kažnjavanje zbog nedopuštenog korištenja proizvoda od kanabisa nije u suprotnosti sa čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava.

Već se iz objašnjenja u aktima kojima se utemeljuje prekršaj ove ustavne norme uočava da je u polazišnoj tački promašeno zaštićeno područje osnovnog prava.

Čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava štiti pojedinca od državnog uplitanja u njegov život i zadiranja u njegov tjelesni integritet. Osim toga, on obavezuje državu, u vezi sa čl. 1 st. 1 rečenica 2 Ustava, da se postavi pred ova pravna dobra kao njihov zaštitnik i graditelj, što iznad svega znači da ih zaštititi od protivpravnog napada od strane drugih (usp. BVerfGE 39, 1 [42]; 88, 203 [251]; ustaljena praksa).

Pošto zabrana trgovanja sa proizvodima od kanabisa nikom ne brani da pređe na druga opojna sredstva koja nisu zabranjena Zakonom o opojnim sredstvima, kao što su npr. alkohol, to ovdje ne postoji državno uplitanje u pravna dobra koja su zaštićena članom 2 st. 2 rečenica 1 Ustava. U području odgovornosti konzumenta je odluka da li će zloupotrebom opojnih sredstava koja se nalaze u prodaji uništavati sopstveno zdravlje.

Obaveza države na zaštitu bi se okrenula u svoju suprotnost ako bi se od zakonodavca zahtijevalo da nedopušteno ophođenje sa proizvodima od kanabisa učini kažnjivim, samo zbog toga što ostala opojna sredstva, pod pretpostavkom da predstavljaju veću zdravstvenu opasnost, ne stoje pod zabranom Zakona o opojnim sredstvima.

### III.

Preuzimanje proizvoda od kanabisa u Prilog 1 uz st. 1 BtMG, sa posljedicom da nedopuštena trgovina ovom materijom potpada pod krivične propise Zakona o opojnim sredstvima, nije u suprotnosti sa čl. 3 st. 1 Ustava zbog toga što za alkohol i nikotin važe drugi propisi.

1. Načelo jednakosti zabranjuje, da se kao bitno jednako tretira nejednako, i zahtijeva, da se bitno nejednako, odgovarajući njegovoj osobenosti, nejednako tretira. Pri tom je „načelno stvar zakonodavca da izabere one činjenice na koje se nadovezuju iste pravne posljedice koje on, dakle, u pravnom smislu želi vidjeti kao jednake. Zakonodavac mora stati iza izbora koji je primjeren stvari (usp. BVerfGE 53, 313, [329]). Šta je u primjeni načela jednakosti primjereno stvari, a šta strano, ne može se utvrditi apstraktno i općenito, nego samo s obzirom na specifičnost konkretnog stvarnog područja koje mora biti regulirano (usp. BVerfGE 17, 122 [130]; 75, 108 [157]; ustaljeno pravosuđe).

Za stvarno područje važenja krivičnih propisa iz Zakona o opojnim sredstvima bi zakonodavac mogao, bez kršenja Ustava, potvrdno odgovoriti na pitanje, da li su kod različitog reguliranja odnosa prema produktima sa kanabisom, na jednoj, i sa alkoholom i nikotinom, na drugoj strani, prisutni razlozi takve vrste i takvog značaja da oni mogu opravdati različite pravne posljedice za pogođenog.

2. Načelo jednakosti ne nalaže da se sve potencijalno štetne droge na jednak

način zabrane ili dopuste. Zakon o opojnim sredstvima predviđa u § 1 st. 2 i 3 postupak kojim se dopunjava pozitivna zakonska lista ili se dopuštaju izuzeci iz opšte zabrane. Pri tom nije naloženo da stepen ugrožavanja zdravlja obrazuje jedini mjerodavan kriterij za preuzimanje u pozitivnu listu. Zakonodavac može, pored različitih učinaka svakog štofa, uzeti u obzir različite mogućnosti upotrebe (misli se na zloupotrebu različitih hemikalija kao što su ljepila, razređivači, benzin kao „štof za šmrkanje“), značaj različitih korištenja za društveni život u zajednici, pravne i stvarne mogućnosti da se s izgledom na uspjeh suprotstavi zloupotrebama kao i mogućnosti i potrebe internacionalne saradnje u području kontrole i uništavanja opojnih sredstava i kriminalnih organizacija koje sa njima trguju. Već se od ove tačke vidi da opšte načelo jednakosti ne propisuje da se na isti način puste u slobodan saobraćaj sva opojna sredstva jer su druge materije koje ugrožavaju zdravlje dopuštene.

Što se tiče usporedbe između proizvoda od kanabisa i nikotina, dovoljan razlog za različit tretman se nalazi u činjenici da nikotin nije opojno sredstvo.

Za različit tretman proizvoda od kanabisa i alkohola postoje, također, važni razlozi. Istina priznato je da zloupotreba alkohola nosi sa sobom opasnosti, i za pojedince, i za zajednicu, koje su jednake onim koje slijede iz konzuma kanabisa, ili ih čak prevazilaze. Istovremeno se mora uvažiti da alkohol ima različite mogućnosti upotebe koje nisu usporedive sa biljkom kanabis i njenim sastavnim dijelovima koji služe u proizvodnji opojnih droga. Supstancije koje sadrže alkohol služe kao životne namirnice; u formi vina se upotrebljavaju i u religioznom kultu. U svim slučajevima dominira upotreba alkohola koja ne vodi stanju opijenosti; njegovo opojno dejstvo je opštepoznato i uglavnom se sprečava socijalnom kontrolom. Suprotno tome, pri konzumiranju proizvoda od kanabisa se u prvom redu radi o postizanju tipičnog stanja opijenosti.

Nadalje, zakonodavac je stavljen pred situaciju da u Njemačkoj i evropskom kulturnom krugu uživanje alkohola ne može efektivno staviti pod kontrolu zbog domaćih običaja u konzumiranju. Čl. 3 st. 1 Ustava ne zahtijeva da se zbog toga odustane od zabrane opojnog sredstva kanabis.

## **27) BVerfGE 141, 186 – 220** (Abstammungserklärungsanspruch)

### **Pravo na utvrđivanje porijekla**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 18/2016 od 19. aprila 2016. godine

Presuda od 19. aprila 2016. godine

-1 BvR 3309/13-

**Pravo na slobodan razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) ne obavezuje zakonodavca da, pored postupka utvrđivanja očinstva prema odredbama § 1600d Građanskog zakonika, propisuje i postupak za izolovane slučajeve razjašnjenja porijekla mogućeg biološkog, ali ne i pravno priznatog oca, tzv. slučajeve bez pravnih posljedica.**

Danas je izrečenom presudom Prvi senat Saveznog ustavnog suda odlučio da ustav ne garantira propisivanje postupka za razjašnjenje porijekla bez tzv. pravnih posljedica mogućeg biološkog, ali ne i pravno priznatog oca. Pravo na poznavanje vlastitog porijekla, kao pravo koje je izvedeno iz općeg prava na slobodan razvoj ličnosti, nije apsolutno, nego mora biti usklađeno sa drugim osnovnim pravima koja su mu suprotstavljena. U tu svrhu zakonodavac raspolaže određenom regulatornom slobodom. Iako bi, prema ustavu, i neko drugačije zakonsko rješenje bilo moguće, zakonodavac je u okviru svog djelokruga – ali i u svjetlu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda – utvrdio da razjašnjenje porijekla bez pravnih posljedica postoji samo unutar pravno priznate porodice, ali ne i prema mogućem biološkom, ali ne i pravno priznatom ocu.

#### **Činjenično stanje:**

Apelantica, koja je vanbračno rođena 1950. godine, smatra da je suprotna strana iz glavnog postupka (u daljem tekstu: tuženi) njen biološki otac. Apelantica je protiv tuženog pokrenula postupak 1954. godine u skladu sa tadašnjim pravom na „utvrđivanje krvnog porijekla“. Zemaljski sud je 1955. godine pravosnažno odbio tužbu. Kako bi „napokon razjasnila“ pitanje očinstva, apelantica je tokom 2009. godine pozvala tuženog da se dobrovoljno podvrgne DNK-testu. Tuženi je to odbio nakon čega je apelantica u predmetnom glavnom postupku protiv njega podnijela tužbu, pozivajući se na odredbe § 1598a Građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), sa tužbenim zahtjevom usmjerenim na pristanak na genetsko ispitivanje porijekla i pristanak na uzimanje genetskog uzorka koji je pogodan

za ispitivanje. § 1598a Građanskog zakonika pruža ocu, majci i djetetu unutar pravno priznate porodice pravo da protiv druga dva člana porodice podnesu takav zahtjev. Apelantica je zastupala stav da se odredba § 1598a Građanskog zakonika u konkretnom slučaju, a u skladu sa ustavom i ljudskim pravima, ima tumačiti tako da i tuženi kao mogući biološki, ali ne i pravno priznati otac, može tužbenim zahtjevom bez pravnih posljedica biti tužen radi učešća u postupku razjašnjenja porijekla. Osnovni sud je odbio odgovarajuću primjenu ovog propisa i odbacio je apelantičin zahtjev. Žalba koja je protiv te odluke podnesena Višem zemaljskom sudu je također ostala bez uspjeha.

### **Bitni argumenti Senata:**

Dopuštena apelacija nije osnovana. Pobijanim odlukama nisu povrijeđena apelantičina osnovna prava.

Tumačenja § 1598a Građanskog zakonika Osnovnog i Višeg zemaljskog suda se ustavnopravno ne mogu dovesti u pitanje. Prošireno tumačenje ove odredbe, kako ga zagovara apelantica, ne dolazi u obzir, jer su važeći propisi u skladu sa Ustavom, a oni ni § 1598a Građanskog zakonika ni drugom odredbom ne propisuju postojanje posebnog prava na utvrđivanje porijekla u odnosu na pretpostavljenog biološkog, pravno nepriznatog oca. Ne radi se ni o povredi općeg prava na slobodan razvoj ličnosti djeteta koje svoje biološko porijeklo u odnosu na muškarca kojeg smatra biološkim ocem, koji mu pravno nije priznat kao otac, može utvrđivati protivno volji tog muškarca samo putem utvrđivanja pravnog očinstva (§ 1600d Građanskog zakonika), ali ne i putem posebnog postupka utvrđivanja porijekla.

1. Pitanje razjašnjenja vlastitog porijekla od pretpostavljenog biološkog oca je pitanje koje je obuhvaćeno općim pravom na slobodan razvoj ličnosti, a koje pojedincu pruža zaštitu od uskraćivanja raspoloživih informacija o vlastitom porijeklu. Država, pri tome, ima ustavnu obavezu da na odgovarajući način uredi pravne odnose između stranaka prilikom zaštite pojedinca od uskraćivanja raspoloživih informacija o vlastitom porijeklu.
2. Prilikom uređivanja privatnopravnih odnosa zakonodavac općenito ima široka diskreciona ovlaštenja u pogledu procjene, vrjednovanja i njihovog uređivanja. Takav djelokrug postoji posebno u slučajevima u kojima se u obzir moraju uzeti suprotstavljena osnovna prava. Samo se izuzetno iz osnovnih prava mogu izvesti konkretne obaveze zakonodavca da regulira privatnopravne odnose. Savezni ustavni sud je upravo u pogledu utvrđivanja porijekla zakonodavca, ipak, obavezao na konkretnu regulaciju. Savezni ustavni sud, međutim, nije

utvrdio obavezu za zakonodavca da djetetu osigura izoliranu tužbu u odnosu na mogućeg biološkog ali ne i pravno priznatog oca.

3. U slučaju da se radi o utvrđivanju porijekla od pretpostavljenog biološkog oca protivno njegovoj volji, pogođeni su različiti nosioci osnovnih prava u različitom obimu.

a) Kako muškarac, čije se biološko očinstvo, suprotno njegovoj volji treba utvrditi, tako i majka, uživaju posebno zaštićeno pravo da se ne otkrivaju njihovi spolni odnosi, u smislu prava na poštivanje privatnosti i intimnog života (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st 1 Ustava). Zaštita koja se pruža biološkim roditeljima, da ne moraju otkriti svoje spolne odnose je, ipak, od samog početka umanjena u odnosu na interese djeteta da poznaje vlastito porijeklo, ukoliko je dijete zaista i poteklo iz takvog spolnog odnosa. Upravo po tom pitanju, ipak, postoji neizvjesnost koja bi zahtijevanim postupkom tek trebala biti otklonjena.

b) Pored toga, pogođena su i druga osnovna prava muškarca čije se biološko očinstvo suprotno njegovoj volji treba razjasniti. Provođenje genetskog utvrđivanja porijekla i uzimanje uzorka koji je podoban za genetsko ispitivanje je povezano sa zadiranjem u pravo na zaštitu podataka, odnosno, u pravo na informaciono samoodređenje (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) i u pravo na tjelesni integritet (čl. 2 st. 2 Ustava).

Utvrđivanje porijekla od muškarca koji je obavezan na saradnju može, osim toga, utjecati i na pravo na porodični život tog čovjeka i njegove porodice iz čl. 6 st. 1 Ustava. Ono ne ostaje izvan povrede ako postoji mogućnost da bi taj muškarac mogao imati još jedno dijete. Ovo važi nezavisno od toga da li će se sumnja u postupku utvrđivanje porijekla potvrditi ili otkloniti, te nije u cijelosti revirzibilno ni u slučaju negativnog rezultata prilikom utvrđivanja porijekla. Opterećenje postoji tek onda kada se prilikom utvrđivanja porijekla zaista pokaže da postoji i drugo očinstvo.

c) Pod određenim okolnostima se, u slučaju da se naredi i provede postupka ispitivanja porijekla u kojem se treba razjasniti biološko očinstvo, može utjecati i na pravo na porodičan život postojećih članova pravno priznate porodice djeteta, kako je ono zaštićeno u čl. 6 st. 1 Ustava. Porodica je već kroz sami postupak razjašnjenja porijekla suočena sa sumnjom i mogućnošću da se otkrije da dijete biološki ne potiče od pravno priznatog oca. To svim involviranim osobama oduzima sigurnost i povjerenje u njihove porodične odnose. Porodici navodnog biološkog oca je opterećena samom činjenicom da postoji mogućnosti biološkog porijekla od drugog muškarca. Opterećenje porodičnog život je posebno izraženo u situaciji u

kojoj se prilikom razjašnjenja porijekla ispostavlja da pravno priznati otac nije i biološki otac djeteta.

d) Razjašnjenje porijekla, uz to, ugrožava opće pravo na slobodan razvoj ličnosti pravno priznatog oca, za čije samorazumijevanje ključni značaj može imati pretpostavka da se nalazi u genealoškom odnosu prema svom djetetu.

e) Uz omogućavanje izolovanih postupaka utvrđivanja porijekla između osoba, koje se ne nalaze u pravno utvrđenom odnosu roditelj-dijete, ide opasnost da ispitivanja porijekla rezultiraju „pucnjem u prazno“. Stoga bi navedena zadiranja u osnovna prava mogla imati značajne personalne utjecaje. Kod razjašnjenja u smislu § 1598a Građanskog zakonika, dakle unutar pravno priznate porodice, takva opasnost ne postoji, jer je ovdje krug ovlaštenih i obaveznih osoba ograničen na članove pravno priznate porodice. Međutim, ovo se pravilo ne može primijeniti u situaciji u kojoj se, kao u postojećoj konstalaciji, nužno uključuju i stranci.

4. Odluka zakonodavca da onemogući posebne postupke za razjašnjenje porijekla prema mogućem biološkom ocu unutar je dozvoljenih ustavno-pravnih granica reguliranja. Omogućavanje takvog postupka bi zakonodavcu, sa ustavnopravne tačke gledišta, bilo dozvoljeno. Međutim, to mu nije nametnuto kao obaveza u okviru općeg prava na slobodan razvoj ličnosti djeteta, s obzirom da dijete, koje želi razjasniti pitanje očinstva u pogledu muškarca kojeg smatra biološkim ocem, prema važećim zakonskim odredbama nije obespravljeno. Štaviše, ono može u skladu sa aktuelnom odredbom § 1600d Građanskog zakonika zahtijevati utvrđivanje očinstva u odnosu na tog muškarca i time incidentno razjasniti i biološko očinstvo. Pozitivan rezultat vodi uspostavljanju pravno utvrđenog odnosa otac-dijete zajedno sa svim međusobnim pravima i obavezama koja su s time povezana. Takva mogućnost je za apelanticu – prema njenoj vlastitoj procjeni – neprimjenjiva samo zato što je već jedanput bezuspješno podizala tužbu za utvrđivanje očinstva protiv tuženog.

Zakonodavčev izbor da ne dozvoli izolovane postupke utvrđivanja porijekla prema pretpostavljenom biološkom, ali ne i pravno priznatom ocu, obuhvata i razmatranje najnepovoljnijih slučajeva po osnovna prava svih uključenih osoba, kao i nemogućnost da se isključi neizvjesnost biološkog očinstva, s obzirom da postupak utvrđivanja porijekla može voditi i negativnom rezultatu. U tom slučaju postupak ispitivanja porijekla, s jedne strane, ne bi djetetu donio željeno saznanje njegova biološkog porijekla, ali bi s druge strane, nepovratno utjecao na osnovna prava drugih osoba koje su time pogođene. S obzirom da pokretanje samostalnih postupaka za utvrđivanje porijekla nije moglo biti ograničeno na pojedinačne slučajeve, ni u okviru zakonsko uređenje, ni u okviru pojedinačnih slučajeva putem sudova, u kojima je

mogući biološki otac zaista i otac djeteta, zakonodavac je svoju procjenu mogao usmjeriti i na konstalaciju u kojoj mogući biološki otac, koji je prisiljen na saradnju u postupku utvrđivanja očinstva, zaista nije otac djeteta.

Do drugačijeg rezultata pri tumačenju sadržaja i dometa osnovnih prava ne vodi ni uzimanje u obzir Evropske konvencije o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao ni sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava. Pravo na poštovanje privatnog života u smislu čl. 8 st. 1 EKLJP podrazumijeva, prema sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, i pravo na identitet, u koje ulazi pravo na poznavanje vlastitog porijekla. Međutim, iz presude Evropskog suda za ljudska prava se ne može izvesti zaključak da bi se, pored pravnog utvrđivanja očinstva, morala otvoriti i mogućnost za izolovano utvrđivanje porijekla.

## **28) BVerfGE 142, 313 – 353 (Ärztliche Zwangsbehandlungen) Prinudna liječenja**

1. Iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava proizlazi obaveza države na zaštitu štíćenika koji nisu sposobni da samostalno odlučuju i obaveza da, kao posljednje sredstvo, pod strogim pretpostavkama, predvidi liječnički tretman kada zaprijetе ozbiljna zdravstvena oštećenja, čak i protivno njihovoj prirodnoj volji.
  
2.
  - a) U postupku prema čl. 100 st. 1 Ustava predmet podnošenja prijedloga za prethodno odlučivanje može biti i norma kojoj nedostaje značenje, koje prema plauzibilno obrazloženom uvjerenju suda stvara neophodnu konkretnu ustavnopravnu obavezu na zaštitu.
  
  - b) Podnošenje prijedloga za prethodnu odluku može biti odobreno uprkos okončanju prvostepenog postupka usljed smrti glavne stranke, ukoliko postoji važna objektivna potreba da se razjasni ustavnopravno pitanje koje je pri tom iskrsnulo.



**Rješenje Prvog senata od 26. jula 2016. godine  
-1 BvL 8/15-**

**OBRAZLOŽENJE**

**A.**

Savezni sud traži odluku Saveznog ustavnog suda o pitanju da li § 1906 st. 3 Građanskog zakonika u smislu zakonskog uređenja skrbničkog pristanka za prisilnu medicinsku mjeru od 18. februara 2013. godine (BGBl I S. 226) u skladu sa Ustavom, ukoliko se radi o prisilnoj liječničkoj mjeri, također i kod pogođenih osoba koje se ne žele podvrgnuti liječenju ili za to nisu fizički u stanju, podrazumijeva da je liječenje uslijedilo u okviru zbrinjavanja po osnovu lišenja slobode, u smislu § 1906 st. 1 Građanskog zakonika, a koje prema stalnoj sudskoj praksi u takvim slučajevima ne smije biti određeno.

[...]

**B.**

[...]

**II.**

Protivno je obavezi na državnu zaštitu, koja proizlazi iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava, da se štíćenicima koji ne mogu slobodno formirati volju – bez obzira na obim opasnosti po tijelo i život, s jedne, i rizika liječenja s druge strane – u cijelosti isključi medicinski neophodno liječenje, kada je ono protiv njihove prirodne volje, a oni se zbog neispunjenja pretpostavki ne mogu medicinski zbrinuti bez lišavanja slobode (1). Nije potrebno odlučiti o pitanju da li je to nespojivo sa načelom ravnopravnosti (2).

1. Čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava obavezuje državu da u slučaju nužde štíćenicima koji se u pogledu zdravstvene zaštite nalaze pod nadzorom i kojima prijete ozbiljno zdravstveno oštećenje, ako nisu u stanju da shvate nužnost medicinske mjere ili ne mogu djelovati na osnovu takvog uvida, pruži zaštitu osiguranjem liječničkog zbrinjavanja i protiv njihove prirodne volje (a). Takvo prinudno medicinsko liječenje je u skladu i sa obavezama Njemačke prema međunarodnom pravu (b). Obaveza zaštite iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava je prekršena ako se štíćenicima koji se stacionarno liječe u ustanovi otvorenog tipa, iako se ne mogu samostalno kretati, prema važećim propisima i protiv njihove prirodne volje za

nuždu ne pruži liječnička pomoć (c). Sada se ne odlučuje o situaciji štíćenika na ambulantom liječenju (d).

a) Ustavna garancija prava na život i tjelesni integriteta (čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava) može utemeljiti konkretne obaveze države na zaštitu (aa). Pod određenim uslovima, takve obaveze postoje za državnu zajednicu u odnosu na štíćenike, kojima je potrebno liječenje iako ne shvataju neophodnost liječničke mjere ili ne mogu djelovati na osnovu takvog uvida (bb).

aa) Osnovno pravo na život i tjelesni integritet nije samo subjektivno pravo koje je usmjereno na odbranu od državnih napada na ova pravna dobra. Ono istovremeno predstavlja i objektivnu ustavnu vrijednost koja utemeljuje obavezu države na zaštitne mjere. U skladu sa tim država ima obavezu da zaštititi i da podstiče život svakog pojedinca (usp. BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 90, 145, 195; 115, 320, 346). Čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava obuhvata i zaštitu od povrede tjelesnog integriteta i zdravlja (usp. BVerfGE 56, 54, 78; 121, 317, 356).

Fundamentalno se razlikuju subjektivna prava koja su izvedena iz osnovnih prava i koja ograničavaju državnu vlast, s jedne, i obaveze na zaštitu koje su nastale iz objektivnog značenja osnovnih prava, s druge strane, jer odbrambena prava po svrsi i sadržaju zabranjuju određeno državno djelovanje, dok je obaveza na zaštitu u osnovi neodređena. Kada ima ustavnu obavezu da poduzima mjere za zaštitu nekog pravnog dobra zakonodavac postavlja i normativno provodi koncept zaštite u koji, u osnovi, ulazi i djelokrug procjene, vrednovanja i uobličavanja (usp. BVerfGE 96, 56, 64; 121, 317, 356; 133, 59, 76 Rn. 45). Savezni ustavni sud može utvrditi povredu obaveze na zaštitu samo ako uopće nisu uspostavljene mjere zaštite, ako su uspostavljena pravila i mjere očigledno nepodobne ili potpuno neadekvatne za postizanje traženog cilja, ili ako značajno zaostaju za ciljem koji se štiti (usp. BVerfGE 56, 54, 80; 77, 170, 215; 92, 26, 46; 125, 39, 78 i dalje).

[...]

2. Svaki prinudni medicinski pregled, ipak, zadire u osnovno pravo na slobodan razvoj ličnosti. Jer, čovjek je prema Ustavu načelno slobodan da prema vlastitom nahođenju donosi odluke u vezi sa intervencijama u njegov tjelesni integritet i u vezi sa ophođenjem prema njegovom zdravlju. Ova sloboda je izraz njegove lične autonomije i kao takva je zaštićena općim pravom na slobodan razvoj ličnosti iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava (kao rezultat također BVerfGE 128, 282 302; 129, 269, 280; 133, 112, 131 Rn. 49, svaka sa pozivanjem na čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava). Njegova se odluka o pitanju da li će i u kojoj mjeri

svoju bolest dijagnosticirati i dati da se liječi, ne mora mjeriti na skali objektivne razboritosti. Obaveza države da pojedinca „štiti od samog sebe“, ne postavlja „veličanstvo uma“ državnih organa nad nosiocima osnovnih prava tako da njihova volja smije biti zanemarena samo zato što odstupa od prosječnih želja ili se izvana čini nerazumnom (usp. BVerfGE 128, 282, 308). Osnovna prava na slobodu podrazumijevaju i pravo da osoba tu slobodu može iskoristiti i na način koji u očima trećih osoba može izgledati suprotnim najboljim interesima nosioca osnovnih prava. Stoga je načelno na pojedincu da odluči da li se želi podvrgnuti terapijskim ili drugim mjerama, čak i ako one služe održavanju ili poboljšanju njegova zdravlja. Sloboda koju štite osnovna prava podrazumijeva i „slobodu na bolest“, a time i pravo osobe da odbije zahvate koji su usmjereni na njeno izlječenje, čak i kada su takvi zahvati prema stavovima medicine neophodni (usp. BVerfGE 128, 282, 304 sa daljim napomenama).

[...]

(a) Ako obaveza države na zaštitu iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava zahtijeva neki medicinski poduhvat koji je suprotan prirodnoj volji štitićenika, tada je to u suprotnosti sa pravom te osobe na samoodređenje i sa njenim osnovnim pravom na tjelesni integritet.

[...]

(b) Zakonodavac mora predvidjeti mogućnost obaveznog liječenja za slučajeve u kojima postoji ozbiljna zdravstvena prijetnja koja uključuje i opasnost po život, a može, sa velikim izgledima na uspjeh, biti otklonjena neinvazivnim liječenjem, sve u situaciji u kojoj pogođene osobe zbog nemogućnosti rasuđivanja, uzrokovanom bolešću, prirodnom voljom odbijaju takvo liječenje. Obaveza države na zaštitu ima posebnu težinu u slučajevima u kojima se radi o značajnim prijetnjama po zdravlje osobe koja nije sposobna da se sama zaštiti. Ako neophodnu medicinsku mjeru kojom se treba otkloniti takva opasnost ne prate posebni rizici liječenja i ako ne postoje čvrste naznake da odbijanje liječenja odgovara prvobitnoj slobodnoj volji štitićenika, onda je rezultat odmjeravanja između sukobljenih osnovnih prava očigledno naznačen. Obaveza države na zaštitu nemoćnih nadilazi i potiskuje njihovo pravo na samoodređenje i fizički integritet.

[...]

Zakonodavac je slobodan da uobliči procesnu zaštitu, onako kako je to, na osnovu rješenja Saveznog ustavnog suda od 23. marta 2011. godine (na navedenom mjestu),

učinio sa važećim odredbama § 1906 Građanskog zakonika, §§ 312 i dalje Zakona o postupanju u porodičnim pitanjima i pitanjima utvrđivanja dobrovoljne nadležnosti (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - FamFG). U nužne elemente procesne zaštite se ubrajaju određivanje i nadzor medicinskih mjera, njihova prethodna najava, uključivanje – također putem postupajućih ljekara – nezavisnih stručnjaka, sudsko izdavanje odobrenja kao i obaveza dokumentiranja (usp. BVerfGE 128, 282, 311 i dalje).

Kada se radi o nadzoru zdravstvenog stanja štićenika, uvažavanje autonomnog samoodređenja kako ga postavlja Ustav, zahtijeva od zakonodavca da odgovarajućim propisima osigura, da se prije konkretnih pregleda zdravstvenog stanja, prije liječenja ili ljekarskih zahvata, svaki put utvrdi da li postoji zadovoljavajuća sposobnost rasuđivanja i djelovanja pogođenog u odnosu na te mjere, kako bi mogli slobodno, a time i mjerodavno donositi odluke. Pri tome i u pogledu terapija mogu biti mjerodavni, kako to zakon već sada propisuje (usp. § 1901a st. 1 i 2 Građanskog zakonika), zdravstvena punomoć ili ranije izražena volja u pogledu liječenja u aktualnim životnim situacijama. U odnosu na postojeću prirodnu volju štićenika koji nije sposoban rasuđivati, potrebno ga je prije svega pokušati uvjeriti u neophodnost i svrsishodnost predviđenog prinudnog liječenja (usp. već § 1906 st. 3 br. 2 Građanskog zakonika), prije nego što se pristupi prinudnom liječenju kao posljednjem sredstvu.

b) Obaveze proistekle iz međunarodnog prava nisu u suprotnosti sa obavezom države da pruži zaštitu štićeniku koji se nalazi u bespomoćnoj situaciji i nije sposoban slobodno formirati vlastitu volju i da ga, po potrebi, u skladu sa navedenim uslovima (gore a bb, st. 71 itd.) podvrgne prinudnom liječenju.

[...]

bb) Iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava proistekla obaveza države da pruži zaštitu štićeniku koji se nalazi u bespomoćnoj situaciji i nije sposoban slobodno formirati vlastitu volju i da ga pod navedenim uslovima (gore a bb, st. 71 itd.), po potrebi, podvrgne prinudnom liječenju u skladu je i sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i sa praksom Evropskog suda za ljudska prava.

[...]

Štićenici koji se nalaze na stacionarnom liječenju, koji – kao i osobe iz konkretnog predmeta – faktički nisu u stanju da se kreću, ne mogu prema § 1906 st. 1 br. 2 Građanskog zakonika biti smještene lišavanjem slobode i zbog toga ni prema §

1906 st. 3 Građanskog zakonika ne mogu biti prinudno liječene. Takvim štíćenicima se, čak ni ako jednoznačno postoje brojni materijalni preduslovi u smislu ustavno garantirane obaveze na pružanje zaštite i ako se mogu ispuniti procesnopravni zahtjevi, ne pruža zaštita iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava. U tom smislu pravno stanje stvari ne zadovoljava ustavnopravne zahtjeve u pogledu štíćenika.

Za ovakav zaključak nije neophodna provjeravati da li § 1906 Građanskog zakonika zadovoljava ustavnopravne zahtjeve. Takva provjera § 1906 Građanskog zakonika se ne traži postavljenim zahtjevom; s tim u vezi ni sud koji je podnio zahtjev nije razradio činjenično i pravno stanje tako da se ono može razmatrati sa ustavnopravne tačke gledišta.

d) Konačno, nije potrebno odlučivati o pitanju da li pravno stanje odgovara državnoj obavezi na zaštitu iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava, jer § 1906 Građanskog zakonika ograničenjem prinudnog liječenja na štíćenike kojima je oduzeta sloboda, ne isključuje iz ove mogućnosti samo hospitalizirane, nego – po osnovu svjesne zakonodavne odluke (usp. BGH, rješenje od 1. jula 2015. godine - XII ZB 89/15 -, Rješenje o prethodnom pitanju, juris, st. 53 i dalje; BTDrucks 15/4874, str. 8, 25 i dalje; Zapisnik sa 105. sjednice Odbora za pravna pitanja Njemačkog Saveznog vijeća, 17. Izborni period, 10. decembra 2012. godine; usp. također BTPlenarprot 15/158, s. 14826 i dalje) – i sve druge štíćenike koji se nalaze na ambulantnom liječenju. Isključenje ove grupe nije predmet prethodnog odlučivanja. Zahtjev za prethodnom odlukom se i ne može tek tako proširiti (za tu mogućnost usp. BVerfGE 135, 1, 12 Rn. 33 i dalje), jer se izuzimanje štíćenika iz ambulantnog liječenja kod mogućnosti prinudnog liječenja temelji na stvarnim razlozima čija se osnovanost ne može uzeti kao očigledno dokazana (usp. posebno Zapisnik sa 105. sjednice Odbora za pravna pitanja Njemačkog Saveznog vijeća, 17. Izborni period, 10. decembar 2012. godine; usp. i BTPlenarprot 15/158, str. 14826 i dalje). Pored toga, ambulantno liječeni štíćenici se u teškim slučajevima, u konačnici, ne ostavljaju bez zaštite, jer se nakon smještaja uz ispunjenje uslova § 1906 st. 1 br. 2 Građanskog zakonika mogu podvrgnuti prinudnom liječenju. Ovakva konstalacija vodi zbog toga do niza dodatnih ustavnopravnih pitanja, koja ne govore u prilog proširenju normativne kontrole izvan pitanja koje je postavljeno u postupku prethodnog odlučivanja.

2) Može ostati otvoreno pitanje, da li se krši načelo jednakosti zbog toga što mogućnost prinudnog liječenja ostaje nedostupna hospitaliziranim štíćenicima koji se bez tuđe pomoći ne mogu više kretati u prostoru, na što Savezni sud oslanja svoj zahtjev za prethodnom odlukom. Budući da se zakonsko rješenje pokazuje neustavnim već zbog toga što odredbe § 1906 st. 3 Građanskog zakonika postupno isključuju prinudno liječenje štíćenika koji se ne mogu zbrinuti lišavanjem slobode i time u svakom slučaju ostavlja bez zaštite jednu grupu štíćenika koja nije sposobna

da samostalno formira volju, a neophodna im je pomoć u smislu čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava, čak i kada kod njih jednoznačno nedostaje usporedba između neophodnog medicinskog tretmana i posljedica koje time mogu nastati, zbog čega i nastaje konkretna državnu obavezu na zaštitu, mogu se ovdje ostaviti otvorena pitanja koja su u vezi sa čl. 3 Ustava. Ovo važi i za pitanje, da li je zabrana diskriminacije prema čl. 3 st. 3 rečenica 2 Ustava povrijeđena, jer ona, u svakom slučaju, ne traži više nego što to zahtjeva obaveza na zaštitu iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava.

## **29) 1 BvR 2019/16 (Drittes Geschlecht) Treći spol**

1. Opće pravo na slobodan razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) štiti spolni identitet. Ono štiti i spolni identitet onih osoba koje se dugoročno ne svrstavaju ni u muški ni u ženski spol.
2. Čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava štiti od diskriminacije po osnovu spola i ljude koji se dugoročno ne svrstavaju ni u muški ni u ženski rod.
3. Osobama koje se dugoročno ne svrstavaju ni u muški ni u ženski spol, krše se oba osnovna prava, kada ih pravo o ličnim podacima primorava da registriraju spol, ali ne ostavlja drugu mogućnost za izjašnjenje osim kao muški ili ženski spol.

### **Rješenje Prvog senata od 10. oktobra 2017. godine -1 BvR 2019/16-**

1. § 21 stav 1 broj 3 Zakona o ličnim podacima (Personenstandsgesetzes – PStG) u verziji § 1 Zakona o reformi prava o ličnim podacima (Personenstandsrechtsreformgesetz – PStRG) od 19. februara 2007. godine (Bundesgesetzblatt I str. 122) u vezi sa § 22 stav 3 Zakona o ličnim podacima (PStG) u verziji § 1 br. 6 slovo b Zakona o izmjenama propisa o ličnim podacima (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG) od 7. maja 2013. godine (Bundesgesetzblatt I str. 1122) nije u skladu sa članom 2 stav 1 u vezi sa članom 1 stav 1 i sa članom 3 stav 3 rečenica 1 Ustava u pogledu konstituiranja obaveze na upisa spola jer ne omogućuje osobama, čiji spolni razvoj pokazuje odstupanja u odnosu na ženske i muške spolne varijante i koje same sebe dugoročno ne smještaju ni u muški ni u ženski spol, pozitivan unos spola koji ne glasi ni kao „ženski“ ni „muški“ spol.

1. Zakonodavac je obavezan da do 31. decembra 2018. godine donese propise koji su usklađeni s Ustavom.

2. Rješenja Saveznog suda od 22. juna 2016. godine – XII ZB 52/15 -, zatim Višeg zemaljskog suda Celle od 21. januara 2015. godine – 17 W 28/14 – i Osnovnog suda Hannover od 13. oktobra 2014. godine – 85 III 105/14 – sve krše osnovna prava osobe koja je podnijela apelaciju iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 i čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava. Ukidaju se rješenja Saveznog suda od 22. juna 2016. godine – XII ZB 52/15 – i Višeg zemaljskog suda Celle od 21. januara 2015. godine – 17 W 28/14. Predmet se vraća Višem zemaljskom sudu na ponovno odlučivanje. Postupak će se obustaviti do donošenja novih zakonskih propisa.

3. Savezna Republika Njemačka se obavezuje na naknadu nužnih izdataka osobi koja je podnijela apelaciju.

## OBRAZLOŽENJE

### A.

Apelacija se odnosi na pitanje da li pobijane odluke i predmetni § 21 st. 1 br. 3 u vezi sa § 22 st. 3 Zakona o ličnim podacima (PStG) krše osnovna prava osobe koja je podnijela apelaciju. Osobi koja je podnijela apelaciju je prilikom rođenja dodijeljen ženski spol i upisana je kao djevojčica u matičnu knjigu rođenih. Ona posjeduje atipičnu skupinu hromozoma (tzv. turner-sindrom) i, trajno uzev, ne osjeća da pripada ni ženskom ni muškom spolu. Zatražila je važeći upis spolnog određenja kao „inter/divers“, alternativno „divers“ u matičnu knjigu rođenih. Nadležni matični ured je to odbio, s obzirom da § 21 st. 1 br. 3, § 33 st. 3 PStG-a takav upis ne dozvoljava. Osoba koja je podnijela apelaciju smatra da su propisi u suprotnosti sa Ustavom.

### I.

1. a) Po rođenju djeteta se, prema njemačkim propisima o ličnim podacima, u matičnoj knjizi rođenih utvrđuje njegov spol. Dijete se svrstava u ženski ili muški spol. Ukoliko to nije moguće, spol se ne navodi. Dvije odredbe Zakona o ličnim podacima koje se neposredno pobijaju glase:

§ 21 Upis u matičnu knjigu rođenih

(1) U matičnoj knjizi rođenih se utvrđuje

3. spol djeteta,

## § 22 Nedostajući podaci

(3) Ukoliko se dijete ne može svrstati ni pod ženski ni pod muški spol, tada se lični podaci osobe unose u matičnu knjigu rođenih bez takvih podataka.

b) Odredba § 22 st. 3 PStG-a je uvedena 2013. godine prilikom reforme prava ličnih podataka. Prije toga, od 1875. godine, nije postojalo zakonsko reguliranje statusa osoba čiji spol nije jasno ženski ili muški. Opće zemaljsko pravo pruskih država iz 1794. godine (Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten – ALR) je sadržavalo odredbe o spolnom određenju hermafroditnih osoba: „Kada se rodi hermafrodit, tada roditelji određuju prema kojem rodu će osoba biti odgojena“ (§ 19 I 1 ALR). „Međutim, takva osoba ima pravo da nakon navršene osamnaeste godine, slobodno odluči kojem rodu pripada“ (§ 20 I 1 ALR). Uvođenjem matičnih ureda i vođenjem matičnih knjiga rođenih putem „Zakona o utvrđivanju ličnog statusa i zaključivanja braka“ (Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung) od 6. februara 1875. godine (RGB1 I str. 23) ova odredba je izostavljena, ali nije uvedena zamjena za nju. Time je nastala pravna praznina, koja je postojala sve do reforme prava kojim se reguliše lični status osoba iz 2013. godine (vidi Wacke, u: Festschrift für Kurt Rebmann, 1989, str. 861, 868 i dalje; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, str. 81; Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zur Intersexualität, 2015, str. 6).

c) Novom reguliranju u § 22 st. 3 PStG-a su prethodila Zaključna razmatranja Odbora za ukidanje svih oblika diskriminacije žene Ujedinjenih nacija od 10. februara 2009. godine u kojima je Odbor zahtijevao od Savezne Republike Njemačke „(...) da stupi u dijalog sa nevladinim organizacijama interseksualaca i transeksualaca, kako bi se postiglo bolje razumijevanje njihovih potreba i poduzele učinkovite mjere za zaštitu njihovih ljudskih prava“ (CEDAW/C/DEU/ CO/6 br. 62).

Savezno ministarstvo za obrazovanje i istraživanje i Savezno ministarstvo za zdravlje su 2010. godine Njemačkom etičkom vijeću dodijelili zadatak da, kroz dijalog sa osobama pogođenim interseksualnošću, sačine izvještaj o situaciji interseksualnih osoba u Njemačkoj. Njemačko etičko vijeće je u februaru 2012. godine predložilo izvještaj: U njemu se sažeto navodi (BTDrucks 17/9088, str. 59):

„Njemačko etičko vijeće je shvatanja da postoji neopravdano zadiranje u pravo na slobodan razvoj ličnosti i pravo na jednak tretman kada ljudi, koji se na osnovu svoje tjelesne konstitucije ne mogu svrstati ni pod ženski, ni pod muški spol, zakonom bivaju prisiljeni da se u matičnoj knjizi uvrste u jednu od tih kategorija.

1. Trebalo bi biti propisano da se kod osoba čiji spol nije moguće jednoznačno



utvrditi, pored upisa kao „ženski“ ili „muški“, može izabrati i „drugi“.

Pri tome bi trebalo propisati da treba ostati neispunjenim upis sve dok se dotična osoba sama ne odluči. Zakonodavac za dotične osobe treba utvrditi starosnu granicu do koje se moraju odlučiti.

2. Trebala bi biti uređena mogućnost izmjene upisa koja prevazilazi postojeće mogućnosti prema § 47 st. 2 PStG-a, prema kojima dotične osobe izmjenu upisa mogu tražiti ako se dotadašnji upis pokazao netačnim.

4. Kao osnova za buduće odluke zakonodavca trebala bi se cijeliti svrha, koja slijedi obavezu upisa po tadašnjim propisima. Trebalo bi se provjeriti da li je upis spola u matičnu knjigu rođenih još uvijek, općenito, neophodan.“

d) Prijedlog Zakona o izmjenama propisa o ličnim podacima (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄanG) od 25. maja 2012. godine koji je uputila Vlada nije obuhvatio preporuke Njemačkog etičkog vijeća (BRDrucks 304/12; BTDrucks 17/10489, str. 5 i dalje). Vijeće zemalja je svojom izjavom od 6. jula 2012. godine pozvalo Saveznu vladu da, u okviru prijedloga zakona, ispita preporuke Njemačkog etičkog vijeća u vezi sa temom interseksualnosti, koje i ono dijeli (BTDrucks 17/10489, str. 56). Savezna vlada je u svom protuizjašnjenju navela da će probleme dotičnih osoba i stav Etičkog vijeća uzeti ozbiljno u razmatranje. Rješenje ovog kompleksnog problema, posebno uzimanjem u obzir medicinskih aspekata, nije se moglo kratkoročno naći u ovom, tada daleko uznapredovalom, zakonodavnom postupku. Prije novog donošenja propisa bilo bi neophodno provesti sveobuhvatna saslušanja eksperata i osoba na koje se odnosi ova problematika. Pri tome bi se moralo provjeriti i koje izmjene bi bile neophodne u drugim zakonima (BTDrucks 17/10489, str. 72; BT-Transkript sjednice 17/219, str. 27222). Interni odbor Vijeća zemalja je preporučio prihvaćanje sadašnjeg § 22 st. 3 PStG-a (BTDrucks 17/12192, str. 3, 11). U drugoj i trećoj raspravi je jednoglasno prihvaćen prijedlog verzije Odbora (vidi BT-Transkript sjednice 17/219, str. 27217 i dalje). Buduće formulacije odredbi bi trebale biti prepuštene daljnjim diskusijama stručnih tijela (vidi BT Transkript sjednice 17/219, str. 27222).

e) U Koalicionom ugovoru za 18. legislaturu od 27. novembra 2013. godine koalicioni partneri su se obavezali da će poduzeti evaluaciju i pripremu izmjena propisa o ličnim podacima za interseksualne osobe, koji su u međuvremenu nastupili, kao i za „posebne situacije transeksualnih i interseksualnih osoba u fokusu“ (vidi Koalicioni ugovor između CDU, CSU i SPD, 18. legislatura, str. 105). U tu svrhu je u septembru 2014. godine osnovana među-ministarska radna grupa „Interseksualnost/ transeksualnost“, čiji je završni izvještaj trebao biti izložen u prvom polugodištu

2017. godine. To se do sada nije desilo (vidi Odgovor Savezne vlade na mali upit stranke BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BTDrucks 18/7310, str. 14).

2. Pravno ili faktičko određivanje spola, često i upis spola kao ličnih podataka i davanje uvjerenja, igraju odgovarajuće uloge u različitim životnim situacijama. Spolna pripadnost dijelom ima pravne posljedice, a dijelom spolna pripadnosti u svakodnevnom životu zadobija praktični značaj, a s vremena na vrijeme su upisani podaci neophodni radi identifikacije i validacije podataka ili u statističke svrhe. Tako podatke o spolu osobe sadrže npr. njemački pasoš, prema § 4 st. 1 rečenica 2 br. 6 PassG i elektronska zdravstvena knjižica prema § 291 st. 2 rečenica 1 br. 4 SGB V. Zakonom je predviđeno, ili je u praksi neophodno, da se u različitim životnim situacijama rodni list ili izvoda iz matične knjige rođenih predoči nadležnim organima, sudovima ili trećim osobama; oba u osnovi prikazuju spol (§ 59 st. 1 br. 2 i st. 2 PStG kao i § 55 st. 1 br. 1 u vezi sa § 21 st. 1 br. 3 i § 22 st. 3 PStG). Predočavanje rodnog lista se zahtijeva, između ostalog, i prilikom upisa na studij, univerzitetskih ispita, državnih ispita i prilikom promocija, kod prijavljivanja u državnu službu, kao i prilikom određenih zanatskih obuka.

3. S medicinske tačke gledišta ne radi se isključivo o binarnom spolnom konceptu. Savezna liječnička komora je 2015. godine, po preporuci njenog Naučnog savjeta, izdala mišljenje „Briga o djeci, omladini i odraslim sa varijantama/poremećajima spolnog razvoja (Disorders of Sex Development, DSD)“. Tamo se navodi da varijante spolnog razvoja predstavljaju heterogenu grupu odstupanja spolne determinacije ili diferencijacije. Pod varijantama spolnog razvoja se razumijevaju urođene genetske, hormonalne, gonadalne i genitalne varijacije kod čovjeka sa posljedicom da spol osobe više jasno ne odgovara biološkim kategorijama „muški“ ili „ženski“. Izjednačavanje sa malformacijama ili bolešću nije primjereno (vidi Savezna liječnička komora, Deutsches Ärzteblatt od 30. januara 2015, str. 1 [2]). „Smjernice Njemačkog društva za urologiju (Deutschen Gesellschaft für Urologie – DGU – e.V.), Njemačkog društva za dječiju hirurgiju (Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie – DGKCH – e. V.), Njemačkog društva za dječiju endokrinu i dijabetologiju (Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabetologie DGKED – e.V.)“ koje su izdate 2016. godine su, u odnosu na biološke povezanosti i iskustva osoba sa varijantama spolnog razvoja, utvrdili da je neophodno psihološko-medicinsko praćenje ili tretman revizije tradicionalno normirane slike žene i muškarca. Varijante u spolnom razvoju nisu bolest. Ne može se razmišljati o njihovom „izlječenju“. Ni jedna medicinska ili psihološka intervencija ne bi sama po sebi ništa promijenila na stanju nejasnoće. Postupanje sa osobama sa varijantama spolnog razvoja je u pravilu društveno-politički problem i morao bi se posmatrati u općedruštvenom okviru (Radna grupa znanstvenih medicinskih udruženja specijalista - Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. - AWMF), S2k-Smjernice

registar br. 174/001, stanje: 07/2016, Varianten der Geschlechtsentwicklung str. 4). U medicinskim i psiho-socijalnim naukama postoji širok konsenzus o tome da se spol ne određuje samo prema genetsko-anatomskim hromosomskim obilježjima ili da se čak prema njima utvrđuje, nego se određuje i socijalnim i psihičkim faktorima (npr. Savezna liječnička komora, na nav. mjestu, str. 5, 7; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Izdanje, 2014, Ključne riječi: spol; Richter-Appelt, u: Irrsinnig weiblich - Psychische Krisen im Frauenleben, izdanje 2016, str. 107 [116]).

4. Podaci o broju osoba u Njemačkoj sa varijantama spolnog razvoja variraju ovisno o tome koji se pojavni oblici vrednuju. Tako se npr. često navodi 1:500 interseksualaca u populaciji (Pschyrembel, na nav. mjestu, Ključna riječ: interseksualnost), što odgovara broju od cca 160.000 osoba u Njemačkoj (dalji brožčani podaci u Schmidt am Busch, AöR 2012, str. 441 [443]; Böcker/Denk idr., Pathologie, 5. izdanje 2012, str. 730; Johow/Voland, APuZ 2012, str. 9 [12 i dalje]; Helms, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, 2015, str. 3 sa daljim uputama; Savezna liječnička komora, na nav. mjestu, str. 4; vidi i Althoff/Schabram/Follmar-Otto, Gutachten Geschlechtervielfalt im Recht - Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, BMFSFJ (Hrsg.), 2017, str. 18 i fusnota 39).

## II.

1. Osoba koja je podnijela apelaciju je na osnovu predočene hromozomske analize zahtijevala izmjenu upisa u matične knjige rođenih kod nadležnog matičnog ureda, tako da bi se dosadašnji upis spola kao „ženski“ brisao i unijela bi se samo odrednica „inter/divers“, odnosno samo „divers“. Prema predočenoj hromozomskoj analizi, ona ima brožčano izražen skup hromozoma sa jednim X-hromozomom i drugim gonosomom koji nedostaje. Matični ured iznio stav pürema kojem nije moguće izvršiti upis trećeg spola u matičnu knjigu rođenih. Zakonodavac se odlučio za binarni spolni poredak i samo je ostavio mogućnost da se ne unose opći podaci o spolu. Regija Hannover se pridružila takvom stavu i zahtjev je prosljediła nadležnom Osnovnom sudu.

2. Osnovni sud je odbio zahtjev za uns ispravke, s obzirom da upis trećeg spola nije moguć ni nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama propisa o ličnim podacima. U skladu sa § 21 st. 1 br. 3 § 22 st. 3 PStG-a spol djeteta se može upisati kao „ženski“ ili „muški“ ili bez unosa. Naznaka spola kao „inter“ ili „divers“ nije predviđena. Ne može se poći od neustavnosti ovih propisa.

3. Viši zemaljski sud je odbio prigovor koji je protiv toga uložen. Prema njegovom mišljenju, Osnovni sud je zahtjev za ispravkom odbio u skladu sa formulacijom iz § 21 st. 1 br. 3, § 22 st. 3 PStG-a. Apelantica je samo mogla zahtijevati brisanje unosa

„ženski“. Osobina činjeničke pretpostavke „spol“ u § 21 st. 1 br. 3 PStG-a, u smislu ustavnog značenja, ne mora u tom smislu biti tumačena da pored „muški“ i „ženski“, kao treći spol postoji „inter“ ili „divers“. U formi u kojoj je danas na snazi § 22 st. 3 PStG-a nije neustavan.

4. Žalbu koja je protiv ovoga podnesena odbio je Savezni sud. Prema njegovom mišljenju, izmjena upisa u matične knjige rođenih, tako da se upiše „inter“, odnosno „divers“, prema važećem pravu nije moguća. Drukčije tumačenje osobine činjenične pretpostavke spol iz § 21 st. 1 br. 3 PStG-a se ne može razmatrati. Nije postojao osnov da se zahtijeva odluka u postupku prethodnog odlučivanja pred Saveznim ustavnim sudom, s obzirom da Senat nije smatrao da je § 21 st. 1 br. 3, § 22 st. 3 PStG-a protivustavan. Apelantica može, u skladu sa § 48 st. 1, § 47 st. 2 br. 1 u vezi sa § 22 st. 3 PStG-a, izdejsstvovati da se unos spola naknadno izbriše iz matične knjige rođenih. S obzirom da oznaci „inter“ ili „divers“ u matičnoj knjizi rođenih ne odgovara nikakav materijalni sadržaj, to za pogođenu osobu na koncu nema ustavnopravno značajne razlike u pogledu postojanja ili nepostojanja unosa spola koji se ne podvodi ni pod jedan rod, dakle, čisto je deklaratorne prirode. U ovom slučaju se ne radi o raspravljanju pitanja na koji način bi zakonodavac izmjenama materijalnog porodičnog prava trebao riješiti situaciju osoba o kojima se radi. Utvrđivanjem jednog dodatnog spola bili bi pogođeni interesi državne regulative. Međutim, kod apelantice se o tome ne radi.

### III.

Osoba koja je podnijela apelaciju ukazuje na povredu njenog općeg prava na razvoj ličnosti iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 stav 1 Ustava, kao i na diskriminaciju po osnovu spola prema čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava, ali i na povredu načela jednakosti u smislu čl. 3 st. 1 Ustava.

1. S obzirom da je njen interspolni identitet jasan i dugotrajan, ona ima pravo na jednako priznanje vlastitog spola kao izraza općeg prava na slobodan razvoj ličnosti. Iznuđeno svrstavanje pod muški ili ženski spolu vrijeđa u njeno opće pravo na slobodan razvoj ličnosti, jer je obavezuje na izjašnjavanje u binarnom sistemu koji ne odgovara njenom ličnom osjećaju identiteta. Čak i nakon novog reguliranja Zakona o ličnim podacima, ostaje joj samo izbor da se svrsta u jednu od neodgovarajućih kategorija, kao muško ili žensko, ili da ostavi otvorenim upis podataka o rođenju i time ne naznači spol. To znači biti „nula“. Istina, materijalno-pravno se ne pravi razlika da li upis spola ostaje neispunjen ili se upisuje, s obzirom da materijalno pravo postojanje interseksualnih osoba za sada ignorira. Svrha upisa ličnog statusa u matičnoj knjizi rođenih daleko nadilazi prikaz činjenica značajnih

sa aspekta porodičnog prava. Sve dok u pravu ličnih podataka postoji upis spola on je važan element izgradnje pojedinačnog identiteta u društvenom kontekstu. Državni akt je ovoj osobini dao dodatno značenje. Time joj je onemogućeno da se u pogledu konstitutivnog dijela vlastitog identiteta prema vani pojavljuje kao osoba kakvom se osjeća. Druga spolna kategorija „inter/divers“ nije ništa manje pogodna od današnje pravna situacija da služi cilju razjašnjenja ličnog spolnog statusa. Sa ovom kategorijom ne bi bilo neophodno da zakonodavca stvara „treći spol“, kako to Savezni sud sugerira, nego bi upravo uspostavio skupne oznake za sve osobe koje se ne osjećaju ni muškarcima, ni ženama, ali ne žele dugoročno biti registrirane kao osobe „bez spola“. Birokratski rad se također ne bi značajno povećao.

2. U različitom postupanju prema interspolnim osobama, u odnosu na muškarce ili žene, leži nedopustivo razlikovanje po osnovu spola (čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava). Dok se muške ili ženske osobe u matičnoj knjizi rođenih označavaju kao muški ili ženski, za interspolni identitet osobe koja je podnijela apelaciju nema pravne oznake koja bi mogla biti registrirana.

#### IV.

O postupku su zauzeli stav Vlada Savezne zemlje Thüringen, Njemačko etičko vijeće, Savezna liječnička komora, Njemački institut za ljudska prava (Deutscher Institut für Menschenrechte e.V.), Savezno udruženje njemačkih matičarki i matičara e.V. (Bundesverband der Deutschen Standesbeamtinnen und Standesbeamten e.V. - BDS), Njemačko društvo za seksualno istraživanje e.V. (Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung e.V. - DGfS), Stručno udruženje njemačkih psihologinja i psihologa e.V. (Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. - BDP), Njemačko udruženje za trans-identitet i interseksualnost e.V. (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V. - dgti), Interseksualne osobe (Intersexuelle Menschen e.V.), Udruženje lezbejki i gay muškaraca u Njemačkoj (Lesben- und Schwulenverband in Deutschland e.V. - LSVD), Centralni komitet njemačkih katolika (Zentralkomitee der deutschen Katholiken - ZdK), Studijski centar EKD-a za rodna pitanja u crkvi i teologiji (Studienzentrum der EKD für Genderfragen in Kirche und Theologie), Savezno udruženje Trans\* (Bundesvereinigung Trans\* e.V. - BVT\*), TransInterQueer e.V. (Trans-InterQueer e.V. - TrIQ) kao i samoinicijativno Savez za lezbejke, gey muškarce, biseksualce, trans\*, interseksualce i queer osobe u psihologiji e.V. (Verband für lesbische, schwule, bisexuelle, trans\*, intersexuelle und queere Menschen in der Psychologie e.V. VLSP) i slobodna grupa studenskih tijela (freie Zusammenschluss von studentInnenschaften e.V. - fzs).

1. Savezna zemlja Thüringen je podržala „intenciju apelacije“.

2. Njemačko etičko vijeće je citiralo svoj stav iznesen 2012. godine, da kod osoba čiji se spol ne može jasno utvrditi, pored upisa kao ženski ili muški treba biti moguće izabrati i „drugo“, i uputilo je i u svemu ostalom na izričite stavove o interseksualnosti, koji su razrađeni u nalogu Savezne vlade (BTDrucks 17/9088).

3. Savezna liječnička komora je ukazala na svoj raniji stav (Deutsches Ärzteblatt od 30. januara 2015. godine, str. 1 i dalje).

4. Njemački institut za ljudska prava se u velikoj mjeri pozvao na ekspertizu koju je izradio po ovlaštenju Saveznog ministarstva za porodicu, starije osobe, žene i mladež (Althoff/Schabram/Follmar-Otto, na nav. mjestu). Sve u svemu, Institut smatra da je neophodno priznati ne-binarnu spolove. Prilikom istraživanja inter- i transspolnih osoba u Njemačkoj, četvrtina do trećina je navela ne-binarnu identifikaciju. Mišljenja je da se uskraćivanje mogućnosti unosa ne-binarnu spolne kategorije ne čini se opravdanim. Izostanak mogućnosti upisa ne znači pozitivno priznavanje spola, nego samo negira svrstavanje u binarne kategorije „muški“ i „ženski“ spol. Iz perspektive ljudskih prava, ne radi se o zakonodavnom kreiranju spolova, nego o pravnom priznanju jednakosti spolova po osnovu individualnih fizičkih i psihičkih karakteristika. Funkcija svrstavanja i klasifikacije kategorije spol u važećem pravu ne omogućuje opravdano odbijanje upisa ne-binarnog spola. Uskraćivanje posebno nije prikladno za postizanje legitimnog cilja. Jer, pravne nesigurnosti koje nastupaju upisom osoba kao „inter/divers“ bi postojale na isti način u važećim propisima koji izostavljaju upisa spola prema § 22 st. 3 PStG-a.

5. Savezno udruženja njemačkih matičarki i matičara posmatra postojeća pravila kao izraz diskrecionog prava zakonodavca. Oni tvrde da matična knjiga može pouzdano ispuniti funkciju koja joj je povjerena u pravnom prometu. S obzirom da važeće materijalno porodično pravo i pravo ličnih podataka ne poznaju posebne odredbe za „inter/divers“ spol, takav upis bi proturječio funkciji i zadacima matične knjige. Njime bi se izazvao pogrešan dojam da u pravnom kontekstu (ličnog statusa) može postojati razlika u pogledu činjenice da li neko pripada „inter/divers“ spolu ili ostavlja neispunjenim upis ovih podataka. To bi bilo suprotno cilju pravne sigurnosti i izvjesnosti. Sa mogućnošću upisa spolnog identiteta između kategorija „muški“ i „ženski“, mimo mogućnosti izostavljanja upisa spola, više ne bi bila osigurana jednoznačnost ličnog statusa, posebno zbog toga što bi postojala velika raznovrsnost spolnog identiteta. Činjenica da se zakonodavac uzdržao od autoritativnog predviđanja oznake „inter“ ili „divers“, uzima u obzir interese interspolnih osoba, koji se ne identificiraju sa takvim spolnim oznakama. Stvarni problem interspolnih osoba je što za njih nema opće prihvaćenih rodni identiteta i socijalnih uloga u društvenoj stvarnosti. Ne može se razaznati koja bi to prednost bila ukoliko bi u matičnoj knjizi

rođenih bio sadržan unos „inter“ ili „divers“. Njemačka je rješenjem koje je izabrao zakonodavac u međunarodnoj usporedbi zauzela pionirski položaj.

6. Njemačko društvo za seksualna istraživanja smatra da propisi koje je donio zakonodavac nisu dovoljni. Pogrešno je naučno stajalište koje se zastupalo u drugoj polovini 20. stoljeća, prema kojem se osobe sa nejasnim spolom mogu izliječiti tako što će se tjelesno, ali i u spolnom odgoju, nedvosmisleno prilagođavati muškarcu ili ženi. Vrijeme je da se omogući unošenje nekog drukčijeg spola od muškog i ženskog.

7. Prema shvatanjima Profesionalnog udruženja njemačkih psihologinja i psihologa, osobama bi trebao biti omogućen unos spolnog identiteta kao „inter/divers“ ili alternativno „divers“ u matičnoj knjizi, kada se to zasniva na autonomnoj, trajnoj i intenzivnoj želji dotične osobe. Spolni identitet, razvoj i socijalizacija predstavljaju značajan dio ljudskog života i ponašanja. Sa psihološke tačke gledišta interspolnim osobama bi trebala biti ostavljena mogućnost da svoj osjećaj pripadnosti, u odnosu na odgovarajuću želju i potrebu, učine vidljivim i u odnosu na vanjski svijet. Međutim, pojedine osobe kojih se tiče ovo pitanje u tome vide mogućnost ponovljene diskriminacije. Ova opasnost je, ipak, zanemariva kada je takav upis samo opcija, dakle ne predstavlja prisilnu obavezu i kada i dalje postoji mogućnost izbora drugog upisa.

8. Njemačko društvo za psihologiju je zagovaralo priznavanje, u smislu ličnih statusnih prava, interseksualnih osoba kao „inter/divers“, alternativno kao „divers“. Pretpostavka da spol/rod čovjeka može biti isključivo muški ili ženski nije održiva ni sa psihološke, ni sa biološke, a ni sa tačke gledišta nauke o seksualnosti. Spol je višedimenzionalna konstrukcija čiji je razvoj uslovljen utjecajem kompleksne interakcije različitih tjelesnih, psihosocijalnih i psihoseksualnih faktora. Apelacija ukazuje na psihološka i aktualna naučno-seksualna saznanja, kada govori o tome da pravno, a time i društveno priznavanje vlastitog spolnog postojanja i identiteta predstavlja značajan predušlov za mogućnost razvoja zdravog osjećaja vlastitog identiteta i odgovornosti. Isto tako štetna mogu biti i iskustva društvenog isključenja i „nepostojanja u smislu prava identiteta ličnosti“ za zdrav psihički razvoj. Psihosocijalni rizici, diskriminacija i nejednak tretman, između ostalog, vode ka samostigmatiziranju i predstavljaju potencijalne zdravstvene rizike. Povezanost sa povišenom suicidalnošću je empirijski dokazana. Pravnim priznanjem bi takvi rizici mogli biti reducirani.

9. Prema shvatanjima Njemačkog društva za trans-identitet i interseksualnost upis „inter/divers“ bi trebao biti dopušten. Osobe koje nisu ni žensko ni muško su doživljavale neprestano negiranje njihove ličnosti tako što im je porican spolni identitet. Iskustvo pokazuje da su osobe koje su pokušavale da žive u skladu sa

svojom ličnošću, takve životne faze završavale unutrašnjim kolapsom i da su se povukli iz društva ili u potpunosti ili u dijelove društva u kojima su prihvaćani. Ali i prinudno prilagođavanje je često imalo fatalne posljedice koje su vodile gubitku osnovnog povjerenja prema drugim ljudima, gubitku samopoštovanja i samoprihvatanja, dubokim depresijama, sve do suicida. Štaviše, ne-binarni osobe su često izložene fizičkim napadima i prolazili su stjenovit životni put. Osobama koje se identificiraju kao „inter“ nije svejedno da li će biti izostavljen upis spola ili će se moći izjasniti kao „inter\*“. Ukoliko bi u matičnoj knjizi rođenih kod odrasle osobe bio i dalje nepopunjen unos spola, onda bi to prema vani izgledalo kao da spolni razvoj te osobe još uvijek nije okončan.

10. Udruženje interseksualnih osoba smatra dosadašnje pravno rješenje prema § 22 st. 3 PStG-a nedovoljnim. Zakonodavac je propustio da uredi alternativno izjašnjenje ličnog statusa pored „muški“ i „ženski“, što ima dalekosežne posljedice po interspolne osobe. Održavanje društvene konstrukcije dvojnog spola je nesrazmjerno. Jer, ovim se jednoj cijeloj grupi interspolno rođenih osoba onemogućuje učešće u životu i dobijanje spolno primjerene medicinske njege.

11. Udruženje lezbejki i gay muškaraca u Njemačkoj smatra da sadašnja formulacija § 22 st. 3 PStG-a krši prava osobe koja je podnijela apelaciju i to u odnosu na prava iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava. Nije dovoljna mogućnost da se samo prekrži spolni upis, kako bi se ispoštovalo pravo na privatnost osobe koja je podnijela apelaciju, s obzirom da se time ne priznaje spolni identitet koji osoba sama osjeća. Apelantica se ne osjeća kao osoba „bez spola, nego kao čovjek sa „interseksualnim“ spolom.

12. Središnji odbor njemačkih katolika je utvrdio da su katolička udruženja koja je ispitao bila protiv raspuštanja binarno orjentisanog spolnog poretka, s obzirom da višestruko protivrječe vrijednostima katolkinja i katolika. Nesporno je da je interseksualnost biološki fenomen. Ne prihvataju djelom prisutnu procjenu da je to fizički deficit, odnosno devijacija koja se može medicinski liječiti i čije odstupanje od normiranog područja može biti prilagođeno. Ljudsko dostojanstvo zabranjuje diskriminaciju po osnovu ličnih obilježja. Zahtjev da se interseksualne osobe ne diskriminiraju je već primjereno uzet u obzir kroz provedene izmjene Zakona o ličnim podacima. Ne može se isključiti da bi se u budućnosti društvene vrijednosti u tom pravcu mogle promijeniti i da bi se i u Njemačkoj, kao i u nekim drugim državama, stvorila politička većina za opciju ličnog statusa trećeg spola. Međutim, trenutno se za društvene grupe u Njemačkoj, u katoličkim udrugama i društvima u kojima su organizirani kršćani i kršćanke, može reći da očigledno nisu glasali za kreiranje ove opcije.



13. Studijski centar EKD-a za rodna pitanja u crkvi i teologiji je stava da bi osobe, koje se na osnovu njihovog ličnog osjećaja spolnog identiteta ne mogu ili ne žele svrstati pod „ženski“ ili „muški“ spol, iskustvo pripadnosti ovim dvjema kategorijama mogli doživjeti tek kada bi njihova spolna pripadnost na jednak način bila priznata. Institucionalno i kulturološki dominantan princip svrstavanja prema dvojnoj spolnosti predstavlja za osobe izvan binarne dvospolnosti značajno zadiranje u vlastitu predstavu o sebi i život u skladu sa njom. Spolni identitet je za ljude toliko značajna kategorija da pogrešna oznaka može imati teške posljedice. Ko se ne može ili ne želi nedvosmisleno izjasniti kao žensko ili muško, time nije rodni „nullum“ nego „aliud“.

14. Savezno udruženje Trans\* se zalaže za uspostavljanje trećeg statusa osobama čiji bi se pristup zasnivao samo na individualnom samoodređenju i samodefiniciji i koji bi trebao biti dostupan svim ljudima bez ikakvih zapreka. Dugoročno bi registriranje spola u cijelosti trebalo biti ukinuto, s obzirom da se postojanje spola kao kategorije u pravu ličnih podataka od strane osoba, čiji se identitet veže za dodijeljeni im spol, većinom i ne prihvata i nužno je samo u mjeri koja za različite spolove veže različita prava.

15. TransInterQueer smatra da uvođenje treće spolne kategorije nije dovoljno, jer nije moguće pronaći prikladan izraz za osobe koje se izjašnjavaju mimo binarnog spolnog izjašnjenja. Uvođenje rigidne „treće opcije“ predstavlja zaobilaznicu kojom se dodatno odgađa stvarni cilj i to ukidanje pravne registracije spola kao ličnog podatka.

16. Savez za lezbijske, gay muškarce, biseksualne, trans\*, interseksualne i queer osobe u psihologiji kao i slobodna grupa studentskih tijela su se izjasnile za treću opciju ličnog statusa.

## **B.**

Dopustiva apelacija je osnovana. § 21 st. 1 br. 3 u vezi sa § 22 st. 3 PStG-a je neustavan u onoj mjeri u kojoj § 21 st. 1 br. 3 PStG-a pravno prisiljava unos ličnog podatka o spolu, a § 22 st. 3 PStG-a osobama čiji spolni razvoj varira u odnosu na ženski ili muški i koje sami sebe dugoročno ne svrstavaju ni u muški, ni u ženski spol, ne omogućava da se pored spolnog upisa „žensko“ ili „muško“ upiše neki drugi pozitivni spol. Odluke koje se pobijaju apelacijom zasnivaju se na ovim odredbama. Njima se osobi koja je podnijela apelaciju krši opće pravo na slobodan razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) i postupa se protivno zabrani diskriminacije po osnovu spola (čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava).

**I.**

§ 21 st. 1 br. 3 u vezi sa § 22 st. 3 PStG-a krši opće pravo na slobodan razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) u njegovom pojavnom obliku zaštite spolnog identiteta. Opće pravo na slobodan razvoj ličnosti štiti spolni identitet i one osobe koja se ne može svrstati ni pod muški ni pod ženski spol (1). U njihova se osnovna prava zadire zbog toga što važeće pravo o ličnim podacima primorava na registraciju spola, ali ne dozvoljava ni jedan drugi upis spola osim ženski ili muški (2). Zadiranje u osnovna ljudska prava nije opravdano (3).

1. Opće pravo na slobodan razvoj ličnosti štiti spolni identitet osobe koja je podnijela apelaciju.

a) Čl. 2 st. 1 Ustava garantira svakome pravo na slobodan razvoj ličnosti. Ovo osnovno pravo obuhvata, pored općeg prava djelovanja i opće pravo na slobodan razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava). Posljednjim se kao „neimenovanim“ pravom na slobodu dopunjuju specijalna („imenovana“) prava na slobodu, kojima se također štite konstituirajući elementi slobodnog razvoja ličnosti (vidi BVerfGE 54, 148, 153). Jedan od zadataka općeg prava na slobodan razvoj ličnosti jeste osiguranje osnovnih uslova da svaka pojedinačna osoba može samostalnim određenjem razvijati i štititi svoj identitet (vidi BVerfGE 35, 202, 220; 79, 256, 268; 90, 263, 270; 117, 202, 225). Opće pravo na slobodan razvoj ličnosti štiti pri tome samo one elemente razvoja ličnosti, koji – bez da su predmet posebnih garancija ustavnih sloboda – ne zaostaju u svom konstituirajućem značaju za ličnost (vidi BVerfGE 79, 256, 268; 99, 185, 193; 120, 274, 303; stRspr). Ono, dakle, ne pruža zaštitu svemu što bi na bilo koji način moglo utjecati na samoodređivanje ličnog razvoja; u svakom slučaju ni jedan čovjek ne može svoju individualnost razvijati neovisno o vanjskim okolnostima i pripadnostima. Međutim, ova supsidijerna zaštita općeg prava na slobodan razvoj ličnosti stupa na snagu tek kada je samoodređivanje razvoja i čuvanja prava na slobodan razvoj ličnosti specifično ugroženo (BVerfGE 141, 186, 201 i dalje br. 32).

b) Prema tome, opće pravo na slobodan razvoj ličnosti štiti i spolni identitet (vidi BVerfGE 115, 1, 14 i dalje; 116, 243, 259 i dalje; 121, 175, 190 i dalje; 128, 109, 123 i dalje) koji redovno predstavlja konstituirajući aspekt vlastite ličnosti. Svrstavanje jednom spolu ima u datim uslovima najveću važnost za individualni identitet; zauzima tipično ključnu poziciju kako u samopoimanju osobe, tako i u poimanju drugih osoba, kako je to slučaj sa dotičnom osobom. Spolna pripadnost ima važnu ulogu u svakodnevnom životnim odnosima; djelomično se pravom uređuju zahtjevi i obaveze povezani sa spolom, često spol čini osnovu za identifikaciju osobe i spolna pripadnost ima veliki značaj u svakodnevnom životu i mimo pravnih okvira. Njome

se određuje način na koji se osobe oslovljavaju ili kakva očekivanja se stavljaju u odnosu na pojavni izgled osobe, na njen odgoj ili na ponašanje.

Štiti se i spolni identitet osoba koje se ne mogu pripisati ni muškom ni ženskom spolu. Ove osobe bi svoju ličnost vjerovatno mogle nesmetano razvijati ukoliko bi se spolnoj pripadnosti općenito davao manji značaj. Ipak, u datim okolnostima spolna je pripadnost posebno relevantan aspekt percepcije drugih, kao i vlastitog razumijevanja ličnosti. I osoba koja je podnijela apelaciju je naglasila praktični značaj spolne pripadnosti, tako da je spolni identitet pod ovim okolnostima konstitutivni dio njene ličnosti.

2. Pravno uređenje kakvo je postavljeno § 21 st. 1 br. 3 u vezi sa § 22 st. 3 PStG-a zadire u opće pravo na slobodan razvoj ličnosti u formi zaštite spolnog identiteta (a) i ugrožava posebno razvoj i očuvanje ličnosti osobe koja je podnijela apelaciju u njenom spolnom identitetu (b).

a) Posredno pobijane odredbe zadiru u opće pravo na slobodan razvoj ličnosti u formi zaštite spolnog identiteta. Pravo ličnih podataka primorava na registraciju spola, ali ne omogućava pravni upis spola, kao ličnog podatka, koji bi odgovarao spolnom identitetu osobe koja je podnijela apelaciju, a u odnosu na čiji spolni razvoj postoje varijacije prema ženskom ili muškom spolnom razvoju i koja se dugoročno ne svrstava ni u muški ni u ženski spol (vidi u vezi sa karakterom zadiranja već BVerfGE 49, 286, 298; 60, 123, 132 i dalje; 116, 243, 259 i dalje; 121, 175, 190 i dalje; 128, 109, 124). Prema § 21 st. 1 br. 3 PStG-a spol jedne osobe se, u smislu prava ličnog statusa, ima utvrditi u matičnoj knjizi rođenih. Kao pozitivna mogućnost upisa dati su samo spol „ženski“ i „muški“, ali nije stavljena na raspolaganje i druga mogućnost upisa spola. To slijedi iz § 22 st. 3 PStG-a („Nedostajući unos“), prema kojem se u slučaju ličnog podatka bez upisa ima unijeti u matičnoj knjizi rođenih dijete koje ne može biti svrstano ni u ženski ni u muški spol. Pozitivni upis u matičnu knjigu rođenih ne može uslijediti. Zbog toga osoba koja je podnijela apelaciju mora trpiti upis koji ne odgovara njenom, ustavnopravno zaštićenom, spolnom identitetu.

Ona prema § 22 st. 3 PStG-a ima mogućnosti da pobriše upis svoga ženskog spola iz matične knjizi rođenih. Time se, ipak, ne otklanja kršenje osnovnih prava: kod osobe koja je podnijela apelaciju postoji negativni utjecaj na njen spolni identitet, jer on nije samo pogrešno određena kao ženski, nego je povrijeđena i važećim pravnim propisom izbora zakonske varijante „nedostajući unos“ (§ 22 st. 3 PStG). Izostavljanjem unosa o spolu se ne obznanjuje da se osoba ne shvaća kao muškarac ili kao žena, nego i kao osoba bez spola koja prema vlastitom osjećaju ima spol mimo muškog ili ženskog. „Nedostajući unos“ omogućuje samo binarni model spolne

pripadnosti i izaziva utisak da pravno priznavanje drukčijeg spolnog identiteta ne dolazi u obzir, a da sam upis spola još uvijek nije raščišćen, da nije rješenju ili da je zaboravljen. Ovdje se ne nalazi priznanje spolnosti osobe koja je podnijela apelaciju prema njenom vlastitom osjećaju. Upis sa njene tačke gledišta nije tačan, s obzirom da prosto brisanje binarnog spolnog upisa ostavlja utisak nedostajuće spolnosti (vidi Althoff/Scha-bram/Follmar-Otto, na nav. mjestu, str. 24, 44; vidi i Vöneky/Wilms, Stellungnahme zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland im Deutschen Ethikrat, 2011, str. 3; Sieberichs, FamRZ 2013, str. 1180 [1181]; Gössl, NZFam 2016, 1122 [1123]).

b) Ako pravo o zaštiti ličnih podataka zahtijeva unos spola i ako se osobi istovremeno uskraćuje priznanje njenog spolnog identiteta, u smislu prava ličnih podataka, tada su samoodređeni razvoj i zaštita ličnosti te osobe specifično ugroženi:

aa) U datim okolnostima, priznavanje spolnog identiteta, u smislu prava ličnih podataka, djeluje kao uzrok i kao izraz ličnosti. Lični podatak nije marginalnost, već prema zakonu predstavlja „svrstavanje osobe u okviru pravnog poretka“ (§ 1 st. 1 rečenica 1 PStG). Ličnim podatkom se osoba određuje prema zakonom predviđenim kriterijima; opisuju se centralne tačke pravno relevantnog identiteta osobe. Po sebi se stoga samim uskraćivanjem priznanja spolnog identiteta, u smislu prava ličnih podataka, ugrožava samoodređenje u pogledu razvoja i očuvanja ličnosti neke osobe specifično, što znači, neovisno o posljedicama koje upisom spola mogu uslijediti izvan prava ličnih podataka.

Upis ličnih podataka dobija, sam po sebi, specifični značaj za spolni identitet, samo zato što pravo ličnih podataka općenito zahtijeva navođenje spolne pripadnosti. Ukoliko to ne bi bio slučaj, slobodan razvoj i očuvanje ličnosti se ne bi na specifičan način ni ugrožavao ako konkretna spolna pripadnost osobe ne bi bila bila primijenjena u području ličnih podataka. Tada se pitanju spola ne bi dao veliki značaj sa aspekta prava ličnih podataka. Zahtjev za priznavanjem određenih obilježja identiteta u smislu prava ličnih podataka, koji bi usljed postojeće pravne situacije bio razriješen, ne proizlazi iz postojećeg prava na slobodan razvoj ličnosti.

Prema § 21 st. 1 br. 3 PStG-a lični podaci trenutno obuhvataju i spol. Zakonodavac se držao registracije spola kao obilježja pripadnosti i to uprkos višestrukim reformama prava ličnih podataka. Ukoliko zakonodavac spolu putem prava ličnih podataka pridaje poseban značaj za opisivanje jedne osobe i njene pravne pozicije, onda priznavanje konkretne spolne pripadnosti u smislu prava ličnog podatka samo po sebi djeluje kao uzrok i kao izraz ličnosti, bez da se radi o materijalno-pravnim konsekvencama koje unos ličnog podatka ima izvan prava ličnih podataka (vidi u vezi sa samostalnim

ustavnopravnim značenjem unosa u matične knjige u slučaju transeksualnosti već BVerfGE 49, 286, 297 i dalje; i u vezi sa upisom imena BVerfGE 104, 373, 385; 109, 256, 266; 115, 1, 14). Ukoliko se pod tim uslovima prema pravu ličnih podataka ne prizna spolni identitet, onda je specifično ugrožen razvoj samoodređenja i očuvanje ličnosti.

bb) Zahtjev za upisom spola, uslovljen pravom ličnih podataka, u kombinaciji sa ograničenim mogućnostima upisa pogođenih, otežava na poseban način njihovo kretanje u javnosti i identifikaciju od trećih onako kako se u spolnom pogledu osjećaju. Način na koji osoba biva predstavljena u javnosti i doživljena od strane drugih osoba je značajan za mogućnost slobodnog razvoja ličnosti i time se mogu obrazložiti specifična ugrožavanja ovih prava (vidi BVerfGE 99, 185, 193; 114, 339, 346; 119, 1, 24; Kube, u: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. izdanje 2009, § 148 br. 29, 43 i dalje, posebno. br. 46; Di Fabio, u: Maunz/Dürig, GG, čl. 2 br. 166 i dalje [sept. 2016]; Dreier, u: Dreier, GG, tom 1, 3. izdanje 2013, čl. 2 I br. 72 i dalje). Činjenica da pravo ličnih podataka zahtijeva, ali pogođenim osobama ne omogućuje upis onog spola u matičnu knjigu koji odgovara njihovom individualnom doživljaju, doprinosi nejednakom prihvaćanju takvih osoba u njihovom individualnom identitetu i nepriznavanju kao ženske ili muške osobe. Kako to osoba koja je podnijela apelaciju vjerodostojno ističe, individua često ne može prilikom istupanja u javnosti zanemariti svoj spolni upis u smislu prava ličnog podatka.

3. Zadiranje nije opravdano. Zakonsko rješenje koje leži u osnovi sudskih odluka je protivustavno, s obzirom da prinuda na spolni upis, u smislu prava ličnih podataka, u kombinaciji sa izostankom druge mogućnosti upisa mimo „ženski“ ili „muški“, nije opravdana ni jednim legitimnim ciljem za čije bi postizanje ove odredbe bile pogodne, neophodne i primjerene.

a) Ustav u pogledu spola ne zahtijeva isključivo binarno reguliranje ličnih podataka. Ne prisiljava ni na to da se spol normira kao dio ličnog statusa, niti isključuje priznavanje drugog spolnog identiteta u smislu prava ličnog podatka mimo ženskog i muškog spola. Tačno je da čl. 3 st. 2 rečenica 1 Ustava govori o „muškarcima“ i „ženama“. Međutim, iz toga ne proizlazi isključivo pojmovno utvrđenje spolova samo kao muškaraca i kao žena. Iz načela jednakosti čl. 3 st. 2 Ustava proizlazi da postojeće društvene razlike između muškaraca i žena treba da budu uklonjeni. Odredba je usmjerena ka uklanjanju spolno povezane diskriminacije žena (vidi BVerfGE 85, 191, 207; Heun, u: Dreier, GG, tom 1, 3. izdanje 2013, čl. 3 br. 107; Jarass, u: Jarass/Pieroth, GG, 14. izdanje 2016, čl. 3 br. 79; Rübner, u: Bonner Kommentar, tom. 2, čl. 3 st. 2 i 3 br. 550 [maj 1996]; Sacksofsky, Osnovno pravo na jednakost, 2. izdanje 1996, str. 323 i dalje, posebno. str. 331), ali ne i da se čvrsto

propíše spolno uvrštavanje u pravu ličnih podataka ili da se isključi druga spolna kategorija mimo „muško“ i „žensko“. Kako je to Savezni ustavni sud ranije utvrdio, naš pravni poredak i naš socijalni život polazili su od načela da je svaki čovjek ili „muškog“ ili „ženskog“ spola (vidi BVerfGE 49, 286, 298) i već se tada nije radilo o utvrđenju da je spolna binarnost ustavom propisana, nego o prostom opisu u tadašnjem vremenu preovladavajućeg društvenog i pravnog razumijevanja spolne pripadnosti.

b) To što § 22 st. 3 PStG-a ne nudi treću mogućnost za pozitivni unos spola u matičnoj knjizi, ne može se opravdati interesima trećih osoba. Omogućavanjem druge opcije upisa se ne utječe na pravo ličnih podataka muškaraca i žena. To se odnosi i na one osobe kod kojih postoje varijacije u spolnom razvoju, a koje same sebe svrstavaju pod muški ili ženski spol i na odgovarajući način su upisane ili žele biti upisane. Jednostavnim stvaranjem mogućnosti novog spolnog upisa niko nije prisiljen da se u njega uvrsti. Omogućavanje dodatnog spolnog upisa širi opcije za osobe kod kojih postoje varijacije u spolnom razvoju, koje se ne poistovjećuju sa upisom kao muškarac ili kao žena, bez da im se uskraćuje mogućnosti koje pravo do sada nudi. U pravnom sistemu u kojem su predviđena izjašnjenja o spolu, moraju se zadržati postojeće mogućnosti za osobe sa varijacijama u spolnom razvoju da se izjasne kao ženski ili muški spol ili bez unosa ovog izjašnjenja.

c) Nije opravdano stajalište da ne postoji mogućnost uvođenja upisa dodatnog spola zbog toga što bi sa uvođenjem treće mogućnosti pozitivnog upisa u prelaznom periodu mogao biti povezan birokratski i finansijski teret. Istina je da bi se formalni i tehnički preduslovi za upis dodatnog spola najprije morali uspostaviti. Međutim, u usporedbi sa narušavanjem osnovnih ljudskih prava u smislu pravnog ignoriranja vlastitog spolnog identiteta, dodatni bi napor za omogućavanje treće oznake bio prihvatljiv. Suprotno tome, zahtjev za upis bilo kakvih identitarnih obilježja u smislu prava ličnih podataka koji su povezana sa spolom, ne proizlazi iz općeg prava na slobodan razvoj ličnosti. Osim toga, zakonodavac je slobodan da u pitanjima koja se tiču prava ličnih podataka u cjelosti izostavi unos spola.

d) Državni interesi, da se uredi ova pitanja, također ne opravdavaju uskraćivanje mogućnosti pozitivnog unosa novog upisa. Sve dok se pravna identifikacija osobe de lege lata provodi po osnovu njenog spola i dok se pojedine pravne obaveze i zahtjevi, u smislu važećeg prava, određuju po osnovu spola, upis spola u smislu prava ličnih podataka pridonosi sprovođenju i uvrštavanju prema ovakvoj identifikaciji na siguran i nedvosmislen način (vidi BVerfGE 128, 109, 129 i dalje). Time se, međutim, ne opravdava da prema § 22 st. 3 PStG-a ni jedan drugi spol, osim muški ili ženski, ne može biti upisan u matičnoj knjizi.

Omogućavanjem pozitivnog upisa drugog spola uvođenjem jedinstvene treće oznake (vidi npr. stav Njemačkog etičkog vijeća, BTDrucks 17/9088, str. 59) ne bi nastali problemi sa svrstavanjem koji se prema važećem pravu ionako ne pojavljuju. Nejasnoće bi mogle nastupiti ako bi se neka odredba izvan prava o ličnim podacima vezala za spol i ako bi se pretpostavilo da osoba može biti samo ženskog ili muškog spola. Zaista bi onda bilo nejasno na koji način bi se ophodilo prema osobi koja bi se svrstala pod novi spol. Ova poteškoća u jednakoj mjeri postoji i prema važećem pravu, kada upis spola prema § 22 st. 3 PStG-a ostane neispunjen. Tada, također, nije moguće uvrštavanje u muški ili ženski spol: pri tome se materijalnim pravom ne uređuje koje bi odredbe koje se vežu sa spol trebale važiti, niti je zakonodavac donio samostalne odredbe koje se odnose na osobe bez upisa spola. Ukoliko bi se omogućio novi pozitivni upis spola, ostaju ista pitanja na koja treba odgovoriti, a ona se postavljaju i kod de lege lata mogućnosti izostavljanja upisa. Pozitivni upis novog spola bi mogao biti jasniji, jer on za razliku od trajnog izostavljanja upisa spola ne odaje pogrešan utisak da je upis slučajno izostavljen.

Ne utječe se negativno ni na trajnost ličnog podatka opcijom upisa drugog spola, jer se jednostavnim uspostavljanjem druge mogućnosti upisa spola ne daje izjava o preduslovima promjena ličnog statusa.

## II.

Sve dok § 21 st. 1 br. 3 u vezi sa § 22 st. 3 PStG-a isključuje mogućnost upisa spola mimo kategorija „muški“ i „ženski“, radi se o postupanju suprotnom posebnoj zabrani diskriminacije iz čl. 3 st. 3 rečenica 1. Ustava. Neposredno pobijanim odredbama se diskriminiraju osobe koje nisu muškog ili ženskog spola i koje se trajno svrstavaju pod drugi spol (1). Čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava ne štiti od diskriminacije po osnovu spola samo muškarce i žene, nego i osobe koje se u svom spolnom identitetu ne svrstavaju u ove dvije kategorije (2). Diskriminacija nije opravdana (3).

1. § 21 st. 1 br. 3 u vezi sa § 22 st. 3 PStG-a se po osnovu spola diskriminiraju osobe koje nisu muškog ili ženskog spola i koje same sebe trajno svrstavaju u drugi spol. Prema čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava spol se u osnovu ne smije koristiti kao polazna tačka za pravno nejednako postupanje. To vrijedi i kada neka odredba ne počiva na nejednakom postupanju koje je utemeljeno u čl. 3 st. 3 Ustava, nego u prvom planu ima druge ciljeve (BVerfGE 85, 191, 206; stalna sudska praksa). § 21 st. 1 br. 3 u vezi sa § 22 st. 3 PStG-a tretira osobe koje nisu ni muškog ni ženskog spola nejednako i diskriminira ih po osnovu njihova spola u onom dijelu u kojem se oni, za razliku od muškaraca i žena, ne mogu na odgovarajući način registrirati u skladu sa svojim spolom. § 22 st. 3 PStG-a dozvoljava upis isključivo kao žensko

ili muško. Druge osobe u smislu važećeg prava ličnih podataka moraju prihvatiti ili neodgovarajuće svrstavanje u jedan od dva navedena spola ili prihvatiti upis kojim se stvara utisak da one nemaju spol.

2. Članom 3 stav 3. rečenica 1 Ustava se ne štite samo muškarci od diskriminacije zbog muškog spola i žene od diskriminacije zbog ženskog spola, nego se štite i osobe, koje se ne svrstavaju u ove dvije kategorije po svom spolnom identitetu, i to od diskriminacije, zbog tog što nisu isključivo muškog ili isključivo ženskog spola (vidi Langenfeld, u: Maunz/Dürig, GG, čl. 3 st. 2 br. 24 kao i čl. 3 st. 3 br. 42 [Sept. 2016]; Krieger, u: SchmidtBleibtreu/Hofmann/Henneke, 13. izdanje 2014, GG, čl. 3 br. 77; Jarass, u: Jarass/Pieroth, GG, 14. izdanje 2016, čl. 3 br. 120; Sachs, u: Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 3. izdanje 2010, čl. 182 br. 42; Froese, AöR 2015, str. 598, 611; Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zu Intersexualität, 2015, str. 13; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, str. 120 i dalje; Schmidt, u: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231, 245 i dalje, 251 i dalje; Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, str. 246 i dalje).

Svrha čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava jeste da od diskriminacije štiti pripadnike strukturalno ugroženih grupa (vidi BVerfGE 88, 87, 96; Osterloh/Nußberger, u: Sachs, GG, 7. izdanje 2014, čl. 3 br. 236, 244). Ranjivost osoba čiji spolni identitet nije ni ženski ni muški je posebno visoka u društvu u kojem se teži ka binarnom spolnom obrascu. Formulacija čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava dozvoljava, bez daljnjeg, da se one uzmu pod zaštitu. Čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava govori bez ograničenja uopćeno o „spolu“, koji može biti i spol mimo muškog ili ženskog.

Sa systemske tačke gledišta ne postoji protivrječnost zahtjeva jednakopravnosti u smislu čl. 3 st. 2 Ustava, koja govori samo o muškarcima i ženama (vidi i Heun, u: Dreier, GG, tom 1, 3. izdanje 2013, čl. 3 br. 127; Boysen, u: von Münch/Kunig, GG, tom 1, 6. izdanje 2012, čl. 3 br. 155; Kischel, u: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. izdanje, od decembra 2016, čl. 3 br. 183, 219; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 5. izdanje 2016, čl. 40 br. 3; Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 13. izdanje 2016, br. 831; vidi i Starck, u: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, tom 1, 6. izdanje 2010, čl. 3 st. 3 br. 383). Tako se već u formulaciji stava 3, za razliku od stava 2, ne govori o muškarcima i ženama nego uopćeno o spolu. Međutim, čl. 3 st. 3 Ustava nasuprot čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava, prije svega, posjeduje samostalno značenje kojim se objašnjava uže značenje stava 2. Suština odredbe čl. 3 st. 2 Ustava koja nadilazi zabranu diskriminacije iz čl. 3 st. 3 Ustava sadržana je u postavljanju zahtjev za jednakopravnošću i širi ga i na društvenu stvarnost (BVerfGE 85, 191, 206 i dalje). Čl. 3 st. 2 rečenica 2 Ustava još od 1994.



godine naglašava stvarnu provedbu jednakih prava u odnosima koji se tiču spola.

Historija nastanka odredbi ne isključuje pretpostavku da čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava obuhvata diskriminaciju zbog drugog spola. To što ustavotvorcu 1949. godine prilikom uređenja čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava moguće nisu bile na umu osobe sa drugim spolom, ne sprečava ustavnu interpretaciju prema kojoj se ove osobe, u svjetlu današnjeg znanja o drugom spolnom identitetu, podvode pod zaštitu od diskriminacije.

Također odluka zakonodavca da u okviru ustavnih promjena u čl. 3 st. 3 Ustava ne unese obilježja „seksualnog identiteta“, ne govori protiv šire interpretacije obilježja „spol“ – bez obzira na razlike u značenju između spolnog identiteta i seksualnog identiteta. Konačno, uvođenje obilježja seksualnog identiteta nije odbijeno zbog suštinskih razmatranja protiv ciljane zaštite od diskriminacije seksualnog identiteta, nego je odbijeno pod obrazloženjem da je ona već pravno ostvarena; zaštita od diskriminacije seksualnog identiteta kroz čl. 3 st. 1 Ustava je u međuvremenu obuhvaćena sudskom praksom Saveznog ustavnog suda po čl. 3 st. 3 Ustava (vidi BTDrucks 17/4775, str. 5).

U ostalom dijelu je i Evropski sud pravde široko obuhvatio zaštitu od diskriminacije po osnovu spola, tako što je uključio diskriminaciju čiji je uzrok u spolnoj transformaciji osobe (u osnovi EuGH, Odluka od 30. aprila 1996, P./S. i Cornwall County Council, C-13/94, Slg. 1996, I-2143, br. 20).

3. Diskriminacija nije opravdana. Kako je to i obrazloženo, za nju ovdje ne postoji stvarni osnov (gore I 3).

## C.

### I.

Neustavnost propisa koji se posredno pobija apelacijom u pravilu vodi njegovoj ništavosti (§ 95 st. 3 rečenica 2 BVerfGG – Zakona o Saveznom ustavnom sudu). U ovom slučaju, ipak, u obzir dolazi samo proglašenje neusklađenosti, jer zakonodavac na raspolaganju ima višestruke mogućnosti za otklanjanje diskriminacije pogođenih osoba (vidi BVerfGE 133, 59, 99, br. 106; stalna sudska praksa). Tako bi zakonodavac mogao u cjelosti odustati od upisa spola u smislu prava ličnog statusa. Umjesto toga može i za pogođene osobe – dodatno, uz postojeće opcije unosa spola (§ 22. st. 3 PStG-a) – uspostaviti mogućnost da se izabere jedinstvena pozitivna oznaka spola koja nije muška ili ženska. Opcija drugog upisa spola može se zakonski urediti na

različite načine. Zakonodavac posebno nije ograničen na izbor jedne od oznaka koju je postavila osoba u glavnom postupku.

## **II.**

Sudovi i upravna tijela ne smiju više primjenjivati norme u obimu u kojem je utvrđena njihova neusklađenost sa Ustavom. Zakonodavac mora do 31. decembra 2018. godine donijeti nove odredbe. Obustaviti će se, do donošenja novih propisa, postupci u kojima učestvuju osobe sa varijacijama u spolnom razvoju, koje same sebe trajno ne svrstavaju ni u muški ni u ženski spol, a koje žele da se izvrši upis spolnog obilježja koje nije muški ili ženski.

## **III.**

Odluke Saveznog suda, Višeg zemaljskog suda Celle i Osnovnog suda Hannover se zasnivaju na odredbama koje nisu u skladu sa navedenim osnovnim pravima i kojima se krše osnovna prava osobe koja je podnijela apelaciju. Odluke Saveznog suda i Višeg zemaljskog suda Celle se ukidaju. Predmet se vraća Osnovnom sudu. Postupak će se obustaviti do donošenja novih propisa.

## **IV.**

[...]

## **D.**

Ova odluka je usvojena sa većinom od 7:1 glasova.



## **§ 8.**

# **Pravo na život i tjelesni integritet (čl. 2 II Ustava)**

### 30) BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I) Prekid trudnoće I

1. Život koji se razvija u majčinoj utrobi stoji, kao samostalno pravno dobro, pod zaštitom Ustava (čl. 2 st. 2 rečenica 1, čl. 1 st. 1 Ustava). Obaveza države na zaštitu ne isključuje samo neposredna državna uplitanja u život koji se razvija, nego određuje da se država u pogledu ovog života mora postaviti kao zaštitnik i da ga mora podsticati.
2. Obaveza je države da uzme u zaštitu život koji se razvija, također i u odnosu na majku.
3. Život ploda je zaštićen za cijelo vrijeme trudnoće, on uživa načelni primat pred pravom na samoodređenje trudnice i ne smije biti doveden u pitanje ni za jedan određeni rok.
4. Zakonodavac može pravnu zloupotrebu prekida trudnoće, koja je Ustavom omogućena, izraziti i drukčije nego što je to prijetnja kaznom. Odlučujuće je, da li cjelina svih mjera koje služe za zaštitu nerođenog života jamči odgovarajuću stvarnu pravnu zaštitu koja odgovara značaju zaštićenog pravnog dobra. U krajnjem slučaju, kada zaštita koju zahtijeva Ustav ni na koji drugi način ne može biti dostignuta, zakonodavac je obavezan, da zbog zaštite života koji se razvija upotrebi sredstva krivičnog prava.
5. Održavanje trudnoće je nepodnošljivo ako je prekid potreban da bi se trudnica spasila od opasnosti po njen život ili od opasnosti visokog rizika. Osim toga, zakonodavac je slobodan da dopusti nekažnjen prekid trudnoće i u slučaju drugih neuobičajenih opterećenja za trudnicu, koja bi se po težini mogla jednako vrednovati, kao da se radi o nepodnošljivosti.
6. Peti Zakon o reformi krivičnog prava od 18. juna 1974. (BGBl. I s. 1297) nije u zahtijevanom obimu usklađen sa ustavnopravnim obavezama na zaštitu života koji nastaje.

**Presuda Prvog senata od 25. februara 1975.  
po usmenoj raspravi od 18/19. novembra 1974.  
- 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 -**

IZREKA:

§ 218 a Krivičnog prava (*Strafgesetzbuch*) u verziji Petog Zakona o reformi krivičnog prava (5. StRG) od 18. juna 1974. (Bundesgesetzblatt I, s. 1279) je u suprotnosti sa članom 2 stav 2 rečenica 1 u vezi sa članom 1 stav 1 Ustava, i ništav je zbog toga

što prekid trudnoće izuzima iz kažnjavanja i onda kada ne postoje razlozi koje bi – u smislu razloga za odluku – mogli opstati pred ustrojstvom ustavnih vrijednosti.

OBRAZLOŽENJE:

Čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava štiti život koji se razvija u majčinoj utrobi kao samostalno pravno dobro. (...)

Upravo se zbog toga neposredno iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava može izvesti obaveza države da zaštiti život svakog čovjeka. Ona, osim toga, slijedi i iz izričitih propisa čl. 1 st. 1 rečenica 2 Ustava; jer, život koji se razvija stoji pod zaštitom člana 1 st. 1 Ustava, koji jamči ljudsko dostojanstvo. Svuda gdje egzistira ljudski život, pripada mu ljudsko dostojanstvo; nije odlučujuće pitanje da li je nosilac svjestan ovog dostojanstva i da li ga zbog toga zna čuvati. Dovoljne su potencijalne osobine koje su od početka usađene u ljudsko postojanje kako bi se utemeljilo ljudsko dostojanstvo. (...)

## II.

1. Obaveza države na zaštitu je sveobuhvatna. Ona ne zabranjuje – što se po sebi razumije – neposredna državna uplitanja u život koji se razvija, nego zahtijeva od države, to znači od svih, da ga sačuva od protivpravnih uplitanja drugih. Prema tom zahtjevu se moraju orijentirati pojedina područja pravnog uređenja, svako prema sopstvenom području zadataka. Što je u ustrojstvu ustavnih vrijednosti viši rang pravnog dobra o kojem se radi, to se moraju ozbiljnije uzimati obaveze države. Ljudski život predstavlja unutar ustavnog uređenja – što ne treba posebno obrazlagati – vrijednost visokog ranga; on je vitalna baza ljudskog dostojanstva i pretpostavka svih ostalih osnovnih prava.

2. Obaveza je države da i u odnosu na majku uzme u zaštitu život koji se razvija. Izvan svake sumnje je činjenica da prirodna povezanost nerođenog života sa životom majke obrazuje posebnu vrstu odnosa za koji u drugim životnim situacijama ne postoji paralela. Trudnoća spada u intimnu sferu žene čiju ustavnu zaštitu osigurava čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava. Ako bi se embrio posmatrao samo kao dio majčinog organizma onda bi i prekid trudnoće ostao u području privatnog oblikovanja života u koje je zakonodavcu zabranjeno da dira (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Pošto je nasciturus samostalno ljudsko biće koje stoji pod zaštitom Ustava, prekidu trudnoće dolazi i socijalna dimenzija koja državno reguliranje čini prohodnim i neophodnim.

Pravo žene na slobodan razvoj njene ličnosti, koje za sadržaj ima slobodu djelovanja u najširem smislu, a time obuhvata i odgovornost žene da se sama odluči protiv majčinstva i obaveza koje iz njega slijede može, također, biti predmet priznanja i zaštite. Ovo pravo, ipak, nije zajamčeno u neograničenom obimu – ograničavaju ga prava drugih, ustavno uređenje, moralni zakoni. Ono nikako ne može obuhvatati ovlaštenje da se od početka zadire u zaštićenu pravnu sferu drugih, a da ne postoje razlozi koji to opravdavaju, ili da se ona samim životom razori, naročito ako prema

prirodi stvari postoji posebna odgovornost upravo za ovaj život.

Nije moguće uravnoteživanje koje na jednak način jamči život nasciturusa kao i slobodu trudnice da prekine trudnoću, jer prekid trudnoće uvijek znači uništenje nerođenog života. Pri odmjeravanju, koje je ovdje potrebno provesti, moraju se „promatrati obje ustavne vrijednosti u svom odnosu prema ljudskom dostojanstvu kao središtu vrednosnog sistema Ustava“ (BVerfGE 35, 202 [225]). U pogledu orijentacije na čl. 1 st. 1 Ustava mora se donijeti odluka u korist zaštićenog života ploda u odnosu na pravo na samoodređenje trudnice. Ono može u nekim karakterističnim mogućnostima razvoja biti ugroženo trudnoćom, rođenjem i odgojem djece. Suprotno tome, nerođeni život biva uništen prekidom trudnoće. Prema principu produktivnog ujednačavanja konkurirajućih pozicija koje štiti Ustav i s obzirom na osnovnu zamisao člana 19 st. 2 Ustava, mora se dati prednost zaštiti života nasciturusa. Takav primat važi načelno za cijelo vrijeme trajanja trudnoće i ne smije biti doveden u pitanje za jedan određeni rok. (...)

### III.

Prevashodno zakonodavac odlučuje kako će država ispuniti svoje obaveze na efektivnu zaštitu života koji se razvija. On odlučuje o mjerama za koje smatra da su neophodne i korisne kako bi se zajamčila efektivna zaštita života. (...) U kranjem slučaju, naime, kada se zaštita koju određuje Ustav ne može dostići ni na koji način, zakonodavac može biti obavezan da za zaštitu života koji se razvija upotrijebi sredstvo Krivičnog zakona. Krivična norma predstavlja u izvjesnom smislu „ultima ratio“ u instrumentariju zakonodavca. Prema pravnodržavnom principu srazmjernosti, koji prožima cjelokupno javno pravo, uključiv i ustavno pravo, on ovo sredstvo smije upotrebljavati vrlo obazrivo i suzdržano. Međutim, i to posljednje sredstvo mora biti upotrebljeno kada drukčije nije moguće dostići efektivnu zaštitu života. Onda se ne radi o „apsolutnoj“ obavezi na kažnjavanje nego o „relativnoj“ obavezi na upotrebu zapriječene kazne koja proizilazi iz uvida u nedovoljnost svih ostalih sredstava.

Nasuprot tome, ne može se prihvatiti primjedba da iz osnovnog prava koje jamči slobodu nikako ne može biti izvedena državna obaveza na kažnjavanje. Kada je država načelnom normom, koja sadrži vrednosne odluke, obavezana da efektivno zaštititi posebno važno pravno dobro, i protiv napada trećih, biće nezaobilazne mjere koje će tangirati područja sloboda ostalih nosioca osnovnih prava. U toliko je kod upotrebe socijalnopravnih ili civilnopravnih sredstava pravno stanje načelno jednako onom, koje nastaje donošenjem jedne krivične norme. Svakako, postoje razlike s obzirom na snagu potrebnog uplitanja.

Pravno na život nerođenog može dovesti do opterećenja žene, koje može bitno prevazilaziti onu mjeru koja je normalna za trudnoću. Ovdje se postavlja pitanje podnošljivosti, drugim riječima, pitanje da li država i u takvim slučajevima, sredstvima krivičnog prava, smije iznuditi zadržavanje trudnoće. Tako se suprostavljaju poštovanje nerođenog života i pravo žene da ne bude prisiljena da izvan mjere podnošljivosti

žrtvuje sopstvene životne vrijednosti u interesu poštovanja ovog pravnog dobra. U situaciji ovakvog konflikta, koji općenito ne dopušta moralni sud, i u kojem odluka o prekidu trudnoće može imati rang odluke savjesti koja zavređuje poštovanje, zakonodavac je obavezan na krajnju suzdržanost. Ako on u takvim slučajevima ne smatra držanje tudnice kažnjivim i odustaje od sredstava kriminalne kazne, onda je to rezultat procjene koja stoji na raspolaganju zakonodavcu i mora se prihvatiti kao ustavna.

*(Slijede odvojena mišljenja dvojice sudija, iznešena na 27 strana teksta)*

### **31) BVerfGE 88, 203** **(Schwangerschaftsabbruch II)** **Prekid trudnoće II**

1. Ustav obavezuje državu da zaštititi i nerođeni ljudski život. Ova obaveza na zaštitu ima svoj osnov u čl. 1 st. 1 Ustava; njen predmet i – počev od njega – njen omjer je bliže određen u čl. 2 st. 2 Ustava. Ljudsko dostojanstvo pripada i nerođenom ljudskom životu. Pravno uređenje mora zajamčiti pravne pretpostavke njegovom razvoju u smislu sopstvenog prava na život. Ovo pravo na život nije utemeljeno majčinih pristankom.
2. Obaveza na zaštitu nerođenog života se odnosi na pojedinačan život, a ne samo na ljudski život općenito.
3. Pravnu zaštitu uživa nerođeno dijete, također, u odnosu na svoju majku. Takva zaštita je moguća samo ako joj zakonodavac načelno zabrani prekid trudnoće i na nju prenese načelnu obavezu da donese dijete na svijet. Načelna zabrana prekida trudnoće i načelna obaveza da se dijete donese na svijet dva su nerazdvojna elementa zaštite koju zahtijeva Ustav.
4. Načelno je prekid za vrijeme trajanja trudnoće protivpravan i mora s tim u skladu biti pravno zabranjen (potvrđeno u odluci BVerfG 39, 1 [44]). Pravo na život nerođenog ne smije biti prepušteno, ni u ograničenom vremenu, slobodnoj, pravno nevezanoj odluci trećih, čak ni samoj majci.
5. Domet pravne obaveze na zaštitu nerođenog ljudskog života se određuje s obzirom na značaj potrebe za zaštitom pravnog dobra koje se mora zaštititi, na jednoj, i pravnih dobara koja su sa njim u koliziji, na drugoj strani. Pri tom, u obzir dolaze, kao pravna dobra koja dodiruju pravo na život nerođenog – s obzirom na pravo tudnice na zaštitu i poštovanje njenog ljudskog dostojanstva (čl. 1 st. 1 Ustava) – prije svega, njeno



pravo na tjelesni integritet (čl. 2 st. 2 Ustava) kao i pravo na razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 Ustava). Pri tom se ne može pozvati na neku pravnu poziciju koja je zaštićena članom 4 st. 1 Ustava žena koja sa prekidom trudnoće prihvata usmrćivanje nerođenog djeteta.

6. Država mora, radi ispunjenja njene obaveze na zaštitu, primijeniti odgovarajuće mjere normativne i stvarne prirode – uzimajući u obzir suprostavljena pravna dobra – kako bi se dostigla primjerena i, kao takva, djelotvorna zaštita (zabrana pretjerivanja). Za ovo je potreban odgovarajući koncept zaštite koji objedinjuje elemente preventivne i represivne zaštite.
7. Osnovna prava žena nisu tako obuhvatna da bi se generalno ukinula pravna obaveza na nošenje djeteta – makar i na određeno vrijeme. Pravne pozicije žene koje su zaštićena osnovnim pravima dovode do toga da je u izvanrednim situacijama dopušteno, a u pojedinim slučajevima i neophodno, oslobađanje od takve obaveze. Nadležnost zakonodavca je da prema kriterijumu nepodnošljivosti odredi takve izuzetke. Da bi do toga došlo moraju postojati opterećenja koja zahtijevaju onu mjeru žrtvovanja sopstvenih životnih vrijednosti, koja se ne može očekivati od žene (potvrđeno u Odluci BVerfG 39, 1 [48 i dalje]).
8. Zabrana obezvređivanja ne dopušta slobodno odustajanje od upotrebe krivičnog prava i zaštitnih učinaka koji iz njega proizilaze za ljudski život.
9. Obaveza države na zaštitu obuhvata i zaštitu od opasnosti koje za nerođeni ljudski život dolaze kao utjecaj porodičnog ili šireg socijalnog okruženja trudnice, ili polaze od trenutnih ili predvidivih realnih životnih odnosa žene ili porodice, i suprostavljaju se spremnosti trudnice da donese dijete na svijet.
10. Nadalje, nalog za zaštitu obavezuje državu da zadrži i da u opštoj svijesti oživi pravo na zaštitu nerođenog života.
11. Ustavnim pravom zakonodavcu načelno nije zabranjeno da pređe na odgovarajući koncept zaštite nerođenog života koji težište stavlja na savjetovanje trudnice u ranoj fazi trudnoće, povodom konflikta vezanih za trudnoću, kako bi je pridobio da donese dijete na svijet, i kako bi pri tom odustao od prijetnje kaznom koja je određena indikacijama, kao i od utvrđivanja indikacionih činjeničnih stanja posredstvom trećih.
12. Takav koncept savjetovanja zahtijeva postojanje okvirnih uslova koji stvaraju pozitivne pretpostavke za djelovanje žene u korist nerođenog života. Država snosi punu odgovornost za provođenje postupka savjetovanja.

13. Iz obaveze države na zaštitu slijedi da je u interesu žene neophodno obezbijediti učešće ljekara i da to istovremeno djeluje na zaštitu nerođenog života.
14. Egzistencija jednog djeteta se u ustavnopravnom smislu ne može kvalificirati kao izvor štete (čl. 1 st. 1 Ustava). Zbog toga je zabranjeno da se izdržavanje djeteta shvata kao šteta.
15. Ne smiju biti proglašeni opravdanim (ne protivpravnim) prekidi trudnoća, koji se bez indikacija poduzmaju nakon provedenog savjetovanja. U skladu je sa načelima pravne države da jednom izuzetku može biti pripisan opravdavajući učinak samo ukoliko postojanje njegovih pretpostavki mora biti uračunato u odgovornost države.
16. Ustav ne dopušta da se na teret zdravstvenih fondova osigura pravo na naplatu prekida trudnoće za čije provođenje se ne može utvrditi da je u skladu sa pravom. Odobranje socijalne pomoći za prekid trudnoće, za koji nije zapriječena kazna prema propisima o savjetovanju, se u slučajevima ekonomske nužde, prema tome, ne može smatrati neustavnim, kao ni isplata novca za nezaposlene.

(...)

**Presuda Drugog senata od 28. maja 1993.  
- 2 BvF 2/90 i 4, 5/92 -**

O činjeničnom stanju:

Na Odluku BVerfG 39, 1 zakonodavac je reagirao sa tzv. indikacionim propisom. On je obuhvatao – opštepriznate – savremene indikacije, naime medicinsku, kriminološku i embriopatsku indikaciju, kao i opštu indikaciju nužde. Ako bi one bile utvrđene, prekid bi u okviru prvih 12 sedmica bio nekažnjiv. U praksi je stanje nužde ispitivano tako velikodušno da je, zapravo, kao pravilo vrijedilo brisanje roka.

Nakon ponovnog ujedinjenja Njemačke se prema jednoj odredbi Ugovora o ujedinjenju morao donijeti novi, svenjemački propis. To se desilo donošenjem „Zakona o zaštiti života koji nastaje, o podsticanju društva koje se prijateljski odnosi prema djeci, o pomoći u konfliktima povodom trudnoće i o reguliranju prekida trudnoće“ ([*Schwangeren- und Familienhilfegesetz*] Zakon o pomoći trudnicama i porodici) od 27. jula 1992. Zakon je prekide trudnoće kvalificirao kao zakonite, u slučajevima nepodnošljivosti trudnoće iz bitnih razloga (praktično: zbog tri gore navedene indikacije), kao i kada:

1. trudnica zahtijeva prekid trudnoće i dokaže potvrdom ljekaru da se podvrgla savjetovanju najmanje tri dana prije zahvata (savjetovanje trudnica u stanju nužde i konflikta),

2. prekid trudnoće provodi ljekar,
3. od dana začeća nje proteklo više od 12 sedmica.

Mnoštvo ostalih odredbi se odnosilo na savjetovanje, objašnjavanje i potporu trudnicama.

Prema § 24 b Zakona o socijalnom, tom V (*Sozialgesetzbuch V – SGB V*) je fond zdravstvenog osiguranja trebao snositi troškove zakonski provedenog prekida trudnoće.

Državna vlada Bayerna i 249 predstavnika Saveznog vijeća (*Bundestag*) su podnijeli zahtjev da se provede apstraktna kontrola Zakona.

#### **D. – I.**

1. Ustav obavezuje državu na zaštitu ljudskog života. Ljudski život obuhvata i nerođeni život. On isto tako uživa državnu zaštitu. Ustav ne zabranjuje samo neposredno državno uplitanje u nerođeni život, on zahtijeva da se država postavi zaštitnički pred taj život i da ga podstiče, tj. da ga štiti, prevashodno, od protivpravnih uplitanja drugih (usp. BVerfGE 39, 1 [42]). Ovakva *obaveza na zaštitu* ima svoj osnov u čl. 1 st. 1 Ustava koji državu izričito obavezuje na poštovanje i zaštitu ljudskog dostojanstva; njen predmet i – počev od njega – njen omjer je bliže određen u čl. 2 st. 2 Ustava

a) Ljudsko dostojanstvo uživa i nerođeni ljudski život, ne samo ljudski život nakon rođenja ili nakon formiranja ličnosti. (...)

b) Ovakva obaveza na zaštitu nerođenog života se odnosi na svaki pojedinačni život, a ne samo na ljudski život uopšte. Njeno ispunjavanje predstavlja jednu od osnovnih pretpostavki uređenog života u državi. Njoj podliježu sve državne vlasti (čl. 1 st. 1 rečenica 2 Ustava), tj. država u svim njenim funkcijama, a posebno, zakonodavna vlast. Obaveza na zaštitu se odnosi i na opasnosti koje dolaze od drugih ljudi. Ona obuhvata zaštitne mjere sa ciljem da se spriječi nastupanje nužde ili da se pomogne u stanju nužde koje nastaje kao posljedica trudnoće, kao što obuhvata i pravne pretpostavke takvih mjera; oboje se dopunjuje.

2. Država postavlja pravila postupanja u svrhu zaštite nerođenog života tako što zakonom izriče zabrane i odredbe, utvrđuje obaveze na djelovanje i propuštanje. Ovo također važi za zaštitu nasciturusa u odnosu na njegovu majku, bez obzira na vezu koja između njih postoji i kod majke i djeteta koja dovodi do odnosa „dvojnosti u jedinstvu“. Takva zaštita nerođenog u odnosu na njegovu majku je moguća samo zbog toga što zakonodavac načelno zabranjuje prekid trudnoće i majku obavezuje da sačuva trudnoću. Načelna zabrana prekida trudnoće i načelna obaveza da se dijete donese na svijet su dva nerazdvojna elementa zaštite koju zahtijeva Ustav.

Ništa manje nije važna zaštita pred utjecajima trećih – ne samo iz porodičnog ili šireg socijalnog okruženja; i oni mogu biti usmjereni direktno protiv nasciturusa, ali

i indirektno, kada se trudnici uskratiti dužna pomoć, ako se zbog trudnoće dovede u bezizgledno stanje ili se čak na nju izvrši pritisak da prekine trudnoću.

a) Odredbe koje propisuju ovakvo držanje se ne mogu ograničiti samo na podsticanje dobrovoljnosti, nego se formiraju i kao pravne zapovijesti. One, prema osobenosti prava, moraju, kao normativno uređenje koje cilja i upućuje na normativno važenje, biti obavezne i za njih mora biti predviđena pravna posljedica. Pri tom, zapriječena kazna nije jedina moguća sankcija, ali ona može osobe koje su pravno obavezane na posebno efektivan način podstaći da se poštuju i slijede pravne zapovijesti.

Pravne zabrane trebaju djelovati u dva pravca. One, jednom, trebaju u pojedinačnom slučaju razviti preventivne u represivne učinke zaštite, za slučajeve u kojima prijeti povreda zaštićenog pravnog dobra, ili je ona već uslijedila. One, drugi put, trebaju kod naroda ojačati i podstaći žive predstave o vrijednostima i nazorima o pravu i bespravljju i obrazovati pravnu svijest o njima (usp. BVerfGE 45, 187 [254, 256]), tako da na osnovu ponašanja koje je normativno orijentirano, od samog početka ne bi došla u obzir povreda pravnog dobra.

b) Život u tom smislu nije zaštićen tako da on bez izuzetka uživa apsolutni primat u odnosu na svako pravno dobro; to pokazuje već čl. 2 st. 2 rečenica 3 Ustava. Obavezi na zaštitu se ne udovoljava samo preduzimanjem mjera za zaštitu bilo kakve vrste. Njeni dometi se određuju prevashodno s obzirom na značaj i na potrebu pravnog dobra koje se mora zaštititi – ovdje s obzirom na zaštitu nerođenog ljudskog života, na jednoj, i pravnih dobara koje s njim kolidiraju, na drugoj strani. Kao pravna dobra koja su u uskoj vezi sa pravom na život nerođenog – ako se pođe od prava trudnice na zaštitu i poštovanje *njenog* ljudskog dostojanstva (čl. 1 st. 1 Ustava) – djeteta dolaze u obzir prije svega pravo na život i tjelesni integritet (čl. 2 st. 2 Ustava) kao i njeno pravo na razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 Ustava).

Zakonodavca ima zadatak da u pojedinostima odredi vrstu i obim ove zaštite. Ustav određuje zaštitu kao cilj i ne uobličava je u detaljima. Zakonodavac u svakom slučaju mora poštovati zahtjev za srazmjernošću (...); u tom smislu ga je potrebno podvrgnuti ustavnopravnoj kontroli. Neophodna je – u uslovima suprotstavljenih pravnih dobara – primjerena zaštita; odlučujuće je da je ona djelotvorna. Mjere koje zakonodavac utvrđuje moraju biti primjerene djelotvornoj zaštiti, uz sve to moraju počivati na brižljivom iznalaženju činjenica i prihvatljivim procjenama (o tome pod 1.4.). Omjer zaštite koju zahtijeva Ustav je neovisan o starosti trudnoće. Za nerođeni život Ustav ne predviđa stepenovano pravo na život i zaštitu koja bi ovisila o proteku rokova koji se vežu za proces razvoja trudnoće. Pravno uređenje i u ranoj fazi trudnoće jamči isti omjer zaštite.

c) Pravno uobličavanje zaštite mora odgovarati minimalnim zahtjevima, kako se ne bi povrijedila zabrana obezvređivanja.

aa) Ovo podrazumijeva, da se prekid trudnoće, za cijelo vrijeme trajanja, načelno mora posmatrati kao protivpravan akt koji, prema tome, mora biti zabranjen (BVerfGE 39, 1 [4]). Bez ovakve zabrane ne bi više vremenski ograničenim prenošenjem odgovornosti za pravo na život nasciturusa u domen slobodne, pravno nevezane odluke trećeg, čak i ako bi to bila majka, bila zajamčena pravna zaštita ovog života u smislu gorenavedene srazmjernosti. Ne može se zagovarati takvo obezvređivanje nerođenog života, čak ni pozivanjem na ljudsko pravo žene i na njenu sposobnost da donosi odgovorne odluke. Pravna zaštita zahtijeva da pravo odredi normativni obim i granice dozvoljenog utjecaja jednog na drugo i da ga ne prepušta proizvoljnosti stranaka.

Osnovna prava žene ne obesnažuju ustavnu zabranu prekida trudnoće. Istina, ova prava vrijede i u odnosu na pravo na život nasciturusa i moraju se na odgovarajući način zaštititi. Ali, ona ne idu tako daleko da bi obaveza na očuvanje trudnoće – čak i ako se odnosi samo na određeno vrijeme – generalno bila ukinuta zbog osnovnih prava. Pravne pozicije žene koje su zaštićene osnovnim pravima dovode do toga da je u izvanrednim situacijama dopušteno, a u pojedinim slučajevima i neophodno, oslobađanje od takve obaveze.

bb) Zakonodavac je obavezan da predvidi izuzetke za posebna činjenična stanja. Da pri tom ne bi prekršio zabranu obezvređivanja, zakonodavac mora voditi računa o nemogućnosti uravnoteživanja međusobno suprotstavljenih pravnih dobara, jer se ovdje na strani nerođenog života ne radi naprosto o više ili manje prava, o prihvatanju negativnog učinka ili ograničenja, nego je u pitanju sam život. Nije moguće uravnoteživanje koje bi istovremeno zajamčilo zaštitu života nasciturusa i osiguralo trudnici pravo na prekid trudnoće, jer je prekid trudnoće uvijek usmrćivanje nerođenog života (usp. BVerfGE 39, 1 [43]). Uravnoteživanje ne može biti ostvareno (...) tako što će za određeno vrijeme trudnoća uživati prednost u odnosu na pravo razvoja ličnosti žene, a da tek potom zadobije prednost pravo nerođenog života. Pravo na život nerođenog djeteta može važiti samo ako se majka u prvoj fazi trudnoće nije odlučila da ga usmrti.

To istovremeno ne znači da se snagom Ustava priznaje izvanredno stanje koje ukida obavezu na očuvanje trudnoće, samo zbog toga što dolazi u obzir ozbiljna opasnost za život žene ili je teško ugroženo njeno zdravlje. Izvanredna stanja postoje i izvan toga. Kriterijum za njihovo priznanje je, kako je Savezni ustavni sud već utvrdio, kriterijum nepodnošljivosti (BVerfGE 39, 1 [48 i dalje]). Ovaj kriterijum je opravdan (...) zbog toga što se, s obzirom na specifičnu vezu između majke i djeteta, zabrana prekida trudnoće ne može iscrpiti u obavezi žene da ne povrijedi pravnu sferu drugog, nego istovremeno sadrži intenzivnu obavezu, koja egzistencijalno pogađa ženu, da održi trudnoću i rodi dijete, osim toga, povlači sa sobom obavezu na djelovanje, na brigu, na zaštitu koja će trajati više godina po rođenju djeteta. (...)

Na osnovu prognoze i opterećenja koja je prate, mogu u posebnom duševnom stanju, u kojem se buduća majka najčešće nalazi upravo u ranoj fazi trudnoće, nastupiti

teške, po život opasne konfliktne situacije u kojima pozicije trudnice, koje je potrebno zaštititi, sa sobom povlače takve probleme, da državno uređenje – neovisno o široko postavljenim moralnim ili religioznim shvatanjima obaveza – ne može od žene zahtijevati da u svakom slučaju prihvati primat prava na život nerođenog djeteta (usp. BVerfGE 39, 1 [50]).

Nepodnošljivost se svakako ne može izvesti iz okolnosti koje ostaju u okvirima normalne situacije jedne trudnoće. Moraju postojati opterećenja koja iziskuju takvu mjeru žrtvovanja sopstvenog života, da se to ne može očekivati od žene

Iz ovoga za obavezu donošenja djeteta na svijet slijedi, da pored iznešenih medicinskih indikacija, kao izuzeci u ustavnom smislu mogu važiti kriminološke i – pod pretpostavkom da su jasno razgraničene – embriopatske situacije; za ostala stanja nužde ovo vrijedi samo kada je jasno vidljiv značaj socijalnog ili psihopersonalnog konflikta, koji se ovdje pretpostavlja, tako da – posmatrano iz perspektive nepodnošljivosti – ostaje sačuvana kongruentnost sa ostalim slučajevima indikacije (usp. BVerfGE 39, 1 [50]).

cc) Ako nepodnošljivost ograničava obavezu žene da donese dijete na svijet, time nije ukinuta obaveza države u odnosu na *svaki* nerođeni ljudski život. Ona tjera državu, da se savjetom i pružanjem pomoći nađe na strani žene i da je ovim, po mogućnosti, zadobije za očuvanje trudnoće; od toga polazi i propis u § 218 a st. 3 StGB n.F.

dd) Ako zadatak, da se ljudski život zaštiti od usmrćenja, predstavlja elementarni državni zadatak zaštite, onda zabrana potcjenjivanja ne dopušta da se slobodno odustane od primjene krivičnog prava i zaštitnih učinaka koji otud proizilaze.

Krivično pravo je oduvijek imalo, kao što ima i u današnjim uslovima, zadatak da zaštiti osnove uređenog života u zajednici. U ovo ulazi poštovanje i načelna nepovredivost ljudskog života. Zbog toga se za usmrćivanje drugih prijeti kaznom.

Istna, krivično pravo nije primarno sredstvo pravne zaštite, već zbog toga što zadiranje u osnovna prava predstavlja izražen element njegovog karaktera; njegova upotreba zbog toga podliježe zahtjevima srazmjernosti (BVerfGE 6, 389 [439 i dalje]; 39, 1 [4]; 57, 250 [270]; 73, 206 [253]). Ali, ono se primijenjuje kao „ultima ratio“ ove zaštite kada je određeno ponašanje izvan njegovih zabrana na poseban način socijalno štetno i nepodnošljivo za uređen život u zajednici, pa je shodno tome, posebno hitno da se takvo ponašanje spriječi.

Krivično pravo je, dakle, područje u koje će se ukotviti načelna zabrana prekida trudnoće i načelna obaveza žene da donese dijete na svijet. Ako se od prijetnje krivičnom kaznom za neopravdani prekid trudnoće u ograničenom obimu smije odustati radi zaštitnih mjera druge vrste, koje zadovoljavaju Ustavno pravo, dovoljno je da zabrana za ovakve slučajeve na drugi način jasno dođe do izražaja u pravnom uređenju ispod nivoa Ustava (usp. BVerfGE 39, 1 [44]).

3. Država ne izlazi u susret svojoj obavezi na zaštitu nerođenog ljudskog života samo time što otklanja napade koji dolaze od drugih ljudi. Ona mora otkloniti i one opasnosti koje u datim životnim okolnostima postoje na strani žene i porodice i koje obeshrabruju ženu da donese dijete na svijet. (...) Takvom nalogu odgovara potreba da se majčinstvo i briga o djetetu promatraju kao jedinstvo koje je u interesu zajednice i koje zahtijeva opšte priznanje.

a) Zajednica je dužna da se stara o majci, tako da ova obaveza države obuhvata brigu o trudnoći kako ona ne bi bila prekinuta zbog materijalne nužde koja postoji ili bi mogla nastati po rođenju djeteta. Isto tako se moraju, prema mogućnostima, isključiti problemi koji bi za ženu u području obrazovanja ili zapošljenja mogli nastupiti na osnovu trudnoće.

b) Zaštita nerođenog života, obaveza na zaštitu braka i porodice (čl. 6 Ustava) i ravnopravnost muškarca i žene u pogledu učešća u procesu rada (usp. čl. 3. st. 2 Ustava kao i čl. 3, 7 Internacionalnog pakta o privrednim, socijalnim i kulturnim pravima od 16. decembra 1996.) obavezuju državu, posebno zakonodavca, da stvori uslove pod kojim bi se porodični život i rad mogli međusobno uskladiti, a porodični zadaci se ne bi preuzimali na štetu zapošljavanja. Ovdje se ubrajaju i pravne i stvarne mjere koje omogućuju paralelizam karijere i odgoja za oba roditelja kao i povratak u poslovni život i izgradnju karijere nakon vremena uloženog u odgoj djeteta.

d) Konačno, nalog na zaštitu obavezuje državu, da općenito zadržava i održava u svijesti pravo na zaštitu nerođenog života. Zbog toga državni organi, u saveznoj državi i u saveznim zemljama, moraju jasno djelovati u korist zaštite života. To se, također, odnosi na školske planove. Javne ustanove koje educiraju o pitanjima zdravlja, porodice i seksualnosti moraju generalno osnažiti opštu volju za zaštitu nerođenog djeteta (...). Privatne radio stanice su javnim pravom obavezane da pri vršenju slobode radija (čl. 5 st. 1 Ustava) poštuju ljudsko dostojanstvo (...); i njihov program otud nosi dio zadataka povodom zaštite nerođenog života.

4. Država mora, kako bi izišla u susret svojoj obavezi da zaštiti nerođeni život, prema objašnjenjima pod 2. i 3, primijeniti odgovarajuće mjere normativne i stvarne prirode koje vode – pod pretpostavkom uzimanja u obzir suprotstavljenih pravnih dobara – dostizanju primjerene i efektivne zaštite. Za ovo je potrebno razviti odgovarajući koncept zaštite koji bi povezoao preventivne sa represivnim elementima. Zakonodavac postavlja i normativno provodi takav koncept zaštite. On prema postojećim ustavnopravnim zahtjevima ne može slobodno, izvan izuzetaka koji su ustavno nesporni, prekid trudnoće promatrati kao ustavan, dakle, kao dopušten. Zakonodavac svakako može, prema mjerilima koje još treba konkretizirati, odlučivati o tome, na koji način će prekid trudnoće integrirati u različita područja pravnog uređenja. Koncept zaštite mora, međutim, biti tako uobličen da omogućava razvoj potrebne zaštite i da ne pređe u sredstvo odobravanja prekida trudnoće – koje je vremenski ograničeno – ili koje tako djeluje.

Kako bi zaštita nerođenog života bila zajamčena u skladu sa zahtjevima zabrane potcjenjivanja, zakonodavac mora izbor i uobličavanje sopstvenog koncepta zaštite utemeljiti u procjenama koje su u skladu sa Ustavnim pravom. Ako njegovim odlukama prethode prognoze o stvarnim razvojem, posebno o učinku njegove Vlade, takve prognoze moraju biti pouzdane; da li su one vjerodostojne provjerava Savezni ustavni sud prema sljedećim kriterijima.

a) Zakonodavac ima slobodan prostor pri odlučivanju, vrednovanju i uobličavanju i kada je – kao u ovom slučaju – obavezan Ustavnim pravom, pri donošenju djelotvornih i primjerenih mjera za zaštitu jednog pravnog dobra. Obim ovog slobodnog prostora ovisi o različitim faktorima, posebno o specifičnosti područja o kojem se govori, o mogućnostima da dobije dovoljno siguran uvid – nadasve o budućem razvoju i o učincima jedne norme – kao i o značaju pravnih dobara koja su dovedena u pitanje (BVerfGE 50, 290 [332 i dalje]; 76, 1 [51 i dalje]; 77, 170 [214 i dalje]). Nije potrebno rasvjetljavati da li će se iz ovog moći izvesti tri različita kontrolna omjera za ustavnopravnu provjeru; ustavnopravna provjera se u svakom slučaju proteže na pitanje, da li je zakonodavstvo spomenute faktore na odgovarajući način uzelo u obzir i upotrebilo svoj slobodni prostor procjene „na prihvatljiv način“.

(...)

## II.

Za područja zaštite nerođenog života zakonodavcu, prema svemu izloženom, nije Ustavnim pravom zabranjeno, da pređe na odgovarajući koncept zaštite nerođenog života koji težište stavlja na savjetovanje žena povodom konflikta koji mogu nastati u ranoj fazi trudnoće, kako bi je pridobio da donese dijete na svijet i kako bi, s obzirom na javnost i učinak savjetovanja, odustao od prijetnje kaznom koja je određena indikacijama, kao i od utvrđivanja indikacionih činjeničnih stanja posredstvom trećih.

(...)

3. Otud se u ustavnopravnom smislu ne može posumnjati u zakonodavčevu procjenu da se radi ispunjenja sopstvene obaveze na zaštitu prihvata koncept prema kojem je u ranoj fazi trudnoće moguće ostvariti zaštitu nerođenog ljudskog života samo sa majkom, a ne protiv nje. Samo ona, i samo spoznaja koju ona o nerođenom ljudskom životu u ovom stadiju trudnoće nosi u sopstvenoj tajnosti, čini da ovaj život pripada samo majci i da u svemu zavisi samo od nje. Ova neotkrivenost, bespomoćnost i ovisnost nerođenog djeteta, koje je na poseban način povezano sa majkom, opravdava procjenu da država ima bolju šansu za njegovu zaštitu ako sarađuje sa majkom. (...)

5. Ako zakonodavac ženama koje pristanu na savjetovanje prepusti odgovornost za prekid trudnoće i omogući im da u datom slučaju raspolažu ljekarskom uslugom, onda država s razlogom može očekivati da će trudnice u slučaju konflikta uzeti u obzir savjetovanje i da će svoju situaciju obznaniti. (...)



### III.

Pređe li zakonodavac, radi ispunjenja svojih zaštitnih obaveza, na koncept savjetovanja, to znači da je mjerodavan učinak zaštite za nerođeni život – preventivan – posredstvom savjetovanja i njegovog utjecaja na trudnicu koja donosi odluku. Koncept savjetovanja je usmjeren na jačanje svijesti o odgovornosti žene; ona mora – neovisno o odgovornosti porodice, socijalnog okruženja ili ljekara (vidi dole pod V. i VI.) – zaista donijeti zadnju odluku o prekidu i u tom smislu snositi odgovornost (posljednja odgovornost). To zahtijeva postojanje okvirnih uslova kojima se stvaraju pozitivne pretpostavke za djelovanje žene u korist nerođenog djeteta. Samo se u tom slučaju može prihvatiti da koncept savjetovanja, unatoč odustajanja od utvrđivanja pretpostavki indikacije za prekid trudnoće, ima po nerođeni život zaštitni učinak (1). Međutim, nije prihvatljivo da se neindicirani prekid trudnoće proglasi opravdanim (da nije protivpravan) ako ga žena od ljekara zahtijeva u prvih dvanaest sedmica trudnoće (2). U svemu ostalom zakonodavac nije spriječen da preuzme sve posljedice koje slijede iz načelne zabrane prekida trudnoće, ako koncept savjetovanja, radi podizanja njegove učinkovitosti, zahtijeva određene izuzetke (3).

1. a) Koncept savjetovanja, kao neophodan okvirni uslov, podrazumijeva na prvom mjestu da je savjetovanje za ženu obavezno i da je sa svoje strane usmjereno na ohrabivanje žene da donese dijete na svijet. Pri tom savjetovanje mora biti podobno da prema sadržaju, provođenju i organizaciji obezbijedi ženi uvide i informacije koje ona treba za odgovornu odluku o nastavku ili o prekidu trudnoće (u pojedinostima vidi pod IV).

b) Osim toga, osobe koje su involvirane u koncept zaštite moraju biti u stanju da u konfliktu povodom trudnoće utječu– bilo pozitivno, bilo negativno – na volju žene. Ovo posebno važi za ljekare. (...) U koncept zaštite se involviraju i osobe porodičnog i šireg socijalnog okruženja trudnice. (...)

c) Zbog razloga koji su navedeni pod d. II. 5. a), mora se odustati od namjere da se u propis o savjetovanju unese stanje opšte nužde kao indikacioni razlog koji opravdava prekid trudnoće. Ono bi protivrječilo zakonskom konceptu. Propis o savjetovanju želi da uspostavi efektivnu zaštitu, tako što će ženu, zbog njene spremnosti na savjetovanje, odvratiti od utvrđivanja stanja nužde koje opravdava njenu odluku i time je osloboditi od obaveze da joj se potčini.

2. Zakondavac može dostići cilj koji je povezan sa konceptom savjetovanja, da prekid trudnoće unutar prvih dvanaest sedmica na zahtjev trudnice i po provedenom savjetovanju može izvršiti ljekar, samo ako on ovakve prekide trudnoće izuzme iz opisa činjeničnog stanja krivičnog djela iz § 218 StGB; oni ne mogu biti proglašeni opravdanim (ne protivpravnim).

a) Bude li prekid trudnoće snagom Ustava odobren samo za izvjesne izuzetke, on se ne može u Krivičnom pravu, pod ostalim, širim pretpostavkama, istovremeno

posmatrati kao dozvoljen. Pravno uređenje mora potvrditi i pojasniti ustavnopravnu zabranu prekida trudnoće. Tome, iznad svega, služi krivično pravo koje u posebnoj situaciji ugrožavanja štiti pravna dobra od posebnog značaja i najjasnije izražava opštu svijest o pravnoj i protivpravnoj situaciji. Kada krivično pravo predviđa neki razlog koji opravdava, onda to u opštoj svijesti mora biti shvaćeno kao odobravanje ponašanja koje je opisano činjeničnim stanjem krivičnog djela. Također će pravno uređenje u svojim pojedinim područjima polaziti od toga da je posredstvom krivičnihopravnih osnova svakim propisom o pravnoj i protivpravnoj situaciji koji je opravdavaju biti ukinuta zaštita za ovaj život. Ovim se neće ispuniti ustavnopravna obaveza na zaštitu. Probojna snaga nekog krivičnogopravnog osnova za opravdanje, koju on za cjelokupno pravno uređenje zadobija svaki put kada se radi o zaštiti elementarnih pravnih dobara, isključuje zaštitu koja bi se po svojim učincima ograničila samo na krivično pravo. Prekid trudnoće se zbog toga smije proglasiti opravdanim samo ako su i kada su opisom činjeničnih stanja krivičnog djela, na ustavno prihvatljiv način, ograničeni razlozi opravdavanja zabrane prekida trudnoće.

Ako bi, suprotno tome, prekidi trudnoće bili pod određenim pretpostavkama izdvojeni iz krivičnog djela, to bi samo značilo da za njih nije zapriječena kazna. Time ostaje otvorena odluka zakonodavca da ostale dijelove pravnog uređenja posmatra kao pravne ili kao bespravne konstelacije. (...) U ostalim područjima pravnog uređenja mogu biti donešene samostalne odredbe koje prekid trudnoće uzimaju kao nezakonit akt. Ako se to ne dogodi, isključivanje krivičnog djela djeluje kao opravdavajući osnov, čime se ne izlazi u susret minimalnim zahtjevima obaveze na zaštitu.

Dok isključivanje iz opisa krivičnog djela otvara mogućnost da se u ostalim područjima pravnih uređenja odgovori minimalnim zahtjevima, to se unošenjem opravdavajućeg razloga u krivični zakon u većem obimu napušta načelna zabrana prekida trudnoće. Ovim su postavljene granice zakonodavčevoj slobodi uobličavanja.

b) U skladu je sa minimalnim pravnodržavnim načelima da izuzimanje iz krivičnog djela djeluje kao opravdanje za koje mora biti utvrđeno postojanje pretpostavki, bilo posredstvom sudova, bilo posredstvom drugih institucija, kojima država, zbog njihovog posebnog položaja, može vjerovati i čija odluka podliježe državnoj provjeri. Ako koncept zaštite putem savjetovanja, koje je zakonodavac izabrao za opšte stanje nužde, ne dopušta reguliranje pretpostavki za određivanje indikacija čijim bi se utvrđivanjem mogla spriječiti efikasnost savjetovanja, zakonodavac mora odustati od proglašavanja prekida trudnoće opravdanim. (...)

3. Izuzimanje prekida trudnoće iz krivičnog djela – kako je izloženo – omogućuje da se načelna zabrana prekida trudnoće, za koju ne postoji razlog koji izuzeće opravdava, prenese u ostala područja pravnog uređenja. Ovdje se iz posebnosti koncepta savjetovanja, također i u slučaju kasnijeg prekida trudnoće, izvodi obaveza na stvaranje uslova koji neće unaprijed djelovati na spremnost žene da pristane na savjetovanje koje je u službi zaštite života, da objasni svoj konflikt i da odgovorno sudjeluje u njegovom rješavanju. Zbog toga se pravna konstelacija mora uobličiti

tako da ženi ne bude olakšano odbijanje savjetovanja i isključeno u ilegalnost. Osim izuzimanja prekida trudnoće iz prijetnje krivičnom kaznom, mora se osigurati da treći suprotno djelovanju žene i ljekara neće pružati nužnu pomoć za nerođeno dijete. Žena mora, također, biti u stanju da u okvirima važećeg privatnopravnog ugovora dopusti ljekarski prekid trudnoće. Isto tako, ona mora biti zaštićena pred mogućnošću da, pod uslovima koji ugrožavaju njeno pravo ličnosti, prekid trudnoće i razloge mora saopštiti drugim osobama (usp. dole pod E.V.3.b] i 4.b]). Kako bi se ispunili ovi uslovi, mora biti omogućeno da se u svakom relevantnom području prava prekid trudnoće, koji je proveden nakon savjetovanja, ne tretira kao protivpravan. (...)

#### IV.

Dužnost je zakonodavca, ako se odlučio za koncept savjetovanja, da zaštiti nerođeni ljudski život i da utvrdi obaveze pri normativnom uobličavanju postupka savjetovanja (vidi gore pod III. 1. a]). Ovaj koncept, sa prenošenjem težišta na obezbjeđivanje preventivne zaštite posredstvom savjetovanja, ima centralni značaj za zaštitu života. Zbog toga zakonodavac pri utvrđivanju sadržaja savjetovanja (1.), pri reguliranju postupka savjetovanja (2.) i organizacije savjetovanja, uključujući i osobe koje u njemu učestvuju (3) mora pod uslovima zabrane obezvređivanja donijeti propise koji su djelotvorni i dovoljni da bi se žena, koja razmišlja o prekidu trudnoće, mogla pridobiti za donošenje djeteta na svijet. Samo je tada prihvatljiva procjena zakonodavca da savjetovanjem može postići efektivnu zaštitu života. (...)

#### V.

Koncept zaštite pomoću propisa o savjetovanju stavlja ljekara u ulogu sljedećeg učesnika koji je dužan da ženi – sada iz perspektive ljekara – da savjet i pružiti pomoć. Ljekar ne smije naprosto izvršiti prekid trudnoće koji se zahtijeva, nego mora odgovarati za svoje postupke. On je obavezan na zaštitu zdravlja i života i zbog toga ne smije na neviđeno učestvovati u prekidu trudnoće.

Ovdje državna obaveza na zaštitu zahtijeva da učesće ljekara, koje je u interesu žene, istovremeno djeluje i na zaštitu nerođenog života. (...)

6. Iz obaveze države na zaštitu nerođenog života ne slijedi da se ugovori ljekara i zdravstvenih fondova o prekidima trudnoće, za koje prema konceptu savjetovanja nije zapriječena kazna, posmatraju kao pravno neefikasni. Koncept zahtijeva da razmjena činidbi između žene i ljekara bude formirana kao pravni odnos kojim se jamči postojanje pravnog osnova za konkretnu radnju. (...) Neadekvatno ispunjenje obaveze na savjetovanje i na tretman mora zbog toga imati ugovorne i deliktne sankcije.

Iz ustavnopravne perspektive je ovdje potrebno diferencirano razumijevanje. Načelno je neophodna civilnopravna sankcija zbog lošeg ispunjavanja ugovora i zbog deliktne ugrožavanja tjelesnog integriteta žene; to se ne odnosi samo na obavezu vraćanja

isplaćene nadoknade, nego i na nadoknadu šteta uključiv – u okvirima §§ 823, 47 BGB – proizvoljno obeštećenje žene za nematerijalna opterećenja koja idu zajedno sa pogrešno provedenim prekidom trudnoće ili sa rođenjem oštećenog djeteta. Ustav ne dopušta (čl. 1 st. 1 Ustava) da se postojanje jednog djeteta pravno kvalificira kao izvor štete. Dužnost je svih državnih vlasti da poštuju svakog čovjeka u njegovom postojanju, kako bi on bio to što jeste (usp. gore pod I. 1. a)), zabranjeno je da se obaveza na izdržavanje jednog djeteta shvata kao šteta. (...)

#### E.

Ispitaju li se prema ovim mjerilima osporavani propisi Zakona o trudnicama i porodici (*Schwangeren- und Familiengesetz*), onda slijedi da Zakon kod kojeg se, po sebi, radi o prihvatljivom prelasku na koncept savjetovanja u prvih dvanaest sedmica trudnoće nije u zahtijevanom obimu usklađen sa obavezama, da efektivno zaštiti nerođeni život iz čl. 1 st. 1 u vezu sa čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava. (...)

Ustavopravna obaveza na zaštitu života ne dopušta da se § 24 b SGB V protumači kao prihvatanje mogućnosti, da nadoknade iz socijalnog osiguranja na isti način budu odobrene za prekide trudnoća, čija se pravna utemeljenost ne može utvrditi, kao i za pravno prihvatljive prekide trudnoće. Pravna država može predmetom finansiranja učiniti usmrćivanje, samo ako je ono u skladu sa pravom i ako se država može sa pravnodržavnom pouzdanošću u to osvjedočiti. (...)

Ako se pod uslovima propisa o savjetovanju ne može utvrditi, da li prekidi trudnoće zbog postojanja opšteg stanja nužde, u ranom stadiju ne smiju biti dozvoljeni, onda pravna država načelno u tome ne smije učestvovati – kako finansijski ili obavezivanjem trećih, tako ni u okviru zajednice soldarnosti koju obrazuju propisi socijalnog osiguranja. Država bi takvim učešćem preuzimala odgovornost za postupke čiju zakonitost ona, na jednoj strani, ne može prihvatiti iz ustavnopravnih razloga, a na drugoj, je spriječena da ih utvrditi u okviru sopstvenog koncepta zaštite. (...)

Princip socijalne države (čl. 20 st. 1 Ustava), također, ne dopušta da država prekide za koje u okviru savjetovanja nije predviđena kazna tretira kao dozvoljene zbog toga što se njihova zakonitost ne ocjenjuje u konkretnom slučaju. Socijalna država na tlu Ustava može biti ostvarena samo sredstvima pravne države. Načelo pravne državnosti ne bi bilo samo periferno dodaknuto, nego bi bilo povrijeđeno u samom jezgru, ako bi država preuzela – dakle, bez diferenciranja koje vodi računa o socijalnoj državi – posredno ili neposredno (su)odgovornost za postupke u čiju zakonitosti se ona ne može osvjedočiti. (...)

Zakonodavac regulira na kom putu i pod kakvim pretpostavkama, za slučajeve u kojima koncept zaštite prema propisima o savjetovanju to zahtijeva, država prema konkretnoj potebi treba ženi nadoknaditi troškove. (...) Odobravanje *ovakvog* socijalnog izdatka ne dovodi državu u protivrječnost sa zahtjevima koji slijede iz njene obaveze na zaštitu. Ona ovim od početka onemogućuje da žene traže puteve u

ilegalnost, što ne vodi samo uništenju vlastitog zdravlja, nego bi i nerođenom djetetu oduzimalo šansu za spas koja se pojavljuje u formi ljekarskog savjeta. (...)

Također se u pravu na isplatu zarade pokazuje, da s obzirom na specifičnost koja joj pripada u radnom pravu kao i na potrebu za konceptom zaštite koji odgovara gore predstavljenim načelima (D. III. 3.), nije određeno isključivanje iz obaveze na nadoknadu samo onih prekida trudnoće koji su izuzeti iz krivičnog djela navedenog u § 218 StGB n.F.

## **32) BVerfGE 115, 118** **(Luftsicherheitsgesetz)** **Zakon o zaštiti vazdušnog prostora**

(...)

3. Davanje ovlaštenja oružanim snagama, prema § 14. st. 3 Zakona o zaštiti vazdušnog prostora (*Luftsicherheitsgesetz*), da neposrednom upotrebom sile obore letjelicu koja može biti upotrebljena protiv života ljudi, nije u saglasnosti sa pravom na život iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava u vezi sa ljudskim dostojanstvom iz čl. 1 st. 1 Ustava, jer su time pogođeni ljudi u letjelicu koji ni na koji način ne učestvuju u spomenutom djelu.

### **Presuda Prvog senata od 15. februara 2006.** **- 1 BvR 357/05 -**

OBRAZLOŽENJE:

#### **A.**

Ustavna tužba je usmjerena protiv davanja ovlaštenja oružanim snagama Zakonom o sigurnosti vazdušnog saobraćaja, da neposrednom upotrebom oružane sile smiju oboriti letjelice koje se upotrebljavaju kao oružje za izvršenje krivičnih djela protiv ljudskih života.

#### **C.**

#### **II.**

(...)

- b) § 14 st. 3 LuftSiG, u pogledu garancije ljudskih prava iz čl. 1 st. 1 Ustava (aa) nije, osim toga, materijalno u skladu sa čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava, jer dopušta oružanim snagama da obore letjelice u kojima se nalaze ljudi koji su žrtve napada na sigurnost letenja u smislu § 1 LuftSiG (bb). Samo ako je mjera iz § 14 st. 3 LuftSiG

usmjerena protiv neimenovane letjelice, ili protiv onih kojima se takav napad može pripisati, propis neće biti stavljen pod materijalnu ustavnopravnu sumnju (cc).

aa) Osnovno pravo na život koje je garantirano u čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava podliježe u odnosu na čl. 2 st. 2 rečenica 3 Ustava obavezi na pridržavanje zakona (...). Zakon koji ograničava ovo pravo mora biti posmatran u svjetlu ovog osnovnog prava kao i u svjetlu garancije ljudskog dostojanstva iz čl. 1 st. 1 Ustava. Ljudski život kao noseći ustavni princip i najviše ustavno dobro predstavlja vitalnu bazu ljudskog dostojanstva. Svaki čovjek posjeduje kao osoba ovo dostojanstvo, bez obzira na svoje osobine, svoje tjelesno ili duhovno stanje, svoje sposobnosti i svoj socijalni status. Ono ne može biti oduzeto ni jednom čovjeku. Međutim, može biti povrijeđeno pravo na njegovo poštovanje. To važi nezavisno od očekivanog trajanja individualnog ljudskog života. Državi je, s obzirom na ovaj odnos između načina življenja i života, na jednoj strani, zabranjeno da vlastitim mjerama i kršeći zabranu zloupotrebe ljudskog dostojanstva, zadire u osnovno pravo na život. Na drugoj strani je ona obavezana da štiti ljudski život. Ova obaveza na zaštitu zahtijeva da se država i njeni organi postave kao zaštitnik pred život svakog pojedinca i da ga podstiču; to prije svega znači da ga moraju sačuvati od protivpravnih napada trećih. Ovakva obaveza na zaštitu ima svoj osnov u čl. 1 st. 1 rečenica 2 Ustava, koji izričito obavezuje državu da poštuje i štiti ljudsko dostojanstvo. Ne može se jednom zauvijek odrediti šta ovakvo obavezivanje konkretno znači za državno djelovanje. Čl 1 st. 1 Ustava štiti pojedinog čovjeka ne samo od ponižavanja, žigosanja, progona i sličnih radnji koje mogu uslijediti od strane trećih ili same države. Pođe li se od zamisli ustavotvorca o ljudskoj suštini, koja podrazumijeva da čovjek samog sebe slobodno određuje i da se slobodno razvija, i da pojedinac može zahtijevati da u zajednici bude priznat bar kao ravnopravan član koji raspolaže sopstvenim vrijednostima, slijedi da obaveza na poštovanje ljudskog života generalno zabranjuje da se ljudi učine običnim objektima. Ovim je naprosto zabranjeno da javna vlast tretira ljude tako što bi načelno dovela u pitanje kvalitet njihovog subjektiviteta, njihov status pravnog subjekta, jer bi dopustila da nestane poštovanje vrijednosti koje pripadaju svakom čovjeku po njegovom slobodnom izboru, snagom činjenice da je on osoba. Mora se u svakom pojedinačnom slučaju u kojem dolazi do konflikta konkretno utvrditi kada postoji takav tretman.

bb) Prema ovim omjerima, § 14 st. 3 LuftSiG nije, također, u skladu sa čl. 2 st. 2 rečenica 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, pošto obaranjem jedne letjelice mogu biti pogođena prava osoba koje kao posada i putnici nisu imali nikakvog utjecaja na mirnodopski događaj koji pretpostavlja § 14 st. 3 LuftSiG.

aaa) U situaciji u kojoj se ove osobe trenutno nalaze, jer je naređena neposredna upotreba oružane sile na letjelicu koja je prema § 14 st. 4 rečenica 1 LuftSiG angažirana u vazdušnom napadu, mora se prema § 14 st. 3 LuftSiG polaziti od toga da letjelica može biti upotrebljena protiv života ljudi. Letjelicu moraju oni koji je efektivno kontroliraju, kako je to navedeno u obrazloženju Zakona, pretvoriti u oružje za napad, nju počinioi krivičnog djela moraju upotrebiti kao oružje, ne samo kao

pomoćno sredstvo za izvršenje djela usmjerenog protiv života ljudi koji se zadržavaju u području na koje letjelica može biti navedena. U ekstremnoj situaciji, kakva je ova, koju uz to karakterizira prostorna stješnjenost letjelice koja se nalazi u letu, su putnici i posada na tipičan način u bezizglednom položaju. Oni ne mogu utjecati na sopstvene životne okolnosti nezavisno od drugih. To ih na isti način kao i počnioca čini objektom. Država ih, kada se u takvoj situaciji odlučuje za mjere odbrane iz § 14 st. 3 LuftSiG, također, tretira kao obične objekte u akciji spašavanja radi zaštite drugih. Bezizglednost i neizbježnost, koje karakteriziraju stanje putnika i posade kao žrtava pogođene letjelice, postoje i u odnosu na one koji su obaranje letjelice naredili i izveli. Posada i putnici ne mogu ni na koji način izbjeći ovakav državni akt, nego su mu izloženi u stanju bespomoćnosti, sa posljedicom da će oni zajedno sa letjelicom biti oboreni i da će, vjerovatnošću koja graniči sa sigurnošću, biti usmrćeni. Takav tretman ne uvažava pogođene kao subjekte sa dostojanstvom i neprikosnovanim pravima. Kako njihovo usmrćivanje postaje sredstvo za spas drugih, oni bivaju opredmećeni i istovremeno obespravljani; ukoliko se njihovim životima raspolaže jednostrano, radi države, putnicima i posadi se kao žrtvama oduzima vrijednost koja pripada svakom čovjeku kada sam donosi sopstvene odluke.

bbb) Ovo se događa u okolnostima, u kojima se ne može očekivati da će prema § 14 st. 4 rečenica 1 LuftSiG u trenutku odluke o provođenju mjere napada prema § 14 st. 3 LuftSiG, stvarno stanje u svakom trenutku biti sasvim pod kontrolom i tačno procijenjeno. Također, nije isključeno da će nastupiti okolnosti koje provođenje mjere ne čine više neophodnim. Prema saznanjima koja je Senat dobio na osnovu pismenih mišljenja i izjava koje su iznešene u usmenom postupku, ne može se polaziti od toga da stvarne pretpostavke za određivanje i provođenje takve mjere uvijek mogu biti ustanovljene sa potrebnom sigurnošću. (...)

ccc) Premda se u području odbrane od opasnosti ne može sasvim isključiti nesigurna prognoza, ipak je u području važenja čl. 1 st. 1 Ustava naprosto nezamislivo da se na osnovu zakonskog ovlaštenja, u datoj situaciji, shvatajući čak da se okolnosti neće promijeniti, namjerno ubijaju nevini ljudi, koji se kao posada i putnici jedne otete letjelice nalaze u bezizglednoj situaciji. Otud nije potrebno odlučivati kako bi se iz krivičnopravne perspektive promatralo obaranje i naredba koja ga nalaže. Za ustavnopravnu odluku je presudno jedino da zakonodavac ne smije dopustiti da se stvaranjem zakonskih ovlaštenja za primjenu mjera iz § 14 st. 3 LuftSiG na nevine ljude, takve mjere kvalificiraju kao pravno dopuštene a time i dozvoljene. One nisu, u obliku angažmana vojnih snaga u mirnodopske svrhe, spojive sa poštovanjem i zaštitom ljudskog dostojanstva.

(1) Tako ne može – za razliku od prigodnih obrazloženja – biti prihvaćeno da osoba koja ulazi u letjelicu kao član posade ili kao putnik pristaje na vjerovatnost njenog obaranja, a time i na sopstveno usmrćenje za slučaj da ova bude involvirana u događaj iz § 13 st. 1 LuftSiG koji ima za posljedicu odbrambenu mjeru prema § 14 st. 3 LuftSiG. Takva pretpostavka ostaje bez svake realne pozadine i nije ništa više do fikcija koja je potpuno strana životu.

(2) Isto tako procjena, da su i onako osuđeni na smrti svi koji se nalaze u letjelici koja u smislu § 14 st. 3 LuftSiG može biti upotrebljena protiv života drugih ljudi, ne omogućuje da usmrćivanje bespomoćnih ljudi u bezizglednoj situaciji, koje je u pravilu povezano sa pojedinačnom mjerom iz ovog propisa, dobije karakter povrede prava na dostojanstvo ovih ljudi. Ljudski život i ljudsko dostojanstvo uživaju, bez obzira na trajanje fizičke egzistencije pojedinačnog čovjeka, jednaku ustavnopravnu zaštitu. Ko to poriče ili dovodi u pitanje, svim žrtvama otmice koje su u situaciji nužde i bez alternativa, uskraćuje poštovanje koje im pripada snagom ljudskog dostojanstva.

(...)

(5) Konačno, ne može se § 14 st. 3 LuftSiG opravdati obavezom države na zaštitu onih protiv čijeg života treba biti upotrebljena letjelica koja u smislu § 14 st. 3 LuftSiG predstavlja oružje za izvršenje krivičnog djela. Državi i njenim organima pri ispunjenju ovakvih obaveza na zaštitu pripada širok prostor slobodne procjene, vrednovanja i uobličavanja. Državne obaveze na zaštitu koje proizilaze iz objektivnog sadržaja osnovnih prava su, za razliku od osnovnih prava u njihovoj subjektivno-odbrambenoj funkciji, načelno neodređene. Državni organi principijelno u okviru sopstvene odgovornosti odlučuju kako će izvršavati ove obaveze. To važi i za obavezu na zaštitu ljudskog života. Istina, može se upravo s obzirom na ovo zaštićeno dobro u posebnim slučajevima, u kojima se efektivna zaštita života ne može obezbijediti na drugi način, sužiti mogućnost izbora sredstava za izvršenje obaveze na zaštitu, na izbor jednog određenog sredstva. Izbor, međutim, može pasti samo na takva sredstva čija je upotreba u skladu sa Ustavom.

Upravo to nedostaje u slučaju § 14 st. 3 LuftSiG. Naređenje i izvršenje neposrednog dejstva po letjelici korištenjem oružane sile prema ovom propisu ne uzima u obzir da i žrtve napada koje se drže u letjelici imaju pravo da država zaštiti njihov život. Ne samo da im država uskraćuje ovu zaštitu, nego država neposredno napada na život ovih bespomoćnih osoba. Pri tom svaki postupak prema § 14 st. 3 LuftSiG, kako je navedeno, zloupotrebljava mjesto subjekta ovih ljudi na način koji je nespojiv sa čl. 1 st. 1 Ustava kao i zabranu ubijanja koja iz ovoga slijedi za državu. Ovdje se ništa ne mijenja činjenicom da ovaj postupak treba poslužiti za zaštitu i održavanje života drugih ljudi. (...)

### **33) BVerfGE 16, 194 (Liquorentnahme) Uzimanje likvora**

Osnovno pravo na tjelesni integritet zahtijeva da zahvat radi uzimanja likvora prema § 81 a StPO stoji u srazmjernom odnosu prema težini djela.



**Rješenje Prvog senata od 10. juna 1963.****- 1 BvR 790/58 -**

Na glavnoj raspravi je sudija odredio ljekarski pregled optuženog, kako bi se utvrdila njegova uračunljivost. Sudski ljekar je prilikom pregleda ustanovio da postoji sumnja na oboljenje centralnog nervnog sistema; on smatra da je za razjašnjenje slučaja neophodno uzimanje krvi i analiza likvora (tekućine koja se nalazi u mozgu i kičmenoj moždini) pri čemu je potreban ubod dugačkom iglom u kičmeni kanal gornjeg lumbalnog dijela (lumbalna punkcija) ili u vratni dio kičmenog stuba, između lobanje i gornjeg pršljena vrata (okcipitalna punkcija). Kako apelant ne pristaje na izvođenje ovog zahvata Osnovni sud je rješenjem od 11. septembra 1958. na osnovu § 81 a StPO naložio njegovo provođenje na nervnoj klinici Univerziteta München.

Uzimanje moždane i kičmene tekućine dugačkom iglom nije beznačajan operativni zahvat, odnosno on predstavlja zadiranje u tjelesni integritet u smislu čl. 2 st. 2 Ustava. Iako uglavnom nije opasan, kada se izvede prema pravilima ljekarskog umijeća, moguće je, kako to pokazuje mišljenje vještaka, da u 10% slučajeva nastupe smetnje zdravstvenog stanja, kao što su bolovi i mučnina; u posebnim slučajevima može uzimanje likvora voditi čak do ozbiljnih komplikacija. (...)

Sudija mora kod donošenja odluke o uzmanju likvora, kao i kod svih ostalih uplitanja u sferu slobode, poštovati načelo srazmjernosti između sredstva i cilja. Premda se iz perspektive javnog interesa zahtijeva razjašnjenje zločina i na toj se pozadini (...) općenito opravdava zadiranje u slobodu optuženog, ovom interesu se mora u toliko manje udovoljavati što je veći stepen zadiranja u sferu individualne slobode. Za procjenu srazmjernosti između cilja i mjere mora biti uzeta u obzir težina djela. To posebno važi za dopustivost teških mjera iz §§ 81 i 81 a StPO koje služe ustanovljavanju uračunljivosti okrivljenog; ovdje primjena zakona koja vodi računa o smislu osnovnih prava zahtijeva, da zadiranje u osnovno pravo bude srazmjerno težini djela, tako da posljedice, koje su u vezi sa razjašnjenjem djela, ne opterete počinoca teže od kazne koja se može očekivati. Sudija je, prema tome, osnovnim pravima obavezan da prema zabrani pretjerivanja procijeni mjeru koja je po sebi zakonita i dopuštena. (...)

U predmetnom slučaju se radi o bagatelnoj šteti koja može imati za posljedicu samo neznatnu kaznu, a pod datim okolnostima može čak voditi do obustave postupka zbog neznatne vrijednosti. U odnosu na ovo, uzimanje likvora u oba navedena oblika nije bezopasan napad na tjelesni integritet; nije opravdano zahtijevati od optuženog da se zbog bagatelnog prestupa, protiv svoje volje, podvrgne ovom zahvatu.

### **34) BVerfGE 52, 214** **(Vollstreckungsschutz)** **Zaštita od prinudnog izvršenja**

O utjecaju osnovnih prava (ovdje: čl. 2 Ustava) na postupak zaštite od prinudnog izvršenja presude prema § 765 a ZPO.

#### **Rješenje Prvog senata od 3. oktobra 1979.** **- 1 BvR 614/79 -**

Apelant se suprostavlja iseljenju iz iznajmljenog stana putem prinudnog izvršenja (...). On je od 1975. više puta stacionarno liječen, između ostalog, nakon tri ozbiljna pokušaja samoubistva. Unatoč stalnoj terapiji stanje depresije ga ne popušta. U slučaju gubitka stana putem prinudnog izvršenja, opravdano se moraju očekivati teške psihičke reakcije apelanta i akutno ugrožavanje njegovo života.

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana. Apelant je pobijanom odlukom povrijeđen u njegovim osnovnim pravima iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 i čl. 2 st. 1 Ustava u vezi sa principom pravne države.

1. Da li postoje pretpostavke za odustajanje ili za dugoročnu obustavu prinudnog izvršenja prema § 765 a ZPO, prevashodno je pitanje običnog prava i u prvoj liniji je prepušteno odluci stručnih sudova. Oni, međutim, moraju poštovati Ustavno pravo kao i efekt zračenja osnovnih prava u privatnopravne odnose; da li se to desilo, provjerava Savezni ustavni sud.

Ustavna garancija osnovnih prava i ustavni principi koji se izvode iz principa pravne države važe i u svakom procesnom pravu, posebno u okvirima postupka prinudnog izvršenja (usp. BVerfGE 42, 64 [73]; 46, 325 [333]; 49, 220 [225] i dalje); to se iznad svega odnosi na ustavno načelo srazmjernosti (usp. BVerfGE 26, 215 [222]; 31, 275 [290]); 42, 263 [295]). (...)

Vodi li odmjeravanje suprostavljenih interesa između dužnika i povjerioca prema zaključku da interesi dužnika, koji su suprostavljeni prinudnom izvršenju i stoje u funkciji održavanja života i zdravlja, pretežu u konkretnom slučaju u odnosu na interese, koji stoje iza mjera prinudnog izvršenja, to državno uplitanje, kada uslijedi, može povrijediti princip srazmjernosti i osnovna prava dužnika iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava (usp. BVerfGE 44, 353 [373]; BVerfGE 51, 324]).

Obaveza je sudova da prilikom oblikovanja izvršnog postupka preduzmu odgovarajuće mjere kako bi se efikasno isključila moguća povreda Ustava provođenjem mjera prinudnog izvršenja. (...) Pri tom se mora imati u vidu da ugrožavanje osnovnih prava koje se kao realna prijetnja može očekivati od države, u konkretnim slučajevima može biti jednako povredi osnovnog prava (usp. BVerfGE 49, 89 [141 i dalje]; 51, 324). Zadatak je državnih organa da prema mogućnostima ograniče opasnosti koje

vode do povrede osnovnih prava. Izvršni postupak se, iz te perspektive, provodi kako bi se udovoljilo obavezi države na zaštitu.

U predmetnom slučaju Osnovni i Zemaljski sud nisu u okvirima vođenja postupka izišli u susret načelu srazmjernosti, koje se izvodi iz principa pravne države, kao ni ustavnopravnoj obavezi na zaštitu života i tjelesnog integriteta iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava.

### **35) BVerfGE 53, 30** **(Mülheim-Kärlich)** **Mülheim-Kärlich (atomska centrala)**

1. Pobijaju li se ustavnom tužbom, zbog povrede osnovnog prava iz čl. 2 st. 2 Ustava, konačne sudske odluke donešene u žalbenom postupku radi neodložnog izvršenja dozvole za podizanje postrojenja izdanih po osnovu prava nuklearne energije, ne može se osporiti da je nosilac osnovnih prava trenutno i neposredno pogođen, zbog toga što opasnosti za život i zdravlje mogu nastupiti tek po puštanju u pogon atomske centrale, a ne izvođenjem građevinskih radova.

(...)

3. Upotreba atomske energije u mirnodopske svrhe je u skladu sa Ustavom. Zakonodavac je pozvan da donese načelnu odluku za ili protiv njenog korištenja.
4. Država je donošenjem materijalnih i procesnopравnih propisa o atomskim centralama ispunila obavezu da se odrede mjere za zaštitu od opasnosti koje slijede iz mirnodopske upotrebe atomske energije iz čl. 2 st. 2 Ustava.

(...)

6. Povreda osnovnog prava dolazi u obzir ako nadležna služba prekrši procesne propise iz prava nuklearne energije koje je država donijela radi ispunjenja svojih obaveza iz čl. 2 st. 2 Ustava.

**Rješenje Prvog senata od 20. decembra 1970.**

**- 1 BvR 385/77 -**

Ustavna tužba se odnosi na dio postupka odobravanja atomske centrale Mülheim-Kärlich koja će biti izgrađena u Neuwieder Becken, u blizini apelantovog mjesta stanovanja. Njen se predmet odnosi na neodložno izvršenje Sedme odluke koju je potvrdio Viši upravni sud, a donijelo nadležno zemaljsko ministarstvo u okviru Prve djelimične dozvole, koja se odnosi na izgradnju više dijelova postrojenja.

**B.**

Ustavna tužba je dopuštena.

Suprotno mišljenju Saveznog ministra unutrašnjih poslova, Službe za izdavanje dozvola i Akcionarskog društva RWE (RWE AG) apelant je pogođen tenutno i neposredno. Ne može se potvrditi shvatanje da se ustavne tužbe u fazi izgradnje atomske centrale moraju posmatrati kao načelno nedopuštene, jer neposredna i trenutna opasnost za život i zdravlje može dolaziti samo od upotrebe takve centrale, ali ne i od građevinskih radova koji joj prethode.

Pravo na život i tjelesni integritet, koje je zaštićeno čl. 2 st. 2 Ustava, neće biti (...) ugroženo faktičkom povredom zaštićenog dobra; takva povreda mora biti spriječena i može, prema tome, uslijediti ako se prilikom izgradnje atomske centrale ne poduzmu preventivne mjere povodom opasnosti koje njenom upotrebom mogu kasnije nastupiti. To upravo pokazuje predmetni spor, jer utvrđeno je, da odgovarajuće uređenje građevine zahtijeva zaštitu od vanjskih utjecaja, koji mogu uslijediti padom letjelica i udarnim talasima vazduha koje uzrokuje detonacija. Ovdje se ne može dovesti u sumnju da je apelant trenutno i neposredno pogođen, što pretpostavlja dopuštenost ustavne tužbe, zbog toga što se radi o provjeri da li su na odgovarajući način poštovani specijalni procesnopravni zahtjevi iz čl. 2 st. 2 Ustava o dodjeli građevinskih dozvola za atomska postrojenja, kao i zahtjev za efektivnom pravnom zaštitom u postupku odlučivanja o neodložnom izvršenju ovih dozvola. Zbog toga nije potrebno provjeravati da li će u svemu ostalom za dopuštanje ustavne tužbe biti potrebno dokazati da je prijetnja osnovnim pravima prikrivena naknadnom povredom osnovnih prava (usp. BVerfGE 24, 289 [294]; 49, 89 [141]; 52, 214 [220]). (...)

**C.**

Međutim, prihvatljiva ustavna tužba nije osnovana.

1. U pojedinim stavovima je zahtijevano da se provjeri, da li je privredno iskorištavanje atomske energije danas generalno u suprotnosti sa Ustavom zbog razmjera mogućih opasnosti i pojedinih poteškoća koje do sada nisu mogle biti riješene. To je konačno obrazloženo sumnjom da tehnika koja ne dopušta greške, a da ne nastanu izvanredni rizici za buduće generacije, ne smije nikako biti upotrebljena suprotno prigovorima pogođenih, da je njena upotreba neopravdana sve dok se ne iscrpe druge mogućnosti korištenja energija.

Savezni ustavni sud nije obavijan da odgovori na ova pitanja. On polazi od toga da je Ustav u načelu odobrio „korištenje atomske energije u mirnodopske svrhe“ propisom o nadležnostima iz čl. 74 br. 11 a Ustava. Istina, ovaj propis je preuzet u teks Ustava tek 1959. godine, dakle u periodu u kojem je problem mirnodopskog korištenja atomske energije bio nedovoljno razjašnjen i tada je ova energija, kao načelno pozitivna, suprotstavljana posebno spornom vojnom korištenju atomske energije. Ništa se, međutim, ne mijenja u pogledu činjenice da iz ustavnih propisa

o kompetencijama slijedi načelno priznanje i odobrenje predmeta koji se ovdje spominje, kao i da se njihova ustavnost načelno ne može dovesti u pitanje na osnovu drugih ustavnih odredbi. Na osnovu ove kompetencije je prevashodno zakonodavac (...) pozvan da donese načelnu odluku, za ili protiv upotrebe atomske energije u mirnodopske svrhe; (...). U pravosudnoj praksi i literaturi se, također, načelno ne osporava cjepanje atoma u mirnodopske svrhe. (...) Ustavnopravna provjera se tako od samog početka odnosi na pitanje da li je ustavan normativni propis koje je osnova osporavanoj odluci i, posebno, da li je taj propis primijenjen na ustavan način.

2. Ovdje kao ustavnopravno mjerilo provjere dolazi u obzir osnovno pravo na život i tjelesni integritet iz čl. 2 st. 2 Ustava u vezi sa pravom na efektivnu pravnu zaštitu.

Prema priznatoj pravosudnoj praksi, ovo osnovno pravo ne pruža zaštitu samo kao subjektivno, odbrambeno pravo od državnih uplitanja. Iz njegovog objektivno-pravnog sadržaja prevashodno slijedi obaveza državnih organa da se postave zaštitnički u odnosu na ovdje imenovana pravna dobra, da ih podstiču i, posebno, da ih zaštite od protivpravnih napada trećih. Ovakva pravosudna praksa je najprije razvijena u *Fristenlösung-presudi* (BVerfGE 39, 1 [41] ...), a zatim je primijenjena u *Kalkar-rješenju* za ustavnopravnu procjenu normi prava nuklearne energije, pri čemu je utvrđeno da je u pogledu vrste i težine moguće opasnosti pri upotrebi atomske energije u mirnodopske svrhe dovoljno postojanje udaljene vjerovatnoće da ona može nastupiti, kako bi se konstituirala zakonodavčeva obaveza na zaštitu (BVerfGE 49, 89 [141 i dalje]).

Država je ovoj obavezi na zaštitu izišla u susret tako što je korištenje atomske energije učinila ovisnim o prethodnoj saglasnosti, a dodjelu takvih dozvola o poblje reguliranim materijalnim i ustavnopravnim pretpostavkama. Spomenuti propis o dozvolama je – to nije osporavao apelant, kao što nije osporavano ni u priloženim stavovima – u osnovi podesno sredstvo za zaštitu ugroženih lica. Odobri li se atomska centrala kao izvor energije od opšteg interesa, iako su u njoj otjelotvoreni izvanredno opasni potencijali, tjelesni integritet trećih može biti izložen opasnostima na koje oni ne mogu utjecati i koje jedva da se mogu izbjeći. Ovim država preuzima sa svoje strane suodgovornost za slične opasnosti. Prema tome, čini se da je određeno, da se pri procjeni materijalnih i procesnopravnih propisa o odobravanju atomskih centrala ne postavljaju ništa niži kriteriji za ustavnopravno zaključivanje, od onih koji se upotrebljavaju za ocjenu državnih zakona koji zadiru u osnovna prava. Kod primjene ovih kriterija ne postoje, međutim, ustavnopravne sumnje u bitne propise za pokretanje postupka u kojem se odlučuje o dodjeli odobrenja, ako se takvi propisi tumače u smislu dosadašnje prakse najviših sudova.

Zakon o atomskoj energiji (*Atomgesetz*) ima izričiti cilj (...) da zaštiti život, zdravlje i materijalna dobra pred opasnostima atomske energije. (...)

Normativno reguliranje se ne zadovoljava samo time da nadležnu službu za dodjelu odobrenja veže za stroge materijalno-pravne pretpostavke. Ono, prije svega u

procesnopravnom smislu, jednom vodi računa o državnim obavezama na zaštitu, tako što dodjelu dozvole vezuje za formalizirani postupak odobravanja u kojem se po službenoj dužnosti provjeravaju pretpostavke i u kojem učestvuju službe savezne države, saveznih zemalja i opština u mjeri u kojoj se dira u njihove nadležnosti. Na drugoj strani, procesno pravo predviđa da će građanin koji je ugrožen učestvovati u postuku (usp. o slijedećem § 7 st. 4 AtomG u vezi sa tamo citiranim odredbama saveznog Zakona o zaštiti od imisija [*Bundesimmissionsschutzgesetz*], kao i Uredbu o postupku po pravu korištenja atomske energije koja na njemu počiva i raniju Uredbu o atomskim postrojenjima). Građanin nije samo pozvan da pred sudom provjeri odobrenja i odgovarajuće upravne akte na putu upravne tužbe (§ 42 VwGO) i da potraži privremenu sudsku zaštitu (§ 80 VwGO). Procesno pravo mu, osim toga, omogućuje da prebaci pravnu zaštitu u postupak upravnog odlučivanja, u kojem može staviti prigovore na planiranu izgradnju. (...)

(...) polazi se od ustaljene pravosudne prakse Saveznog ustavnog suda, da se na zaštitu osnovnih prava može utjecati uobličavanjem postupka i da osnovna prava ovdje ne utječu samo na materijalna nego i na procesna prava, u mjeri u kojoj su značajna za efektivnu zaštitu osnovnih prava. Ovakva praksa je najprije razvijena radi pravne zaštite iz čl. 14 st. 1 Ustava. (...) U međuvremenu su oba senata Saveznog ustavnog suda izričito ustanovila da upravo čl. 2 st. 2 Ustava, isto tako, zahtijeva uobličavanje postupka koje uzima u obzir ovo osnovno pravo. (...)

Osnovno pravo iz čl. 2 st. 2 Ustava, u postupku odobravanja atomskih centrala, utječena primjenom propisa o procedurama pred upravnim organima i sudovima čiji se primarni zadatak sastoji u zaštiti života i zdravlja pred opasnostima koje dolaze od atomske energije. Ovo ne znači da svaka greška u postupku prava nuklearne energije istovremeno predstavlja i povredu osnovnog prava. Međutim, takva povreda dolazi u obzir tek kada upravna služba koja izdaje odobrenja povredi upravo one propise o postupku koje je država donijela radi ispunjenja svoje obaveze na zaštitu pravnih dobara koja su imenovana u čl. 2 st. 2 Ustava. Pri provjeri odobrenja koja su donešena prema pravu nuklearne energije sudovi ni u kom slučaju ne smiju polaziti od toga da treće osobe u pravilu nemaju pravo da utuže kršenje osnovnih prava. (...)

### **36) BVerfGE 77, 170** (Lagerung chemischer Waffen) **Uskladištenje hemijskog oružja**

(...)

2. a) Zakonodavcu kao izvršnoj vlasti, pri ispunjavanju obaveze na zaštitu iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava, pripada široko područje slobodne procjene, slobodnog vrednovanja i odlučivanja, koje dopušta da se uzmu u obzir suprotstavljeni privatni i javni interesi.

- b) Sudovi mogu ovako široko postavljenu slobodu uobličavanja ispitati u ograničenom obimu rukovodeći se osobenošću stvarnog područja o kojem se radi kao i mogućnostima da dobiju siguran sud o značaju pravnih dobara koja su dovedena u pitanje, (usp. BVerfGE 50, 290 [332]).
- c) Da bi se zadovoljile pretpostavke za prihvatanje ustavne tužbe, koja se oslanja na povredu osnovnih prava iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava, apelant mora ubjedljivo dokazati da javna vlast, ili nije uopšte poduzela zaštitne mjere, ili da su donešeni propisi i mjere u cjelini, očigledno bili nepogodni ili potpuno nedovoljni za dostizanje cilja zaštite.
3. a) Državne mjere za zaštitu od vanjskog oružanog napada mogu biti povezane sa opasnostima za sopstvene građane. Prekoračene su državne mogućnosti da se spriječe takve opasnosti, kao i štete koje iz njih nastaju, ako bi trebala biti zajamčena efektivna odbrana zemlje koja upravo služi zaštiti demokratskog uređenja – uključiv i garanciju osnovnih prava.
- b) Ustav je opredjeljenjem za vojnu odbranu zemlje (čl. 24. st. 2, 87 a, 115 a i dalje Ustava) obznanio da čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava ne obuhvata protivdejstva na stanovništvo u slučaju upotrebe oružja protiv vojnog neprijatelja koje bi bilo u skladu sa Međunarodnim pravom.

**Rješenje Drugog senata od 29. oktobra 1987.  
- 2 BvR 624, 1080, 2029/83 -**

Ustavne tužbe koje su povezane radi zajedničke odluke se odnose na uskladištenje hemijskog oružja (*C-Waffen*) na području Savezne Republike Njemačke.

**37) BVerfGE 19, 342**  
(Wencker)  
**Wencker**

Prema ustavnopravnom načelu srazmjernosti moguća je pošteta od pritvaranja pri odgovarajućoj primjeni § 116 StPO u slučaju određenja pritvora, koje se oslanja na § 112 st. 4 StPO.

**Rješenje Prvog senata od 15. decembra 1965.  
- 1 BvR 513/65 -**

§ 112 st. 4 StPO određuje:

„Protiv okrivljenog koji je optužen da je počinio krivično djelo protiv života

prema § 211, 212 ili § 220 a st. 1 Krivičnog zakona, smije biti određen pritvor ako ne postoji razlog iz stava 2 i 3.“

Slučajevi tzv. poštede od pritvora su § 116 StPO prošireni u odnosu na raniji propis. Moguće je i primjene izuzeti izvršenje mjere pritvora, ne samo u slučaju opasnosti od bjekstva, nego i kod opasnosti pritvaranja i ponavljanja, ako cilj pritvora može biti postignut manje radikalnim mjerama. § 112 st. 4 StPO nije spomenut u § 116 StPO.

U literaturi, a posebno u praksi viših sudova je sporno pitanje, da li se izuzeću od izvršenja pritvora prema § 116 StPO smije pristupiti i onda kada naredba za pritvaranjem počiva jedino na § 112 st. 4 StPO.

Apelant je penzionirani admiral u 76. godini života, optužen je zbog ubistva. Stavljajući se na teret da je 1944. kao vojni ataše njemačkog diplomatskog predstavništva u Tokiju izdao naredbu da zarobljenici, koji su radi prekida blokade otplovili prema Njemačkoj, budu prepušteni utapanju ako dođe do samopotopljanja. Apelant je uhapšen 11. augusta 1965. na osnovu naredbe o pritvaranju prema § 112 st. 4 StPO koju je donio Zemaljski sud Hamburg, 9. augusta 1965.

Apelant navodi da mu je već pet godina poznato da se protiv njega vodi istraga; on je za vrijeme postupka bio dostupan sudu u svakom vrijeme. On je općenito uvažavan i spreman je u svako doba postupiti po nalogima koje će sud donositi radi sprečavanja pritvora.

Ustavna tužba je osnovana.

1. Iz pravnog instituta istražnog pritvora se jasno vidi odnos napetost između prava pojedinca na ličnu slobodu, koja je zajamčena u čl. 2 st. 2 i čl. 104 Ustava, i neodložne potrebe za djelotvornim krivičnim gonjenjem. Brzo i pravedno kažnjavanje za teška krivična djela ne bi bilo moguće u velikom broju slučajeva u kojima bi službe gonjenja, bez izuzetaka, bile onemogućene da osumnjičene počiniocima uhapsu prije donošenja presude i da ih drže u pritvoru do donošenja presude. Na drugoj strani, postupno oduzimanje osobne slobode smještanjem u pritvornu ustanovu predstavlja patnju, koja u pravnoj državi smije biti nanešena samo nekom, ko je pravosnažno osuđen za djelo za koje je zakonom zapriječena kazna. Ova mjera se može samo u strogo ograničenim izuzecima primijenjivati prema onima koji su osumnjičeni da su počinili krivično djelo. To slijedi iz načelne pretpostavke nevinosti koja isključuje da se i u tako hitnim slučajevima osnovane sumnje prije kažnjavanja poduzimaju mjere koje se po svom učinku izjednačavaju sa kaznom. Ova pretpostavka nevinosti nije u Ustavu izričito statuirana, međutim, odgovara generalnoj pravnodržavnoj praksi i uvedena je članom 6 st. 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima u pozitivno pravo Njemačke.

Moguće je prihvatljivo razrješenje konflikta, ova dva, za pravnu državost jednako važna principa, ako ograničenje slobode, koje je iz perspektive krivičnog gonjenja



neophodno i svrsishodno, bude stalno postavljano kao korektiv pravu na slobodu okrivljenog, koji još nije osuđen. To znači: pritvor mora, u pogledu određenja i izvršenja, biti usklađen sa načelom srazmjernosti; zadiranje u slobodu se prihvata samo kada i u koliko, na jednoj strani, postoji utemeljena sumnja u nevinost osumnjičenog koja ima konkretna uporišta, a na drugoj strani, nije drukčije, do privremenim stavljanjem osumnjičenog u pritvor, moguće osigurati legitimno pravo državne zajednice na potpuno razjašnjenje krivičnog djela i brzo kažnjavanje počinioca. Načelno je isključeno da se određivanjem pritvora slijede drugi ciljevi; konkretno, ne smije se prema vrsti jedne kazne unaprijed oduzeti zaštita pravnih dobara kojima služi materijalno krivično pravo.

## 2. (...)

U saveznoj Republici Njemačkoj načelo srazmjernosti ima ustavni rang. Ono slijedi iz principa pravne države, u osnovi već iz suštine samih osnovnih prava, koje javna vlast, kao izraz opšteg prava na slobodu građana u odnosu na državu, smije ograničavati samo u mjeri koja je neophodna za zaštitu javnih interesa. Za osnovno pravo lične slobode to slijedi i iz posebnog značaja koje pripada upravo ovom osnovnom pravu kao bazi opšteg položaja i mogućnosti razvoja samog građanina, i koje Ustav priznaje tako što u čl. 2 st. 2 slobodu ličnosti označava kao „neprikosnovenu“. (...)

3. Sudija u postupku odmjeravanja mora uvijek imati pred očima da je primarna svrha i stvarni razlog pritvora, uredno provođenje krivičnog postupka i osiguranje kasnijeg izvršenja kazni; ako ono za postizanje jednog od ovih ciljeva nije više neophodno, onda je nesrazmjerno i načelno neprihvatljivo određivanje, održavanje i izvršenje pritvora. Ovoj svrsi očigledno služe razlozi, kakvi su opasnost od bježanja i opasnost od prikrivanja (§ 112 st. 2 StPO). Opasnost od ponavljanja djela kao osnov za pritvor iz § 112 st. 3 StPO prelazi navedeno, jer dopušta da se kao razlog za određivanje pritvora uzme zaštita zajednice pred daljim krivičnim djelima, dakle, radi se o preventivno-policijskom razlogu. Pritvor može, međutim, biti opravdan zaštitom posebnog kruga stanovništva od krivičnih dijela koja se mogu predvidjeti visokim stepenom vjerovatnoće; također se čini svrsishodnijim da se ovakva zaštita povjeri službama krivičnog gonjenja koje su se upravo bavile razjašnjenjem počinjenog djela, a time i sudiji, nego policiji.

Novi § 112 st. 4 StPO bi morao pobuditi pravnodržavne sumnje, ako bi mogao biti protumačen tako, da u slučaju osnovane sumnje za jedno od ovdje pobrojanih krivičnih djela protiv života može biti određen pritvor bez dalje provjere, odnosno, bez provjere ostalih pretpostavki. Takvo tumačenje bi bilo u suprotnosti sa ustavom. Načelo srazmjernosti zahtijeva da sudija prilikom primjene § 112 st. 2 StPO ne izgubi iz vida svrhu pritvora. Ni težina krivičnog djela protiv života, ni težina (još uvijek neutvrđene) krivice, ne opravdavaju po sebi hapšenje okrivljenog; još je manje važno „uzbuđenje javnosti“ koje se više ili manje jasno može ustanoviti, a iz kojeg slijedi da je nepodnošljivo da se jedan „ubica“ slobodno kreće. Moraju i ovdje, prije svega, postojati okolnosti iz kojih se vidi da bi bez hapšenja osumnjičenog skoro

razjašnjenje i kažnjavanje za počinjeno djelo moglo biti ugroženo. U konkretnim prilikama može biti dovoljno postojanje sumnje da prema okolnostima slučaja ne može biti isključeno moguće bjegstvo ili prikriivanje, iako se ono ne može dokazati pomoću „određenih činjenica“. Isto tako bi za donošenje naredbe o pritvoru mogla biti dovoljna osnovana sumnja da bi osumnjičeni morao počiniti djela slične vrste. § 112 st. 4 StPO se mora posmatrati u uskoj vezi sa stavom 2; on se onda može opravdati time, što se s obzirom na težinu opisanih krivičnih djela mogu olabaviti stroge pretpostavke za pritvor iz stava 2, kako bi se isključila opasnost da upravo opasni počinioci izbjegnju kažnjavanje.

4. Posebnu vrstu načela srazmjernosti oblikuje § 116 StPO. On obavezuje sudiju, da pri svakom hapšenju zbog opasnosti od bježanja, prikriivanja ili ponavljanja djela ispita, da li svrha pritvora može biti postignuta mjerama koje u manjem obimu ograničavaju slobodu. Ako je to slučaj, onda se mora odustati od pritvora. (...) Besmislen je rezultat koji bi, bez obzira na težinu krivičnog djela, na jednoj strani, vodio do poštete okrivljenog od pritvora u slučajvima postojanja opasnosti od bježanja ili prikriivanja u smislu § 112 st. 2 StPO, a na drugoj strani do isključenja svake blaže mjere koja bi bila dovoljna za svrhu krivičnog postupka. Ako bi ukidanje naredbe za pritvor moglo ugroziti svrhu krivičnog postupka, ali izuzimanje naredbe za pritvor bi uz propisivanje odgovarajućih uslova bilo dovoljno, onda sudija nije prinuđen da odobri nastavak pritvora.

### **38) BVerfGE 20, 45** (Kommando 1005) **Komandos 1005**

Pritvor u svrhu istrage, koji traje preko pet godina, neustavan je u svakom slučaju u kojem se može svesti na odugovlačenje krivičnopravne zaštite koja se mogla spriječiti.

**Rješenje Prvog senata od 3. maja 1966.**

**- 1 BvR 58/66 -**

U pravnom institutu istražnog pritvora se jasno vidi odnos napetosti između prava pojedinca na ličnu slobodu (čl. 2 st 2 i čl. 104 Ustava) i potrebe za djelotvornim suzbijanjem kriminala. Pravedno uravnoteživanje ove napetosti se u pravnoj državi može postići samo tako što će se ograničenja slobode, koja se iz pozicije krivičnog gonjenja pokazuju kao potrebna i svrsishodna, stalno držati kao korektiv koji stoji nasuprot okrivljenom, koji još uvijek nije osuđen i zbog toga je, kao okrivljeni, nevin. To znači da se zadiranje u slobodu prihvata samo kada i ukoliko nije na drugi način, do privremenim stavljanjem osumnjičenog u pritvor, moguće osigurati legitimno pravo državne zajednice na potpuno razjašnjenje djela i brzo kažnjavanje počinioca (BVerfGE 19, 342 [347 i dalje] – *prethodna odluka*).

(...)

Ustavnopravno načelo srazmjernosti nije značajno samo za određivanje, nego i za trajanje pritvora. Pritvor, prije svega, ne smije vremenskim trajanjem biti nesrazmjernan kazni koja se može očekivati. Neovisno o dužini kazne načelo srazmjernosti postavlja dužini pritvora odgovarajuće granice. O tome vodi računa § 121 StPO, kada određuje da izvršenje pritvora prije donošenja presude smije za isto djelo biti određen za period duži od 6 mjeseci, ako posebne poteškoće, posebno obuhvatna istraga ili neki drugi važan razlog ne dopuštaju presudu i opravdavaju produženje pritvora. Ovaj propis dopušta izuzetke samo u ograničenom obimu; izuzeci § 121 st. 1 StPO se, kako se to vidi iz doslovnog teksta i historije nastanka, moraju usko tumačiti. Kakvo značenje je zakonodavac pripisao protezanju pritvora na period duži od 6 mjeseci, slijedi iz činjenice da je odluka o tome prepuštena Višem zemaljskom sudu (usp. BGH NJW 1966, s. 924).

U predmetnom slučaju ne mora biti odlučeno, da li Ustav – kako apelant misli – zahtijeva apsolutnu granicu, koja istekom kalendarski određenog vremena naprosto zabranjuje nastavak pritvora. U svakom slučaju je nastavak pritvora, koji prekoračuje rok određen u § 121 st. 1 StPO na tako neuobičajen način, u suprotnosti sa čl. 2 st. 2 Ustava kada je prekoračenje prouzrokovano time što službe za krivično gonjenje i sudovi nisu poduzeli sve moguće i podnošljive mjere kako bi zaključili istragu potrebnom brzinom. Jer, za provođenje urednog krivičnog postupka i za osiguranje kasnijeg izvršenja, u smislu ranijeg rješenja Saveznog ustavnog suda, pritvor ne može više biti priznat kao neophodan, kada je njegovo nastavljanje prouzrokovano odugovlačenjem istrage koje se moglo spriječiti.

Istraga koja je vođena protiv apelanta nije mogla biti vođena bez takvog odugovlačenja.

**39) 2 BvR 632/18**  
**(Ausweisung eines Gefährders)**  
**Deportacija potencijalnog počinitelja krivičnog djela**  
**Savezni ustavni sud**  
**-Služba za odnose sa javnošću-**  
**Saopštenje za javnost br. 34/2018 od 7. maja 2018. godine**

**Rješenje od 04. maja 2018. godine**  
**-2 BvR 632/18-**

**Neuspješna apelacija protiv izručenja u Tunis**

Deportacija potencijalnog počinitelja krivičnog djela u zemlju odredišta, u kojem mu prijeti izricanje smrtne kazne, nije suprotna Ustavu ukoliko je isključeno izvršenje smrtne kazne. Pri tome mora biti garantirano da dotični ima pravnu i stvarnu mogućnost preispitivanja faktički doživotne kazne zatvora, proistekle iz neizvršavanja smrtne kazne, tako da u svakom slučaju postoji mogućnost vraćanja na slobodu. Sa ovim obrazloženjem je Prvo vijeće Drugog senata Saveznog ustavnog suda danas objavljenim rješenjem odlučilo da o apelacija državljanina Tunisa ne odlučuje i njegov zahtjev usmjeren na donošenje privremene mjere za odgađanje deportacije je proglasilo riješenim.

**Činjenično stanje:**

Apelant je državljanin Tunisa. U Njemačku je prvi puta doputovao 2003. godine radi studija. Ponovno je u Njemačku došao 2015. godine i to pod lažnim imenom i navodno kao izbjeglica iz Sirije. U avgustu 2016. godine Okružni sud u Frankfurtu na Maini je naložio njegovu deportaciju, s obzirom da su organi krivičnog gonjenja iz Tunisa poslali zahtjev za njegovo izručenje. Na teret mu je stavljeno da je kao pripadnik terorističke organizacije u Tunisu učestvovao u planiranju i provođenju terorističkih napada sa brojnim smrtnim posljedicama. U Njemačkoj je protiv njega, također, vođena istraga zbog postojanja osnovane sumnje da je podržavao terorističko udruženje. Nadležna služba za strance je 09. marta 2017. godine donijela rješenje kojim ga Njemačka izručuje i prijetila mu je deportacija u Tunis. Zahtjev za hitnom sudskom zaštitom protiv takve odluke je ostao bez uspjeha. Zahtjev za dodjelu azila je odbijen kao očigledno neosnovan. Njegov zahtjev za privremenom pravnom zaštitom protiv prijeteće deportacije odbio je Upravni sud, najprije uz uslov da vlasti Tunisa, između ostalog, osiguraju da mu neće biti izrečena smrtna kazna i da će njegov tretman i smještaj biti osigurani u skladu sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Rješenjem od 26. jula 2017. godine Upravni

sud je, ipak, obustavio deportaciju apelanta s obzirom da je posumnjao da garancije, koje je u međuvremenu dobio iz Tunisa, ne odgovaraju ovim zahtjevima.

Ministarstvo unutrašnjih poslova i sporta Savezne zemlje Hessen je, potom, odlukom od 01. avgusta 2017. godine naložilo deportaciju apelanta u Tunis zbog njegovih terorističkih aktivnosti u korist „Islamske države“, a na osnovu § 58a Zakona o boravku. Apelant se nalazi u ekstradicijskom pritvoru, koji je za sada određen do 25. maja 2018. godine. Savezni ustavni sud do sada nije odlučio o povezanim apelacijama podnesenim protiv ekstradicijskog pritvora. Apelant se bezuspješno obraćao Saveznom upravnom sudu pobijajući odluku Ministarstva o deportaciji. Ovaj sud je njegov zahtjev od 19. septembra 2017. godine za donošenjem privremene pravne zaštite odbio, prvobitno sa preduslovom da je deportacija dopustiva samo u slučaju da vlasti Tunisa garantiraju da će mu „u slučaju izricanja doživotne kazne zatvora biti omogućeno preispitivanje kazne sa mogućnošću njene izmjene ili smanjenja trajanja“. Nakon obuhvatnih mjera razjašnjavanja činjeničnog stanja, Savezni upravni sud je izmijenio ovo rješenje i 26. marta 2018. godine odbio zahtjev apelanta za privremenom pravnom zaštitom i to bez postavljanja bilo kakvih uslova. Protiv toga je apelant podnio apelaciju i zatražio donošenje privremene mjere kojom bi se obustavila deportacija.

Savezni ustavni sud je deportaciju apelanta obustavio do 7. maja 2018. godine, kako bi omogućio da se izvrši temeljita provjera njegove apelacije.

### **Bitni argumenti Vijeća:**

1. Pobijanim rješenjem nije povrijeđeno pravo apelanta na djelotvornu pravnu zaštitu. Savezni upravni sud je ispoštovao svoju ustavnu obavezu činjeničnog razjašnjenja stvari. Sveobuhvatno je razjasnio pravne i činjenične okolnosti smrtne kazne koja je izrečena u Tunisu. Pri tome je došao do saznanja koja se sve krivična djela stavljaju apelantu na teret u Tunisu, zatim u kojoj fazi se nalazi krivični postupak i koje kazne su za odgovarajuća krivična djela predviđene. Ministarstvu vanjskih poslova su postavljena izričita i zasebna pitanja u odnosu na zamjenu smrtne kazne koja je sa velikom vjerovatnoćom prijetila apelantu u Tunisu, a koja se prema moratorijumu koji se tamo provodi od 1991. godine, bez iznimki, mijenja u doživotnu, odnosno dugotrajnu kaznu zatvora, kao i u odnosu na odgovarajuće pravne i činjenične mogućnosti uslovnog otpusta. Savezni upravni sud je u dovoljnoj mjeri razjasnio i postupanje sa osuđenima na smrt prema Protuterorističkom zakonu koji je stupio na snagu 2015. godine. Odgovore na ova pitanja, zajedno sa pojedinačno relevantnim dokumentima, nije se moralo uzeti u obzir u odnosu na prikupljanje daljnjih informacija izvan već dostupnih.

2. Pobijanim rješenjem nije povrijeđeno apelantovo pravo na život iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava. Savezni upravni sud je imao pravo pretpostaviti da se neće izvršiti smrtna kazna koja prijete apelantu. Za ove pretpostavke postoji dovoljna činjenična osnova. Iz izvještaja Ministarstva vanjskih poslova i usmene bilješke Ministarstva vanjski poslova Tunisa, a koja je pribavljena u postupku, proizlazi da Tunis, po osnovu moratorija od 1991. godine više ne izvršava smrtnu kaznu. Pri tome je daljnje poštivanje moratorija od strane organa Tunisa ponovo aktualizirano u svjetlu razjašnjavanja činjeničnog stanja od strane Saveznog upravnog suda i u odnosu na konkretni apelantov slučaj.

3. Odluka o deportaciji koju je potvrdio Savezni upravni sud ne krši apelantovo pravo na slobodu iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava u vezi sa zaštitom ljudskog dostojanstva iz čl. 1 st. 1 Ustava.

Faktički doživotna kazna zatvora koja je proizašla kao posljedica odricanja od izvršenja smrtnu kaznu, u konkretnom slučaju ne govori u prilog postojanju povrede čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava. Ipak, u skladu sa sudskom praksom Saveznog ustavnog suda, kao jedan od preduslova provođenja kazne uz očuvanje ljudsko dostojanstvo jeste da se osobama koje su osuđene na doživotnu kaznu zatvora osigura konkretna i realna šansa da mogu ponovno zaslužiti slobodu. To vrijedi i u slučaju kada se dotična osoba premjesti u drugu državu. Tada tamnošnji pravni sistem mora osigurati realnu mogućnost ponovnog puštanja na slobodu. Ovi zahtjevi Ustava su konkretizirani čl. 3 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Povreda ovih garancija prema sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, postoji kada doživotna kazna zatvora de jure ili de facto ne može biti smanjena. Osoba koja je osuđena na doživotnu kaznu zatvora mora već u trenutku izricanja kazne imati u izgledu puštanje na slobodu kao i mogućnost provjeravanja trajanja lišenja slobode. Osuđena osoba ima pravo, već prilikom izricanja kazne, da zna šta mora činiti, kako bi došlo do razmatranja puštanja na slobodu, te u kojim uslovima bi uslijedilo preispitivanje kazne.

Procjena Saveznog upravnog suda, da situacija u Tunisu odgovara ovim zahtjevima, je neosporiva iz perspektive ustavnog prava. Sud je istražio mogućnost uslovnog otpusta kod osoba osuđenih na smrt u Tunisu i utvrdio da ona ovisi o dva koraka. U prvom koraku zahtijeva se izmjena smrtnu kaznu u doživotnu kaznu zatvora pomilovanjem predsjednika države. U drugom koraku uslovni otpust se može odobriti nakon izdržanih najmanje 15 godina zatvora, bilo u postupku koji bi se vodio prema Zakonu o krivičnom postupku Tunisa bilo pomilovanjem predsjednika države koje je, također, predviđeno Zakonom o krivičnom postupku. Savezni upravni sud je prema ovim podacima mogao zaključiti da će se ovaj mehanizam preispitivanja primijeniti i na osobe koje su na smrt osuđene prema protivterorističkom zakonu Tunisa.

**40) BVerfGE 128, 326**

(EGMR – Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung / ESLJP – O naknadnom izricanju mjere sigurnosnog zadržavanja)

**ESLJP - O naknadnom izricanju mjere sigurnosnog zadržavanja**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 31/2011 od 04. maja 2011. godine

Rješenje od 4. maja 2011. godine

Mjera sigurnosnog pritvora nakon odsluženja kazne I

-2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10-

Mjera sigurnosnog pritvora nakon odsluženja kazne II

-2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10-

**Odredbe o mjeri sigurnosnog zadržavanja nakon odsluženja kazne su protivustavne**

Savezni ustavni sud je danas objavio odluku koja se odnosi na apelacije četvorice zatvorenika koji su nakon odsluženja kazne zadržani pod sigurnosnim nadzorom po isteku ranije važećeg maksimalnog roka od 10 godina (mjera sigurnosnog nadzora I), odnosno zbog naknadnog izricanja te sigurnosne mjere (mjera sigurnosnog nadzora II).

Informacije o činjeničnom stanju se nalaze u Saopćenju za javnost br. 117/2010 od 16. decembra 2010. godine, koje se može naći na web stranici Saveznog ustavnog suda.

Drugi senat Saveznog ustavnog suda je odlučio da propisi Krivičnog zakonika i Zakona o sudovima za maloljetnike o izricanju sigurnosne mjere i trajanju sigurnosnog nadzora nakon odsluženja kazne nisu spojivi sa osnovnim pravom na slobodu iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 u vezi sa čl. 104 st. 1 Ustava, jer ne ispunjavaju zahtjeve neophodne ustavnopravne distinkcije. Osim toga, propisi o naknadnom produženju mjere sigurnosnog zadržavanja nakon odsluženja kazne po isteku ranije važećeg maksimalnog roka od 10 godina i naknadnom izricanju te sigurnosne mjere u krivičnom pravu, uključujući propise o maloljetnicima, a koji su pobijani apelacijama, predstavljaju povredu obaveze zaštite građana od štetnih posljedica zakonskih promjena (zaštita načela zakonitosti) iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava.

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

1. U tzv. starim predmetima, u kojima su osobe bile pod sigurnosnim nadzorom nakon odsluženja ranije desetogodišnje kazne, te u slučajevima naknadnog izricanja te sigurnosne mjere, mjera sigurnosnog nadzora smije se izvršiti i naložiti samo ako konkretne okolnosti vezane za osobu ili njeno ponašanje upućuju na postojanje značajna opasnost od počinjenja najtežih nasilničkih ili seksualnih delikata, a osoba ako boluje od psihičkog poremećaja u smislu § 1 st. 1 br. 1 Zakona o stavljanju pod terapiju (ThUG). Sudovi nadležni za izvršenje mjera moraju odmah provjeriti jesu li ispunjene pretpostavke za produženje sigurnosnog nadzora, dok u suprotnom moraju naložiti puštanje pritvorenika na slobodu najkasnije do 31. decembra 2001. godine.

2. Ostali propisi o izricanju sigurnosne mjere i o trajanju sigurnosnog nadzora tokom prijelaznog razdoblja smiju se primjenjivati samo pod uslovom striktno provjere srazmjernosti mjere koja se u pravilu izriče, samo ako postoji opasnost da pogođena osoba u budućnosti počini teške nasilničke ili seksualne delikte.

Senat je ukinuo apelacijama pobijane presude, koje su se zasnivale na protivustavnim propisima, zato što vrijeđaju apelanta u njegovom osnovnom pravu na slobodu kao i zbog ustavnopravne zaštite načela zakonitosti, odnosno zaštite od negativnih posljedica retroaktivne primjene zakonskih propisa, pa je stoga ove predmete vratio specijaliziranim sudovima na ponovno odlučivanje.

### **Bitni argumenti suda:**

#### **I. Tumačenje Ustava u skladu sa međunarodnim pravom**

1. Pravosnažnost odluke Ustavnog suda od 5. februara 2004. - 2 BvR 2029/01 -, kojom se ukida ranije važeća, maksimalna desetogodišnja granica mjere sigurnosnog nadzora, kao i primjena nove regulative na tzv. stare predmete proglašena je protivustavnom, no to ne predstavlja procesnu prepreku za dopuštenost apelacija. Naime, odluke Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) koje sadrže nove aspekte ustavnog tumačenja izjednačene su sa pravno relevantnim izmjenama, koje mogu voditi do isključenja jedne pravosnažne odluke Saveznog ustavnog suda. Takva je situacija u odnosu na presudu ESLJP-a od 17. decembra 2009. godine, kojom je ESLJP utvrdio da retroaktivno produženje mjere sigurnosnog nadzora predstavlja povredu prava na slobodu iz čl. 5 Evropske konvencije o ljudskim pravima kao i povredu čl. 7 Konvencije o zabrani retroaktivne primjene propisa.



2. Evropska konvencija o ljudskim pravima je sa stanovišta nacionalnog pravnog sistema po rangu ispod Ustava. Međutim, odredbe Ustava treba tumačiti u skladu sa međunarodnim pravom. Tekst Konvencije i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava na razini ustavnog prava služe kao pomoć u tumačenju prilikom određivanja sadržaja i dometa osnovnih prava i pravnodržavnih načela Ustava.

Tumačenje u skladu sa međunarodnim pravom ne zahtijeva šematsko izjednačavanje ustavnih stavova sa onima iz Evropske konvencije o ljudskim pravima, već preuzimanje njenog vrednovanja, ako je to metodološki opravdano i spojivo sa ustavnim postavkama.

## **II. Povreda osnovnog prava na slobodu - zahtjev za distinkcijom**

Duboko zadiranje u osnovno pravo na slobodu mjerom sigurnosnog nadzora može se opravdati samo strogom provjerom srazmjernosti i pridržavanjem strogih zahtjeva iznešenih u odlukama na kojima se zasniva, te načinom izvršenja sigurnosne mjere. Postojeće odredbe o mjeri sigurnosnog nadzora ne ispunjavaju ustavnopravne (minimalne) zahtjeve vezane za način izvršenja mjere nadzora.

Suštinski različita ustavnopravna osnova legitimiranja i definirana svrha zatvorske kazne i mjere sigurnosnog nadzora zahtijevaju jasnu distinkciju lišavanja slobode kao sigurnosne mjere u odnosu na izdržavanje kazne (tzv. zahtjev distinkcije). Dok zatvorska kazna služi kao odmazda za počinjena krivična djela, lišavanje slobode kod osoba protiv kojih je izrečena mjera sigurnosnog nadzora slijedi isključivo preventivnu svrhu, naime sprečavanje budućih krivičnih djela. Ono se zasniva samo na prognoziranju opasnosti i istovremeno dotičnoj osobi nameće posebnu žrtvu u interesu javne sigurnosti. Ta sigurnosna mjera se stoga može opravdati samo onda kada je zakonodavac u pogledu načina izvršenja te mjere u dovoljnoj mjeri vodio računa o posebnom karakteru imanentnog zadiranja u osnovna prava i pobrinuo se da se osim nužnog lišavanja „vanjske“ slobode izbjegnju dodatna opterećenja. O tome se mora voditi računa tako što će izvršenje takve mjere, s jedne strane, biti usmjereno na slobodu, a s druge strane na terapiju, iz koje je, kako za zatvorenike u režimu sigurnosne mjere, tako i za javnost, vidljiv isključivo preventivni karakter ove sigurnosne mjere. Za to je potrebna sveobuhvatna koncepcija „sigurnosnog pritvora“ sa jasnom terapijskom orijentacijom radi postizanja cilja minimiziranja opasnosti koju zatvorenik predstavlja za javnost, kako bi se na taj način trajanje lišenja slobode svelo samo na apsolutno nužnu mjeru. Perspektiva ponovnog stjecanja slobode mora jasno odrediti praksu sigurnosnog nadzora. Takvo poštivanje nužne distinkcije, usmjereno na slobodu, vodi računa o ocjenama Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa čl. 7 st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji je u svojoj presudi od 17. decembra 2009. godine ocijenio da sigurnosni nadzor zbog nedovoljne distinkcije

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

Ustavnopravni zahtjev distinkcije je obavezujući za sve državne vlast, a adresiran je prije svega na zakonodavca čiji je zadatak da razvije i normativno definira odgovarajuću koncepciju sigurnosnog nadzora. Pri tome mora obuhvatiti barem sljedeće aspekte: sigurnosni nadzor se smije naložiti i izvršiti samo kao posljednje sredstvo. Neophodna terapija mora započeti na vrijeme, i to već tokom ranijeg izdržavanja kazne, a mora biti toliko intenzivna da se, ako je moguće, može dovršiti prije isteka kazne. Najkasnije prije početka izvršenja mjere sigurnosnog nadzora mora se provesti opsežna kontrola terapije koja odgovara modernim znanstvenim kriterijima, na osnovu koje će se izraditi plan izvršenja mjere, kao i intenzivan terapijski tretman zatvorenika u režimu sigurnosne mjere od strane kvalificiranog stručnog osoblja, čime se otvara realna perspektiva za puštanje na slobodu. S time u vezi treba poticati zatvorenika na saradnju, ciljano radeći na njegovoj motivaciji. Život pod sigurnosnim nadzorom treba, vodeći računa o posebnom preventivnom karakteru te mjere, prilagoditi općim životnim uvjetima, osim ako to nije moguće iz sigurnosnih razloga. To, doduše, ne zahtijeva potpunu prostornu odvojenost od ustanove za izdržavanje kazne, ali bi smještaj trebao biti izdvojen u posebne zgrade ili na odjele koji odgovaraju potrebama terapije, omogućavaju kontakte sa porodicom ili vanjske socijalne kontakte i raspolazu dostatnim kadrovskim resursima. Nadalje, zakonska koncepcija sigurnosnog nadzora mora obuhvatiti smjernice vezane uz „blaži režim“ i pripremu za puštanje na slobodu. Zatvoreniku u režimu sigurnosne mjere, osim toga, treba omogućiti učinkovitu provedbu mjera umanjena opasnosti koju on predstavlja. Konačno, sud mora barem jednom godišnje provjeriti potrebu za daljnjim trajanjem mjere sigurnosnog nadzora.

Postojeći propisi o sigurnosnom nadzoru, te posljedično i stvarno izvršenje te mjere ne ispunjavaju ove zahtjeve. Štaviše, zakonodavac je sve više proširivao sigurnosni nadzor, ne vodeći računa o zahtjevu distinkcije koji je konkretiziran već u odluci Ustavnog suda od 5. februara 2004. godine. Institut sigurnosnog nadzora je, bez pridržavanja nužne distinkcije, općenito uzevši, nespojiv sa osnovnim pravom na slobodu zatvorenika u režimu sigurnosne mjere. Savezni zakonodavac, kao i zakonodavci u saveznim zemljama su obavezni da zajedno razviju opću koncepciju sigurnosnog nadzora usmjerenu na slobodu i na terapiju, koja odluku o mjerodavnim pitanjima neće prepustiti izvršnoj ili sudskoj vlasti, već će definirati njihovo postupanje u svim bitnim područjima.

### III. Povreda obaveze na zaštitu povjerenja

Osim toga, apelacijama pobijani propisi o naknadnom produženju sigurnosnog nadzora nakon isteka ranije važećeg maksimalnog roka od 10 godina kao i o naknadnom izricanju ove sigurnosne mjere, predstavljaju povredu pravnodržavne obaveze na zaštitu povjerenja iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava.

Ovi propisi sadrže odredbe koje predstavljaju teško zadiranje u povjerenje dotičnog kruga osoba koje se nadaju da će mjera sigurnosnog nadzora prestati po isteku 10 godina (u tzv. starim predmetima), odnosno da će ta mjera izostati (u slučajevima naknadnog izricanja mjere). S obzirom da je time povezano znatno zadiranje u osnovno pravo na slobodu, pogođeni interesi zaštite povjerenja s gledišta ustavnog prava imaju veliki značaj, koji je još veća ako uzmemo u obzir vrijednosne kriterije sadržane u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. U skladu sa kriterijima iz čl. 7 st. 1 Evropske konvencije posljedica nedovoljne distinkcije između izvršenja ove sigurnosne mjere u odnosu na zatvorsku kaznu je da se povjerenje dotičnih osoba svojim značajem primiće apsolutnoj zaštiti načela zakonitosti. Nadalje, kada se radi o osobama koje se nalaze u režimu sigurnosnog nadzora treba uzeti u obzir vrijednosne kriterije iz čl. 5 Evropske konvencije. U skladu sa njima, a vodeći računa o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, lišenje slobode u predmetima naknadnog produženja ili izricanja mjera sigurnosnog nadzora o kojima je ovdje riječ, može se praktično opravdati samo ako je ispunjen preduslov psihičkih poremećaja u smislu čl. 5 st. 1 rečenice 2 slovo e) Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ta odredba zahtijeva postojanje pouzdano dokazane i trajne psihičke smetnje. Zakonske odredbe stoga moraju predvidjeti izričite definicije elemenata krivičnog djela. Osim toga, opravdanje lišenja slobode pretpostavlja da dotične osobe budu smještene u odgovarajuću ustanovu, uzimajući u obzir da se radi o osobama sa psihičkim smetnjama.

Vodeći računa o ovim ocjenama i s obzirom na znatno zadiranje u povjerenje osoba u režimu sigurnosnog nadzora, čije je osnovno pravo na slobodu narušeno, legitimna zakonodavna svrha osporenih propisa, da se javnost zaštiti od opasnih počinitelja krivičnih djela, je u drugom planu u odnosu na zaštitu načela zakonitosti dotičnog kruga osoba. Retroaktivno naložena ili produžena mjera lišenja slobode u sigurnosnom pritvoru se, stoga, može smatrati srazmjernom 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 rečenica 2 Evropske 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 ovdje riječ ne udovoljavaju tim zahtjevima. Oni također ne mogu biti protumačeni tako da njihova ustavnost ostane sačuvana.

#### **IV. Prelazne odredbe**

Kako bi se izbjegao „pravni vakuum“, Savezni ustavni sud nije proglasio ništavim ove protivustavne propise, nego je naložio njihovo važenje na vremenski ograničen rok. Jer, proglašenje mjerodavnih odredbi ništavima imalo bi za posljedicu nepostojanje pravna osnova za daljnje izricanje mjere sigurnosnog nadzora, tako da bi se osobe koje se nalaze pod sigurnosnim nadzorom trebale odmah pustiti, što bi sudove, upravu i policiju dovelo do gotovo nerješivih problema.

S obzirom na obim sveobuhvatne koncepcije sigurnosnog nadzora koju normativno treba urediti zakonodavac te na potrebne dodatne kadrovske kapacitete i mjere nužne za prostorno razdvajanje ustanova ili odjela za provedbu sigurnosne mjere i izdržavanja kazne zatvora, produženje primjene bi moralo trajati dvije godine. S obzirom na zadiranje u osnovno pravo povezano sa sigurnosnim nadzorom, bilo bi ipak upitno donositi prelazne propise kojima bi se osiguralo ispunjenje minimalnih ustavnopravnih zahtjeva. S obzirom na propise koji su nespojivi sa zahtjevom za zaštitu povjerenja (III.), treba se kratko osvrnuti na Zakona o stavljanju pod terapiju koji je stupio na snagu 1. januara 2011. godine. Tim zakonom je njemački zakonodavac, vodeći računa o posebnim pretpostavkama Evropske konvencije o ljudskim pravima, uveo novu kategoriju hospitalizacije psihički oštećenih osoba koje zbog krivičnih 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.

**41) 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, BvR 2354/16,  
2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16**  
(Recht auf selbstbestimmtes Sterben)

**Pravo na određivanje vlastite smrti**

Savezni Ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 12/2020 od 26.02.2020. godine

Presuda od 26. februara 2020. godine

-2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR  
1261/16, 2 BvR 651/16-

Opće pravo na slobodan razvoj ličnosti (Persönlichkeitsrecht, čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 stav 1 Ustava) obuhvata pravo na određivanje vlastite smrti. Ovo pravo uključuje slobodu da se samom sebi oduzme život i da se pri tome koristi dobrovoljna pomoć trećih. Odluku o okončanju vlastitog postojanja u skladu sa shvatanjem kvaliteta i smisla života, koju pojedinac donosi ostvarivanjem tog prava, država i društvo moraju, u načelu, poštovati kao akt autonomnog samoodređenja. Pod ovim obrazloženjem je današnjom odlukom Drugi senat odlučio da je § 217 Krivičnog zakonika (Strafgesetzbuchs – StGB) propisana zabrana pomaganja u samoubistvu pri obavljanju zanimanja protivna Ustavu i da je ništava, jer u velikoj mjeri umanjuje mogućnost samoubistva uz asistenciju. Iz ovoga ne proizlazi da je zakonodavcu ustavnopravno zabranjeno da regulira pitanje pomoći pri suicidu. Pri tom se, međutim, mora osigurati da pojedinac ima dovoljno prostora za ostvarivanje i provođenje svog prava na okončanje vlastitog života po vlastitom nahođenju.

**Činjenično stanje:**

§ 217 Krivičnog zakonika (Zabrana pomaganja u samoubistvu u formi obavljanja zanimanja) propisuje se kazna za onoga ko, sa namjerom da pomogne u samoubistvu druge osobe, toj osobi u okviru obavljanja vlastitog zanimanja za to stvori, pribavi ili posreduje u stvaranju te mogućnosti. Ovome su se, između ostalog, usprotivila udruženja sa sjedištima u Njemačkoj i Švicarskoj koja pružaju pomoć u suicidu teško oboljele osobe koje žele da uz pomoć takvog udruženja okončaju svoj život, ljekari koji rade u bolničkim ili izvanbolničkim ustanovama koje pružaju njegu pacijentima, kao i advokati koji se bave savjetovanjem povezanim sa suicidom.

**Bitni argumenti Senata:**

I. Zabranom podupiranja samoubistva u okviru obavljanja zanimanja krši se opće

pravo na slobodan razvoj ličnosti (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) onih osoba koje su se odlučile na samoubistvo i to u pogledu ostvarivanja prava na samostalno odlučivanje o smrti. Ovo važi i onda kada propis, u svom užem tumačenju, obuhvata ponovljenu namjeru da se zahtijeva samoubistvo kao akt vlastoručnog okončanja sopstvenog života.

1. Opće pravo na slobodan razvoj ličnosti obuhvata pravo na samostalno određivanje smrti kao izraz lične autonomije. Ovo pravo podrazumijeva slobodu osobe da sama sebi oduzme život, da za to potraži pomoć od drugih osoba i da takvu pomoć prihvati ukoliko ona bude ponuđena.

a) Opće pravo na slobodan razvoj ličnosti garantuje pravo da osoba samostalno donese odluku o vlastoručnom, svjesnom i namjernom okončanju vlastitog života.

aa) Poštivanje i zaštita ljudskog dostojanstva i slobode su osnovni principi ustavnog poretka koji čovjeka poima kao osobu sposobnu za samoodređenje i ličnu odgovornost. Polazeći od premise da se čovjek u slobodi sam određuje i razvija, garancija ljudskog dostojanstva obuhvata posebno očuvanje lične individualnosti, identiteta i integriteta. Stoga se neotuđivo dostojanstvo čovjeka, kao osobe, sastoji u tome da on uvijek ostaje prepoznat kao ličnost koja je odgovorna prema samoj sebi.

Ova ideja autonomnog samoodređenja se bliže određuje kroz sadržaj garancija općeg prava na slobodan razvoj ličnosti. Osiguravaju se osnovni uslovi za pojedinca da svoj identitet i svoju individualnost može pronaći, razviti i čuvati tako što će ih sam odrediti.

Očuvanje vlastite ličnosti kao samoodređenja podrazumijeva da čovjek može raspolagati samim sobom prema vlastitim mjerilima, a da ne bude stjeran u životne forme koje su u nepremostivoj suprotnosti sa vlastitim poimanjem sebe. Odluka da se okonča vlastiti život ima egzistencijalni značaj za ličnost čovjeka. Koji smisao pojedinac vidi u svom životu i da li i iz kojih razloga može zamisliti da svoj život okonča, podliježe najintimnijim predstavama i uvjerenjima. Odluka o samoubistvu se tiče osnovnih pitanja ljudskog postojanja i dotiče identitet i individualnost čovjeka kao ni jedna druga odluka. Stoga pravo na umiranje po vlastitoj odluci ne obuhvata samo pravo da se po slobodnoj odluci odbiju mjere za održavanje na životu. Ono se proteže i na odluku pojedinca da svoj život vlastoručno okonča.

bb) Pravo na umiranje po vlastitoj odluci nije ograničeno samo na definiranje situacija poput teških i neizlječivih zdravstvenih stanja ili određene faze života i bolesti. Ono

postoji u svakoj fazi ljudske egzistencije. Sužavanje područja zaštite na određene uzroke i motive vodilo bi ka ocjenjivanju motiva osobe koja se odlučila na samoubistvo i ka sadržajnoj predodređenosti, koja je u suprotnosti sa ustavnim poimanjem slobode. Odluka pojedinca da svoj život okonča u skladu sa vlastitim razumijevanjem kvaliteta života i smisla vlastite egzistencije ne podliježe procjenama po osnovu općih vrijednosti, religijskih zapovijedi, društvenih smjernica za postupanje sa životom i smrti ili razmatranja objektivne razumnosti. Ne zahtijeva se nikakvo daljnje obrazloženje ili opravdanje, nego država i društvo ovo imaju poštivati kao čin autonomnog samoodređenja.

cc) Pravo da se osoba sama ubije ne može se povezati sa obrazloženjem da se suicidalna osoba odriče svog dostojanstva, jer odustajanjem od svog života odustaje i od prava na samoodređenje. Raspolaganje vlastitim životom prema vlastitoj odluci je mnogo više neposredni izraz ideje autonomnog ličnog razvoja sadržane u ljudskom dostojanstvu; zapravo je posljednji izraz dostojanstva.

b) Pravo na samoubistvo obuhvaća i slobodu da se za to potraži pomoć od drugih osoba, a ukoliko je ona ponuđena da se prihvati. Ustav garantira slobodan razvoj ličnosti u interakciji sa drugim osobama koje djeluju slobodno. Kada ostvarivanje osnovnog prava ovisi o učestvovanju druge osobe i kada slobodni razvoj ličnosti ovisi o učešću druge osobe, ustavno pravo štiti od ograničavanja takvog učešća zabranama drugima da u okviru vlastite slobode ponude podršku.

2. § 217 Krivičnog zakonika zadire u opće pravo na slobodan razvoj ličnosti osoba koje žele da umru i pored toga što se ova odredba ne odnosi neposredno na njih. Čak i one državne mjere koje mogu razviti posredan ili faktički utjecaj, mogu ugroziti osnovna prava kada se svojim ciljem i utjecajem izjednače sa normativnim i direktnim zadiranjem i tada moraju sa ustavnog stajališta biti dovoljno opravdane. § 217 st. 1 Krivičnog zakonika propisana zabrana pomaganja u samoubistvu u okviru obavljanja zanimanja, za koju je zapriječena kazna, ima objektivno ograničavajući utjecaj na slobodu suicida. Zapravo se time pojedincu stvarno onemogućuje da dobije pomoć kod samoubistva. Ovo ograničenje pojedinačne slobode je svjesno obuhvaćeno svrhom zabrane i utemeljuje zadiranje u odnosu na suicidalnu osobu. Zadiranje je posebno teško s obzirom na egzistencijalni značaj koji samoodređenje ima u vlastitom životu u odnosu na identitet, individualnost i integritet.

3. Zadiranje nije opravdano. Zabrana pomaganja u samoubistvu pri obavljanju djelatnosti se mora cijeniti prema strogim mjerilima proporcionalnosti. Zakon kojim se ograničavaju osnovna prava je opravdan samo ako se njime ostvaruju legitimni ciljevi, kada je primjeren i neophodan za njihovo ostvarivanje i kada su ograničenja koja proističu iz takvog zakona srazmjerna.

a) Zakonodavac ostvaruje legitimni cilj zabranom pomaganja u samoubistvu u okviru obavljanja zanimanja.

aa) Odredba postoji radi zaštite prava na samoodređenja pojedinačnog života, a time i za zaštitu života kao takvog.

Sa ciljevima zaštite autonomije i života zabrana iz § 217 Krivičnog zakonika služi ispunjenju državne obaveze koja je utemeljena u Ustav, a time i legitimnom cilju. Član 1 st. 1 rečenica 2 Ustava u vezi sa čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava obavezuje državu da zaštiti osobnu autonomiju kod donošenja odluke o okončanju vlastitog života, a time i da štiti život kao takav. Zakonodavac je pri izvršavanju obaveze na pružanju zaštite ovlašten da djeluje, ne samo u pogledu opasnosti kojima treća lica konkretno prijete ličnoj autonomiji. On utoliko slijedi i legitimni cilj budući da želi spriječiti da se asistirani suicid u društvu nametne kao normalni oblik okončanja života. On se smije suprotstaviti takvom razvoju situacije koja bi pod određenim uslovima podsticala nastajanje socijalnog pritiska za oduzimanja vlastitog života, kao npr. iz koristoljublja.

bb) Zakonodavčeva pretpostavka da ponuda profesionalne ispomoći u okviru obavljanja zanimanja kod suicida nosi opasnosti po samoodređenje, počiva na ustavno neoborivoj osnovi.

(1) Ne postoje naučno dokazane spoznaje o dugoročnim utjecajima odobrenog pomaganja u suicidu u okviru obavljanja zanimanja. U takvoj situaciji je dovoljno da se zakonodavac vodio činjenično ispravnim i opravdanim procjenama zasnovanim na raspoloživim informacijama i spoznajnim mogućnostima.

(2) Stoga je sa ustavnopravne tačke gledišta ispravna prognoza opasnosti koju je dao zakonodavac.

Opravdanom se prema rezultatu usmene rasprave pokazala procjena zakonodavca da dosadašnja praksa ispomoći kod suicida u okviru obavljanja zanimanja u Njemačkoj u svakom slučaju nije prikladna za očuvanje slobodne volje i slobodnog samoodređenja. Često se provjera, da li se suicidalna želja zasniva na slobodnoj volji, zasnivala na nedovoljno plauzibilnim aspektima vjerodostojnosti; posebno su ispomoć pri suicidu pružale organizacija za pomoć u samoubistvu kada postoje tjelesna ili fizička oboljenja i bez medicinske dokumentacije osobe koja želi umrijeti kao i bez osiguranja specijalističkog pregleda, savjetovanja i razjašnjenja. Stoga je razumna pretpostavka zakonodavca da se prilikom involviranja u suicidu pomagača koji djeluju u okviru vlastitih zanimanja i na prvo mjesto stavlja ostvarivanje poslovnih interesa



koji su u funkciji provođenja suicida i da zbog toga nije u dovoljnoj mjeri osigurano slobodno formiranje volje i donošenje odluka.

Razumljiva je i procjena zakonodavca da pomoć u suicidu, pružena u okviru obavljanja zanimanja vodi ka „društvenoj normalizaciji“ pomoći u suicidu i da bi se asistirani suicid mogao razviti kao normalni način okončanja života posebno za stare i bolesne osobe, čime bi se vršio društveni pritisak koji bi ugrožavao autonomiju. U državama sa liberalnim propisima o suicidu i eutanaziji primjetan je porast asistiranih samoubistava i eutanazije. Istina, ovaj porast, sam po sebi, nije dokaz društvenog normaliziranja i pritiska kojim se ugrožava autonomija. On se može objasniti i povećanim društvenim prihvatanjem eutanazije i pomoći kod suicida, osnaživanjem prava na samoodređenje ili razvojem svijesti da se vlastita smrt više ne mora prihvatati kao sudbina na koju se ne može utjecati. Isto tako je zakonodavac mogao polaziti od toga da iz ponuda pomoći pri suicidu koja se obavljaju u formi zanimanja, a nisu uređene propisima, mogu prosteći opasnosti po slobodno formiranje volje. To važi – s obzirom na rastući pritisak troškova u zdravstvenom sistemu i sistemu pružanja njege – posebno u pogledu na činjenicu da nedostaje opskrba u medicini i njezi, što bi bilo pogodno za izazivanje straha od gubitka samoodređenja i za potsticanje odluke o suicidu. Procjenu zakonodavca podržavaju i motivi na kojima se zasniva suicid. Prema istraživanjima u zemlji i inozemstvu, dokazano je da je čest motiv asistiranog suicida i želja da se ne pada na teret srodnicima ili trećim osobama.

b) Odredba § 217 Krivičnog zakonika, kao krivična odredba, u osnovi predstavlja i podoban instrument za zaštitu pravnih dobara, jer se zapriječenom zabranom poduzimanja opasnih radnji, u najmanju ruku, može podsticati zaštita pravnih dobara.

c) Ovdje može ostati otvoreno pitanje, da li je propis neophodan za postizanje legitimnih zahtjeva zaštite koje postavlja zakonodavac. Međutim, propisom uređeno ograničenje prava na umiranje prema vlastitoj volji u svakom slučaju nije primjereno.

aa) Ograničenje slobode je primjereno samo onda kada je obim opterećenja za pojedinca i dalje u razumnom odnosu prema prednostima koje nastaju za opći javni interes. Pri tome opći interesi moraju biti jači što se više zadire u slobodu pojedinca. S druge strane, zahtjev za zaštitom zajednice je hitniji što su veći nedostaci i opasnosti koje mogu nastati usljed bezgraničnog ostvarivanja osnovnih prava. Pri tome odluka zakonodavca podliježe visokoj razini kontrole kada su u pitanju ozbiljna zadiranja u osnovna prava. Suštinski značaj koji samoodređenje ima, posebno za očuvanje lične individualnosti, identiteta i integriteta u ophođenju sa vlastitim životom, postavlja pred zakonodavca stroga ograničenja pri normiranju koncepta zaštite u vezi sa pomoći kod suicida.

bb) Zakonodavac je ova ograničenja prekoračio zabranom pomaganja u samoubistvu u formi obavljanja zanimanja.

(1) Visok ustavnopravni rang pravnih dobara autonomije i života, koji se § 217 Krivičnog zakona želi zaštititi, može u pravilu opravdati primjenu krivičnog prava. Krivično pravo ima nezamjenjivu ulogu za ostvarenje obaveze države da stvori, osigura i provede uređen suživot ljudi kroz zaštitu osnovnih vrijednosti života u zajednici. Obaveza zaštite koja pripada državi, može u pojedinačnom slučaju posebno zahtijevati da se pravni propisi tako uobliče da se spriječi opasnost od povrede osnovnih prava.

Međutim, granice legitimne primjene krivičnog prava u zaštiti autonomnog odlučivanja pojedinca o okončanju vlastitog života su postavljene tako da se više ne štiti slobodna odluka, nego se ona onemogućava. Nekažnjivost samoubistva i ispomoć u njegovom provođenju predstavljaju odraz ustavnopravnog priznanja individualnog samoodređenja i ne stoji na dispoziciji zakonodavcu. Ustavni poredak se zasniva na onom poimanju čovjeka koje je određeno ljudskim dostojanstvom i slobodnim razvojem ličnosti po samoodređenju i ličnoj odgovornosti. Takvo poimanje čovjeka mora biti polazna tačka svakog propisa. Državna obaveza zaštite samoodređenja i života može imati primat nad slobodom pojedinca samo onda kada je pojedinac izložen utjecajima koji ugrožavaju donošenje odluke o vlastitom životu. Pravni sistem se takvim utjecajima može suprotstaviti kroz preventivne mjere i instrumente zaštite. U svim drugim slučajevima se odluka pojedinca da okonča vlastiti život, donesena u skladu sa njegovim poimanjem svrsishodnosti vlastitog postojanja, mora priznati kao čin autonomnog samoodređenja.

Stoga se priznanjem prava na umiranje prema vlastitoj odluci zakonodavcu ne uskraćuje provođenje opće prevencije suicida i, posebno, suzbijanje želja za samoubistvom koje su uzrokovane zdravstvenim stanjem i izgradnjom i osnaživanjem mogućnosti palijativnog liječenja. Moraju se suzbijati i one opasnosti po autonomiju i život koje su zasnovane na sadašnjim i predvidljivim realnim životnim odnosima i koje mogu utjecati na pojedinca da donese odluku o samoubistvu, a protiv života. Zakonodavac ovu društveno-političku obavezu ne smije izbjeći tako što će staviti van snage Ustavom zaštićeno prava na samoodređenje. Pojedinac mora zadržati slobodu da odbije ponude usmjerene na očuvanje života i da provede odluku, utemeljenu na vlastitom poimanju svrsishodnosti svog postojanja, da vlastiti život okonča uz pomoć drugih. Zaštita života usmjerena protiv autonomije je suprotna samorazumijevanju društva u kojem je dostojanstvo čovjeka u središtu sistema vrijednosti i koje se time obavezuje na poštivanje i zaštitu slobodne čovjekove ličnosti kao najveće vrijednosti njegovog Ustava.

(2) Zabrana pomaganja u samoubistvu u formi obavljanja zanimanja narušava ovaj prostor za razvoj autonomnog samoodređenja koji se sa ustavnopravnog stajališta mora štiti. U osnovi, uvođenje takvih propisa vodi do toga da je pravo na samoubistvo najvećim dijelom prazna floskula. Odredba § 217 Krivičnog zakonika je, istina, ograničena na precizno – u okviru obavljanja djelatnosti – određenu formu pomaganja u samoubistvu. Sa ovim povezani gubitak autonomije je u svakom slučaju tako širok i tako nesrazmjernan, da preostale mogućnosti pružaju samo teoretske, ali ne i stvarne izgleda na samoodređenje.

(a) Negativan utjecaj § 217 Krivičnog zakona na autonomiju je intenziviran upravo činjenicom da pojedincu, pored ponuda za pomoć koja bi se u pogledu samoubistva pružila kao profesija, ne preostaju dovoljno realne mogućnosti za provođenje odluke o samoubistvu. Prema § 217 Krivičnog zakonika preostala mogućnost nekažnjivog pomaganja u suicidu u pojedinačnim slučajevima ne pomaže u dovoljnoj mjeri provođenju ustavno-pravno zagarantovanog samoodređenja pri kraju života. Prešutna pretpostavka zakonodavca da su mogućnosti za potpomognuto samoubistvo izvan ponuda datih u okviru obavljanja zanimanja zaista dostupne ne uzima u obzir jedinstvo pravnog sistema. Ukoliko zakonodavac određene oblike ostvarivanja slobode, pod obrazloženjem postojanja alternativa, isključuje, onda preostale mogućnosti ostvarivanja osnovnih prava moraju biti i primjerene. Ovo se posebno odnosi na pravo na samoubistvo. Ovdje već individualna sigurnost učvršćuje identitet da se zaista može djelovati u skladu sa vlastitom zamisli.

Za ovo nije dovoljno odricanje od sveobuhvatne krivičnopravna zabrane pomoći kod suicida. Bez ponuda za pomoć u suicidu koja bi se izvršila u okviru obavljanja zanimanja, pojedinac, u velikoj mjeri, ovisi o pojedinačnoj spremnosti ljekara da učestvuje u njegovom samoubistvu, u najmanju ruku kroz propisivanje neophodnih sredstava. Realno gledajući, na takvu individualnu spremnost ljekara se može računati samo u iznimnim slučajevima. Ljekari su do sada pokazivali malo spremnosti za pružanje pomoći u suicidu i na to ne mogu ni biti obavezani; iz prava na umiranje prema vlastitoj odluci ne proizlazi nikakva obaveza na pomoć u suicidu za druge osobe. Pri tome pravo koje reguliše rad ljekara postavlja daljnja ograničenja za spremnost na pružanje pomoći u suicidu. Zabrane ljekarske pomoći u suicidu, koje su propisane uredbama ljekarskih komora, u većini saveznih zemalja onemogućuju ostvarivanje samoodređenja pojedinaca, ne samo u zavisnosti od geografske pripadnosti, nego djeluju, u najmanju ruku, kao faktičke smjernice za djelovanje. Međutim, pristup mogućnostima asistiranog samoubistva ne smije ovisiti o spremnosti ljekara da postupaju suprotno pisanim pravilima i da svojim postupcima djeluju izvan toga, pozivajući se na vlastite ustavnopravno zagarantovane slobode. Sve dok takva situacija postoji, postoji potreba za ponudama u pogledu pomoći u suicidu koja se obavljanja kao zanimanje.

(b) Ni poboljšanja palijativne medicinske njege pacijenata nisu pogodna da kompenziraju nesrazmjerno ograničenje slobodnog razvoja individue. Oni mogu otkloniti postojeće nedostatke tako što će smanjiti broj smrtno bolesnih osoba koje žele smrt. Ali, oni nisu korektiv ograničavanju odluka o samoubistvu koje su donesene slobodnom odlukom. Ne postoji obaveza korištenja palijativne njege. Odluka o okončanju vlastitog života obuhvata istovremeno i odluku protiv postojećih alternativa i utoliko se mora prihvatiti kao čin autonomnog samoodređenja.

(c) Pri tome državna zajednica ne smije pojedinca upućivati na mogućnosti da uzme u obzir ponude za pomoć u suicidu iz inozemstva. Država mora u okviru vlastitog pravnog uređenja osigurati neophodnu zaštitu osnovnih prava u smislu čl. 1 st. 3 Ustava.

(3) Konačno, aspekti zaštite drugih osoba nisu pogodni za opravdavanje ograničenja koja iz § 217 Krivičnog zakonika determiniraju individualno samoodređenje. Tačno je da pojedinac mora trpiti ona ograničenja ustavnopravnih sloboda koja zakonodavac postavlja u cilju održavanja i promoviranja društvenog suživota, sve u granicama razumnog u datim okolnostima. Pri tom, ipak, mora biti očuvana samostalnost osobe. Zahtjevi za zaštitu trećih, kao što je sprečavanje efekata krivotvorenja, ne opravdavaju obavezu pojedinca na prihvatanje faktičkog onemogućavanja prava na samoubistvo.

4. Ova procjena je u skladu sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i sa zaštitom konvencijskih prava kako ih je ocijenio Evropskog suda za ljudska prava.

II. Uz to se § 217 Krivičnog zakonika krše i osnovna prava osoba i udruženja koji žele pružiti pomoć u suicidu. Zabrana pomaganja u samoubistvu u formi obavljanja zanimanja je protivna objektivnom ustavnom pravu usljed nespojivosti sa općim pravom na slobodan razvoj ličnosti osoba koje su se vlastitom voljom odlučile na samoubistvo i stoga je ništavna u odnosu na adresate propisa. Ustavnopravna zaštita postupanja koje je inkriminirano § 217 Krivičnog zakonika proizlazi iz funkcionalnog ograničenja osnovnih prava osoba i udruženja koja pružaju pomoć u suicidu, posebno iz čl. 12 st. 1 Ustava ili supsidijarno čl. 2 st. 1 Ustava, sa pravom na umiranje prema vlastitoj volji. Provedba odluke o samoubistvu nije samo iz činjeničnog aspekta ovisna o tome da su druge osobe spremne da omoguće, pribave ili posreduju u stvaranju prilike za samoubistvo. Druge osobe moraju zakonski biti u mogućnosti da svoju spremnost na pomoć u suicidu sprovedu. Stoga garanciji prava na samoubistvo korespondira i odgovarajuće široka ustavnopravna zaštita postupanja pomagača u suicidu.

Prijetnjom kaznom zatvora se zabranom iz§ 217 Krivičnog zakonika krši pravo pomagača u suicidu na koje se, kao fizička lica, neposredno odnosi ova odredba, posebno na njihovu slobodu iz čl. 2 st. 2 rečenica 2. u vezi sa čl. 104 st. 1 Ustava. Mogućom novčanom kaznom koja je povezana sa inkriminacijom pomaganja u samoubistvu u formi poslovanja krši se osnovno pravo njemačkih udruženja za pomoć u samoubistvu iz čl. 2 st. 1 Ustava.

III. § 217 Krivičnog zakonika se mora proglasiti ništavim zbog utvrđenih povreda Ustava. Restriktivno tumačenje Ustava nije moguće, jer bi ono bilo u suprotnosti sa namjerama zakonodavca.

Iz toga ne proizlazi da zakonodavac ne može urediti pitanje pomaganja u suicidu. Takva odredba se mora zasnivati na poimanju čovjeka kao duhovno-moralnog bića, koji je predodređen da se u slobodi definira i razvija. Zakonodavac ima na raspolaganju široki spektar mogućnosti za zaštitu lične odluke o vlastitom životu u odnosu na organiziranu pomoć pri suicidu. One se kreću od proceduralnih mjera zaštite, kao što su zakonom propisane obaveze razjašnjenja i čekanja, preko davanja dozvola kojima se osigurava pouzdanost ponuda za pomoć kod suicida, do zabrane posebno opasnih oblika pomoći u suicidu. Oni mogu biti regulirani i krivičnim pravom ili mogu, u svakom slučaju, biti osigurani krivičnopravnim sankcioniranjem. Pravo na samoubistvo zabranjuje međutim da se dopustivost ispomoći u samoubistvu veže za ispunjenje materijalnih kriterija, kao što bi to npr. bilo vezivanje za postojanje neizlječive bolesti. Ipak se, zavisno od životne situacije, mogu postavljati različiti zahtjevi za dokazivanje ozbiljnosti i trajnosti samoubilačke volje. U svakom slučaju, mora se pravu pojedinca, da na osnovu slobodne odluke uz pomoć drugih osoba napusti život, faktički ostaviti dovoljno prostora za odluku i njenu provedbu. To zahtijeva ne samo konzistentno uređenje ljekarskog i apotekarskog zanimanja, nego po mogućnosti i prilagođavanje propisa o narkoticima. Ovo ne isključuje održavanje već utvrđenih elemenata zaštite korisnika od zloupotreba u okviru propisa kojima se regulišu lijekovi i narkotici i njihovo uvezivanje u koncept zaštite ispomoći pri suicidu.

Svime ovime se ne dovodi u pitanje činjenica da ne smije postojati obaveza na pružanje pomoći u suicidu.



## **§ 9.**

# **Jednakost svih ljudi**

## **(čl. 3 Ustava)**

## **42) BVerfGE 26, 302** **(Einkommenssteuergesetz)** **Zakon o porezu na prihod**

**Rješenje Drugog senata od 9. jula 1969.**  
**- 2 BvL 20/65 -**

u postupku ustavnopravne provjere § 23 st. 1 Zakona o porezu na prihod (*Einkommensteuergesetz*) u verziji od 15. augusta 1961. (BGBl. I, s. 1254) –  
Rješenje o izuzeću i priložima Finansijskog suda Stuttgart od 23. novembra 1965. (I 952/63) –

Zakondavac je vezan načelom poreske pravde, koje slijedi iz čl. 3 st. 1 Ustava (BVerfGE 13, 181 [202]). Primjena ove norme osnovnog prava svaki put počiva na usporedbi životnih odnosa, koji nisu jednaki u svim, nego uvijek u pojedinim elementima. Koji su elementi mjerodavni za životne odnose koje treba urediti kako bi se tretirali jednako ili nejednako, načelno odlučuje zakonodavac (BVerfGE na nav. mj.). Pri utvrđivanju poreskih osnova zakonodavac ima široku slobodu odlučivanja. Ona završava tek tamo gdje jednak ili nejednak tretman reguliranih činjeničnih stanja nije više spojiv sa načinom promatranja koji je usmjeren prema zamisli pravde, gdje, dakle, nedostaje očigledan razlog za jednak ili nejednak tretman. Savezni ustavni sud provjerava samo poštovanje ovih vanjskih granica zakonodavčeve slobode (zabrana proizvoljnosti), ali ne da li je zakonodavac u konkretnom slučaju pronašao najsvrsishodnije, najracionalnije i najpravednije rješenje.

## **43) 1 BvL 11/14, 1 BvL 12/14, BvL 1/15,** **Bvr 639/11, 1 BvR 889/12** **(Grundsteuer)** **Porez na zemljište**

**Savezni ustavni sud**  
**-Služba za odnose sa javnošću-**  
**Saopštenje za javnost br. 21/2018 od 10. aprila 2018. godine**

**Presuda od 10. aprila 2018. godine**  
**-1 BvL 11/14, 1 BvL 12/14, BvL 1/15, BvR 639/11, 1 BvR 889/12-**

### **Propisi o jedinstvenom vrednovanju radi određivanja poreza na zemljište su neustavni**

Odredbe Zakona o procjeni vrijednosti nekretnina po jedinstvenom vrednovanju u „starim“ saveznom zemljama su, u svakom slučaju, od početka 2002. godine, nekompatibilni sa opštim načelom jednakosti. Insistiranje zakonodavca na utvrđenju

vrijednosti u vremenskoj tački iz 1964. godine, vodi ka ozbiljnom i obuhvatnom razlikovanju u tretmanu pri vrednovanju nekretnina za koji ne postoji zadovoljavajuće opravdanje. To je obrazloženje Prvog senata Saveznog ustavnog suda koji je sa današnjim danom neustavnim proglasio propise i odredio da zakonodavac mora donijeti nove odredbe najkasnije do 31. decembra 2019. godine. Do tog trenutka se i dalje smiju primjenjivati neustavni propisi. Nakon proglašenja novih odredbi, neustavni propisi se smiju primjenjivati još pet godina od dana objave, ali najkasnije do 31. decembra 2024. godine.

### **Činjenično stanje:**

Jedinstvene vrijednosti nekretnina se u „starim“ saveznim zemljama i danas procjenjuju po propisima Zakona o procjeni vrijednosti i to na osnovu vrjednosnih odnosa koji su postojali na dan 1. januara 1964. godine i koji čine osnovu za raspisivanje poreza na zemljište. U osnovi ove odluke je ukupno pet postupaka, tri zahtjeva sudija Saveznog finansijskog suda i dvije apelacije. Tužiteljice i tužitelji iz glavnih postupaka, odnosno apelantice i apelant su vlasnici nekretnina na kojima je građeno, u različitim „starim“ saveznim zemljama i koji su pred finansijskim sudovima podnosili tužbe protiv određivanja jedinstvene vrijednosti njihovih nekretnina. Savezni finansijski sud je tri postupka po reviziji prekinuo i Saveznom ustavnom sudu podnio na odluku pitanje da li su konkretni propisi Zakona o procjenama neustavni zbog kršenja općeg načela jednakosti. Apelacijama se u suštini, također, ističe povreda općeg načela jednakosti.

### **Bitni argumenti Senata:**

I. Odredbe Zakona o procjenama u odnosu na jedinstveno vrednovanje nekretnina su nespojive sa općim načelom jednakosti. Čl. 3 st. 1 Ustava je zakonodavcu ostavio širok prostor za uređenje propisa po osnovu kojih se vrše procjene porezne osnovice, pri čemu se zahtijeva da sistem procjene bude pravedan i realno postavljen u međusobnom odnosu sa ekonomskim dobrima. Čvrsto držanje zakonodavca za razdoblje u kojem je donešena glavna procjena iz 1964. godine vodi ka teškim i obuhvatnim razlikama kod procjene nekretnina za koje ne postoji dovoljno opravdanje.

1. Osnovna načela razvijena u sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda o primjeni općeg načela jednakosti u poreskom pravu, zahtijevaju uobličavanje koje vodi računa o jednakosti pri procjenjivanju vrijednosti kod utvrđivanja porezne osnovice. Pravna jednakost se u poreznom pravu postiže na osnovu temeljnog načela jednakog opterećenja. Porezni obveznici moraju, prema osnovnim načelima, biti na isti način, pravno i stvarno, opterećeni poreskim propisima. Načelo jednakosti



ostavlja zakonodavcu široke mogućnosti pri donošenju odluka, kako prilikom izbora predmeta oporezivanja, tako i prilikom izbora poreske stope. Odstupanja od odluke o opterećenju predmeta oporezivanja, moraju stoga biti u skladu sa načelom jednakosti. Opravdanje nejednakog tretmana zahtijeva specifične objektivne razloge. Pri tome, s rastom obima odstupanja i njegovog značaja za cjelokupnu raspodjelu poreskog opterećenja, rastu i zahtjevi koji opravdavaju odstupanje.

2. Suspenzijom obnavljanja glavne procjene jedinstvenog vrjednovanja za duži vremenski period sistemski se uslovljava značajan obim nejednakog tretmana putem nejednakih rezultata vrjednovanja. Kao rezultat vezanosti za vrijednosne odnose na 1. januar 1964. godine u pojedinačnim elementima se ogledaju iskrivljeni vrijednosni efekti isuviše dugog vremenskog važenja glavne procjene, kako u postupku kapitalizirane, tako i u postupku realne procjene vrijednosti.

Sistem jedinstvenog vrjednovanja nekretnine karakteriziran je određivanjem opće vrijednosti (glavna procjena vrijednosti) u redovnim vremenskim razmacima. Takva odluka o glavnoj procjeni vrijednosti treba se, prema § 21 st. 1 Zakona o procjenama (BewG – Bewertungsgesetz), donositi svakih šest godina za zemljišta na kojima je građeno i na kojima nije građeno. Cilj pravila o procjenama je utvrđivanje jedinstvene vrijednosti koja je barem približna tržišnoj vrijednosti nekretnine. Tržišna vrijednost je u ovom sistemu referentna vrijednost prema kojoj se moraju moći mjeriti rezultati jedinstvenog vrednovanja u odnosu na prirodu i obim mogućih odstupanja od procjene oporezivanja koje odgovara zahtjevu jednakosti.

Zakonodavac je ciklus periodičnog ponavljanja glavne procjene prekinuo nakon što ga je 1965. godine ponovo pokrenuo, a nakon glavne procjene od 1. januara 1964. godine nije više ponovljen. Zakonom je 1970. godine naloženo da će se nakon 1964. godine tačno vrijeme sljedeće glavne procjene jedinstvene vrijednosti nekretnina utvrditi posebnim zakonom. Takav zakon do danas nije donešen. Stalno propuštanje donošenja glavne procjene, koja je neophodna, u značajnoj mjeri vodi do iskrivljene procjene vrijednosti nekretnina. To je nužna posljedica postojećeg sistema vrednovanja.

Zakonom propisano periodično ponavljanje glavne procjene je ključ za sistem vrjednovanja koji je sam zakonodavac uredio. U osnovi toga je zamisao da se okolnosti koje određuju vrijednost zemljišta što realnije oslikaju u vrijeme glavne procjene. S obzirom da takve okolnosti podliježu tipično tržišno relevantnim promjenama u godinama koje su uslijedile nakon vremenskog perioda važenja glavne procjene, zahtijevaju se nove glavne procjene u redovnim i ne previše udaljenim razdobljima.

Što duže glavne procjene prelaze period od prvobitno predviđenih šest godina to

će, u pojedinačnim slučajevima i u ukupnom broju, biti veće razlike između stvarne tržišne vrijednosti i glavne procjene jedinstvene vrijednosti zemljišta u određenom trenutku.

Nepoklapanje u razvoju tržišne vrijednosti i utvrđene jedinstvene vrijednosti nije, samo po sebi, ustavnopravno upitno. Ukoliko bi jedinstvene vrijednosti u svakom slučaju redovno zaostajale za rastućim tržišnim vrijednostima, to ne bi po sebi vodilo ustavnopravno relevantnoj nejednakosti u tretmanu, jer bi međusobni nivo jedinstvene vrijednosti ostao isti u odnosu na tržišnu vrijednost. Međutim, nema naznaka da su se narušene vrijednosti, koje su nužno i u značajnoj mjeri nastale usljed izostanka redovne glavne procjene, pomjerale u srazmjernoj relaciji u odnosu na tržišnu vrijednost.

3. Rasprostranjene, brojne i značajno narušene vrijednosti jedinstvenog vrednovanja nekretnina, nastale usljed predugog perioda važenja glavne procjene, vode do nejednakih tretmanima kod utvrđivanja poreza; usklađenost ovako neujednačenih tretmana sa čl. 3 st. 1 Ustava određuje se na osnovu omjera u kojem su narušeni strogi zahtjevi jednakosti. Zadovoljavajuće opravdanje ovako postavljenog nejednakog tretmana ne proizlazi ni iz općeg cilja izbjegavanja prekomjernog administrativnog opterećenja, ni zbog tipiziranja i plaćanja paušala.

a) Izostanak utvrđivanja nove glavne procjene služi izbjegavanju posebnog administrativnog opterećenja. Zakonodavac u te svrhe ima značajan prostor diskrecionog odlučivanja. Ovo, međutim, ne podrazumijeva nefunkcionalni sistem vrednovanja.

Cilj administrativnog pojednostavljanja ne opravdava vrijednosti koje su narušene zbog trajnog izostanka glavne procjene, čak ni onda kada se izuzetno visokim ocjenjuju olakšavajući efekt koji su time postignuti. Izostanak redovne glavne procjene u periodičnim razmacima od šest godina nije rezultat namjerne odluke zakonodavca usmjerene prema pojednostavljenju koje, u smislu smanjenja, korigira elemente jedinstvenog vrednovanja i pri tome prihvata gubitak detaljne tačnosti. Takvim izostavljanjem zakonodavac zapravo u sistemu jedinstvenog vrednovanja ukida ključni element koji je nezaobilazan u ostvarivanju što realnije vrijednosti. Pokaže li se neki propis u supstancijalnom smislu načelno suprotnim jednakosti, to se dugoročno ne može opravdati ni maksimalnim administrativnim pojednostavljanjem, ni daleko boljom korelacijom troškova/koristi između poreskih rashoda i poreskih prihoda. Spoznaja da se razumnim administrativnim naporima ne može otkloniti nejednak tretman koji se nalazi u strukturi poreskih zakona, ne smije voditi toleranciji neustavnog stanja. Nebitno je da li je zakonodavac takav nedostatak, izostavljanjem glavne procjene, svjesno prihvatio

ili naprosto nije prepoznao. Odlučna je objektivna disfunkcionalnost postojećih odredbi. Ne radi se ni o tome da li se propust određivanja novog termina za glavnu procjenu ima posmatrati samo kao trajno očekivanje unutar sistema periodičnih glavnih procjena ili općenito kao konkludentni izraz konačnog odustajanja od daljnjih glavnih procjena.

b) Razlozi tipizacije i paušalizacije također ne opravdavaju izostanak glavne procjene i njenih posljedica. Istina, poreski zakonodavac, kada se u realnosti orijentira prema tipičnom slučaju i kada za to postoji razuman i očigledan razlog, smije tipizirati zbog pojednostavljenja administriranja i pri tome zanemariti specifičnosti pojedinačnog slučaja ukoliko iz toga slijede prednosti koje su u pravičnom odnosu prema različitim poreskim opterećenjima i nužno nastaju ovakvom tipizacijom. Ovi preduslovi, međutim, nisu dovoljni za narušene vrijednosti nastale u današnjem sistemu jedinstvenog vrednovanja. Daljim izostankom glavne procjene, ne orijentira se realno i pravično prema tipičnom slučaju. Narušene vrijednosti nikako nisu ograničene na netipične posebne slučajeve ili na zanemarive korekcije slučajeva na perifernim područjima. One, prije svega, pogađaju procjene vrijednosti u njenoj srži, u mnogim područjima su postale redovni slučajevi i povećavaju se brojem i obimom.

c) Umanjenje vrijednosti se ne može opravdati ni općim potcjenjivanjem vrijednosti nekretnina mjereno prema tržišnoj vrijednosti, ni mogućim apsolutno zanemarivim opterećenjem poreza na zemljište. U osnovi je bez značaja da je za donošenje ustavnopravne odluke o povredi principa jednakosti kod jedinstvenog vrednovanja, zbog vlastite ograničenosti na pravo iz poreza na zemljište on u međuvremenu suštinski izgubilo na općem značaju. Kod poreza na zemljište se ne radi o porezu sa zanemarivim područjem utjecaja. Suprotno tome govori činjenica da je ukupan prihod od poreza na zemljište, koji je prikupljan posljednjih godina, kontinuirano rastao sa 12 na gotovo 14 milijardi eura, kao i njegov primjetan značaja za općine. Prije svega, porez na zemljište naspram danas uobičajene visine komunalnih poreskih stopa za veliki broj poreznih obveznika nikako nije beznačajan, pogotovo što se on razrezuje godišnje i vremenski neograničeno. Narušene vrijednosti ne mogu, nasuprot shvatanju Savezne vlade i pojedinih zastupnika saveznih zemalja, biti ustavnopravno kompenzirane ni kroz naknadne razreze ili propise o ispravkama vrijednosti poreskih osnovica, ni kroz prilagodbu visine poreza na zemljište.

II. Senat je naložio da se neustavne odredbe dalje primjenjuju u dva koraka. S jedne strane, one važe za pojedinačne vrijednosti koje su ranije utvrđene i za povećanja poreza na zemljište koja se na njima zasnivaju, kao i za budućnost, prvenstveno do 31. decembra 2019. godine. Do tog roka zakonodavac mora donijeti nove odredbe. Bez odredbi o kontinuiranom važenju zakona prijetila bi enormna administrativna opterećenja ako bi postojeće jedinstvene procjene vrijednosti – i na njima zasnovane

procjene poreza na zemljište – bile ukinute ili izmijenjene u značajnom iznosu reda veličina ili, barem, preinačene u odnosu na veliki broj poreskih obveznika u pogledu poreza na zemljište. Problemi bi bili samo zaoštreni ako bi se ovi slučajevi mogli rješavati tek nakon stupanja na snagu i nakon provedbe novih odredbi o procjenama vrijednosti, što bi moglo uslijediti tek nekoliko godina po objavljivanju ove odluke. U budućnosti bi, s obzirom na veliki finansijski značaj koji poreza na zemljište ima za općine, postojala opasnost da mnoge od njih bez prikupljanja poreza na zemljište budu dovedene u ozbiljne finansijske probleme. Izvršenja poreskih rješenja o jedinstvenom vrednovanju je za pogođene osobe prihvatljivo zbog toga što su poreska opterećenja porezom na zemljište legitimirana Ustavom i tradicionalno su „oduvijek“ predviđana, tako da su za vlasnike zemlje ona bila i ostala očekivana. Čim zakonodavac donese nove odredbe, postojeća osporena pravila za vrednovanje će se nastaviti primjenjivati narednih pet godina, ali ne duže od 31. decembra 2024. godine. Neobični nalog daljnjeg važenja nakon objavljivanja novih pravila se zahtjeva zbog posebnih činjeničnih okolnosti poreza na zemljište i stoga je, izuzetno, opravdan. Novo procjenjivanje svih nekretnina na području Savezne države zahtijeva izvanredne provedbene napore u pogledu vremena i osoblja. Usljed toga je Senat smatrao neophodnim, ali i dovoljnim, da odredi dalje važenje starih propisa za narednih pet godina, kako bi se u slučaju novih odredbi po tom osnovu mogla provesti nova vrednovanja, tako da se i tokom ovog vremena prevaziđu budžetski problemi koji bi inače mogli nastati. Senat je od kalendarske 2025. godine isključio opterećenje iz poreza na zemljište samo na osnovu postojećih jedinstvenih procjena vrijednosti ili rješenja donesenih za razrez poreza na zemljište iz prethodnih godina.

#### **44) BVerfGE 10, 234** (Platow-Amnestie) **Platow-amnestija**

O pitanjima ustavnopravnog razgraničenja amnestije za pojedina djela.

##### **Rješenje Prvog senata od 15. decembra 1959.** **- 1 BvL 10/55 -**

Zakonodavac nije obavezan da pri donošenju zakona o nekažnjavanju pod pretpostavkom čl. 3 st. 1 Ustava zajamči oslobađanje od kazne za sve kažnjive radnje u istoj mjeri. On ne smije samo pojedine tipove delikta, u cjelini, izuzeti od amnestije, nego mora pojedina djela potčiniti posebnom propisu. On sam mora odlučiti, kod kojih delikta postoji poseban interes za njihovim gašenjem. Na osnovu svoje zakonodavne slobode odlučuje u kojem obimu želi zajamčiti oslobađanje od kazne za takve delikte. Savezni ustavni sud ne može zakon o amnestiji provjeravati s obzirom na pitanje da li su njegovi propisi nužni ili svrsishodni, nego može samo utvrditi da li je zakonodavac prekoračio vanjske granice diskrecionog odlučivanja koje mu stoji na raspolaganju.

Zakon o oslobađanju od kazne će povrijediti opšte pravilo jednakosti tek kada posebni propisi koje je donio za pojedina djela očigledno ne budu usmjereni na realizaciju pravde, kada se za njih, dakle, ne može pronaći racionalno opravdanje koje slijedi iz prirode stvari ili je to na neki drugi način očigledno.

## **45) BVerfGE 9, 338** **(Hebammengesetz)** **Zakon o babicama**

**Rješenje Pvog senata od 16. juna 1959.**  
**- 1 BvR 71/75 -**

u postupku ustavne tužbe babice (...) protiv presude Saveznog upravnog suda od 22. novembra 1956. – I C 198.54 -

IZREKA:

Odbija se ustavna tužba.

OBRAZLOŽENJE:

Apelantici je, nakon što je 12. februara 1951. napunila 70. godinu života, zabranjeno da dalje obavlja posao babice, uz prijetnju kaznom za kršenje ove zabrane. (...)

Apelantica navodi sljedeće:

Čl. 3 st. 1 Ustava je povrijeđen tako što je isto činjenično stanje drukčije regulirano kod normalne pomoći pri porodu, koju u okviru svoga poziva obavljaju ljekari; ovdje ne postoji starosna granica, iako se ne vidi da postoje razlozi za ovakvo razlikovanje. Ako se prihvati da tjelesne i duhovne sposobnosti znatno popuštaju nakon dostizanja starosne granice od 70 godina, onda bi ista starosna granica morala važiti posebno za ljekare, jer je kod normalnog poroda rad ljekara i babice jednak, a ljekar se uključuje tek pri nastupanju komplikacija i upravo ovdje ljekar nosi daleko veću odgovornost. U svakom slučaju obje konstelacije – porod uz pomoć babice i ljekara – nisu, suprotno mišljenju Saveznog upravnog suda, različite zbog toga što ljekar posjeduje drukčiju stručnu spremu; jer, to nema nikakvo utjecaja na njegovu duhovnu i tjelesnu kondiciju.

(...)

Kod propisa – kao što je ustanovljavanje starosne granice – koji, prije svega, obuhvata cjelokupan profesionalni angažman, a time u cjelini dotiče i strukturu zanimanja, smije biti uzeta u obzir i ukupna slika svakog pojedinačnog poziva. To postaje razumljivijim što dublje i sa više posljedica na strukturu drugih djeluje propis

koji važi za jedno zanimanje, jer su obje strukture socijalno i pravno različite. U slučaju da se pri tako obuhvatnom i „velikodušnom“ promatranju nameće obaveza na jednak tretman, zakonodavac će povrijediti pravilo jednakosti kada jedno pitanje vezano za jedno zanimanje drukčije regulira nego za drugo zanimanje. U korsit ustavnosti diferenciranog tretmana redovno govori pretpostavka, da se on upravo može zaobići, ako se najprije pođe od „jednakih“ pojedinačnih situacija, da bi se tek onda ispitalo, da li – unatoč takvoj „jednakosti“ u pojedinostima – u cjelini, ipak, postoje nejednakosti činjeničnih stanja koje opravdavaju zakonodavčev odustanak od jednakog tretmana.

Tako stvari stoje u predmetnom slučaju. Ostala zanimanja, kao i ljekarsko, koja su vezana za liječenje, su pri ispitivanju starosne granice od početka nepodesna za usporedbu sa zanimanjem babice. Istina, pozivi ljekara i babice su „slobodna zanimanja“; ali, njihove strukture su u osnovi različite. Ljekarski poziv se kao slobodno zanimanje dugo vremena razvijao; slika o njegovom zanimanju je i danas u osnovi određena ovim razvojem. Ona je karakterizirana visokim stepenom lične odgovornosti, prije svega pri vršenju samog poziva. Ako pojedine osnove ove strukture, npr. društvena procjena posebnog akademskog obrazovanja, ne posjeduju svoj raniji značaj, ipak se slika zanimanja u cjelini nije izmijenila. Starosna granica bi bez uvođenja starosnog osiguranja bila jedva moguća, ona bi povrijedila poziv u njegovoj cjelokupnoj strukturi.

Profesionalna slika babice značajno odudara od navedenog: ovo zanimanje je prije kratkog vremena posredstvom zakona o babicama izuzeto iz prava o obavljanju zanatske djelatnosti i konstituirano je u „slobodno“ zanimanje, i to od početka s jasnom namjerom da se uvede starosna granica. Ekonomski rizik je za vrijeme obavljanja zanimanja umanjen zakonom, za slučaj da se prestane s radom zbog profesionalnog oboljenja. Obavljanje poziva je podvrgnuto obuhvatnoj i detaljnoj reglementaciji, koja babicama tačno propisuje njihovu djelatnost: uredba o službi regulira načela i obavezuje babice da se u svom djelovanju do u detalje pridržavaju službenog priručnika za babice. Stručna znanja se nadziru i podstiču obavezom na ponavljanje ispita i na redovno pohađanje kurseva za dodatno obrazovanje. Pripadnici ovog zanimanja podliježu stalnom nadzoru i kontroli koja se ne proteže samo na neposredno obavljanje njihovog zanimanja.

Sve to nije samo gradualno različito od ljekarskog poziva. Ako starosna granica pojedinih babica ne dopušta sud o tome kada je njihova radna sposobnost ograničena, ovaj homogeni propis o cjelokupnoj strukturi zanimanja babice bi bio strukturno stran pozivu ljekara; bar bolje odgovara slici njegovog poziva, da se sud o slabljenju radnih sposobnosti i posljedicama koje otud slijede prepusti pojedinom ljekaru.

## **46) BVerfGE 39, 196** (Beamtenpension) **Mirovina državnih službenika**

**Rješenje Drugog senata od 12. marta 1975.**

**- 2 BvL 10/74 -**

U postupku ustavnopravne provjere § 141 Zakona o državnim službenicima (*Beamtengesetz*) za zemlju Nordrhein-Westfalen u verziji od 1. juna 1962. (...), u mjeri u kojoj on pravo na ostvarenje porodične mirovine za udovca koji je sa njom živio u bračnoj zajednici, u slučaju smrti državne službenice, prema osnovu i visini, veže za postojanje zakonskog prava na izdržavanje u odnosu na njegovu umrlu suprugu. (...)

Nadoknade i primanja su (...), prema svojoj formi, neprenosiva prava za izdržavanje (...), jedinstvena primanja koja stoje u interesu zasnivanja doživotnog službenčkog odnosa, kako bi državnog službenika oslobodili prirodne brige za ekonomsko stanje u braku i porodici, kao i brige o članovima porodice u vremenu koje će uslijediti nakon njegove smrti, i kako bi se osiguralo savjesno obavljanje službe, što se od njega očekuje, kao i lojalno ispunjenje obaveza. (...)

Odlučujuće je da iz perspektive prava državnih službenika, izdržavanje službenika i njegove porodice stoji u neraskidivoj vezi sa njegovim primanjima i službenim odnosom, ali samo ako se ne vidi nikakva razlika između situacije službenika i službenice, na osnovu koje se može opravdati diferenciranje između izdržavanja udovca i udovice. Jednako alimentaciji, koja je razrezana na porodično stanje za vrijeme života državne službenice, odgovara isto takvo izdržavanje, koje u određenim relacijama stoji prema mirovini članova porodice umrle, a time i prema udovcu.

Čl. 3 st. 2 i 3 Ustava zahtijeva, dakle, da državna službenica bude, s obzirom na zbrinjavanje njenih najbližih članova porodice, izjednačena sa državnim službenikom, da dakle udovcu koji je s njom živio u bračnoj zajednici bude odobreno primjereno izdržavanje, kao što bi to bilo odobreno i udovici državnog službenika.

## **47) BVerfGE 48, 327** (Familiennamen) **Porodično prezime**

U suprotnosti je sa čl. 3 st. 2 Ustava kada se naprosto isključi pravo svih žena koje su između 1. aprila 1953. i 30. juna 1976. zaključile brak, da rođeno prezime žene odrede kao bračno prezime.

**Rješenje Prvog senata od 31. maja 1978.**  
**- 1 BvR 683/77 -**

Žena je kod zaključenja braka, prema § 1355 Građanskog zakonika od 18. augusta 1896. (RGBl. s. 195), dobijala ime muža.

Nakon što je Savezni ustavni sud svojom odlukom od 18. decembra 1953. utvrdio da je načelo ravnopravnosti iz čl. 3 st. 2 Ustava važeće pravo i da su prema čl. 117 Ustava svi suprotni propisi sa područja bračnog i porodičnog prava sa 31. martom 1953. stavljeni van snage (BVerfGE 2, 225 [239 i dalje]), zakonodavac je § 1355 BGB, koji je do tada važio, posredstvom načela ravnopravnost od 18. juna 1957. (BGBl. I s. 609) izmijenio, tako da žena sada zadržava pravo da djevojačko prezime doda porodičnom prezimenu (§ 1355 st. 2 BGB). U svemu drugom ostaje, da je porodično prezime zapravo prezime muža (§ 1355 st. 1 BGB).

1. § 1355 stav 1 BGB a.F. je bio nespojiv sa čl. 3 st. 2 Ustava. Propis, prema kojem je bračno i porodično prezime bilo prezime muža, isključivao je mogućnost da djevojačko prezime žene postane prezime porodice; samo je muž dalje nosio svoje prezime kao prezime porodice. Prema tome, zakon je na osnovu pola odlučio koje će prezime supružnici nositi kao bračno i porodično prezime. Ovaj propis predstavlja povredu osnovnog prava žene, koje slijedi iz čl. 3 st. 2 Ustava. Takva povreda žene nije uklonjena time što se djevojačko prezime može dodati porodičnom prezimenu. Iako muškarac nije imao ni pravo niti je bio obavezan da činjenicu svoje ženidbe obznani nošenjem prezimena, prezime žene je činjenicom zaključenja braka pretrpilo izmjenu. Različiti tretman žene se naročito jasno vidi kod davanja prezimena bračnoj djeci, s obzirom da ona prema § 1616 BGB automatski dobijaju prezime oca.

2. Nejednak tretman supružnika posredstvom § 1355 stav 1 BGB a.F, ne može biti opravdan funkcionalnim ili biološkim razlikama. Ništa manje neće biti narušen jednak rang supružnika u porodičnoj jedinici ako prezime oca ne bude zajedničko bračno i porodično prezime. Naprosto, ne postoje bitne razlike između muškarca i žene koje bi propis iz § 1355 BGB a.F. mogle prikazati kao neophodan (usp. BVerfGE 10, 59; 15, 337 [343]; 21, 329 [343]; 31, 1 [4]; 39, 169 [185 i dalje]). U ranijoj pravosudnoj praksi je stav, da jedinstvo porodice izražava prezime muškarca, opravdavan stavom da muž predstavlja porodičnu zajednicu prema vani i da unutar porodične zajednice ima obaveze i zadatke koji nisu identični sa obavezama i zadacima žene. (...) Ne može se polaziti od toga da muškarac generalno predstavlja braka prema vani čak ni tamo gdje jedino muškarac privređuje, a žena se ograničava na vođenje domaćinstva i njegu djece. A, to se posebno odnosi na brakove u kojima oba partnera rade. Iznad svega, uloga žene u procesu rada je doprinijela povlačenju ranije opšteprihvaćenog stava, da je u suprotnosti sa prirodnom raspodjelom zadataka u braku i porodici kada žena radi i ne ograničava se na ispunjenje svojih zadataka u braku i porodici.

3. Princip ravnopravnosti u predmetnom slučaju nije ograničen nekim drugim pravom koje jamči Ustav (usp. BVerfGE 10, 59 [80]).



Ovo bi bio slučaj da čl. 6 st. 1 Ustava sa zaštitom porodice podstiče raspoznatljivost porodične homogenosti, kako je ona bila povezana sa propisom o prezimenu iz § 1355 stav 1 BGB a.F; čl. 6 st. 1 Ustava ne obuhvata, međutim, generacije porodičnih zadruga. Porodica u smislu čl. 6 st. 1 Ustava znači načelno užu porodicu koja živi u kućnoj zajednici, a to su roditelji sa svojom djecom. (...)

#### **48) BVerfGE 84, 9** (Ehenamen)

##### **Bračno prezime**

Nije spojivo sa načelom ravnopravnosti (čl. 3 st. 2 Ustava) da prezime muškarca pred zakonom bude prezime braka ako supruga ne odredi svoje prezime kao bračno prezime (§ 1355 st. 2 rečenica 2 BGB).

**Rješenje Prvog senata od 5. marta 1991.**  
**- 1 BvL 83/86 i 24/88 -**

#### **49) BVerfGE 52, 369** (Hausarbeitstag)

##### **Pravo na slobodan radni dan za rad u kući**

Nespojivo je sa čl. 3 st. 2 Ustava da se neudatim ženama sa sopstvenim domaćinstvom, ali ne i muškarcima u istoj situaciji, priznaje pravo na slobodan radni dan za rad u kući.

**Rješenje Prvog senata od 13. novembra 1979.**  
**- 1 BvR 631/78 -**

Ustavna tužba se odnosi na ustavnost § 1 Zakona Savezne zemlje Nordrhein-Westfalen o odobravanju slobodnog radnog dana ženama za rad u sopstvenim domaćinstvom od 27. jula 1948. (HATG NRW), jer je njime zajamčen jedan radni dan neudatum ženskim, ali ne i neoženjenim muškim radnicim sa sopstvenim domaćinstvom.

Propis § 1 HATG NRW glasi:

„U preduzećima i u upravama svih vrsta, žene sa sopstvenim domaćinstvom, koje sedmično rade u prosjeku najmanje 40 sati, imaju mjesečno pravo na jedan slobodan radni dan u sedmici za rad u kući (*Hausarbeitstag*)“.

#### **I.**

Predmet ustavnopravne provjere je § 1 HATG NRW u formi tumačenja koje je donio Savezni sud za radne sporove (*Bundesarbeitsgericht*) zaključkom njegovog Velikog

senata od 16. marta 1962. (BAG 13, 1 = AP Nr. 19 uz § 1 HATG NRW) i koje od tada predstavlja osnovu za njegovu pravosudnu praksu. Prema njemu, sve žene koje rade na području Nordrhein-Westfalena imaju pravo na jedan slobodan dan u sedmici za rad u kući, ako rade u određenom vremenskom obimu i raspolažu sopstvenim domaćinstvom koje same vode; za muškarce koji rade i nalaze se u istom položaju, § 1 HATG NRW, prema jednoznačnom doslovnom tekstu, ne predviđa takvo pravo. Od takve pravne kvalifikacije polazi i Sud za radne sporove u presudi koja je predmet ustavne tužbe.

Mjerilo za provjeru slijedi iz čl. 3 st. 2 Ustava. Ovdje određena obaveza na jednak tretman muškaraca i žena koncretizira opšte načelo ravnopravnosti i zabranjuje da se polne razlike uzimaju kao važan razlog za diferenciranje u pravu. To prema stalnoj pravosudnoj praksi Saveznog ustavnog suda ne isključuje regule koje, s obzirom na biološke i funkcionalne razlike (u pogledu podjele rada), diferenciraju prema prirodi svakog životnog odnosa između muškaraca i žena (usp. BVerfGE 3, 225 [242]; 5, 9 [12]; 10, 59 [74]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343 i dalje]; 31, 1 [4 i dalje]; 37, 217 [249 i dalje]; 43, 213 [225]). Ne može se na takve osobine – u svakom slučaju to važi za ledične osobe – svesti razlikovanje koje regulira propis § 1 HATG NRW.

## II.

Propis iz § 1 HATG NRW se, pri određivanju osoba kojima treba garantirati slobodan dan za rad u kući – oslanja jedino na polnu razliku i time prihvata diferenciranje koje je ustavno neprihvatljivo.

1. Sa odobravanjem jednog slobodnog radnog dana za obavljanje poslova kod kuće, radnik treba dobiti priliku da obavi radove koji se teško mogu savladati kod svakodnevnog miješanja rada na poslu i u domaćinstvu, posebno kod obimnih radova kakvi su pranje veša i čišćenje.

2. Dvostruko opterećenje u smislu zaposlenja i vođenja domaćinstva može doći u obzir i kod muškaraca. To posebno važi za ledične osobe koje imaju sopstveni stan, jer se u njihovom slučaju, zaposlenje i vođenje domaćinstva susreću u jednoj osobi. Ako je neoženjeni muškarac dvostruko opterećen, zaposlenjem i domaćinstvom, nije opravdano da on pri odobravanju slobodnog dana za rad u kući bude drukčije tretiran od neudate žene. Objektivne biološke ili funkcionalne razlike (koje utječu na raspodjelu rada) ne utječu toliko odlučno na životne odnose da bi usporedni elementi morali u potpunosti ustuknuti, tako da je potrebno donijeti različite pravne propise sa pojmovima „zapostavljanje“ i „favorizovanje“ (usp. BVerfGE 37, 217 [249] sa daljim napomenama).

Ne pripada polno uslovljenom svojstvu žena da obavljaju kućne poslove. Iako se u tom području u prvoj liniji očekuje djelatnost žena, ovo ipak počiva na uobičajenoj predstavi da žene trebaju opsluživati domaćinstvo u cjelini ili bar u većem dijelu.

Dosadašnji propis ne može biti opravdan ni slabijom radnom sposobnošću žena. Pri tom može ostati otvoren pitanje, da li su žene općenito neotpornije u pogledu tjelesnih napora i da li su jače izložene zdravstvenim oštećenjima od muškaraca. U svakom slučaju, nije smisao slobodnog dana za obavljanje poslova u kući da kompenzira slabiju konstituciju žene. O ovome, za područje rada, vode računa posebni propisi o zaštiti na radu iz §§ 16 do 19 Uredbe o radnom vremenu (*Arbeitszeitordnung*).

Odobranjem slobodnog dana za obavljanje kućnih poslova se daje prilika dvostruko opterećenim radnicima da rad na poslu i rad u domaćinstvu obave tako da mogu uzeti u obzir više vremena nego što bi svaki put imali u ostatku radnog dana. Propis ne počiva na uravnoteživanju različitih radnih sposobnosti muškaraca i žena, kako je to u cjelini karakteristično za propise o radnom vremenu, nego isključivo na vrednovanju dvostrukog opterećenja, radom na radnom mjestu i radom u domaćinstvu. Dvostruko opterećenje pogađa na jednak način radnika koji vodi vlastito domaćinstvo. Obim poslova koje on kod kuće mora savladati nije ništa manji kada domaćinstvo vodi jedan muškarac nego kada ga vodi jedna žena. U takvoj situaciji se ne može biološkom razlikom polova utemeljiti odobravanje plaćenog radnog dana za obavljanje kućnih poslova samo ženama. (...)

### III.

Savezni ustavni sud ne može propis iz § 1 HATG NRW proglašiti ništavim, nego se mora ograničiti na utvrđivanje njegove neustavnosti, jer zakonodavcu stoje na raspolaganju različiti putevi za uspostavljanje jednakosti koju zahtijeva Ustav (usp. BVerfGE 25, 236 [252]).

## 50) BVerfGE 114, 357 (Aufenthaltserlaubnis des Kindes) Dozvola za boravak djeteta

Nije u skladu sa čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava olakšana dodjela dozvole boravka djetetu koje je rođeno na području Njemačke ako se vrsta njegovog boravka veže jedino za vrstu boravka majke, a ne i za boravišni status oca.

**Rješenje Drugog senata od 25. oktobra 2005.**

**- 2 BvR 524/01 -**

(...)

OBRASLOŽENJE:

### A.

Ustavna tužba se odnosi na pitanje, da li je u skladu sa Ustavom ako se olakšana

dodjela dozvole za boravak, djetetu koje je rođeno na području Njemačke, veže isključivo za boravišni status majke, a ne i za status oca.

§ 33 Zakona o boravku stranaca ([*Aufenthaltsgesetz*] AufenthG) glasi:

„Djetetu koje je rođeno na teritoriji Savezne Republike se po službenoj dužnosti dodjeljuje dozvola boravka ako majka posjeduje dozvolu boravka ili dozvolu zadržavanja.“

## II.

1. Apelantica je rođena 1999. u Njemačkoj i posjeduje tursko državljanstvo, kao i njeni roditelji. Njen otac živi u Njemačkoj 25 godina; 1989. mu je dodijeljena neograničena dozvola boravka. Majka nema dozvolu boravka.

a) U ime apelantice je juna 1999. podnešen zahtjev za dodjelu dozvole boravka i zatraženo je takvo tumačenje § 21 st. 1 rečenica 1 AuslG koje bi bilo u skladu sa Ustavom. U zahtjevu je staknuto da bi se po službenoj dužnosti morala dodijeliti dozvola boravka ako otac posjeduje dozvolu boravka, a ne samo majka, kao što je to ovdje slučaju.

b) Rješenjem od 1. oktobra 1999. je zahtjev odbijen i apelantici je zapriječeno protjerivanjem u Tursku.

Pravni lijekovi su uloženi bez uspjeha.

## B.

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana. § 21 st. 1 rečenica 1 AuslG nije bio skladu sa čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava u mjeri u kojoj je isključivao pravo na dodjelu dozvole boravka osloncem na oca, jer se djetetu koje je rođeno u Saveznoj Republici dozvola boravka dodjeljuje isključivo onda kada majka posjeduje dozvolu boravka ili pravo na boravak. (...)

1. Prema čl. 3 st. 3 Ustava niko ne smije biti diskriminiran ili privilegiran zbog svoga pola, svog porijekla, svoje rase, svoga jezika, svoje domovine i porijekla, svoga vjerovanja, svoga vjerskog ili političkog svjetonazora. Ovu ustavnu normu osnažuje opšte načelo jednakosti čl. 3 st. 1 Ustava, jer ono stavlja uske granice zakonodavčevoj slobodi uobličavanja. Tako pol načelno ne smije biti oslonac za pravno nejednak tretman. To važi i onda kada propis nije vezan za zabranu nejednakog tretmana iz čl. 3 st. 3 Ustava, nego prevashodno služi drugim svrhama (usp. BVerfGE 85, 191 [206]; 97, 35 [43]; 97, 186 [197]).

Propisi koji prave razliku s obzirom na pol mogu biti u skladu sa čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava ako su neophodni za rješavanje problema koji, prema svojoj prirodi, mogu nastupiti ili kod mušakraca, ili samo kod žena. Ako nedostaju neophodni razlozi koji

opravdavaju nejednak tretman, onda se on može opravdati jedino usporedbom sa suprostavljenim ustavnim pravom (BVerfGE 85, 191 [207 i dalje]; 92, 91 [109]).

2. Propis koji se osporava ustavnom tužbom postavlja djecu stranaca, koja su rođena na teritoriju Njemačke i čija majka ima dozvolu borvaka ili pravo na boravak, u bolji položaj od one djece kod koje samo otac ima odgovarajući status prem pravu za strance. U tome leži privilegiranje na osnovu pola u smislu čl. 3 st. 3 rečenica 1 Ustava. Ovakvo razlikovanje nije opravdano. (...)

Nejednak tretman nije opravdan ni na osnovu poređenja sa kolidirajućim Ustavnim pravom.

Dobrobit djece, koja je na različite načine zagantirana članom 6 Ustava, ne zahtijeva da se pravo na boravak djeteta određuje isključivo prema pravnom statusu majke.

Ne mogu se aspekti jedinstva porodice, kao ni takvi koji upravo po rođenju djeteta zagovaraju posebno intenzivno zajedništvo majke i djeteta, ili oni koji izvan toga štite odnos majke i djeteta posredstvom čl. 6 st. 4 Ustava, ostvariti tako što će biti isključeni interesi oca – koji su sa svoje strane zaštićeni članom 6 Ustava.

Nasuprot tome, diferenciranju iz § 21 st. 1 rečenica 1 AuslG se suprostavljaju ustavna vrednovanja porodičnog prava. Ravnopravnost oba roditelja predstavlja uzor čl. 3 st. 2 rečenica 1 u vezi sa čl. 6 st. 2 rečenica 1 Ustava. (...)

Na tom osnovu ne može odnos majka-dijete, koji podliježe posebnoj zaštiti, opravdati – čak ni u pogledu tipične faze bliskosti koja slijedi neposredno nakon poroda – generalno i trajno zapostavljanje oca koje je u vezi sa pravom na boravak djeteta. Kada zakonodavac djetetu u pojednostavljenom postupku dodjeljuje boravak, uzimajući u obzir samo boravišni status majke, on zapostavlja pravnu poziciju staratelja kao i stvarne odnose u porodici koje karakterizira zajedničko staranje o djeci, odnosno, činjenicu da češće nego ranije isključivo otac preuzima brigu o djetetu (o sličnim izvođenjima usp. BVerfGE 37, 212 [244 i dalje]).

(2) Zakonodavac svakako ima pravo da prilikom uobličavanja konkretnih prava oba roditelja uzme u obzir različite stvarne odnose (usp. BVerfGE 107, 150 [169 i dalje]). To za pitanje prve dodjele dozvole boravka djetetu koje je rođeno u Njemačkoj znači da može biti prihvatljivo uzimanje u obzir boravišnog prava oca za vanbračno dijete samo ako je ocu dodijeljeno starateljstvo ili ako on živi u porodičnoj zajednici sa svojim djetetom. Ali, ovo kod prve dodjele dozvole boravka ne opravdava opšte, bezuslovno i trajno vezivanje za boravišni status majke.

(...)

## 51) BVerfGE 39, 334 (Extremistenbeschluss) Odluka o ekstremistima

Rješenje Drugog senata od 22. maja 1975.

- 2 BvL 13/73 -

Prema čl. 3 st. 3 Ustava niko ne smije, između ostalog, „biti deprivilegiran ili povlašten zbog (...) svog političkog uvjerenja“. Ovim je formalizirano opšte načelo jednakosti člana 3 st. 3 Ustava i zabranjeno je uzimanje političkog uvjerenja kao razloga za diskriminaciju ili privilegiranje. Tako, međutim, nije relativirana obaveza na vjernost državnih službenika, koja slijedi iz posebnog odnosa u kojem se prema državi nalaze namještenici, kao ni posljedice koje se izvode iz obaveze na vjernost:

Prije svega, zabrana iz čl. 3 st. 3 Ustava se ne odnosi na „posjedovanje“ političkog ubjedenja, nego na njegovo iznošenje i prakticiranje; jer, iznošenje i prakticiranje političkog uvjerenja ulazi u zaštićeno područje posebnih osnovnih prava, naime, onih koja, zaobilazeći neko djelovanje, jamče slobodu (dakle, čl. 2 st. 1, 4, 5, 8, 9 Ustava). Ova osnovna prava sadrže *vlastiti* opis ograničenja koja zakonodavac ne može održati i ostvariti ako mu na putu stoji čl. 3 st. 3 Ustava.

Nezavisno do toga, ne važi apsolutno ona formalna zabrana iz čl. 3 st. 3 Ustava. Moralo bi biti sasvim očigledno, kako ne može biti nedopustivo da se u obzir uzme konfesija nastavnika koji se prima za rad na vjerskoj školi, ili da se prednosti daje direktorici pri izboru rukovodioca jedne ženske škole, ili da se ne uzme u radni odnos Nijemac koji je odrastao u inozemstvu i zbog toga ne govori njemački jezik. Ovakvo se ograničenje može obrazložiti time što čl. 3 st. 3 Ustava zabranjuje samo ciljano zapostavljanje ili privilegiranje („zbog“), ali ne i nedostatke ili prednosti koje predstavljaju posljedicu propisa koji ima drukčije intencije (npr. propis o zaštiti trudnica, ili o zaštiti ustavnog uređenja itd.), ili naprosto pozivanjem na „prirodu stvari“ (BVerfGE 7, 155 [170]).

Konačno, ustavni propis se ne smije tumačiti izolirano; on mora biti protumačen iz ustavnog konteksta (BVerfGE 19, 206 [220]; 30, 1 [19]; 33, 23 [29]). Postave li se stvari u ovaj odnos, mora naprosto biti isključeno da isti ustav, koji je Saveznu Republiku Njemačka na pozadini gorkog vajmarskog iskustva konstituirao kao demokratiju u kojoj se raspravlja i koja se brani, nalaže da se ova država prepusti neprijateljima uz pomoć čl. 3 st. 3 Ustava (usp. BVerfGE 30, 1 [29]; 28, 36 [49]; 13, 46 [49]).

## 52) BVerfGE 8, 28 (Besoldungsrecht) Pravo o primanjima državnih službenika

(...)

2. Ako je zakon o primanju državnih službenika (*Besoldungsgesetz*), koji je prema svome cilju i sadržaju jednoznačan, u suprotnosti sa čl. 3 st. 1 Ustava, jer ne uzima u obzir određene platne razrede državnih službenika, onda ni jedan sud ne može službeniku iz ovog platnog razreda dodatnim tumačenjem zakona dosuditi primanja koja slijede iz ovog zakona.
3. Privilegira li zakonodavac, kršenjem čl. 3 Ustava, određene platne razrede, Savezni ustavni sud može propis koji privilegira proglasiti ništavim ili može utvrditi da je neustavno privilegiranje određenih platnih razreda. Međutim, on ne smije proširiti povlastice na platni razred koji je isključen ako ne može sa sigurnošću pretpostaviti da bi zakonodavac takav propis donio da je uvažio čl. 3 Ustava.

### Rješenje Prvog senata od 11. juna 1958.

- 1 BvL 14/52 -

*Opis problema: Jedan platni razred državnih službenika je, suprotno načelu jednakosti, bio izuzet iz generalnog povišenja primanja na osnovu odredbe o izuzecima. Pitanje je, da li se ograničavajuća norma može proglasiti ništavom.*

(...) Istina, Savezni ustavni sud je prilikom ustavnopravne provjere jedne uredbe, koja je pod uslovom povrede čl. 3 Ustava zajamčila jednoj grupi političkih partija privilegije, proglasio samo onu odredbu koja ograničava njenu primjenu ništavom (BVerfGE 6, 273 i dalje), tako da su prema ostatku teksta morale biti uzete u obzir sve partije. Pri tom se radilo o specifičnom činjeničnom stanju: kada zakonodavac pod pretpostavkom povrede čl. 3 Ustava privilegira jednu grupu osoba, onda Savezni ustavni sud ne može ponovo uspostaviti jednakost tako što će umjesto zakonodavca utvrditi novi tekst zakona koji obuhvata grupe osoba koje prvobitno nisu obuhvaćene. Jer, zakonodavac bi možda odustao od reguliranja da je pri donošenju odluke uvidio domete čl. 3 Ustava. Odluka saveznog ustavnog suda koja se oslanja na čl. 3 Ustava mora prema mogućnostima sačuvati zakonodavčevu slobodu uobličavanja. To je moguće u slučaju zakona, koji pod pretpostavkom kršenja Ustava opterećuju određenu grupu osoba, ako Savezni ustavni sud dotičnu normu proglašni ništavom i zakonodavcu time ostavi otvorenu mogućnost daljeg uobličavanja propisa. Prekrši li, međutim, jedan zakon čl. 3 Ustava time što privilegira određenu grupu osoba, Savezni ustavni sud mora propis koji privilegira proglasiti ništavim ili utvrditi da je neuzimanje u obzor određene grupe – dakle, zakonodavčev propust – u suprotnosti sa Ustavom. U oba slučaja zakonodavac može odlučiti na koji će način povesti računa

o načelu jednakosti u novom propisu. Suprotno ovome, dopuštena je odluka kojom se proglašava ništavim dio jedne odredbe – kao u Rješenju od 21. februara 1957. (BVerfGE 6, 273 i dalje) – samo kada Savezni ustavni sud sa sigurnošću može pretpostaviti da bi zakonodavac pod uslovom poštovanja čl. 3 Ustava ostatak teksta izabrao, da bi dakle, zakon u neizmjenjenom obliku primijenio na sve grupe koje treba uzeti u obzir. To se u ovoj odluci može pretpostaviti; ovdje se radi o pravnoj uredbi kod koje je bilo nejasno da li zakon na osnovu kojeg je uredba donešena, sam po sebi obavezuje na uzimanje u obzir *svih* partija (na nav. mj., s. 281); jasno je da je Savezna vlada, ovlaštena za donošenje uredbe, samo iz formalnih razloga tretirala partije na različite načine, naime zbog olakšavanja tehničkog provođenja, a ne da bi u samoj stvari obuhvatila samo uži krug partija.

Takve ili slične pretpostavke ne postoje, međutim, u predmetnom slučaju.

### **53) BVerfGE 116, 243** **(Ausländische Transsexuelle)** **Transseksualni stranci**

*Opis problema: Zakon o transseksualcima ([Transsexuellengesetz] TSG) preko svoga § 1 st. 1 br 1 otvara samo Nijemcima i osobama sa njemačkim statusom (lica bez državljanstva ili domovine, stranci sa uobičajenim boravkom u Njemačkoj, osobe koje imaju pravo na azil, strane izbjeglice sa boravkom u Njemačkoj) mogućnost da zatraže izmjenu imena tako što će se novo ime uskladiti sa njihovim doživljajem vlastite seksualnosti ili doživljajem vlastitog spola, ali isto pravo ne jamči i osobama koje su druge nacionalnost. Ovakvim isključivanjem se transseksualni stranci, u pogledu ostvarivanja njihovih potreba, indirektno upućuju na pravo njihove domovine. Ako država porijekla ne predviđa slične ili usporedive propise, stranim transseksualcima ostaje trajno zatvorena mogućnost da im se, prema sadašnjem pravnom stanju, pravno prizna njihovo spolno svrstavanje pod određenu spolnu pripadnost.*

*Ovom odlukom je Prvi senat na zahtjev Bavarskog vrhovnog zemaljskog suda i Višeg zemaljskog suda Frankfurt a.M. odlučio da § 1 st. 1 br. 1 TSG nije u skladu sa zahtjevom jednakog tretmana, jer on iz prava na promjenu svoga imena i spola isključuje transseksualce, koji se redovno, a ne samo privremeno nalaze u Njemačkoj, ukoliko pravo njihove domovine ne sadrži sličan propis.*

1. § 1 st. 1 br. 1 Zakona o promjeni imena i utvrđivanju pripadnosti određenom spolu za posebne slučajeve (Zakon o transseksualcima [Transsexuellengesetz] TSG) od 10. septembra 1980. (BGBl. 1, s. 1654) nije u skladu sa čl. 3 st. 1 u vezi sa osnovnim pravom na zaštitu ličnosti



(čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava), jer izuzima transseksualce strance koji se redovno, a ne samo privremeno, nalaze u Njemačkoj iz prava na promjenu imena i prava na ustanovljavanje pripadnosti spolu prema § 8 st. 1 br. 1 Zakona o transeksualcima, ukoliko pravo njihove domovine ne poznaje sličan propis.

2. § 1 st. 1 br. 1 Zakona o transseksualcima ostaje na snazi do novog zakonskog reguliranja.
3. Zakonodavcu se određuje da do 30. juna 2007. donese novi propis koji je u skladu sa Ustavom.

### **Rješenje Prvog senata od 18. jula 2006.**

**- 1 BvL 1/04, 12/04 -**

#### **I.**

1. Prema stručnom mišljenju Max-Planck-Instituta za strano i internacionalno privatno pravo (...) mnogobrojne evropske zemlje su u međuvremenu donijele zakone koji prediviđaju pravno priznanje promjene spola. Osim Švedske koja ovu mogućnost otvara samo za vlastite državljane, Finska, Nizozemska, Danska i Velika Britanija otvaraju takvo priznanje i strancima koji stanuju u zemlji ili se tamo legalno zadržavaju određeno vrijeme. Italijanski Zakon o pripadnosti spolu ne sadrži propis o primjeni na strance (...) U Francuskoj ne postoje odgovarajući zakonski propisi o transseksualnosti. Cour d' appel Paris je 1994. odlučio da je prema čl. 1 u vezi sa č. 14 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EMRK) koja u Francuskoj posjeduje snagu zakona i neposredno se primijenjuje, također strancima zajamčeno pravo na priznanje izmjene spola koje se temelji na čl. 8 EMRK. Isto tako je odlučio austrijski Upravni sud 1997. u slučaju jednog italijanskog transseksualca; (...). U Švicarskoj su prema tamošnjem internacionalnom privatnom pravu za individualnopravne odnose nadležni švicarski sudovi i službe mjesta stanovanja, koje primijenjuju mjesno pravo. Na taj način švicarski Savezni sud nalazi uporište za sudsko priznanje promjene spola koje važi i za strane transseksualce.

(...)

#### **III.**

1. Postupak po zahtjevu suda 1 BvL 1/04

a) Učesnik prvostepenog postupka je tajlandski državljanin koji je rođen kao muškarac. On se 1999. podvrgao operativnoj promjena spola u ženski spol. Od aprila 2002. živi u Njemačkoj sa jednim njemačkim državljaninom.

Oni se namjeravaju vjenčati. Budući da prema tajlandskom pravu promjena spola nije priznata, on je zatražio oslobođenje od prilaganja uvjerenja da je bračno sposoban prema § 1309 st. 2 BGB. Ovo je odbijeno pozivom na Zakon o transeksualcima. On

je u međuvremenu sa svojim partnerom stupio u odnos registriranog partnerstva, ali nastoji i dalje da zaključe brak.

Zbog toga je zatražio od osnovnog suda da se prema § 8 TSG utvrdi da je njegov spol ženski. Pri tom je priložio dvije ekspertize iz 2002. godine, prema kojima on najmanje tri posljednje godine živi kao pripadnik ženskog spola, a najmanje deset zadnjih godina stoji pod pritiskom da živi u skladu sa ovom predstavom. (...)

b) Rješenjem od 2. januara 2003. je Osnovni sud odbacio zahtjev pozivajući se na § 1 st. 1 TSG. Ostale su bez uspjeha uložene žalbe. (...)

**B.**

**I.**

cc) (...)

Kako to pokazuje pogled na ostale zemlje, postoje administrativno primjenjivi putevi rješenja. Oni se vide i u tome da se sve veći broj država distancira od striktno primjene principa državljanstva, kako se to može zaključiti iz objašnjenja Max-Planck-Instituta za strano i internacionalno privatno pravo. Konačno, nije bitan argument zaštite pred različitim tretmanom u Njemačkoj i domovini, npr. od poteškoća pri prelasku granice, prema kojem se pogođenim strancima uskraćuje zaštita osnovnih prava iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava u formi pristupa postupku, kako bi se promijenilo njihovo ime ili pripadnost spolu, već prema njihovim zahtjevima. Pogođeni mogu slobodno odlučiti da li je za njih važno da bar u Njemačkoj žive u skladu sa spolom koju su primili, odnosno, da li će odustati od ovog priznanja kako bi bili pošteđeni poteškoća koje su skupčane sa različitim tretmanom u njihovoj domovini.

## **54) 1 BvR 673/17** (Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien) **Usvajanje pastoraka u vanbračnim porodicama**

**Savezni Ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 33/2019 od 2. maja 2019. godine**

**Rješenje od 26. mart 2019. godine**

**-1 BvR 673/17-**

Potpuno isključenje usvajanja pastoraka u vanbračnim porodicama je protivno čl. 3 st. 1 Ustava. Nespojivo je sa općim načelom jednakog postupanja, da roditelj koji je očuh/maćeha, u vanbračnim porodicama sa pastorcima, ne može usvojiti djecu drugog roditelja, bez da srodstvo djece prema tom roditelju prestaje, nasuprot čemu

u bračnoj porodici takvo dijete može postati zajedničko dijete oba roditelja. Ovo je danas objavljenom odlukom odlučio Prvi senat, a predmetne propise Građanskog zakonika proglasio je neustavnim, te je zakonodavcu naložio da do 31. marta 2020. godine izmijeni odredbe. Senat je kao razlog tome našao da opća zabrinutost koja je iznesena protiv usvajanja pastoraka ne opravdava nepovoljniji tretman djece u vanbračnim porodicama i da se zaštita pastorka od štetnog usvajanja može dovoljno efikasno osigurati na druge načine, a ne na način da se u cjelosti isključi usvajanje.

### **Činjenično stanje:**

I. Prema trenutno važećem pravnom okviru, usvajanje koje bi vodilo ka zajedničkom roditeljstvu nad pastorcima, je moguće samo kada je oćuh/maćeha vjenčan sa zakonskim roditeljem, dok oćuh/maćeha u vanbračnim porodicama sa pastorcima djecu zakonskog roditelja ne mogu usvojiti bez da srodstvo djece prema tom roditelju prestaje (§ 1754 st. 1 i 2 i § 1755 st. 1 rećenica 1 i st. 2 BGB (Građanski zakonik, Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). Tada bi dijete imalo samo oćuha/maćehu još kao zakonskog roditelja, što obično nije u interesu involviranih. Usvajanje pastoraka u vanbračnim porodicama je tako prema važećem zakonu faktički isključeno. Između nevjenčanog oćuha/maćeha i djeteta ne postoji nikakvi posebni pravni odnosi. To važi i onda kada oćuh/maćeha sa drugim roditeljem i djetetom živi u socijalno-porodičnim odnosima. Oćuh/maćeha koji nije u braku sa roditeljem djeteta nema pravo ni obavezu staranja o djetetu. Čak i nakon smrti zakonskog roditelja ili raskida veze ne postoje posebni pravni odnosi u odnosu oćuh/maćeha – dijete, osim izuzetka iz § 1685 st. 2 Građanskog zakonika.

II. Apelantica pod 1) je biološka majka djeteta koje treba usvojiti, apelanata pod 2) i 3). Biološki otac djece sa kojim je majka bila u braku je umro 2006. godine. Od 2007. godine apelantica pod 1) i apelant pod 4) žive u vanbračnoj zajednici. Odlučili su da ne stupaju u brak jer apelantica pod 1) prima penziju udovice, koju smatra značajnim dijelom sredstava svog izdržavanja, a pravo na ovu penziju bi izgubila u slučaju ponovnog zaključenja braka. Oni imaju zajedničkog sina koji je rođen 2009. godine. Osnovni sud je odbacio zahtjev apelanta pod 2) i 3) za priznanje zajedničke djece. Žalba upućena Višem zemaljskom sudu kao i tužba Saveznom vrhovnom sudu nisu imali uspjeha.

### **Bitni argumenti Senata:**

Trenutno vežeći pravi okvir je protivan čl. 3 st. 1 Ustava.

I. On vodi ka nejednakom tretmanu prema djeci u vanbračnim porodicama sa

pastorcima u kojima očuh/maćeha nije u braku sa zakonskim roditeljem djeteta, u odnosu na djecu u bračnim porodicama sa pastorcima. Njima se, nasuprot djeci u bračnim porodicama sa pastorcima, uskraćuje svaka mogućnost da ih očuh/maćeha usvoje, uz istovremeno očuvanje srodstvenih odnosa sa zakonskim roditeljem i da time postanu zajedničko dijete oba roditelja sa kojima zajedno živi u vanbračnoj porodici sa pastorcima.

II. Ovakav nepovoljniji tretman nije opravdana.

1. Opravdanje se mjeri prema strogim zahtjevima proporcionalnosti. Čl. 3 st. 1 Ustava ne uskraćuje zakonodavcu svaki vid diferencijacije. Međutim, diferencijacije uvijek podliježu opravdanju na osnovu suštinskih razloga koji su srazmjerni cilju i obimu nejednakog tretmana. U pogledu ustavnopravnih zahtjeva u odnosu na suštinski razlog kojim se opravdava nejednak tretman, opće načelo jednakosti zakonodavcu postavlja različita ograničenja zavisno od predmeta regulacije i obilježja diferencijacije. Strožije vezivanje zakonodavca može proizaći iz predmetnih sloboda u pojedinačnom slučaju, iz razloga što obilježja, na koja se nadovezuju zakonske diferencijacije, pojedincu nisu dostupna ili da se približavaju onima iz čl. 3 st. 3 Ustava. Stoga se ovdje ima primijeniti strožiji standard provjere, jer usvajanje u kontekstu razvoja ličnosti utječe na osnovna prava djeteta, naime njegovo pravo na osiguranje roditeljske njege i odgoja iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 6 st. 2 rečenica 1, kao i kroz čl. 6 st. 1 Ustava šticešno pravo na zajednički porodični život djeteta sa njegovim roditeljima, te njihovo isključenje u ukupnosti ide na njegovu štetu. Štaviše, na kriterij diferencijacije koji se primjenjuje u okviru trenutno važećeg zakonodavstva, konkretno brak između roditelja i očuha/maćeha, djeca ne mogu utjecati niti se odricanje od sklapanja braka između roditelja može pripisati djeci.

2. Pobijane odredbe ne zadovoljavaju ove strožije zahtjeve opravdanosti. Nepovoljniji tretman dotičnih pastoraka je svakako nesrazmjeran u užem smislu.

a) Opća zabrinutost protiv usvajanja pastoraka ne može unaprijed opravdati nepovoljniji tretman djece u vanbračnim porodicama sa pastorcima, jer se ne bavi specifičnim problemima usvajanja pastoraka u vanbračnim porodicama, nego oni jednako važe za bračne i vanbračne porodice sa pastorcima.

b) Nasuprot tome, svrha koju zakonodavac želi postići isključenjem usvajanja pastoraka, i to da spriječi da dijete mora odrastati u nepovoljnim porodičnim okolnostima, je ipak legitimna. Međutim, taj cilj se u konkretnoj situaciji u kojoj se nalazi pastorak svakako ne može ostvariti kroz isključenje usvajanja, jer to dijete u pravilu već živi u konkretnoj porodici sa roditeljem i očuhom/maćehom. Ukoliko zakonski roditelj djeteta nije u braku sa očuhom/maćehom, djetetu naprosto nije dostupna bračna porodica.

c) Legitimna je i svrha koja se želi postići isključenjem usvajanja pastoraka u vanbračnim porodicama, i to da se usvajanje pastoraka dopusti samo u životnim zajednicama koje obećavaju stabilnost. Time se dijete može štititi od negativnih posljedica, a kojima bi upravo u slučaju usvajanja moglo biti opterećeno, ukoliko bi se roditelj i očuh/maćeha ponovno rastali, i to prije nego što bi se uspostavio održiv odnos između očuha/maćeha i djeteta, pri čemu bi dijete onda zbog usvajanja i nakon rastave roditelja ostalo vezano sa očuhom/maćehom. Ipak, potpuno isključenje usvajanja pastoraka u vanbračnim porodicama nije odgovarajući način za ostvarenje ove svrhe.

Premda se sa ustavnopravnog stajališta ne može prigovoriti tome što zakonodavac u pravnom okviru kojim se reguliše usvajanje kao indikator stabilnosti koristi okolnost da je odnos među roditeljima određen sklopljenim brakom. Ako su roditelji zaključili brak, tada to govori u prilog želji za vezivanjem koja prevazilazi kratkotrajnu želju za vezom i time u prilog stabilnosti veze. Zakonske odredbe ipak nisu prilagođeno kako bi obuhvatile stabilne vanbračne porodice sa pastorcima, jer se okolnost da je odnos među roditeljima određen sklopljenim brakom postavlja kao nužni indikator stabilnosti i ne dozvoljava da se očekivanje stabilnosti alternativno opravda i utvrdi kroz druge indikatore.

Ukoliko je zaštita djece koja se može postići potpunim isključenjem usvajanja pastoraka u vanbračnim porodicama učinkovitija od zaštite koja se može postići propisima o isključenju usvajanja kroz konkretne prognoze stabilnosti u pojedinačnim slučajevima, to ne može nadjačati nedostatke koji mogu nastati za djecu u vanbračnim porodicama sa pastorcima i to da im usvajanje ostaje nedostupno i kada je veza roditelja stabilna, a usvajanje služi općenito njihovoj dobrobiti. Zaštita pastoraka od usvajanja sa negativnim posljedicama se može dovoljno efikasno osigurati kroz propise o usvajanju gdje bi isključenje zavisilo od konkretnih prognoza stabilnosti, a u okviru kojih propisa zakonodavac nije spriječen da u odnosu na vanbračne zajednice postavlja takva očekivanja stabilnosti koji se opravdano mogu očekivati u brakovima. To što posredno pobijani propisi potpuno isključuju usvajanje pastoraka u vanbračnim porodicama i takvo što uskraćuju i stabilnim vanbračnim porodicama sa pastorcima, ne može se opravdati ni kroz ovlasti zakonodavac da pojednostavljuje i tipizira. Zakonodavac može koristiti tipizirajuće propise i mimo uređenja postupanja u općoj upravi, u što se očito ne odnosi na provjeru postojanja uslova za usvajanje, bez da se samo zbog s time povezanog, a neizbježnog, nepovoljnijeg tretmana pojedinca, krši opće načelo jednakosti. Kada se mora donijeti propis kojim se regulišu neke neizvjesne okolnosti ili događaji, a koji se ne mogu sa sigurnošću odrediti – kao što je to u ovom slučaju u odnosu na opstojnost jedne partnerske veze – čak ni pri detaljnom posmatranju pojedinačnog slučaja, pravnoj sigurnosti se može doprinijeti ukoliko zakonodavac pravne posljedice tipizirajuće veže za jasnije činjenične preduslove koje treba donijeti, koji – kao reprezentativna obilježja – mogu što je više moguće obuhvatiti neizvjesne okolnosti ili događaje. Međutim, nejednak tretman koji je povezan sa tipizacijom može

se ustavnopravno samo pod posebnim uslovima opravdati, a koji ovdje nisu ispunjeni. Tako strogo isključenje usvajanja pastoraka u vanbračnim porodicama sa pastorcima nema za osnovu na realnosti zasnovan tipični slučaj kao mjerilo. Vanbračna porodica se, pored bračne porodice, sve više i više konstituirala kao dodatni oblik porodice. Ne postoje saznanja, a koja danas opravdavaju pretpostavku da partnerska veza unutar vanbračne porodice sa pastorcima ukazuje na tipičnu posebnu krhkost i da samo u jednom malom broju slučajeva ostaje stabilna. Propisi stoga ne pogađaju samo srazmjerno mali broj pogrešnih slučajeva, nego će uvijek iznova pogađati porodice sa pastorcima, a koje imaju duže trajanje, tako da nastaje održiv odnos roditelja i djeteta i da bi prihvatanje djeteta od strane očuha/maćehe služilo dječijoj dobrobiti. Razmjer nejednakog tretmana je, osim toga, intenzivan. Za djecu se odlučuje po osnovu bračnog statusa roditelja, da li li njihov socijalni roditelj može postati njihov zakonski roditelj ili ne. Bezobzirnost bi se mogla bez prekomjernih poteškoća izbjeći. Bilo bi moguće, da se vrši provjera dobrobiti djeteta čak i u ovoj konstalaciji u pojedinačnom slučaju i da se pri tome umjesto ili pored kriterija braka kao alternativni kriterij koriste indikatori stabilnosti, kao što je dosadašnja dužina trajanja veze.

d) Nejednak tretman pastoraka u bračnim i vanbračnim porodicama u konačnici nije opravdan ni kroz vrijednosni sud u korist braka, sadržan u čl. 6 st. 1 Ustava.

III. I dalje može ostati otvoreno pitanje da li sa stajališta propisa o usvajanju nepovoljan tretman vanbračnih životnih zajednica nasuprot vjenčanim parovima, uprkos mogućnosti da se nakon zaključenja braka izvrši željeno usvajanje, predstavlja zasebno kršenje čl. 3 st. 1 Ustava, jer sprečavanje usvajanja pastoraka u svakom slučaju dotičnu djecu dovodi u nepovoljniji položaj i stoga je iz tih razloga protivustavno.

## **55) 1 BvR 957/18** (Ausgestaltung der mündlichen Verhandlung)

### **Uređenje usmene rasprave**

Savezni Ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopćenje za javnost br. 1/2019 od 3. januara 2019. godine

Rješenje od 27. novembra 2018. godine

-1 BvR 957/18-

Prvo vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda danas objavljenom odlukom nije uzelo u razmatranje apelaciju psihički bolesnog apelanta, koji je zahtijevao da se usmena rasprava provede bez ikakvih zapreka prema njegovoj zamisli. Tvrdnji apelanta, da je odbijajućom odlukom Zemaljskog socijalnog suda došlo do povrede čl. 3 st. 3 rečenica 2 Ustava, nije udovoljeno.

**Činjenično stanje:**

Apelant je obolio od autizma u vidu Aspergerovog sindroma. Zbog oboljenja je zahtijevao da duži vremenski period komunicira putem svog kućnog računara, umjesto da bude neposredno prisutan na usmenim raspravama. Ovo je Zemaljski socijalni sud odbio, ali je apelantu ponudio da se usmena rasprava prilagodi njegovim potrebama kroz prethodno slanje pisanog zapisnika, kao i kroz kompjutersku komunikaciju u sudnici.

**Bitni argumenti Vijeća:**

Ne postoje ustavnopravne nedoumice protiv odbijajuće odluke Zemaljskog socijalnog suda. Apelantov zahtjev da se usmena rasprava uredi prema njegovim zamislima nije obuhvaćena čl. 3 st. 3 rečenica 2 Ustava.

Sudovi su obavezni da postupak uvijek provode u skladu sa dužnošću povezanim diskrecionim ovlaštenjima uzimajući u obzir čl. 3 st. 3 rečenica 2 Ustava, kojim je propisano da se mora voditi računa o zdravstvenim potrebama učesnika u postupku. Međutim, ova obaveza nije neograničena. Transparentnost koja se stvara kroz usmenu raspravu i očuvanje ustavnog načela neposrednosti u cilju ispravnog utvrđivanja činjeničnog stanja su od ključne važnosti za vladavinu prava.

U skladu sa ovim načelima, a nakon sveukupne ocjene, sa ustavnog stajališta ne postoji nejednako postupanje. Uređenje usmene rasprave po zahtjevima apelanta bilo bi u suprotnosti sa navedenim ustavnim principima. S druge strane, kroz moguće imenovanje punomoćnika, odnosno pomoćnika, bi se osigurala prava apelanta, kao i navedena načela te bi se doveli u obzirnu i brižljivu ravnotežu.

**§ 10.**  
**Sloboda vjeroispovijesti, savjesti**  
**i svjetonazora**  
**(čl. 4 Ustava)**



## 56) BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter) Molitvom do ozdravljenja

O utjecaju slobode vjeroispovijesti, koja je zajamčena kao osnovno pravo, na kažnjavanje zbog neukazane pomoći (§ 330 c Krivičnog zakonika [*Strafgesetzbuch*] *StGB*), danas § 323 c *StGB*.

### Rješenje Prvog senata od 19. oktobra 1971.

- 1 BvR 387/65 -

Apelant je član religioznog udruženja evangelističkog bratstva. Njegova supruga je, također, bila član ovog bratstva. Ona je po rođenju četvrtog djeteta, unatoč činjenici da je u životnoj opasnosti zbog akutnog nedostatka krvi nastalog iskrvavljenjem, odbila da se prema ljekarskom savjetu smjesti u bolnicu kako bi bila obavljena transfuzija krvi. Suprug je propustio da u smislu ljekarskog savjeta utječe na svoju suprugu. Izostalo je liječenje; supruga, koja je do posljednjeg trenutka bila pri svijesti, je podlegla.

(...) Zemaljski sud Ulm je apelanta osudio presudom od 14. januara 1965. zbog nepružanja pomoći na novčanu kaznu od 200 DM, ili na 10 dana zatvorske kazne.

Zemaljski sud je utvrdio slijedeće činjenično stanje:

(...) Ljekar je shvatio da postoji opasnost po život i predložio je apalenatu kao i njegovoj supruzi smještaj u bolnici, kako bi se moglo obaviti prenošenje krvi; jasno je istakao da će ona bez takvog tretmana umrijeti. Na ovo je apelant pojasnio ljekaru da će njegova supruga ozdraviti i bez bolničkog tretmana ako se Bogu obrate za pomoć i ako ostanu čvrsti u vjeri; oni su oboje vjernici, naučeni da vjeruju u božju riječ i da vjeruju u Boga. On sam zbog toga ne pristaje na bolnički tretman. Zatim se obratio supruzi izjavljujući da odluku prepušta njoj i da ona može ići u bolnicu ako hoće; vjera međutim podučava drukčijem putu, jer u Svetom pismu stoji: „Ako je neko bolestan, on poziva k sebi starješinu zajednice kako bi se za njega molili, i molitve će pomoći bolesnom“. Apelatnova supruga je na ovo izjavila da odbija tretman u bolnici i moli da joj se pozove jedan od braće iz zajednice kako bi zajedno molili; to se idesilo. Kratko potom supruga je podlegla.

### I.

Savezni ustavni sud u postupku ustavne tužbe ne provjerava u punom obimu da li su počinjene greške pred redovnim sudovima (BVerfGE 7, 198 [207]; 17, 302 [304]; 18, 85 [92 i dalje]). U predmetnom slučaju će se ispitati samo da li je osporenim odlukom, prilikom tumačenja i primjene krivičnopravnih odredbi iz § 330 c *StGB*, došlo do previda u pogledu utjecaja osnovnih prava na ovu normu.

## II.

Provjera osporavane odluke pokazuje da se njome na nedozvoljen način zadire u apelantovo osnovno pravo na slobodu vjeroispovijesti i svjetonazora (čl. 4 st. 1 Ustava).

(...)

2. U državi u kojoj je ljudsko dostojanstvo najviša vrijednost i u kojoj je istovremeno slobodnoj volji pojedinca priznato značenje konstante koja uobličava zajednicu, sloboda vjeroispovijesti jamči pojedincu postojanje slobodnog prostora u koji se država ne smije ni na koji način uplitati, u kojem on sam sebi može odrediti formu življenja, kako to već odgovara njegovom ubjeđenju. Sloboda vjeroispovijesti je u tom smislu više od religiozne tolerantnosti, t.j. od običnog trpljenja konfesije ili nereligioznog ubjeđenja (BVerfGE 12, 1 [3]). Ona, prema tome, ne obuhvata samo (unutrašnju) slobodu da se vjeruje ili ne vjeruje, nego i vanjsku slobodu, da se vjerovanje manifestira, da se kao takvo ispoljava i da se širi (BVerfGE 24, 236 [245]). Ovdje spada i pravo pojedinca da svoje cjelokupno držanje usmjeri prema naukovanju njegove vjere i da djeluje prema svom unutrašnjem vjerskom ubjeđenju. Pri tom, slobodom vjeroispovijesti nisu zaštićena samo uvjerenja koja počivaju na imperativnim stavovima vjere. Ona obuhvata i religiozna ubjeđenja koja u konkretnoj situaciji ne zahtijevaju isključivo religioznu reakciju, ali ovu reakciju smatraju najboljim i najadekvatnijim sredstvom kako bi se konkretna životna situacija prilagodila vjerskim zahtjevima. U suprotnom se osnovno pravo na slobodu vjeroispovijesti ne bi moglo u potpunosti ostvariti.

3. Sloboda vjeroispovijesti nije zajamčena u neograničenom obimu.

a) Istina, ona ne podliježe ni ograničenjima člana 2 st. 1 Ustava, ni onim iz čl. 5 st. 2 Ustava.

Čl. 4 st. 1 Ustava proglašava slobodu vjeroispovijesti, savjesti i svjetonazora nepovredivim (usp. BVerfGE 12, 1 [4]). On je u odnosu na čl. 2 st. 1 Ustava *lex specialis*. Sa shvatanjem Saveznog ustavnog suda, koje je u stalnoj pravosudnoj praksi razvijeno povodom odnosa subsidijarnosti čl. 2 st. 1 Ustava prema specijalnosti pojedinačnih prava koja jamče slobodu (usp. BVerfGE 6, 32 [36 i dalje]; 23, 50 [55 i dalje] s daljim uputama), je nespojivo mišljenje da je sloboda vjeroispovijesti ograničena slobodama drugih, ustavnim uređenjem i moralom.

b) Sloboda koja je u čl. 4 st. 1 Ustava zagantirana polazi, kao i sva osnovna prava, od ustavne slike čovjeka, t.j. od čovjeka kao odgovorne osobe koji se slobodno artikulira u socijalnoj zajednici. Ovakvo vezivanje individue za zajednicu, kako je priznaje Ustav, ostavlja prostora za ograničavanje onih ljudskih prava koje je Ustav zajamčio u neograničenom obimu. Međutim, granice slobode vjeroispovijesti – kao i slobode umjetnosti (usp. BVerfGE 30, 173 [193]) – određuje sam Ustav. Kako sloboda vjeroispovijesti ne podrazumijeva zakonska ograničenja, ona ne smije biti relativirana

opštim pravnim uređenjem, ni nekom neodređenom klauzulom koja bi dopuštala da se zaštite dobra koja su neophodna za održavanje državne zajednice, iako nedostaje ustavnopravni oslonac ili pravnodržavno osiguranje. Konflikt koji bi mogao nastati u okvirima zagaranirane slobode vjeroispovijesti se rješava prema mjerilima ustavnog uređenja vrijednosti i uzmanjem u obzir jedinstva ovog sistema vrijednosti. Sloboda vjeroispovijesti je, kao dio sistema vrijednosti osnovnih prava, podređena zahtjevu za tolerantnošću, posebno dostojanstvu čovjeka koje je zagaranirano u čl. 1 st. 1 Ustava i koje vrijedi kao najviša vrijednost koja prožima cijeli ustavni sistem vrijednosti (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; usp. također BVerfGE 30, 173 [193]).

Ovi razlozi isključuju mogućnost da se bez izuzetka sankcioniraju djelovanja i ponašanja koja proizilaze iz određenog vjerskog ubjeđenja, tako što bi država predvidjela kaznu za ovakvo ponašanje – neovisno o njegovom vjerskom motivu. Ovdje se ostvaruje efekt zračenja osnovnog prava iz čl. 4 st. 1 Ustava, na taj način da ono može utjecati na vrstu i omjer prihvatljivih državnih sankcija. To za krivično pravo znači slijedeće:

Ko se u konkretnoj situaciji odluči za činjenje ili nečinjenje, može dospjeti u konflikt sa moralnim svjetonazorima koji vladaju u određenoj zajednici, kao i sa pravnim obavezama koje se na njima temelje. Ako on takvim ponašanjem, prema uobičajenom tumačenju, počini krivično djelo, mora se u svjetlu čl. 4 st. 1 Ustava postaviti pitanje, da li pod uslovima posebnih okolnosti slučaja uopšte može biti ispunjen smisao državnog kažnjavanja. Takav počinitelj se ne suprostavlja državnom uređenju zbog nedostatka pravne svijesti; i on sam želi zaštititi pravna dobra koja su zaštićena krivičnom kaznom. On je međutim postavljen u graničnu situaciju u kojoj opšte pravno uređenje stoji u suprotnosti sa ličnim zapovijestima vjere tako da on ispunjava obaveze slijedeći, kao u ovom slučaju, više zapovijesti vjere. Ako se takva odluka objektivno mora odbiti iz perspektive predstava koje vladaju u društvu, ona se ipak ne može odbaciti u mjeri koja bi opravdala da se protiv počinioca upotrebi najoštirje oružje koje državi stoji na raspolaganju, krivično pravo. Krivična kazna – nezavisno od njene visine – u ovakvoj konstelaciji ni iz jedne perspektive (osveta, prevencija, resocijalizacija počinioca) ne može predstavljati adekvatnu sankciju. Kako iz čl. 4 st. 1 Ustava slijedi da je obaveza svih javnih vlasti da respektiraju najšire granice vjerskog ubjeđenja, to mora voditi do odstupanja od krivičnog prava svaki put kada konkretan konflikt između jedne pravne obaveze, koja postoji prema opštem mišljenju, i jedne vjerske zapovijesti, dovede počinioca u stanje duševne tjeskobe koja se u odnosu na krivično kažnjavanje, koje ga žigoše kao kriminalca, predstavlja kao pretjerana socijalna reakcija koja vrijeđa njegovo ljudsko dostojanstvo.

4. Primjena ovih načela na predmetni slučaj vodi do zaključka da su Zemeljski sud i Viši zemaljski sud predvidjeli učinak osnovnog prava iz čl. 4 st. 1 Ustava i njegovo zračenje na § 330 c StGB koje dolazi do izražaja u postupku tumačenja i primjene ovog propisa.

## 57) BVerfGE 24, 236 (Aktion Rumpelkammer) Akcija Rumpelkammer

1. Na osnovno pravo iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava se osim crkava, vjerskih zajednica i zajednica koje objedinjuje isti svjetonazor mogu pozvati i udruženja čiji je cilj, ne sveobuhvatno, nego parcijalno bavljenje religioznim i konfesionalnim životom svojih članova.
2. Članom 4 st. 2 je također zagarantirano pravo da se organiziraju skupovi u crkvene ili religiozne svrhe. Isto vrijedi i za potporne akcije koje se kreću u okvirima uobičajenog religioznog života, kao što je prikupljanje pomoći sa propovjedaonice.

### Rješenje Prvog senata od 16. oktobra 1968. - 1 BvR 241/66 -

u postupku povodom ustavne tužbe Katoličkog omladinskog pokreta Njemačke  
(*Katholische Jugendbewegung Deutschlands*)

(...)

Početak 1965. je apelantica širom Njemačke organizirala akciju „Rumpelkammer“; ona je sakupljala upotrebljavanu garderobu, sitnice i stari papir, i sve je prodavala kupcima na veliko. Pri tom je ostvarila prihod od više miliona njemačkih maraka koji je bio određen za omladinu u nerazvijenim zemljama. Pojedine akcije su obznanjivane sa propovjedaonice u katoličkim crkvama i oglasima u novinama.

(...) Zemaljski sud je apelanticu osudio, da mora odustati od obznanjivanja sa propovjedaonice katoličke crkve u Breitenbrunn, da će se prikupljati stari materijala.

Osnovno pravo na nesmetano obavljanje vjerskog obreda (čl. 4 st. 2 Ustava) je sadržano u pojmu slobode na vjerovanje i na ispovijedanje jedne vjere. Pojam, naime, ne obuhvata – svejedno da li se radi o ispovijedanju jedne vjere, ili o svjetonazoru koji je stran vjerovanju, odnosno koji je slobodan svakog vjerovanja – samo unutrašnju slobodu da se vjeruje ili da se ne vjeruje, t.j. da se jedna vjera ispovijeda, da se prešuti ili da se dosadašnja vjera zamjeni nekom drugom, nego upravo slobodu kulturnih radnji, reklame, propagande (BVerfGE 12, 1 [3 i dalje]). U tom smislu je neometano ispovijedanje vjere samo jedan dio slobode vjerovanja i ispovijedanja vjere koja stoji na raspolaganju pojedincima jednako kao i religioznim udruženjima ili udruženjima koja objedinjuju zajednički svjetonazor (BVerfGE 19, 129 [132]). Najranije od Vajmarskog ustava sloboda ispovijedanja vjere prelazi sadržajno u slobodu obznanjivanja vjere. (...)

Kako „obavljanje vjerskog obreda“ ima centralni značaj za svaku vjeru i za svaku konfesiju, ovaj se pojam mora u pogledu njegovog historijskog sadržaja ekstenzivno tumačiti.

U slobodu obavljanja vjerskog obreda spadaju ne samo kultske radnje i njihova upražnjavanja kao i poštovanje religioznih običaja, kao što su bogoslužjenja, prikupljanje crkvenih priloga, molitve, primanje sakramenta, procesije, isticanje crkvenih zastava, zvonjava, nego i religiozno obrazovanje, nereligiozni i ateistički praznici kao i ostale prezentacije religioznog života i života po određenom svjetonazoru.

Na osnovno pravo iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava se osim crkava, vjerskih zajednica i zajednica koje objedinjuje isti svjetonazor mogu pozvati i udruženja koja za cilj imaju, ne sveobuhvatno, nego parcijalno bavljenje religioznim i konfesionalnim životom svojih članova. (...)

U područje koje je, kao nesmetano obavljanje vjerskog obreda, zaštićeno čl. 4 st. 2 Ustava, spadaju skupovi koje je apelantica organizirala sa religiozno-karitativnim motivima kao i njihovo obznanjivanje sa propovjedaonice.

Pri ocjeni svega što se u konkretnom slučaju mora posmatrati kao isповijedanje religije i prakticiranje svjetonazora ne smije biti izostavljeno samorazumijevanje vjerske zajednice i zajednice svjetonazora. Istina, religiozno-neutralna država načelno mora ustavne pojmove interpretirati prema gledištima koja su neutralna, opštevažeća i koja nisu vezana konfesijom ili jednim svjetonazorom (BVerfGE 10, 59 [84 i dalje]; 19, 1 [54]; 19, 1 [8]; 19, 226 [238 i dalje]; 19, 268 [278 i dalje]). Gdje, ipak, pravno uređenje pluralnog društva podrazumijeva religiozno ili konfesionalno samorazumijevanje, kao kod slobode vjerskog obreda, država će povrijediti ustavom zajamčenu samosvojsnost i samostalnost crkava, religioznih zajednica i zajednica istog svjetonazora u njihovom spostvenom području ako prilikom tumačenja vjerskog obreda koji slijedi iz određene konfesije ili nekog svjetonazora ne uzme u obzir njihovu samostalnost (BVerfGE 18, 385 [386 i dalje]).

Prema samorazumijevanju katoličke i evangelističke crkve, sloboda vjerskog obreda ne obuhvata samo područje vjerovanja i službe božje, nego i slobodu uobličavanja i djelovanja u svijetu, kako to odgovara njihovim religioznim ili diakonskim zadacima. (...)

Za ocjenu akcije „Rumpelkammer“ kao djelovanja u području obavljanja vjerskog obreda je nebitna tvrdnja, da bi kao posljedica karitativnog sakupljačkog rada, 90% sakupljača moralo obustaviti svoj posao. Morala bi se, neovisno o činjenici da je prema presudi Zemaljskog suda, koja je mjerodavna za Savezni ustavni sud, dopušten sakupljački rad apelantice u postojećem obimu i da nije utvrđeno da se smanjenje prometa u sakupljačkoj privredi ne može svesti na opšte izmjene u strukturi privrede, prihvatiti izmjena strukture ove privredne grane koja bi uslijedila kao posljedica karitativnog sakupljačkog rada. Ne postoji subjektivno ustavno pravo

jednog poduzetnika na održavanje obima poslovanja i na osiguranje daljih mogućnosti privređivanja u uslovima slobodne konkurentske privrede.

Sakupljanje je bilo dio vjerskog obreda apelantice, koji je zaštićen čl. 4 st. 2 Ustava, tako da je Zemaljski sud morao kod ocjene poziva za učešće u akciji sa propovjedaonice kao „nemoralne konkurencije“ uzeti u obzir efekt zračenja koji ostvaruje ovo osnovno pravo.

Kod tumačenja pojma „nemoralnosti“ konkurencije je Zemaljski sud zbog toga morao posebnu vrstu konkurencije između jednog poduzetnika i jednog „konkurenta“ koji djeluje unutar vjerskog obreda ocijeniti iz perspektive visoko rangiranog pravnog dobra, slobodnog obavljanja vjerskog obreda i nije konkurenciju smio, nakon utvrđenog činjeničnog stanja, vrednovati kao „nemoralnu“. Zbog toga se ukida presuda mjeri u kojoj je Zemaljski sud osudio apelanticu (§ 95 st. 2 BVerfGG).

## **58) BVerfGE 33, 23** (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen) **Odbijanje zakletve iz vjerskih razloga**

1. Prema predstavama ustavotvorca, zakletva koja se izgovara bez prizivanja Boga, nema karakter religioznog, ili na neki drugi način uspostavljenog transcendentnog odnosa.
2. Čl. 4. st. 1 Ustava štiti vjersko ubjeđenje zbog kojeg se, iz vjerskih razloga, odbija prizivanje Boga prilikom polaganja zakletve u svojstvu svjedoka.
3. § 70 st. 1 StPO se mora tumačiti u skladu sa Ustavom tako što će se osim zakonskog osnova koji opravdava odbijanje zakletve uzeti u obzir i čl. 4 st. 1 Ustava.

**Rješenje Drugog senata od 1. aprila 1972.**

**- 2 BvR 75/71 -**

U krivičnom postupku pred Zemaljskim sudom Düsseldorf apelant, evangelistički sveštenik, se poziva na svoje osnovno pravo na slobodu vjeroispovijesti i svjetonazora i odbija da se kao svjedok zakune, zato što mu je, prema riječima Biblije u Propovijedi na gori (Matth. 5, 33-37), zabranjeno bilo kakvo zaklinjanje. Rješenjem od 28. oktobra 1965. je Zemaljski sud Düsseldorf, pozivajući se na čl. 140 Ustava u vezi sa čl. 136 st. 4 Ustava Njemačkog Rajha od 11. augusta 1919. (WRV, *Weimarer Reichsverfassung*), odbijanje zakletve proglasio neopravdanim i osudio je apelanta prema § 70 st. 1 StPO na prekršajnu kaznu od 20 DM, alternativno, na dva dana zatvora, kao i na nadoknadu troškova koji su nastali ovakvim odbijanjem.

Viši sud Düsseldorf je odbio uloženu žalbu.

Apelant ustavnom tužbom osporava rješenja Zemaljskog i Višeg zemaljskog suda Düsseldorf i poziva se na povredu njegovog osnovnog prava na slobodu vjeroispovijesti i svjetonazora koje je zaštićeno u čl. 4 st. 1 Ustava.

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana.

Zaklinjanje svjedoka, bez prizivanja Boga prema § 66 c st. 2 StPO, predstavlja prema vrednosnom ustrojstvu Ustava čisto svjetovno osnaženje istinitosti jednog iskaza bez religioznog ili na neki drugi način uspostavljenog transcendentnog odnosa. Vjersko uvjerenje apelanta, koje se ovom suprotstavlja, je također zaštićeno članom 4 st. 1 Ustava. Apelant je zbog toga imao pravo da ne pristane na zaklinjanje; on pri vršnju svoga osnovnog prava nije smio biti osuđen na prekršajnu kaznu i na preuzmanje nastalih troškova. (...)

Apelant je zaštićen osnovnim pravom iz čl. 4 st. 1 Ustava u pogledu vjerskog ubjeđenja koje nije dostupno ustavnom i zakonskom vrednovanju, i današnju zakletvu, u njenoj nereligioznoj formi, razumijeva kao religiozno usmjereno djelovanje koje je prema doslovnom značenju Propovijedi na gori zabranio sam Bog. On ne odbija zaklinjanje kao svjedok bez „zakonskog razloga“ u smislu § 70 st. 1 StPO i zbog toga ne smije biti – čak ni posredno, kažnjavanjem u prekršajnim postupku – spriječen da se pridržava zapovijesti njegove vjere.

1. Sloboda vjeroispovijesti prema čl. 4 st. 1 Ustava jamči pojedincu slobodan pravni prostor u kojem on može formirati vlastiti život, onako kako to odgovara njegovom ubjeđenju (BVerfGE 12, 1 [3]). U ovo ne spada samo (unutrašnja) sloboda da vjeruje ili da ne vjeruje, nego i pravo pojedinca da svoje ukupno držanje prilagodi zahtjevima vjere i da djeluje u skladu sa svojim unutrašnjim vjerskim ubjeđenjem (BVerfGE 32, 98 [106]). Iz zahtjeva za religioznom neutralnošću koji obavezuje državu (BVerfGE 18, 385 [386]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]) i načela pariteta crkve i konfesije (BVerfGE 19, 1 [8]; 24, 236 [246]) slijedi da nikakvu ulogu ne igra brojnost ili socijalna važnost određenog vjerskog ubjeđenja. Čl. 4 Ustava štiti, kao specifičan izraz ljudskog dostojanstva koje je garantirano u čl. 1 st. 1 Ustava, upravo vjerska ubjeđenja koja se pojavljuju u pojedinačnim slučajevima i koja odstupaju od crkvenih učenja i učenja vjerskih zajednica. Državi je zabranjeno da privilegira određene konfesije (BVerfGE 19, 206, [216]) ili da vrednuje vjerovanje, odnosno nevjerovanje svojih građana (BVerfGE 12, 1 [4]).

Pravo na slobodu vjeroispovijesti koje jamči Ustav nije relativirano ni opštim pravnim uređenjem, ni neodređenom klauzulom koja bi dopuštala izbor između više zaštićenih dobara. Njemu se smiju povući granice samo Ustavom, tj. prema mjerilima ustavnog uređenja vrijednosti i uzimanjem u obzir jedinstva takvog vrednosnog sistema (BVerfGE 12, 1 [4]; 32, 98 [108]). Posebno blizak odnos slobode vjeroispovijesti

sa ljudskim dostojanstvom kao najvišim osnovnim pravom u sistemu ljudskih prava isključuje mogućnost da se djelovanja i ponašanja koja proizilaze iz određenog vjerskog ubjeđenja podvrgnu sankcijama koje – bez obzira na vjersku motivaciju – predviđa država (BVerfGE 32, 98 [108]). Karakteristično je za državu, koja je proglasila ljudsko dostojanstvo za najvišu ustavnu vrijednost i koja garantira slobodu vjeroispovijesti i savjesti bez ikakvih zakonskih ograničenja i bez mogućnosti njenog gubitka, da autsajderima i sektašima dopušta nesmetan razvoj njihove ličnosti u skladu sa njihovim subjektivnim vjerskim ubjeđenjem, dok god nisu u suprotnosti sa ostalim ustavnim vrijednostima i dok iz njihovog ponašanja ne nastaju osjetne štete za zajednicu ili za osnovna prava drugih.

Apelant se na osnovu vjerskog ubjeđenja koje je izvedeno iz Biblije protivi polaganju zakletve. On navodi da je prema njegovom uvjerenju svaka zakletva zabranjena božjom odlukom; već sam akt zaklinjanja kao takav predstavlja iz njegove perspektive samoporkletstvo koje je nespojivo sa hrišćanskim učenjem i koje pripada magičnim predstavama. Takvo držanje ima u doslovnom biblijskom tekstu (Matth. 5, 33-37) uporište, a zastupa ga i jedan noviji pravac teologije (...) Ono već zbog toga ne smije biti izostavljeno iz čl. 4 st. 1 ustava. Državi je zabranjeno da vjerska ubjeđenja svojih građana vrednuje ili, čak, da ih označava kao „tačne“ ili „pogrešne“.

b) Apelantovo odbijanje zakletve napušta područje unutrašnje vjere, koje je državi principijelno nedostupno, i dolazi u konflikt sa jednom obavezom koju je državna zajednica načelno nametnula svim građanima u interesu djelotvornog pravosuđa. Zakonodavac, posebno u krivičnom postupku, predviđa svjedočenje pod zakletvom kao neizbježno sredstvo za iznalaženje istine i polazi zbog toga – u spurotnosti sa ostalim procesnim zakonima (usp. npr. § 391 ZPO) – u §§ 59 i dalje StPO od načela obaveznog zaklinjanja svjedoka.

Zahtijeva li obično pravo – samo po sebi – zaklinjanje, onda nadređeno pravo apelanta, da smije odbiti zakletvu prema nahođenju njegovog vjerskog ubjeđenja i da prekršajnom kaznom ne smije biti posredno obavezan na djelo koje se protivi njegovom ubjeđenju, ne podliježe nikakvim ograničenjima koja se izvode iz samog vrednosnog sistema Ustava.

Takvo ograničenje, posebno, ne slijedi iz čl. 136 WRV u vezi sa čl. 140 Ustava. Odnos u kojem odredbe, koje su u Ustav preuzete iz vajmarskog Ustava Rajha, stoje danas prema osnovnom pravu na slobodu vjeroispovijesti, ne opravdavaju zaključak Višeg zemaljskog suda, koji je izveden u osporavanom rješenju o čl. 136 st. 4 WRV, da svako smije biti prisiljen da u okviru važećih zakona položi zakletvu upotrebom nereligiozne forme zaklinjanja. Ustav je odvojio slobodu vjeroispovijesti i savjesti od zavisnosti sa vajmarskim Ustavom Rajha i preuzeo ju je, bez ikakvih zakonskih ograničenja, u katalog neposredno obavezujućih osnovnih prava koja stoje na samom vrhu Ustava (usp. BVerfGE 19, 206 [219 i dalje]; 24, 236 [246]). Čl. 136 WRV se zbog toga tumači u svjetlu bitno osnaženog osnovnog prava na slobodu vjeroispovijesti i savjesti; on



je prema značaju i unutrašnjoj snazi u vezi sa ustavnim uređenjem prekriven članom 4 st. 1 Ustava. (...) Kakve se građanske obaveze smiju provesti osloncem na državnu prinudu u smislu čl. 136 st. 1 WRV u odnosu na čl. 4 st. 1 Ustava, može se pod vladavinom Ustava utvrditi samo prema mjerilima odluke o vrijednostima koje su određene u čl. 4 st. 1 Ustava.

Ustavno-sistematska smetnja, koja ograničava područje zajamčeno u čl. 4 st. 1 Ustava i koja može isključiti uzimanje u obzir apelantove vjere kod polaganja zakletve, se ne može izvesti iz činjenice da čl. 56, 64 st. 2 Ustava obavezuju Predsjednika države i druge ustavne organe da polažu zakletvu. Ova obaveza proizilazi iz dobrovoljnog pristanka na prihvatanje službe u ustavnom organu u kojem se država neposredno reprezentira na posebno upečatljiv način i zbog toga pretpostavlja identifikaciju izabranog sa vrijednostima koje su otjelotvorene u Ustavu. Nasuprot tome, svako je obavezan, da svjedoči pred sudovima i da se prema zakonskim odredbama zakune u istinitost sopstvenih iskaza. Obaveza na zaklinjanje može biti provedena prinudnim sredstvima koja su predviđena u zakonu (usp. § 70 StPO, § 390 ZPO). U svim slučajevima u kojima sud određuje zaklinjanje jednog svjedoka, nastaje konflikt koji pogođeni građanin ne može izbjeći. Upravo ova razlika između zakletve svjedoka i zakletve u službi onemogućuje da se obje vrste zaklinjanja tretiraju na isti način.

c) Budući da mu to brani njegovo vjersko ubjeđenje, apelant može prema čl. 4 st. 1 Ustava zahtijevati da bude oslobođen od obaveze ličnog zaklinjanja. Ovim neće biti povrijeđeni interesi zajednice koji su u ustavnom rangu, kao ni osnovna prava trećih. (...)

Prihvatanje vjernikove odluke, koja je usmjerena protiv izgovaranja zakletve, neće u pojedinačnom slučaju voditi ka ugrožavanju interes državne zajednice za funkcionalnim pravosuđem, koje u ustavnom sistemu ima svoje mjesto (usp. čl. 92 Ustava), kao ni interesa za njegovim očuvanjem, budući da svako pravosuđe služi zaštiti osnovnih prava. Sredstvo koje zakonodavac posmatra kao nužnu pretpostavku osnaženja jednog iskaza u svrhu ustanovljavanja istine ne mora uslijediti nužno u formi zakletove koje svjedok polaže upotrebom riječi „zaklinjati“. (...)

Dok god zakonodavac ne regulira pravo svjedoka koje odgovara čl. 4 st. 1 Ustava da iz vjerskih razloga odbije zaklinjanje, ovo osnovno pravo ispoljava svoje neposredno i u datom slučaju korigirajuće djelovanje u području postojećeg Krivičnog procesnog prava (usp. BGHSt 19, 323 [330]). § 70 st. 1 StPO se zbog toga mora tumačiti na ustavan način, naime, da se kao „zakonski osnov“ koji opravdava odbijanje zakletve ne uzimaju u obzir samo slučajevi koji su nabrojani u Uredbi o krivičnom postupku (*Strafprozessordnung* §§ 60 do 63, 66 e StPO), nego da i osnovna prava iz čl. 4 st. 1 Ustava oslobađaju od obaveze na polaganje zakletve radi davanja izjave (usp. BVerfGE 25, 296 [305] u pogledu prava na odbijanja zakletve koje se izvodi neposredno iz čl. 5 st. 1 Ustava).

## 59) BVerfGE 93, 1 (Kruzifix)

### Krst/Raspelo

1. U suprotnosti je sa čl. 4 st. 1 Ustava postavljanje krsta ili raspela u učionicama državne škole koja nije konfesionalna škola.
2. § 13 st. 1 rečenica 3 Uredbe o osnovnim školama u Bayernu je nespojiva sa čl. 4 st. 1 Ustava i zbog toga je ništava.

#### Rješenje prvog senata od 16. marta 1995. - 1 BvR 1087/91 -

##### A.

Ustavna tužba se odnosi na postavljanje krstova ili raspela u školskim prostorijama.

##### I.

Prema § 13 st. 1 rečenica 3 Uredbe o osnovnim školama Bayernu ([*Volksschulordnung*] VSO) od 21. juna 1983. (...) se u javnim osnovnim školama u svakoj učionici postavlja krst.

(...)

##### C.

Ustavna tužba je osnovana.

(...)

1. Čl. 4 st. 1 Ustava štiti slobodu vjeroispovijesti. Odluka za ili protiv vjerovanja je, prema tome, stvar pojedinca, a ne države. Država mu ne smije ni propisivati ni zabranjivati određeno vjerovanje ili određenu religiju. U slobodu vjerovanja ne ulazi samo sloboda da se ima određeno vjerovanje, nego i sloboda da se prema vlastitom vjerskom ubjeđenju živi i djeluje (usp. BVerfGE 32, 98 [106]). Posebno je u okviru slobode vjeroispovijesti zajamčeno učešće u kulturnim radnjama koje propisuje određena vjera ili u kojima ona dolazi do izražaja. Ovome odgovara sloboda da se, obrnuto, ne učestvuje u kulturnim radnjama vjere kojoj se ne pripada. Ova se sloboda jednako odnosi na simbole u kojima se jedna vjera ili religija predstavlja. Čl. 4 st. 1 Ustava prepušta pojedincu odluku o tome koje će religiozne simbole priznati i uvažavati, a koje će odbijati. Istina, on u društvu koje ostavlja prostora različitim vjerskim ubjeđenjima nema pravo da ostane pošteđen od manifestiranja stranih vjera, kulturnih radnji i simbola. Od ovoga se, međutim, mora razlikovati stanje koje je stvorila država, a u kojem je pojedinac, bez mogućnosti da to izbjegne, izložen utjecaju određenog vjerovanja, zatim, djelovanju u kojem se ono manifestira i simbolima u kojima se ono predstavlja. Upravo ovdje čl. 4 st. 1 Ustava ostvaruje svoj utjecaj na

osiguranje slobode u područjima koja nisu prepuštena društvenoj samoorganizaciji, nego ih je država stavila pod zaštitu (usp. BVerfGE 41, 29 [49]). O ovom vodi računa i čl. 140 Ustava u vezi sa čl. 136 WRV, tako što izričito zabranjuje da neko bude prisiljen na učešće u religioznom obredu.

Čl. 4 st. 1 Ustava se u svakom slučaju ne ograničava samo na sprečavanje države da se miješa u vjersko ubjeđenje, u djelovanje i u predstave pojedinaca ili religioznih zajednica. On joj prevashodno stavlja u obavezu da osigura određen prostor djelovanja u kojem se ličnost može razvijati na tlu religioznog svjetonazora (usp. BVerfGE 41, 29 [499]) i da je zaštiti od napada ili zapreka koje bi mogle uslijediti od pripadnika drugih vjerskih usmjerenja ili konkurirajućih vjerskih grupa. Međutim, čl. 4 st. 1 Ustava ne daje načelno pojedincima ili vjerskim zajednicama pravo da sopstveno vjersko ubjeđenje izražavaju uz državnu podršku. Iz slobode vjeroispovijesti člana 4 st. 1 Ustava slijedi načelo državne neutralnosti u odnosu na različite religiozne svjetonazore. Država, u kojoj zajedno žive pripadnici različitih ili suprotstavljenih religioznih pogleda ili svjetonazora može jamčiti mirnu koegzistenciju samo ako ona sama u religioznim pitanjima zadrži neutralnost. Ona ne smije sa svoje strane ugroziti religiozni mir u jednom društvu. Ovaj zahtjev se ne nalazi samo u čl. 4 st. 1 Ustava nego i u čl. 3 st. 3, 33 st. 1 kao i u čl. 140 Ustava u vezi sa čl. 136 st. 1 i 4 i čl. 137 st. 1 WRV. Oni sprečavaju uvođenje državne crkve u pravnoj formi i zabranjuju privilegiranje određenih konfesija na jednak način kao što zabranjuju diferenciranje onih koji drukčije vjeruju (usp. BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28], stralno pravosuđe). Pri tom je nebitna brojnost i socijalna relevantnost (usp. BVerfGE 32, 98 [106]). Država mora, prvenstveno, poštovati tretman različitih religija i svjetonazora, koji je orijentiran prema načelu jednakosti (usp. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]). Čak i tamo gdje država sa njima zajedno radi, ili ih podupire, ne smije doći do identifikacije sa jednom religioznom zajednicom (usp. BVerfGE 30, 415 [422]).

Zajedno sa čl. 6 st. 2 rečenica 1 Ustava, koji roditeljima garantira pravo na njegu i vaspitanje njihove djece kao prirodno pravo, čl. 4 st. 1 Ustava obuhvata i pravo na vaspitanje djece u pogledu religije i svjetonazora. Pravo je roditelja da djeci prenesu ono vjersko ubjeđenje i svjetonazor koji smatraju tačnim (usp. BVerfGE 41, 29 [44, 47 i dalje]). Ovom odgovara pravo da se djeca poštede vjerskog ubjeđenja koje roditelji smatraju pogrešnim ili štetnim. (...)

2. U ovo osnovno pravo zadire § 13 st. 1 rečenica 3 VSO kao i osporavana odluka koja se oslanja na ovaj propis.

a) § 13 st. 1 rečenica 3 VSO propisuje stavljanje krstova u svim učionicama bavarskih osnovnih škola. Pojam krsta, prema tumačenju prvostepenih sudova, obuhvata krstove sa i bez korpusa. Prema tome, oba značenja će se uzeti u obzir pri provjeri norme. Istina, apelanti su u svom zahtjevu na privremenu zaštitu doslovno tražili uklanjanje raspela. Upravni sud je izričito pretpostavio da se ovim može misliti i na krstove bez korpusa pa je zahtjev i u ovom, širem značenju, odbijen.

Krstovi u učionicama vode, zajedno sa opštom obavezom na školovanje, do toga da su učenici za vrijeme nastave, državnom zaslugom i bez mogućnosti da to izbjegnu, konfortirani sa ovim simbolom i da su prisiljeni da uče „pod krstom“. U tome i leži razlika između krstova koji su postavljeni u učionicama i religioznih simbola različitih vjerskih usmjerenja koji se susreću u svakodnevnom životu. Na jednoj strani, oni ne dolaze od države, nego su posljedica širenja različitih vjerskih uvjerenja i religioznih zajednica. Na drugoj strani, oni ne posjeduju isti stepen neizbježnosti.

Istina, pojedinac ne odlučje o tome da li će na ulici, u sredstvima javnog saobraćaja ili pri ulasku u neku zgradu biti izložen religioznim simbolima ili manifestacijama. Međutim, radi se o površnom susretu, tako da se čak i pri dužim konfrontacijama ne može raditi o prinudi koja je po potrebi sankcionirana.

Prema trajanju i intenzitetu je djelovanje krsta u učionicama snažnije od djelovanja krsta u sudskim salama. Savezni ustavni sud je već u nuždi jedne stranke, jevrejske kofesije da, suprotno vlastitom vjerskom ubjeđenju ili svjetonazoru, vodi parnicu pod krstom, vidio napad na slobodu vjeroispovijesti koji je uslijedio posredstvom identifikacije države sa hrišćanskom vjerom (usp. BVerfGE 35, 366 [375]). (...)

b) Krst je simbol određenog vjerskog ubjeđenja, a ne samo izraz zapadne kulture koju je oblikovalo i hrišćanstvo.

Istina je da su stoljećima u kulturne osnove društva ulazile različite hrišćanske tradicije, kojima se, ni protivnici hrišćanstva, ni kritičari njegovog historijskog naslijeđa, nisu mogli oduprijeti. Od njih se moraju, međutim, razlikovati vjerski sadržaji hrišćanstva ili jedne određene hrišćanske konfesije sa njenim ritualima i simboličnim predstavama. Na slobodu vjeroispovijesti utječe državno određenje onog vjerskog sadržaja koji može utjecatina treća lica kada kontaktiraju sa državom. Od toga je polazio Savezni ustavni sud (...) kada je ustanovio da se prihvatljivo potvrđivanje hrišćanstva u prvoj liniji odnosi na priznanje kulture i obrazovanja kao odlučujućeg faktora, kako se on formirao u zapadnoj historiji, ali ne i na istinitost hrišćanske vjere. Samo je kod takvog razgraničenja legitimirano potvrđivanje neprestanog djelovanja historijskih datosti, također, i u odnosu na nehrišćane (usp. BVerfGE 41, 29 [52]).

Krst se i sada kao i ranije ubraja u specifične vjerske simbole hrišćanstva. On je naprosto njegov vjerski simbol. On priziva u sjećanje ljudsko oslobađanje od zemaljskog grijeha, koje je izvršeno žrtvovanjem Hrista, ali istovremeno i pobjedu hrišćanstva nad Sotonom i smrću i njihovom vladavinom nad svijetom (...). Za vjernike hrišćane je on upravo zbog toga predmet poštovanja i znak pobožnosti. Stavljanje krsta u zgradu ili prostoriju danas se razumijeva kao jasan znak pripadnosti hrišćanskoj vjeri. Zahvaljujući značenju koje mu je dalo hrišćanstvo i koje je dobio u historiji, krst je upravo za nehrišćane i ateiste slikovni nosilac poruke o određenom vjerskom ubjeđenju i simbol misionarskog proširivanja. Ako se krst posmatra, kako je to slučaj sa osporavanom presudom, kao običan izraz zapadne tradicije ili kultski znak bez specifično vjerskog odnosa, onda to predstavlja profanizaciju krsta koja je

u suprotnosti sa samorazumijevanjem hrišćanstva i hrišćanskom crkvom. Religijski odnos krsta je jasan u vezi sa § 13 st. 1 VSO.

c) Ne može se dovesti u sumnju utjecaj krsta na učenike, kako to čine osporavane presude.

Tačno je da sa postavljanjem krsta u učionice ne ide prinudna identifikacija sa određenim konfesionalnim naslijeđem ili ponašanjem. Isto tako, iz toga ne slijedi da je nastava u profanim predmetima pod uplivom krsta ili da je usmjerena prema vjerskim istinama i zahtjevima koje on simbolizira. U ovom se, ipak, ne iscrpljuju mogućnosti utjecaja krsta. Školsko obrazovanje ne služi samo učenju osnovnih tehnika kulture i razvoju kognitivnih sposobnosti. Ono treba da razvije i emocionalne i afektivne komponente kod učenika. Školsko obrazovanje je orijentirano na podsticanje razvoja njihove ličnosti, posebno, socijalnog ponašanja. Tek u ovom odnosu krst u učionicama dobija svoje značenje. On ima apelativni karakter i pokazuje vjerske sadržaje kao uzor i vrijednosti koje treba slijediti. To se događa u odnosu na osobe koje zbog svoje mladosti još uvijek nisu etablirane u svom svjetonazoru, koje tek moraju naučiti kako će formirati sposobnosti kritičkog rasuđivanja i vlastite svjetonazore i zbog svega toga se vrlo lako mogu podvrgnuti mentalnom utjecaju (usp. BVerfGE 52, 223 [249]).

Ni osporavane presude ne dovode sasvim u pitanje apelativni karakter krsta. Istina, one mu, u odnosu na učenike, koji drukčije misle, osporavaju specifično hrišćansko značenje. One u njemu, u odnosu na hrišćanske učenike, vide bitan izraz njihovog religijskog ubjeđenja. Sličnog je mišljenja bavarski Predsjednik vlade (*Ministerpräsident*), naime, da krst, općenito, u nastavi ima samo nespecifičnu vrijednost simbola, dok se on u školskim molitvama i nastavi iz religije pretvara u specifičan simbol vjere.

3. Osnovno pravo na slobodu vjeroispovijesti je zagantirano bez ikakvih ograničenja. To međutim ne znači da ono ne podliježe nikakvim ograničenjima. Ona slijede iz samog Ustava. Zakonodavac nema pravo da uspostavlja ograničenja koja ne sadrži Ustav. Ustavopravni razlozi koji mogu opravdati državno zadiranje u ovo pravo ne postoje.

a) Iz čl. 7 st. 1 Ustava se ne može izvesti takvo opravdanje. U svakom slučaju, čl. 7 st. 1 Ustava prenosi na državu obavezu na vaspitanje (usp. BVerfGE 34, 165 [181]). Ona ne organizuje samo školstvo i ne uspostavlja samo škole, nego utvrđuje i obrazovne ciljeve i smjerove. Ona je pri tom nezavisna u odnosu na roditelje (usp. BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 i dalje]). Zbog toga ne dolaze u konflikt samo školsko i porodično obrazovanje. Neizbježno je da u školama dođe do posebno intenzivnog sukoba između različitih religioznih svjetonazora učenika i njihovih roditelja.

Ovaj konflikt između različitih nosioca osnovnog prava, koje ne podliježe ograničenjima, kao i između dobara koja su zaštićena ovim osnovnim pravom i drugih ustavnih

dobara, se rješava prema zahtjevu načela praktične konkordancije, da se ne privilegira jedna od sukobljenih pravnih pozicija i da se ni jedna ne korsi maksimalno, nego da se pristupi uzajamnom uravnoteživanju koje obje pozicije pokušava sačuvati.

Takvo uravnoteživanje ne zahtijeva od države da potpuno odustane od religioznih svjetonazora pri vaspitanju i podizanju djece, kako joj je naložio čl. 7 st. 1 Ustava. Država koja obuhvatno jamči slobodu vjeroispovijesti i svjetonazora i sama sebe obavezuje na vjersku neutralnost, ne može odbaciti sopstvene, kulturno-historijski ukorijenjene vrijednosti i pozicije na kojima počiva jedinstvo društva i od čega zavisi izvršavanje njenih zadataka. Hrišćansko vjerovanje i hrišćanske crkve su pri tom, ma kako da se procjenjuje njihovo naslijeđe, predstavljali izvanredno upečatljivu snagu. Misaona tradicija, iskustvo i forme ponašanja koje iz ovoga slijede ne mogu za državu biti bez značaja. To na poseban način vrijedi za škole u kojima se, prije svega, prenose i obnavljaju kulturne osnove društva. Osim toga, država mora uzeti u obzir slobodu vjeroispovijesti onih roditelja koji su obavezani da djecu šalju u državnu školu, a žele religiozno obrazovanje. Ustav je ovo priznao kada je u čl. 7 st. 5 dopustio državne konfesionalne škole, kada je predvidio vjersku nastavu kao redovan školski predmet (čl. 7 st. 3 Ustava) i ostavio prostor za aktivno upražnjavanje vjerskog uvjerna (usp. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [240 i dalje]).

U svakom slučaju, nemoguće je u pluralnom društvu pri oblikovanju javnih škola voditi računa o svim predstavama o obrazovanju. Posebno je teško negativnu i pozitivnu stranu slobode vjeroispovijesti, bez ikakvih problema, ostvariti u jednoj te istoj državnoj ustanovi. Iz ovoga slijedi da se pojedinac ne može u okviru škole neograničeno pozivati na čl. 4 st. 1 Ustava.

Zadatak je zakonodavca u saveznm zemljama, da riješi odnos napetosti, koji se ne može zaobići, između negativne i pozitivne slobode vjeroispovijesti tako što će u javnom procesu obrazovanja volje tražiti kompromis koji na jednak način odgovara svima. On se kod reguliranja, na jednoj strani, može orijentirati prema čl. 7 Ustava, koji u području školstva dopušta utjecaj religioznog svjetonazora, a na drugoj, prema čl. 4 Ustava koji zapovijeda, da se pritisci religioznih svjetonazora kod donošenja odluke o određenoj formi škole moraju isključiti koliko god je to moguće. Oba propisa se moraju posmatrati zajedno i kod interpretacije se moraju prilagođavati jedan drugom, budući da tek konkordancija pravnih dobara, koja su zaštićena u oba člana, odgovara odluci Ustava (usp. BVerfGE 41, 29 [50 i dalje]).

Savezni ustavni sud je iz toga izveo zaključak da zakonodavcu u jednoj saveznoj zemlji nije naprosto zabranjeno da uzme u obzir uvođenje hrišćanskih odnosa pri uobličavanju javnih osnovnih škola, čak i ako roditelji i staratelji koji odgajaju svoju djecu, a ne žele vjersko obrazovanje, ne mogu izbjeći ovu školu. Pretpostavka je, međutim, da je ovim povezan samo neizbježan minimum prisilnog elementa. To posebno znači, da škola svoje zadatke u religioznom području ne smije ispunjavati misionarski i da ne smije isticati zahtjev za obaveznošću hrišćanskih vjerskih sadržaja. Potvrđivanje hrišćanstva se u tom smislu odnosi na priznanje utjecaja na kulturu i obrazovanje, a

ne na određene vjerske istine. Hrišćanstvu kao kulturnom faktoru pripada upravo zamisao o toleranciji prema onima koji drukčije misle. Njihova konfrontacija s hrišćanskom slikom svijeta neće voditi diskriminirajućem obezvređivanju nehrišćanskih svjetonazora, sve dok se ne radi o posredovanju vjerskih sadržaja, nego o težnji da se ostvari autonomna ličnost u području religioznog svjetonazora prema ključnoj odluci čl. 4 Ustava (BVerfGE 41, 29 [51 i dalje]; 41, 65 [85 i dalje]). Savezni ustavni sud je zbog toga, samo na osnovu tumačenja koje usklađuje sa Ustavom, proglasio da je propis o hrišćanskim školama iz čl. 135 st. 2 bavarskog Ustava u skladu sa saveznim Ustavom (usp. BVerfGE 41, 65 [66 i 79 i dalje]), a u pogledu simultanih škola hrišćanskog karaktera u tradicionalno badenskom smislu je naglasio da se ne radi o bikonfensionalnim školama (usp. BVerfGE 41, 29 [62]).

Postavljanje krstova u učionicama prelazi granice koje su povučene religioznim usmjerenjem škole. Kako je upravo utvrđeno, krst se ne može neutralizirati uklanjanjem vjerskih sadržaja hrišćanstva i ne može biti reduciran na zapadnu kulturnu tradiciju. On simbolizira bitno jezgro hrišćanskog vjerskog ubjeđenja, koje je uistinu višestruko formiralo zapadni svijet, ali ga ne prihvataju svi članovi društva, nego ga odbijaju na putu vršenja njihovog osnovnog prava iz čl. 4 st. 1 Ustava. Njegovo stavljanje u obavezne državne škole je, prema tome, nespojivo sa čl. 4 st. 1 Ustava, jer se ne radi o hrišćanskim konfesionalnim školama.

b) Postavljanje krsta, isto tako, ne opravdava ni pozitivna sloboda vjeroispovijesti roditelja i učenika hrišćanske vjere. Pozitivna sloboda vjeroispovijesti pripada na jednak način svim roditeljima i učenicima hrišćanske vjere. Konflikt koji iz ovog nastaje ne može se riješiti prema principu većine, jer upravo osnovno pravo na slobodu vjeroispovijesti ima svrhu da u posebnoj mjeri zaštiti manjine. Osnovno pravo iz čl. 4 st. 1 Ustava tako ne daje njegovim nosiocima neograničeno pravo da sopstveno vjersko ubjeđenje ostvaruju u državnim ustanovama. Ako škole, u skladu sa Ustavom, za ovo ostavljaju prostor, kao što je to slučaj sa vjeronaukom, molitvama u školi i ostalim religioznim manifestacijama, onda to mora biti u skladu sa principom dobrovoljnosti i mora onima koji drukčije misle biti ostavljena podnošljiva, ali nediskriminirajuća mogućnost odsustvovanja. To nije slučaj sa stavljanjem krstova u učionice čije prisustvo i utjecajne može izbjeći pripadnik druge vjere. Konačno nije u skladu za zahtjevom praktične konkordancije da se osjećanja drugih potpuno potisnu tako da učenici hrišćanskog vjerovanja izvan vjeronauke i dobrovoljnih molitvi, također i u području profanih predmeta, mogu učiti pod simbolima njihove vjere.

**Izdvojeno mišljenje sudija Seidl i Söllner i sudinice Hass  
o Rješenju Prvog senata od. 16. maja 1995.  
- 1 BvR 1087/91 -**

Ne dijelimo mišljenje većine Senata da je § 13 st. 1 rečenica 3 VSO u Bayernu, prema kojoj se u svaku učionicu stavlja krst, u suprotnosti sa Ustavom. (...)

## 60) BVerfGE 104, 337 (Schächten) Klanje na živo

1. Prema čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 4 st. 1 i 2 Ustava se ocjenjuje da li je u skladu sa Ustavom djelatnosti jednog muslimanskog mesara, vijernika, koji nije Nijemac i koji želi da klanje životinja obavli bez prethodnog omamljivanja kako bi svojim mušterijama omogućio da u skladu sa svojim vjerskim ubjedenjem dobiju meso zaklanih životinja.
2. U svjetlu ovih ustavnih normi se § 4 a st. 1 u vezi sa st. 2 br. 2 alternativa 2 Zakona o zaštiti životinja mora protumačiti tako da muslimanski mesar može dobiti posebno odobrenje za ovakvo klanje.

### Presuda Prvog senata od 15. januara 2002. - 1 BvR 1783/99 -

#### OBRAZLOŽENJE:

Ustavna tužba se odnosi na dodjelu posebnog odobrenja za tzv. klanje na živo (njem. schächten, jev. šacht, „ubijati“, ritualno za/klati, op. prev.), to znači za klanje toplokrvnih životinja bez prethodnih omamljivanja. (...)

§ 4 Zakona o zaštiti životinja ([*Tierschutzgesetz*], TierSchG) glasi:

„Toplokrvna životinja smije biti zaklana samo ako prije puštanja krvi bude omamljena.

Izuzetno od st. 1 nije potrebno omamljivanje kada 1. (...); 2. nadležna služba donese posebno odobrenje za klanje bez prethodnog omamljivanja (Schächten); ona smije dati posebno odobrenje samo ako je u konkretnom slučaju neophodno da se iziđe u susret potrebama pripadnika određene vjerske zajednice, kojoj je prema propisima njihove vjerske zajednice, u području važenja ovog zakona, određeno klanje ili zabranjeno trošenje mesa životinja koje nisu ovako zaklane. (...)

## II.

Apelant je turski državljanin i prema sopstvenim navodima – koji su nesporni – je strogo religiozan sunitiski musliman. On živi u Saveznoj Republici Njemačkoj preko 20 godina i vodi u Hessenu mesnicu koju je 1990. preuzeo od svog oca. Posebno odobrenje za klanje bez prethodnog omamljivanja prema § 4 a st. 2 br. 2 TierSchG koje, vrijedi do početka septembra 1995. godine, mu je dodijeljeno radi podmirivanje muslimanskih mušterija. Apelant je podnio zahtjev da mu se odobri dalji rad. Njegovi zahtjevi su ostali bez uspjeha. (...)



**B.**

Ustavna tužba je osnovana. Istina, § 4 a st. 1 u vezi sa st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG je u skladu sa Ustavom. Ali, osporavane odluke, koje se oslanjaju na ove propise, se ne mogu održati u postupku ustavnopravne provjere.

1. Omjer za njihovu provjeru je u prvoj liniji čl. 2 st. 1 Ustava. Apelant je zahtijevao u prvostepenim postupcima da mu se kao sunitkom muslimanu, vijerniku, odobri izuzeće od obaveze na omamljivanje iz § 4 a st. 1 TierSchG, kako bi obavljanjem mesarskog zanimanja omogućio svojim mušterijama muslimanima, da troše meso propisno zaklanih životinja. Korištenje mesa za sopstvene potrebe je u odnosu na ovo nebitno. Druga alternativa § 4 a st. 2 br. 2 TierSchG, na osnovu koje su upravne službe i sudovi provjerili zahtjev apalenata, počiva, prema tome, primarno na njegovoj mesarskoj djelatnosti. Ovakva djelatnost nije zaštićena čl. 12 st. 1 Ustava, jer apelant nije njemački, nego je turski državljanin. Norma koja ga štiti je zbog toga čl. 2 st. 1 Ustava u formi koja slijedi iz odnosa specijalnosti koji nastaje između čl. 12 st. 1 Ustava koji se ograničava na Nijemce i čl. 2 st. 1 Ustava koji supsidijarno važi za strance (usp. BVerfGE 78, 179 [196 i dalje]). Klanje za apelanta nije samo sredstvo za dobijanje i pripremanje mesa za njegove muslimanske mušterije i za sebe samog. Ono je, kako to nesporno slijedi iz njegovih objašnjenja koja nisu opovrgnuta u osporavanim odlukama, prevashodno izraz religioznog držanja, koje za apelanta kao sunitskog muslimana, vijernika, uključuje izvođenje klanja prema pravilima vjere, koja on shvata kao neprikosnovenu obavezu. Čak i ako se samo klanje ne shvata kao dio religioznog obreda, o ovome se mora voditi računa, tako što će zaštita apelantove slobode na obavljanje zanimanja iz čl. 2 st. 1 Ustava biti pojačana specijalnim sadržajem slobode iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava.

2. Pravna pozicija koju apelant ovim zadobija u odnosu na njegovo zanimanje kao mesar je prema čl. 2 st. 1 Ustava zajamčena samo u okvirima ustavnog uređenja. Ovdje se računaju sve pravne norme koje su formalno i materijalno usklađene sa Ustavom (usp. BVerfGE 6, 32 [36 i dalje]; 96, 375 [397 i dalje], stalna pravosudna praksa). To u materijalnom smislu podrazumijeva, iznad svega, primjenu pravila srazmjernosti i, u tim okvirima, uvažavanje religiozne slobode.

**II.**

Ovim mjerilima odgovara § 4 a st. 1 u vezi sa st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG.

1. Istina, propis zahvata u osnovno pravo iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 4 st. 1 i 2 Ustava, jer on, samo pod otežanim pretpostavkama druge alternative § 4 a st. 2 br. 2 TierSchG, kao izuzetak od obaveze na omamljivanje iz § 4 a st. 1 TierSchG u okvirima poslovanja muslimanskog mesara omogućuje klanje bez prethodnog omamljivanja. Ovakvo zahvatanje u osnovno pravo se, međutim, ne može osporiti, zato što se može opravdati ustavnim pravom.

a) Svrha je Zakona o zaštiti životinja da na osnovu odgovornosti čovjeka za

životinje, kao živa bića, zaštiti njihov život i zdravlje. Niko ne smije bez razumnog razloga životinji nanositi bolove, patnje ili štetu (§ 1 TierSchG). Propis iz § 4 a st. 1 u vezi sa čl. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG služi također etički utemeljenoj zaštiti životinja (usp. BVerfGE 36, 47 [56 i dalje]; 48, 376 [389]; 101, 1 [36]). Zakonodavac je preuzimanjem načela da toplokrvne životinje moraju biti omamljene prije puštanja krvi, htio da na ovo područje prenese osnovnu koncepciju zakona, kako je ona opisana u § 1 TierSchG. To je legitiman cilj propisa koji vodi računa o osjećanjima širokih narodnih slojeva.

b) § 4 a st. 1 u vezi sa st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG zadovoljava zahtjeve načela srazmjernosti.

aa) Propis je podoban i potreban za dostizanje spomnutog cilja, kojim se klanje toplokrvnih životinja veže za etički usmjerenu zaštitu životinja.

Zakonodavac je prema Ustavu slobodan u donošenju odluke o vrsti i podobnosti sredstava koja će izabrati za provođenje regulativnih ciljeva zakona. To vrijedi i za ocjenu stvarnih osnova jednog zakonskog propisa. U toliko se ovdje ne može raditi o pogrešnoj procjeni. Istina, postoje glasovi koji osporavaju da klanje po prethodnom omamljivanju, životinjama donosi mnogo manje bolova i patnji negu u slučaju klanja bez omamljivanja. No, čini se da to još uvijek nije znanstveno razjašnjeno. (...)

U svemu ostalom dodjela posebnog odobrenja podrazumijeva prema § 4 a st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG da se u konkretnom slučaju mora odgovoriti potrebama religiozne zajednice čiji propisi zabranjuju upotrebu mesa životinja koje su zaklane uz prethodno omamljivanje. Zakon dopušta izuzetke u pogledu zahtjeva za omamljivanjem, ali je broj izuzetaka koji dolaze u obzir jasno umanjen. Uz sve ovo, u slučaju jedne religije, kakva je islam, dolazi zahtjev da se životinje ubiju po mogućnosti bez stvaranja dodatnih patnji, kako je to utvrdilo Centralno vijeće muslimana u Njemačkoj (*Zentralrat der Muslime in Deutschland*). Prema propisima islama, klanje mora biti izvedeno što je moguće brže kako bi se na minimum ograničila svaka vrsta mrcvarenja životinja. Zakonodavac može i ovdje polaziti od toga da se pridržavanjem izuzetka iz § 4 a st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG postiže podobna i potrebna mjera koja jamči etički određenu zaštitu životinja.

bb) Zakonski propis o kojem se govori je također srazmjeran u užem smislu. U slučaju odmjeravanja između težine zadiranja u osnovno pravo, koje je uslijedilo po § 4 a st. 1 u vezi sa čl. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG, zatim, značaja kao i hitnosti razloga koji ga opravdavaju, mora se prihvatiti da pogođeni (usp. BVerfGE 90, 145 [173]; 101, 331 [350]) može klati toplokrvne životinje bez prethodnog omamljivanja samo pod pretpostavkom posebnog odobrenja.

(1) Uplitanje u osnovno pravo na slobodno obavljanje zanimanja muslimanskog mesara u svakom slučaju ima visok značaj. Muslimanskim vjernicima, kakav je apelant, bez predviđenog izuzetka, više ne bi bilo moguće da u Saveznoj Republici Njemačkoj

obavljaju zanimanje mesara. Oni bi se morali ograničiti na prodaju uvezenog mesa propisno zaklanih ili mesa nepropisno, dakle bez prethodnog omamljivanja, zaklanih životinja, ako bi svoje radnje htjeli voditi bar kao prodavnice i ako ne bi odustali od posla, u smislu apelantovog navoda, kako bi pronašli nove osnove za život. Svaka od navedenih odluka bi za pogođene imala dalekosežne posljedice. (...)

Zabrana ne pogađa samo muslimanske mesare nego i njihove mušterije. Ako one traže meso životinja koje su zaklane bez prethodnog omamljivanja onda je time potaknuto i uvjerenje da prema obavezama njihove vjere ne smiju jesti drugo meso. Ako bi se od njih zahtijevalo da uglavnom odustanu od ishrane mesom, ne bi se na odgovarajući način vodilo računa o navikama u ishrani stanovnika Njemačke. Budući da je meso ovdje široko rasprostranjeno u ishrani, ne bi se mogao uzeti kao prihvatljiv zahtjev da se doborovoljno od njega odustane. Korištenje uveženog mesa bi učinilo suvišnim takav zahtjev, ali bi u pogledu ličnog kontakta sa mesarom i povjerenja koje je na tim osnovama stvoreno bilo sasvim neizvjesno, da li meso koje se prodaje zaista odgovara islamskim zapovijestima.

(2) Zakon o zaštiti životinja koji štiti opštedruštvene interese i kojem narod pripisuje poseban značaj se suprostavlja posljedicama koje sijede za muslimanske mesare i za njihove mušterije, koje su također vjernici. (...)

Ova zaštita je iznad svega sadržana u Zakonu o zaštiti životinja.

Ona tamo nije ostvarena tako što bi životinje snagom zakona bile pošteđene svakog negativnog utjecaja na njihovo stanje. Zakon je prevashodno prožet idejom, da se ne smiju „bez razumnog razloga životinji nanositi bolovi, patnje ili šteta“ (usp. § 1 TierSchG kao i BVerfGE 36, 47 [57]; 48, 376 [389]). U skladu sa ovim, Zakon o zaštiti životinja ne predviđa izuzetke za klanje bez prethodnog omamljivanja samo u § 4 a st. 2 br. 2. (...)

Upravo oni pokazuju, da je zakonodavac tamo gdje postoje stvarni razlozi običajnosti i stavovi o društvenoj prihvatljivosti obaveze na omamljivanje, mogao uzeti kršenje ove obaveze kao cilj koji je spojiv sa etikom zaštite životinja.

(3) Pod ovim okolnostima ne može biti isključeno izuzimanje od obaveze da se toplokrvne životinje omamljuju prije puštanja krvi, kada se, na jednoj strani, radi o obavljanju religiozno usmjerenog zanimanja kojeg štite osnovna prava a na drugoj omogućuje pridržavanje religiozno motiviranih pripisa o ishrani mušterija. Bez ovakvog izuzetka bi osnovna prava onoga koji u smislu zanimanja želi klati bez prethodnog omamljivanja životinja bila nepodnošljivo ograničena, a interesima koji vode računa o zaštiti životinja bi jednostrano bila data prednost iako za to nije moguće naći zadovoljavajuće ustavnopravno opravdanje. Umjesto toga je potreban propis koji na odmjeren način vodi računa o pogođenim osnovnim pravima kao i o etičkim ciljevima zaštite životinja.

(a) § 4 a st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG je u načelu usklađen sa ovim

zahtjevima. Propis omogućuje da se na bazi posebnog odobrenja, prije svega u pogledu normi o ishrani islamskog i jevrejskog svjetonazora, obavi klanje životinja bez prethodnog omamljivanja. Preko instrumenta posebnog odobrenja treba biti otvoren put koji dopušta da se kritički razmotre religiozno motivirana klanja bez prethodnog omamljivanja, posebno u formi tzv. kućnih i privatnih klanja (usp. BTDrucks 10/5259, s. 32 pod I 2 a br. 3). Na tom putu se može, kako je već spomenuto, navođenjem sporednih uslova, osigurati da životinje koje će se zaklati budu pošteđene svih bolova i tegoba, koliko je to već moguće. Cilj propisa je, prema tome, da se očuva zaštita osnovnih prava vjernika muslimana i jevreja a da se istovremeno ne odustane od načela i obaveza etički zasnovane zaštite životinja. To vodi na odgovarajući način računao pravima apelanta.

(b) Normativna pretpostavka § 4 a st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG bi se svakako morala razumijevati drukčije nego što ju je protumačio Savezni upravni sud u presudi od 15. juna 1995. (BVerwGE 99, 1). On je osporio postojanje činjeničnih pretpostavki ove norme, jer sunitski islam, kojem pripada apelant, kao i islam u cjelini, ne zabranjuje u formi prinudnog propisa korištenje mesa životinja koje nisu propisno zaklane (usp. na nav. mj. s. 9). § 4 a st. 2 br. 2 TierSchG zahtijeva, prema ovom shvatanju, objektivno utvrđivanje prinudnih propisa jedne vjerske zajednice o zabrani omamljivanja prije klanja. Individualno shvatanje koje počiva svaki put na subjektivnom religioznom ubjeđenju članova vjerske zajednice – čak i ako se ono prihvata kao prinudno – bi tako bilo nespojivo sa normativnim sadržajem Zakona (usp. na nav. mj. s. 4 i dalje).

Ovakvo tumačenje nije u skladu sa značenjem i dometima osnovnog prava iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. Ono na kraju vodi do toga da § 4 st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG za muslimane ostaje bez značaja, bez obzira na njihovo vjersko ubjeđenje. Ovim je mesar, koji bi klao prema propisima o ishrani njegove vjere, kao i vjere njegovih mušterija, i koji bi htio da mušterije opskrbi sa mesom životinja koje su zaklane bez prethodnog omamljivanja, spriječen da obavlja sopstveno zanimanje. Ujedno je pogođen nesrazmjerno opterećen, a jednostrano se vodi računa o interesima koji su zaštićeni Zakonom o zaštiti životinja. Takvim tumačenjem bi § 4 a st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG bio proitvustavan.

(c) Ovakav rezultat se može izbjeći tumačenjem činjeničnih osobina „vjerske zajednice“ i „prinudnih propisa“ koje bi vodilo računa o osnovnom pravu iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. (...)

Kao vjerske zajednice u smislu § 4 a st. 2 br. 2 TierSchG dolaze u obzir i vjerske grupacije unutar islama, čiji se smjer vjere razlikuje od ostalih unutar islama (usp. na nav. mjestu, s. 236). Takvo tumačenje pojma vjerska zajednica je u skladu sa Ustavom i posebno vodi računa o čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. Ono je u skladu sa doslovnim tekstom spomenutih propisa i odgovara volji zakonodavca, da područje primjene § 4 a st. 2 br. 2 TierSchG otvori ne samo pripadnicima jevrejskog vjerskog usmjerenja nego i pripadnicima islama (...).

Ovo ima posredne konsekvence i po korištenje osobine „prinudni propis“ koja brani pripadnicima zajednice da koriste meso životinja koje su nepropisno zaklane. Da li je ova osobina ispunjena, moraju utvrditi službe, a u spornom slučaju će odlučiti sudovi da li je ispunjena pretpostavka činjeničnog stanja posebnog odobrenja. Predmet takve provjere, u slučaju religije koja, kao islam, dopušta različita viđenja propisa o klanju životinja, nije islam u cjelini, sunitski ili šiitski pravac religije. Pitanje egzistencije prinudnih propisa se prvestveno odgovara s obzirom na vjersko usmjerenje postojeće vjerske zajednice (usp. također BVerwGE 112, 227 [236]).

Pri tom je dovoljno da onaj, kojem je prema § 4 a st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG potrebno posebno odobrenje za snabdjevanje članova jedne zajednice, substancirano i razumljivo pokaže da prema njihovom zajedničkom vjerskom uvjerenju korištenje životinjskog mesa obavezno podrazumijeva klanje bez prethodnog omamljivanja (usp. BVerwGE 94, 82 [87 i dalje]). Ako je uslijedilo takvo objašnjenje, država koja ne smije izostaviti iz vida samorazumijevanje vjerske zajednice (usp. BVerfGE 24, 236 [247 i dalje], mora odustati od svakog vrednovanja ovakvog sadržaja vjere. Ona ne smije „prinudan“ karakter jedne religiozne norme u svjetlu čl. 4 Ustava osporiti, već zbog toga što religije imaju propise koji uzimaju u obzir savjest vjernika i dopuštaju odstupanja s obzirom na mjesta boravka i navike u ishrani koje tamo vladaju. Podnosiocu zahtjeva se prema tome mora dodijeliti posebna dozvola, ako ona već ne otpada iz nekog drugog razloga. Pri tom se dodatnim uslovima i nadzorom nad njihovim izvršenjem kao i provjerom stručnosti i lične podobnosti podnosioca zahtjeva, s obzirom na posebne vještine koje podrazumijeva klanje neomamljenih životinja, mora osigurati očuvanje interesa zaštite životinja koliko god je to moguće (usp. također BVerwGE 112, 227 [236]). (...)

### III.

1. Oспоравanim odlukama upravnih službi i sudova je povrijeđeno osnovno pravo apelanta iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. Službe i upravni sudovi su previdjeli nužnost i mogućnost da se § 4 a st. 2 br. 2 alternativa 2 TierSchG protumači u skladu sa Ustavom i zbog toga su kod primjene propisa o izuzecima od zabrane klanja bez prethodnog omamljivanja, nesrazmjerno ograničili spomenuto osnovno pravo. (...)

## 61) BVerfGE 105, 279

(Osho)

### Osho

1. Osnovno pravo na slobodu vjeroispovijesti i svjetonazora iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava ne nudi zaštitu od javne – također kritičke – polemike države i njenih organa sa nosiocima ovog osnovnog prava kao ni sa njihovim ciljevima i aktivnostima. U odnosu na pitanja religioznog

svjetonazora takva polemika svakako, mora, ostati u granicama koje slijede iz zahtjeva za državnom neutralnošću i zbog toga se mora odvijati suzdržano. Državi je zabranjeno difamirajuće, diskriminirajuće ili pogrešno predstavljanje zajednice religioznog svjetonazora.

2. Savezna vlada ima zadatak da vodi državu i ovlaštena je da radi s informacijama u svim oblastima u kojima je ona odgovorna za cjelinu države, ako takav rad može biti obavljen uz pomoć informacija.
3. Saveznoj vladi nije potrebno posebno zakonsko ovlaštenje za radi sa informacijama koje su u vezi sa vođenjem države, ni onda kada ovakav rad vodi prema posredno-faktičkom ugrožavanju osnovnog prava.

### **Rješenje Prvog senata od 26. juna 2002.**

#### **- 1 BvR 670/91 -**

OBRAZLOŽENJE:

#### **A.**

Ustavna tužba se odnosi na izjave Savezne vlade o pokretu Rajnees Chandra Mohan i zajednici koja joj pripada. (...)

#### **B.**

Ustava tužba je djelimično osnovana. U ustavnopravnom smislu se Saveznoj vladi ne može prigovoriti što je u izvještajima o Osho-pokretu i pripadnicima ove zajednice u prvostepenom postupku upotrebljavala oznaku „sekta“, „omladinska religija“, „omladinska sekta“ i „psiho sekta“. Suprotno tome, ne može se održati presuda Višeg upravnog suda, donešena u žalbenom postupku, u kojoj se smatra ustavnom upotreba atributa „destruktivno“ i „pseudoreligiozno“ kao ni prigovor manipulacije članova ove zajednice.

#### **I.**

Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava je zbog toga povrijeđen ovom presudom.

1. Apelanti su nosioci ovog osnovnog prava. Sa ovim nije u suprotnosti činjenica da su oni kao udruženi građani pravno lice prema § 21 BGB. Prema čl. 19 st. 3 Ustava osnovno pravo na slobodu religije i svjetonazora vrijedi i za domaća pravna lica ako je njihov cilj njegovanje i podsticanje religioznog svjetonazora ili konfesije (BVerfGE 19, 129 [132]; 24, 236 [247]; 99, 100 [118]). (...)

2. Osnovno pravo na slobodu vjeroispovijesti i svjetonazora obuhvata, osim slobode pojedinca na privatno i javno ispoljavanje sopstvenog religioznog svjetonazora, također i slobodu da se zbog istog vjerovanja ili istog svjetonazora

udružuje sa drugima (BVerfGE 53, 366 [387]; 83, 341 [355]). Udruženja koja se ovako obrazuju uživaju pravo na upražnjavanje religioznog svjetonazora, na obznanjivanje vjere, na širenje svjetonazora kao i na njegu i podsticanje konfesije (usp. BVerfGE 19, 129 [132]; 24, 236 [246 i dalje]; 53, 366 [387]). Zaštićena je također sloboda da se reklamira sopstvena vjera ili ubjeđenje kao i pravo da se drugi pridobijaju za sopstvenu religiju ili svjetonazor (usp. BVerfGE 12, 1 [4]; 24, 236 [245]).

Ova garancije dobija oseban značaj i domet u državnoj obavezi, prema čl. 4 st. 1 Ustava, ali i prema čl. 3 st. 3 rečenica 1, čl. 33 st. 3 i čl. 140 Ustava u vezi sa čl. 136 st. 1, 4 i čl. 137 st. 1 WRV, da se postavlja neutralno prema pitanjima religioznog ubjeđenja i svjetonazora i da sa svoje strane ne ugrožava religiozni mir u društvu (usp. BVerfGE 19, 206 [216]; 93, 1 [16 i dalje]; 102, 370 [383]). Čl. 4 st. 1 Ustava štiti, prema tome od difamirajućih, diskriminirajućih ili netačnih predstavljanja jedne religiozne zajednice ili jednog svjetonazora. Državnim organima nije, međutim, zabranjeno da se općenito bave takvim pitanjima. Ni neutralna država nije spriječena da prema zemaljskim kriterijima ocjenjuje stvarno držanje neke grupacije religioznog svjetonazora ili njenih članova, čak ni onda kada je takvo držanje religiozno motivirano (usp. BVerfGE 102, 370 [394]).

Nosiocima državne vlasti, isto tako, nije zabranjeno da informišu parlamenta, javnost ili zainteresirane građane o religioznim grupama i njihovom djelovanju. Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava ne pruža zaštitu pred javnom polemikom – također kritikom – državnih organa sa nosiocima osnovnog prava. Državi je zabranjeno samo reguliranje genuino religioznih pitanja ili pitanja svjetonazora, zatim pristrasno miješanje u ubjeđenje, djelovanje i javno predstavljanje pojedinaca ili zajednica religioznog svjetonazora (usp. BVerfGE 93, 1 [16]; 102, 370 [394]). Niti pojedine konfesije smiju biti privilegirane – primjerice, poistovjećivanjem sa njima – niti druge smiju biti obespravljene zbog svoje konfesije – primjerice, ograničavanjem. U državi u kojoj zajedno žive pripadnici različitih religioznih svjetonazora, mirna koegzistencija može uspjeti samo ako država sačuva vlastitu neutralnost u odnosu na pitanja vjere i svjetonazora (usp. BVerfGE 93, 1 [16 i dalje] sa daljim uputama). Prema tome, ona mora prilikom ophođenja sa zajednicama vjere i svjetonazora postupati sa posebnom pažnjom čija se konkretna mjera određuje prema okolnostima konkretnog slučaja.

3. Ovim načelima ne odgovaraju u cjelini izjave Savezne vlade o Osho-pokretu i njegovoj zajednici o kojima je u žalbenom postupku pred drugostepenim sudom tek trebalo biti odlučeno.

a) Oспоравана odluka se može potvrditi time, da nema ustavnopravnih nedostataka u izjavama koje Osho-pokret i zajednicu koja joj pripada označavaju kao „sektu“, „omladinsku religiju“, „omladinsku sektu“ i „psiho sektu“. Ove izjave ni ne dodiruju zaštićeno područje osnovnog prava na slobodu vjere i svjetonazora. One ne sadrže difamirajuće ili pogrešno predstavljanje, nego se kreću u okvirima kompetentno vođene djelatnosti informiranja o pogođenim zajednicama i u okviru

su očekivane suzdržanosti na koju su država i njeni organi obavezani zahtjevom za državnom neutralnošću u pitanjima religije i svjetonazora.

b) Upotreba atributa „destruktivno“ i „pseudoreligiozno“ i isticanje primjedbe da se manipulira članstvom, ugrožava pravo apelanta na neutralan i suzdržan tretman u religiozno-svjetonazorskom pogledu, kako mu to garantira čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. Međutim, ovim nisu ispunjene uobičajene osobine napada na osnovno pravo. Pod njim se općenito podrazumijeva postupak koji je pravno oformljen i koji neposredno i ciljano (finalno) posredstvom državne zabrane i odredbe koja će se po potrebi prinudno provesti, dakle imperativno, vodi do skraćivanja slobode koja je zajamčena osnovnim pravom. Ni jedna od navedenih osobina se ne odnosi na izjave koje su predmet ove odluke. (...)

Međutim, ovim nije isključeno da se izjave takve vrste mjere prema čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. Ustav nije vezao zaštitu osnovnih prava za pojam zadiranja u osnovno pravo, kao što ga sadržajno nije ni predodredio. Spomenute izjave bi imale u odnosu na apelanta posredno-faktički učinak. One se prema Ustavu ne uzimaju u obzir samo onda kada se na odgovarajući način mogu opravdati ustavnim pravom.

c) To nije slučaj. Iстина, Savezna vlada je u osporavanim izjavama djelovala u okvirima njene informacione nadležnosti (aa). Apelantovo osnovno pravo iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava je, međutim, srazmjerno ugroženo (bb).

aa) Savezna vlada smije informirati parlament i javnost o Oscho-pokretu, o grupacijama koje mu pripadaju kao i o njihovim ciljevima i aktivnostima. Ona se pri tom može osloniti na njen ustavni zadatak vođenja države, tako da joj za ovo nije potrebno neposredno zakonsko ovlašćenje.

(1) (a) Ovlašćenje za prenošenje ovakvih informacija slijedi iz zadataka koji su u okvirima njenog rada s javnošću dodijeljeni Saveznoj vladi, naime, da se upušta u raspravljanje aktuelnih, spornih pitanja koja su bitna za javnost i da tima preuzima vođenje države. (...)

bb) U suprotnosti su sa Ustavom izjave, kao izjave kojima je povrijeđen zahtjev za državnom neutralnošću, kojima je Osho-pokret zajedno sa pojedinačnim grupama koje mu pripadaju označen kao „destruktivan“ i „pseudoreligiozan“, kao i prigovor da se njegovim članovima manipulira izvan uvida javnosti. One nisu opravdane prema mjerilima načela srazmjernosti. (...)

Ovakvi atributi, sa navedenim prigovorom, difamiraju apelanta. Za pretpostaviti je da će njihovo isticanje apelantu donijeti znatne poteškoće, kao što je gubitak postojećih članova, izostanak budućeg članstva ili izostanak finansijske potpore. Niti je Savezna vlada iznijela, niti su na neki drugi način vidljivi razlozi koji bi i pored zahtjeva za suzdržanošću, iznošenjem bitnih razloga koji se oslanjaju na konkretne činjenice, unatoč svemu, opravdavali izjave Savezne vlade. (...)



## 62) BVerfGE 108, 282 (Kopftuch) Marama

1. Zabrana da nastavnici u školama i u nastavi nose maramu (Kopftuch), nema odgovarajuće zakonsko uporište u pravu zemlje Baden-Württemberg
2. Društvene promjene koje su povezane sa pojačanim religioznim pluralitetom mogu podstaknuti zakonodavca da nanovo odredi mjeru prihvatljivosti religioznih odnosa u školi.

### Presuda Drugog senata od 24. septembra 2003. - 2 BvR 1436/02 -

OBRAZLOŽENJE:

#### A.

Apelantica očekuje namještenje u školi zemlje Baden-Württemberg. Ona ustavnom tužbom osporava Odluku Više uprave za škole Stuttgart, koju su potvrdili upravni sudovi, a kojom je odbijeno njeno namještenje kao nastavnice u osnovnim školama, u statusu državnog službenika na probi, sa obrazloženjem da nije podobna za ovu službu zbog izjavljene namjere da u školi i nastavi nosi maramu. (...)

#### B.

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana. Osporavane odluke su u suprotnosti sa čl. 33 st. 2 Ustava u vezi sa čl. 4 st. 1 i 2 Ustava i sa čl. 33 st. 3 Ustava.

Nošenje marame kojom se pokriva glava (*Kopftuch*) u predmetnoj stvari čini potpuno jasnom pripadnost apelantice islamskoj vjerskoj zajednici i njenu ličnu identifikaciju kao muslimanke. Kvalificiranjem ovakvog držanja kao nedostatka podobnosti za službu nastavnice u osnovnim školama zadire u pravo apelantice na jednak pristup svakoj javnoj službi iz čl. 33 st. 2 Ustava u vezi sa pravom na slobodu vjeroispovijesti iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava, bez trenutnog postojanja potrebnih, dovoljno određenih zakonskih osnova. Time je apelantici onemogućen pristup jednoj javnoj službi na način koji se ne može opravdati ustavnim pravom.

#### II.

1. Čl. 33 st. 2 Ustava otvara svakom Nijemcu, prema njegovim podobnostima, sposobnostima i stručnim rezultatima jednak pristup svakoj državnoj službi.

a) Članom 33 st. 2 Ustava je zajamčena ona mjera prava na osnovu koje je, jednako kao i kod osnovnog prava na slobodu izbora zanimanja (čl. 12 st. 1 Ustava), moguće posredstvom nadležne javnopravne korporacije ograničiti broj slobodnih

radnih mjesta u državnoj službi (usp. BVerfGE 7, 377 [397 i dalje]; 39, 334 [369]). Čl. 33 st. 2 Ustava ne garantira pravo na uzimanje u javnu službu (usp. BVerfGE 39, 334 [354]; BVerwGE 68, 109 [110]). Pristup nekoj djelatnosti u javnoj službi (pristup zanimanju koje se istovremeno odnosi na slobodan izbor zanimanja) smije biti ograničen subjektivnim pretpostavkama (usp. BVerfGE 39, 334 [370]). (...)

2. U individualnu slobodu vjeroispovijesti koja je zagarantirana čl. 4 st. 1 i 2 Ustava zahvata obaveza državnog namještenika da ne smije kao nastavnik u školi i nastavi učiniti vidljivom sopstvenu pripadnost određenoj religijskoj zajednici tako što će primijenjivati religiozno utemeljena pravila odjevanja. Ona stavlja pogođenog pred izbor da obavlja državnu službu kojoj teži, ili da slijedi vjersku zapovijest odijevanja koju razumijeva kao obavezu.

Čl. 4 garantira u stavu 1 Ustava slobodu vjere, savjesti i ispovijedanja vjere i svjetonazora, u stavu 2 pravo na nesmetano obavljanje vjerskog obreda. Oba stava člana 4 Ustava sadrže obuhvatno osnovno pravo koje se mora shvatiti kao jedinstveno pravo (usp. BVerfGE 24, 236 [245 i dalje]; 32, 98 [106]; 44, 37 [49]; 83, 341 [354]). Ono se ne proteže samo na unutrašnju slobodu da se vjeruje ili ne vjeruje, nego i na vanjsku slobodu, da se vjera obznani i širi (BVerfGE 24, 236 [245]). Ovdje spada i pravo pojedinca da svoje ukupno držanje usmjeri prema zahtjevima vjere i da djeluje prema sopstvenom vjerskom ubjeđenju. To se ne odnosi samo na imperativne stavove vjere, nego i na takva religiozna ubjeđenja koja u pogledu prevladavanja određene životne situacije određuju neko držanje kao ispravno (usp. BVerfGE 32, 98 [106 i dalje]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]).

Sloboda vjere iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava je bezrezervno zajamčena. Ograničenja se, prema tome, moraju izvesti iz samog Ustava. Ovdje se ubrajaju osnovna prava trećih, kao i društvene vrijednosti koje su u rangu Ustava. (...) Ograničenje bezrezervno zajamčene slobode vjeroispovijesti, osim ovoga, podrazumijeva dovoljno određene zakonske osnove (usp. BVerfGE 83, 130 [142]).

3. Dotaknut je, također, čl. 33 Ustava. Prema njemu je pristup javnim službama nezavisan od konfesionalne pripadnosti (rečenica 1); niko ne smije zbog religiozne pripadnosti ili svjetonazora pretrpjeti štetu (rečenica 2). Ovim je isključena ovisnost obavljanja javne službe o religioznoj pripadnosti. Čl. 33 st. 3 Ustava je u prvom redu usmjeren protiv nejednakog tretmana koji je neposredno vezan za pripadnost određenoj religiji. Osim toga propis zabranjuje obavljanje javne službe iz razloga koji bi bili nespojivi sa slobodom vjeroispovijesti koja je zajamčena u čl. 4 st. 1 i 2 Ustava (usp. BVerfGE 79, 69 [75]). Ovo ne isključuje zasnivanje službenih obaveza koje zadiru u slobodu vjeroispovijesti rukovodilaca upravnih službi i kadridata za javnu službu, čime se kandidatima vjernicima otežava ili čak isključuje pristup javnim službama, ali se potčinjavaju stogim zahtjevima opravdavanja koji važe za ograničavanje bezrezervno zagarantirane slobode vjeroispovijesti; osim toga mora se poštovati zahtjev za striktnim provođenjem jednakog tretmana različitih vjera, kako u utemeljenju, tako i u provođenju takvih službenih obaveza.

4. a) Nošenje marame i u školi, kako to zahtijeva apelantica, pada u područje zaštite čl. 4 st. 1 i 2 Ustava i tamo zajamčene slobode vjeroispovijesti. Apelantica razumijeva nošenje marame na glavi (...) kao obavezu koja joj je određena religioznim propisima; poštovanje ovakvih religioznih pravila odjevanja je za nju izraz sopstvene religiozne pripadnosti. Nije se postavilo sporno pitanje, da li je i u kojoj mjeri pokrivanje žena propisano pravilima islamske vjere. Istina, ne može se svaki postupak jedne osobe posmatrati kao izraz slobode vjeroispovijesti jedino na osnovu njenog subjektivnog određenja; vjerska zajednica bi se zapravo morala uzeti u obzir kada se radi o ocjeni odnosa koji pojedinac ističe kao izraz samorazumijevanja slobode vjeroispovijesti (usp. BVerfGE 24, 236 [247 i dalje]). Na zadovoljavajuće plauzibilan način se obavezivanje žena da u javnosti pokriju glavu maramom može prema sadržaju i formi, kao islamsko-religiozni vjerski propis, svrstati u zaštićeno područje čl. 4 st. 1 i 2 Ustava (usp. o tome također BVerfGE 83, 341 [353]); to su i učinili stručni sudovi na način kojim se iz ustavnopravne perspektive ništa ne može prigovoriti.

b) Sa čl. 4 st. 1 i 2 Ustava bi bila spojiva pretpostavka, kao i na njoj zasnovano odbijanje primanja u javnu službu, da apelantici nedostaje odgovarajuća podobnost za izvršavanje zadataka nastavnice osnovne škole zato što hoće da, u suprotnosti sa službenom obavezom, u školi i na nastavi, nosi na glavi maramu koja jasno ukazuje na njenu pripadnost islamskoj vjerskoj zajednici, kada bi namjeravano vršenje prava na slobodu vjeroispovijesti bilo u suprotnosti sa pravnim dobrima koja stoje u ustavnom rangu i kada bi se ovakvo ograničavanje slobodnog ispovijedanja vjere moglo pozvati na dovoljno jasan zakonski osnov. U obzir dolaze, kao ustavna dobra koja su u suprotnosti sa slobodom vjeroispovijesti, pored nadzora države nad školstvom (čl. 7 st. 1 Ustava), koji se mora ispuniti u okvirima obaveze na religiozno-svjetonazorsku neutralnost, pravo roditelja na njegu i odgoj djece (čl. 6 st. 2 Ustava) i negativna sloboda vjeroispovijesti djece u školi (čl. 4 st. 1 Ustava).

aa) Ustav obavezuje državu kao domovinu svih državljana u čl. 4 st. 1 čl. 3 st. 3 rečenica 1, čl. 33 st. 3 kao i preko čl. 136 st. 1 i 4 i čl. 137 st. 1 WRV u vezi sa čl. 140 Ustava na religioznu neutralnost i neutralnost u pogledu svjetonazora. On sprečava uvođenje bilo kakve pravne forme državne crkve, zabranjuje privilegiranje određenih konfesija kao i izolaciju onih koji drukčije vjeruju (BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; 93, 1 [17]). Država mora paziti da prema načelu jednakosti tretira različite zajednice religije i svjetonazora (usp. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 93, 1 [17]) i ne smije se identificirati sa određenom religijskom zajednicom (usp. BVerfGE 30, 415 [422]; 93, 1 [17]). Državu koja garantira slobode, kako je konstituirala Ustav, karakterizira otvorenost u odnosu na mnoštvo religioznih svjetonatora i ona počiva na slici čovjeka koju oblikuje slobodan razvoj ličnosti u pogledu samoodređenja i vlastite odgovornosti (usp. BVerfGE 41, 29 [50]).

Religiozno-svjetonazorska neutralnost, koja se od države zahtijeva, ne razumijeva se kao neutralnost koja distancira u smislu striktnog odvajanja države i crkve, nego kao držanje koje je u pogledu slobode vjeroispovijesti jednako podsticajno za sve

konfesije. Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava određuje u pozitivnom smislu da se mora osigurati prostor za aktivno upražnjavanje vjerskog ubjeđenja i za ostvarenje lične autonomije na području religioznosti i svjetonazora (usp. BVerfGE 41, 29 [49]; 93, 1 [16]). Država ne smije jedino poduzimati ciljani utjecaj koji bi bio u službi političkog, ideološkog ili svjetonazorskog usmjerenja kao što se ne smije izričito ili prećutno identificirati sa mjerama koje proizilaze ili prethode određenoj vjeri i svjetonazoru kako bi ovim ugrozila religiozni mir u jednoj zajednici (usp. BVerfGE 93, 1 [16 i dalje]). Načelo religiozne i svjetnonazorske neutralnosti, također, zabranjuje državi da vrednuje vjeru i nauk jedne vjerske zajednice kao takve (BVerfGE 33, 23 [29]).

Sve ovo prema sadašnjem razumijevanju odnosa države i religije važi, kako je to već prihvaćeno u dosadašnjoj jurisdikciji Saveznog ustavnog suda, posebno za područje obaveznih škola, za koje su, prema njihovoj prirodi, oduvijek bile relevantne predstave o religiji i svjetonazoru (usp. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [241]).

Prema njima, hrišćanske veze nisu naprosto zabranjene kod formiranja javnih škola; ali škola mora ostati otvorena i za drukčije religiozne sadržaje i vrijednosti ili svjetonazore (usp. BVerfGE 41, 29 [51]; 52, 223 [236 i dalje]). U ovoj otvorenosti njemačka država čuva svoju neutralnost u pogledu na religiju i svjetonazor (usp. BVerfGE 41, 29 [50]). Za rješavanje napetosti koje su neizbježne u uslovima zajedničkog obrazovanja djece različitih svjetonazora i vjera neophodno je iznaći uravnotežen model (BVerfGE 41, 29 [63]; 52, 223 [247, 251]; 93, 1 [21 i dalje]; usp. pod dd) koji uzima u obzir zahtjev za tolerantnošću kao izraz ljudskog dostojanstva (čl. 1 st. 1 Ustava).

bb) Čl. 6 st. 2 Ustava garantira roditeljima, kao prirodno pravo, njegu i odgoj djece i obuhvata zajedno sa čl. 4 st. 1 Ustava pravo na odgoj djece u smislu religioznog svjetonazora; u prvom redu je zadatak roditelja da svojoj djeci prenesu ono vjersko ubjeđenje i svjetonazor, koje smatraju tačnim (usp. BVerfGE 41, 29 [44, 47 i dalje]; 52, 223 [236]; 93, 1 [17]). Ovom odgovara pravo da se djeci uskrati prenošenje vjerskog ubjeđenja koje roditelji smatraju pogešnim (usp. BVerfGE 93, 1 [17]). Međutim, čl. 6 st. 2 Ustava ne sadrži isključivo pravo roditelja na odgoj djece. Država, pored roditelja, samostalno i ravnopravno obrazuje u svom području, jer joj je članom 7 st. 1 Ustava dodijeljen nadzor nad cjelokupnim školstvom (usp. BVerfGE 34, 165 [183]; 41, 29 [44]). Kako se on izvršava u pojedinačnom slučaju, posebno koji obim religiozni odnosi trebaju imati u školi, slobodno odlučuju zemalje uz poštovanje ustavnih ograničenja, posebno onih iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava (usp. BVerfGE 41, 29 [44, 47 i dalje]; 52, 223 [242 i dalje]).

cc) Konačno, sloboda apelantice da svoje vjersko ubjeđenje prakticira nošenjem marame u školi i nastavi je konfrontirana sa negativnom slobodom vjeroispovijesti učenica i učenika. Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava, koji jednako podstiče negativnu kao i pozitivnu slobodu vjeroispovijesti, jamči slobodu da se ne učestvuje u kultskim radnjama vjere kojoj se ne pripada; to se odnosi na kultove i simbole, u kojim se vjera ili religija predstavljaju. Čl. 4 Ustava prepušta pojedincu da odluči koje će religiozne simbole

priznati i poštivati, a koje će odbiti. Istina, on nema u jednoj zajednici koja ostavlja prostora različitim vjerskim ubjedenjima pravo da bude pošteđen obznanjivanja stranih vjera, kultskih radnji i religioznih simbola. Od toga se, međutim, mora razlikovati situacija koju stvara država, a u kojoj je pojedinac bez mogućnosti da to izbjegne, izložen uticaju određene vjere, radnjama u kojima se ona manifestira i simbolima u kojima se ona predstavlja (usp. BVerfGE 93, 1 [15 i dalje]). Zbog toga čl. 4 st. 1 i 2 Ustava ostvaruje sopstveni učinak pri osiguranju slobode u životnim područjima koja upravo nisu ostavljena društvenoj samoorganizaciji, nego se država stara o njima (usp. BVerfGE 41, 29 [49]); to osnažuje čl. 140 Ustava u vezi sa čl. 136 st. 4 WRV, prema kojem je zabranjeno nekog prisiljavati na učešće u religioznom obredu.

dd) Ustav ostavlja zemljama široku slobodu uobličavanja u području školstva; čl. 7 Ustava s obzirom na usmjerenost škola u pogledu religije i svjetonazora ima u vidu široku samostalnost zemalja, a u okviru njihove isključive nadležnosti u području školstva i načelnu slobodu pri formiranju obavezanih škola (usp. BVerfGE 41, 29 [44 i dalje]; 52, 223 [242 i dalje]). Obaveza je zakonodavca u saveznoj zemlji, koji u procesu obrazovanja opšte volje mora tražiti kompromise koji su za sve prihvatljivi, da riješi neizbježnu napetost koja postoji između pozitivne slobode na vjeroispovijest nastavnika, na jednoj, i državne obaveze na neutralnost u pogledu vjere i svjetonazora, roditeljskog prava na odgoj djece, kao i negativne slobode vjeroispovijesti učenika, na drugoj strani, uzimajući u obzir zahtjev za tolerantnošću. On pri reguliranju mora pokušati da, na jednoj strani, u području školstva, iz čl. 7 Ustava, dopusti utjecaje religioznog svjetonazora, čuvajući roditeljsko pravo na odgoj i da, na drugoj strani, čl. 4 Ustava to zapovijeda, kod odluke za odgovarajuću školu smjerove iz religije, isključi koliko god je to moguće. Propisi se moraju posmatrati zajedno, njihova interpretacija i područje njihovog djelovanja se moraju uzajamno prilagoditi. To uključuje mogućnost da pojedine zemlje mogu donijeti različite propise, jer i školska tradicija, kofensionalni sastav stanovništva i njihovo više-manje izraženo religiozno porijeklo moraju biti uzeti u obzir pri iznalaženju srednjeg puta (BVerfGE 41, 29 [50 i dalje]; 93, 1 [22 i dalje]).

Ova načela važe i za odgovor na pitanje, u kojem obimu se mogu jednoj nastavnici, ograničavajući njeno individualno pravo na slobodu vjeroispovijesti, odrediti obaveze za njen nastup i za njeno ponašanje u školi, s obzirom na očuvanje državne neutralnosti u pitanjima vjerskog svjetonazora.

5. Unošenjem religioznih svjetonazora u škole i nastavu preko nastavnika može ugroziti državnu obavezu na obrazovanje koju ona ispunjava u skladu sa neutralnošću, roditeljsko pravo na odgoj i negativnu slobodu učenika i učenika. Ovo otvara mogućnost utjecaja na školsku djecu kao i konflikte sa roditeljima, koji će voditi ometanju školskog mira i onemogućavanju države da ispuni svoju obrazovnu misiju. Odjeća nastavnika, koja je religiozno motivirana i koja može biti interpretirana kao obznanjivanje vjere, također može imati ovakav učinak. Pri tom se, ipak, radi samo o apstraktnim opasnostima. Budu li upravo takve mogućnosti ugrožavanja ili konflikta

na osnovu nastupa nastavnika, a ne konkretno ponašanje koje se predstavlja kao pokušaj utjecaja ili čak misioniranje djece koja su im povjerena, vrednovane kao povreda obaveza državnog službenika ili kao nedostatak koji onemogućuje zapošljavanje u statusu državnog službenika, onda se podrazumijeva dovoljno određen zakonski osnov, koji to dopušta, jer ovim ide i ograničenje osnovnog prava iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava koje je zajamčeno bez ikakvih ograničenja. (...)

6. Nadležni zakonodavac u saveznoj zemlji može slobodno odlučiti da li će stvoriti zakonski osnov koji je do sada nedostajao tako što će npr. u okvirima ustavnopravnih uslova nanovo odrediti mjeru dopuštenog vezivanja za religiju u školama. On pri tom mora na primjeren način voditi računa o slobodi vjeroispovijesti nastavnika kao i pogođenih učenika, o roditeljskom pravu na odgoj kao i o obavezi države na neutralnost u pogledu religioznog svjetonazora. (...)

### C.

Ova odluka je donešena sa većinom od pet, protiv dva glasa.

## **63) BVerfGE 143, 161-215** (Karfreitag)

### **Veliki petak**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 87/2016 od 30. novembra 2016. godine

Rješenje od 27. oktobra 2016. godine

-21 BvR 458/10-

#### **Neizuzimanje iz obaveze na posebnu zaštite tišine na Veliki petak nije u skladu sa osnovnim pravima**

Odredbe bavarskog Zakona o zaštiti nedjelja i praznika (FTG), kojima se kao zakonom utvrđen praznik priznaje Veliki petak, te mu se pruža kvalificirani okvir za mir i tišinu u osnovi je u skladu sa Ustavom. Međutim, nemogućnost da se učine izuzeci na taj dan, čime se već na samom početku isključuje mogućnost oslobađanja od zabrane djelovanja, čak i kada za ovo postoje važni razlozi (čl. 5 st. 2 FTG), pokazala se nesrazmjernom. Tako je sa danas objavljenim rješenjem odlučio Prvi senat Saveznog ustavnog suda. Time je usvojio apelaciju zajednice istog svjetonazora protiv djelimične zabrane održavanja javnog skupa planiranog na Veliki petak.

#### **Činjenično stanje:**

Apelantu je kao zajednica istog svjetonazora priznato svojstvo ustanove javnog prava. Prema načelima vlastitog programa apelant se smatra zajednicom koja zastupa interese i prava osoba koje ne pripadaju ni jednoj religiji i to po osnovu prosvijećenosti i sekularnog humanizma. Između ostalog, zagovara strogo razdvajanje crkve od države. Apelant je pozvao na održavanje skupa na Veliki petak u jednom minhenskom teatru za koji bi bile potrebne ulaznice. Skup se održavao pod sloganom „Zona slobodna od religije Minhen 2007“ i pored zabranjenog dijela skupa obuhvatao je filmske projekcije („Ateistička filmska noć“/„Kino slobodnih duša“), čokoladni švedski stol kao i pojašnjenja zahtjeva i predstavljanje ciljeva grupe građana istog svjetonazora. Zabranjen je „paganistički party“ koji je bio planiran za kraj skupa i koji je apelant najavio kao „Ples sa slobodnim duhovima“ uz nastup rock grupe.

Posljednji dio skupa je, prema stavu regulatornog tijela, bio protivan propisima FTG-a. Veliki petak je prema FTG-u određen kao „dan tišine“, i prema općoj zaštiti nedjelja i praznika javni zabavni skup, kojima se ne čuva ozbiljan karakter tog dana, kao i glazbene priredbe bilo koje vrste u prostorijama sa dozvolom za služenje

alkohola, su tokom tog dana zabranjeni. Za razliku od drugih dana tišine, na Veliki petak ne postoji mogućnost izuzetka od takve zabrane djelovanja (čl. 5 st. 2 FTG). Pravni lijekovi koje je apelant podnosio protiv zabrane su ostali bez uspjeha. Apelant apelacijom posebno ukazuje na povredu njegove slobode mišljenja kao i prava na okupljanje (čl. 4 st. 1 i 2, čl. 8 Ustava).

### **Bitni argumenti Vijeća:**

Dopustiva apelacija je osnovana.

1. Priznavanje Velikog petka kao zakonskog praznika i njegovo uređenje kao dana tišine uključujući zabranu određenih javnih zabavnih skupova i glazbenih priredbi u prostorijama sa dozvolom za služenje alkohola, zadire općenito u pravo djelovanja kao i, u određenim slučajevima, u slobodu rada i umjetničke slobode. U posebnim slučajevima može zadirati i u slobodu mišljenja (sloboda svjetonazora) i slobodu okupljanja koje su zaštićene osnovnim pravima.

2. a) Ovakva zadiranja se u osnovi pravdaju ustavom zagwarantiranom zaštitom nedjelja i praznika, kao i činjenicom da zakonodavac ima ustavom zagwarantirana ovlaštenja da prizna praznike, te da uređuje način i obim njihove zaštite (čl. 140 Ustava u vezi sa čl. 139 WRV). Nedjelja i državni praznici ostaju zakonom zaštićeni kao neradni dani i dani duhovnog uzdizanja. U načelu, aktivnosti u obliku plaćenog rada, posebno obavljanje nesamostalnih poslova, trebaju tim danima biti obustavljene, kako bi pojedinci mogli ove dane iskoristiti sami ili u zajednici, neometani radnim obavezama i naporima. Društveni značaj zaštite nedjelje i praznika u sekularnom području proizlazi u osnovi iz sinhronog pulsiranja društvenog života. Pri tome odredba najprije slijedi sekularno-socijalne ciljeve ličnog mira, oporavka i rasonode. Dodatno, ova odredba ima i vjerski značaj, budući da joj je cilj i da omogući praktikovanje vjere, tako da vjernici ovaj dan mogu urediti onako kako to odgovara njihovoj vjeri.

b) Prema ovim načelima izbor Velikog petka kao zakonom priznatog praznika ustavnopravno se ne može osporavati. Takav izbor se može oslanjati na ovlaštenja zakonodavca da uređuje ovo pitanje i nije štetan ni po neutralnost, ni po jednakost. Zakonodavcu nije zabranjeno da u okviru svoje slobode uređivanja za praznike izabere i ovakve dane, budući da su oni za veći dio stanovništva bitni po osnovu tradicije, kulture i svjetonazora – religijskih vjerovanja. Ovim se ne ograničava mogućnost da pripadnici drugih vjera i svjetonazora primjereno obilježavaju svoje praznike.

c) Također je u osnovi opravdano zakonodavno uređivanje Velikog petka kao dana



tišine koji podliježe posebnim pravilima, a time i uspostavljanju kvalificirane zaštite odmora. Zakonodavac može obim zaštite praznika pravno urediti. U tom smislu je ovlašten da određenim danima osigura vanjsku zaštitu odmora i tišine koja prevazilazi prosti odmor od rada. Koliki smije biti obim te zaštite u pojedinačnom slučaju, već je pitanje proporcionalnosti propisa. Isto tako, pružanje posebne zaštite, koja odgovara utvrđenom značenju Velikog petka u smislu kršćanske tradicije, ne potiče ustavna razmatranja u pogledu ustavnopravne neutralnosti, sve dok se zakonodavac ograničava na utvrđivanje zaštićenog okvira koji religijsko, ili na drugi način kvalificirano prakticiranje takvog dana samo omogućava. Suprotno tome, sadržajno ispunjenje ovako nastalog slobodnog prostora pripada, međutim, samo pojedincu ili zajednici. Pri tome je dio zakonodavčeve demokratski legitimirane slobode da odlučuje o izboru dana koji igraju posebnu ulogu samo za dio stanovništva. Nevažno je koliko članova crkvene zajednice Veliki petak u njegovom religijskom značenju obilježava u zajednici ili povučeno u vlastitoj privatnosti.

3. Konkretno zakonsko uobličavanje zaštite Velikog petka se, ipak, pokazalo nesrazmjernim. Nepostojanje mogućnosti izuzeća se kod ovako strogog uređenja, u situaciji u kojoj dolazi do sukobljavanja zaštite praznika sa garancijama slobode okupljanja ili slobode mišljenja i vjerovanja drugih osoba, više ne može smatrati ujednačenom ustavnopravnom pozicijom. Stroga nemogućnost izuzeća iz čl. 5 st. 2 FTG zbog toga nije u skladu sa slobodom vjeroispovijesti i okupljanja i ništava je.

Treba naglasiti da se skupovi zabavnog karaktera i glazbene priredbe u prostorijama sa dozvolom za služenje alkohola, u pravilu, ne mogu kvalificirati kao okupljanja u smislu čl. 8 Ustava ili kao ostvarivanje slobode vjeroispovijesti, isto kao što se ni, obrnuto, okupljanja u normalnim uslovima ne mogu smatrati skupovima zabavnog karaktera. Ukoliko je to izuzetno slučaj, ipak može doći do odluke kojom se odstupa od norme o adekvatnosti zabrana u svrhu zaštite mirnog karaktera. Ova se zabrana pri tome ne sukobljava samo sa običnim ekonomskim interesima usmjerenim na dobit ili sa interesima da se organizatori, umjetnici i potencijalni posjetioci zabavljaju i odmaraju, nego zbog posebnog značaja slobode okupljanja kao bitnog elementa „demokratske otvorenosti“ ima utjecaja u procesu formiranja javnog mnijenja, a time i na osiguranju osnovnih prava u zajednici. Isto važi i za događaje koji padaju pod zaštitu slobode mišljenja i vjeroispovijesti, posebno u formi slobode svjetonazora. Organiziranje takvih skupova ne dovodi na jednak način u pitanje načelnu zaštitu mira i tišine na Veliki petak i ima drugačiju težinu, tako da u ovakvim slučajevima posebna zaštita mirnih dana u odnosu na osnovna prava može biti primijenjena samo na osnovu odmjeravanja okolnosti u svakom pojedinačnom slučaju. Ukoliko ovakvi skupovi padaju pod zabranu FTG-a, zakonodavac mora predvidjeti izuzetna činjenična stanja koja omogućuju oslobađanje od takvih zabrana. Odobranje izuzetaka za skupove

povodom kojih dolazi do konflikta osnovnih prava nije u suprotnosti ni sa slobodom mišljenja i ni sa slobodom vjeroispovijesti kršćanskog dijela stanovništva. Iz toga se ne može izvesti ni ustavnopravna pozicija koja bi striktnu zabranu izuzetaka mogla opravdati. Ona posebno ne pruža zaštitu od konfrontacija koje nastaju ispoljavanja mišljenja ili svjetonazora koje ne dijele druge osobe.

1. Oспораване одлуке власти и надлежних судова не одговарају уставноправним захтевима, а не испуњавају их ни у погледу законских рјешења. Оне крше апелантова слободу свјетоназора и окупљања. Забрањени дио скупа улази у подручје заштите слободe мишљења и вјероисповјести у форми слободe свјетоназора и има се цијенити као вршење слободe свјетоназора. Осим тога, апелант је могао поднијети апелацију и због повредe права на окупљање у односу на забрањени дио скупа. Оцјена свих околности које пред Савезним уставним судом могу бити преиспитане у погледу уставноправних норми због њиховог изравног значаја за Устав, води у овом случају закључку да забрањени дио скупа улази у подручје заштите слободe окупљања.

У ситуацији у којој апелантов скуп ужива заштиту слободe свјетоназора и слободe окупљања, према постављеним стандардима се не смије дати безусловни приоритет заштити празника. Неопходна је оцјена у сваком појединачном случају. Резултат ове оцјене би било одобравање изузећа у смислу чл. 5 FTG-а. Значај уставних права апеланта и чињеница да је према околностима појединачног случаја сразмјерно мањи утјецај на посебну ванјску заштиту тишине Великог петка, воде према закључку да се у конкретном случају због уставноправног разумијевања ваћних разлога морало дозволити изузеће. Скуп се одвијао у затвореном простору са прегледним бројем учесника, а требао је и у другом дијелу бити одржан на истом мјесту. Конкретно мјесто одржавања скупа није утјецало на јавни, мирни и тији карактер тог дана. С обзиром на тематску повезаност са Великим петком, значајно је било и да се скуп одржи управо на тај дан. Коначно, постојала је и могућност да се, с обзиром на значај тишине за опћи карактер тог дана у цјелини, заштита мира и тишине евентуално осигура додатним ограничењима.

**64) 2 BvR 1333/17**  
**(Kopftuchverbot für Referendarinnen)**  
**Zabrana nošenja marame za referendare (pripravnike)**

**Zahtjev za donošenje privremene mjere protiv zabrane nošenja marame za referendare (pripravnike) u sudskim pripravničkim službama Savezne zemlje Hessen je bez uspjeha**

**Rješenje Prvog vijeća Drugog senata od 27. juna 2017. godine**  
**- 2 BvR 1333/17 -**

**OBRAZLOŽENJE**

**I.**

Apelacija se odnosi na pitanje ustavnosti zabrane pripravnici, koja iz vjerskih razloga nosi maramu, da za vrijeme svoje obuke, sjedi u sudnici na klupi predviđenoj za sudije, da vodi rasprave ili izvodi dokazni postupak, da vodi raspravu za tužilaštvo ili da tokom obuke u uredu provodi saslušanja.

[...]

**V.**

Dopustivi zahtjev je neosnovan.

[...]

b) Zahtijevano odmjeravanje predočenih posljedica ne govori u prilog donošenju privremene mjere. U ovom slučaju ne može utvrditi da postoji neophodni razlozi koji govore u prilog donošenju privremene mjere.

aa) Ako se ne bi donijela privremena mjera, a kasnije bi se pokazalo da je apelacija osnovana, onda bi do donošenja odluke po apelaciji bila povrijeđena osnovna prava apelantice iz čl. 2 st. 1 Ustava u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava, čl. 4 st. 1, 2 Ustava i čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava.

(1) Jedna od obaveza pravosudnih pripravnika koja nalaže da oni za vrijeme staža, u kojem bi predstavljali državu ili bi tako mogli biti shvaćeni, prakticiranjem religiozno utemeljenog odijevanja ne učine vidljivim vlastitu religioznu pripadnost jednoj vjerskoj zajednici, zadire u individualnu slobodu vjeroispovijesti sadržanu u čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. Pogođena osoba se time stavlja pred izbor, ili da obavlja djelatnost za koju se opredijelila ili da slijedi način oblačenja za koji ga vjerski obavezuje.

Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava sadrže jedinstveno osnovno pravo koje treba sveobuhvatno razumijevati (usp. BVerfGE 24, 236 245 i dalje; 32, 98, 106; 44, 37, 49; 83, 341, 354; 108, 282, 297; 125, 39, 79; stalna sudska praksa). Ono se ne odnosi samo na unutrašnju slobodu vjerovanja ili nevjerovanja, tj. na ispoljavanje ili prešutkivanje vjere, na odricanje dosadašnje i prihvatanje nove vjere, nego i na vanjsku slobodu, da se obznani i širi vjera, da se pridobija za svoju vjeru i da se drugi odgovore od njihove vjere (usp. BVerfGE 12, 1, 4; 24, 236, 245; 105, 279, 294; 123, 148, 177). Time nisu obuhvaćene samo kultne radnje i ispoljavanje i poštovanje religioznih običaja, nego i religiozni odgoj, kao i drugi načini izražavanja religioznosti i svjetonazora (usp. BVerfGE 24, 236, 245 i dalje; 93, 1, 17). Tome pripada i pravo pojedinca da njegovo cjelokupno ponašanje uskladi sa učenjem njegove vjere i da se ponaša u skladu sa tim uvjerenjem, isto kao i da živi u skladu sa vjerom; to se ne odnosi samo na imperativne vjerske stavove (usp. BVerfGE 108, 282, 297; 138, 296, 328 i dalje br. 85). Apelantica se kao namještenica u javnoj službi može pozivati na osnovna prava iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava; njena osnovna prava, od samog početka ili u načelu, ne dovodi u pitanje činjenica da je ona uključena u rad državnih organa (usp. BVerfGE 138, 296, 328 br. 84 kao i za državne službenike BVerfGE 108, 282, 297 i dalje; usp. i BVerfG, rješenje 2. vijeća Prvog senata od 18. oktobra 2016 - 1 BvR 354/11 -, juris, stav 58).

Prilikom ocjene šta se u konkretnom slučaju ima smatrati prakticiranjem religije i svjetonazora, ne smiju se zanemariti samorazumijevanje svake konkretne vjerske i svjetonazorske zajednice i pojedinca koji uživa osnovna prava (usp. BVerfGE 24, 236, 247 i dalje; 108, 282, 298 i dalje). Muslimanke, koje tipično za njihovu vjeru nose maramu, mogu, se prema tome, u okviru pripravničkog staža u pravosuđu pozivati na slobodu vjere i vjeroispovijesti iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava. Nije bitno što u islamu postoje različiti pogledi na tzv. obavezu pokrivanja, s obzirom da religiozno utemeljenje izbora odijevanja prema duhovnom sadržaju i vanjskom izgledu također dovoljno plauzibilno (usp. BVerfGE 108, 282, 298 i dalje; 138, 296, 330 stav 87 i dalje; BVerfG, Rješenje 2. vijeća Prvog senata od 18. oktobra 2016 - 1 BvR 354/11 -, juris, stav 59).

Pored toga, zabrana može utjecati i na njihov lični identitet (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) i njihovu slobodu obavljanja zanimanja (čl. 12 st. 1 Ustava, usp. BVerfG, Odluka 2. vijeća Prvog senata od 18. oktobra 2016 - 1 BvR 354/11 -, juris, stav 60).

(2) Zakonska zabrana ispoljavanja vjere zadire u osnovna prava apelantice, ipak, u ograničenoj mjeri, s obzirom na vrijeme i mjesto, jer je apelantica, ukoliko želi nositi maramu u okviru obrazovanja, uskraćena isključivo u pogledu predstavljanja

pravosuđa ili države. Tako se zabrana odnosi na vrijeme usmene rasprave i zauzimanja mjesta na klupi za sudije. Suprotno tome, ne dira se u druge važnije sadržaje pripravničke obuke u okviru pojedinačnog obrazovanja ili radnih grupa.

[...]

bb) Ako bi uslijedila privremena mjera, a apelacija ostala bila bez uspjeha, tada ne bi mogli biti ostvareni zahtjevi zakonodavca savezne zemlje postavljeni odredbama 27 JAG-a u vezi sa odredbom 45 HBG-a, koji u najmanju ruku imaju jednaku snagu kao i zahtjevi apelantice.

(1) To se, prije svega, odnosi na obavezu države na svjetonazorno-religioznu neutralnost. Ustav članom 4 st. 2, čl. 3 st. 3 rečenica 1, čl. 33 st. 3 Ustava, kao i članom 136 st. 1 i 4 i čl. 137 st. 1 Vajmarskog ustava (Weimarer Reichsverfassung - WRV) u vezi sa čl. 140 Ustava i obavezom svjetonazorno-religiozne neutralnosti državu određuje kao domovinu svih državljanke i državljana. Ne dozvoljava se uvođenje formi državnih crkava i zabranjuje se privilegiranje određenih religija kao i isključenje osoba drugih vjera (vidi BVerfGE 19, 206, 216; 24, 236, 246; 33, 23, 28; 93, 1, 17). Država mora voditi računa o jednakom pravnom tretmanu različitih religijskih i svjetonazornih zajednica (vidi BVerfGE 19, 1, 8; 19, 206, 216; 24, 236, 246; 93, 1, 17; 108, 282, 299 i dalje) i ne smije se identificirati sa nekom posebnom religijskom zajednicom (vidi BVerfGE 30, 415, 422; 93, 1, 17; 108, 282, 300). Slobodnu ustavnu državu karakterizira otvorenost prema raznolikosti svjetonazorno-religijskih uvjerenja i to se zasniva na slici čovjeka koji je u samoodređenju i ličnoj odgovornosti oblikovan u skladu sa dostojanstvom i slobodnim razvojem ličnosti (vidi BVerfGE 41, 29, 50; 108, 282, 300 i dalje). Zahtjeve svjetonazorno-religijske neutralnosti koji se postavljaju pred državu, ne treba razumijevati u smislu stroge odvojenosti države i crkve, nego kao otvoren i opći stav slobode vjere koji jednako potstiče sve. Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava zahtjeva i da se i u pozitivnom smislu osigura prostor za aktivno ispoljavanje vjerskih uvjerenja i ostvarenje autonomne osobnosti na svjetonazorno-religijskim poljima (vidi BVerfGE 41, 29, 49; 93, 1, 16). Država ne smije vršiti ni ciljani utjecaj u službi određene politike, ideologije ili svjetonazora, niti se smije izričito ili konkludentno identificirati sa određenim vjerovanjem ili sa određenim svjetonazorom koja proizilaze iz njih i na taj način sama ugrožavati religijski mir u društvu (vidi BVerfGE 93, 1, 16 i dalje; 108, 282, 300). Načelo svjetonazorno-religijske neutralnosti zabranjuje državi i da vjeru i naukovanje jedne vjerske zajednice promovira kao takvo (vidi BVerfGE 33, 23, 29; 108, 282, 300; 137, 273, 305 stav 88; 138, 296, 339 stav 110; BVerfG, rješenje 2. vijeća Prvog senata od 18. oktobra 2016. godine - 1 BvR 354/11 -, juris, stav 67).

Ovo vrijedi u skladu sa dosadašnjim razumijevanjem odnosa države i religije, kako je to u sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda utvrđeno, posebno za oblast pravosuđa za koju garancije pruža i osigurava država.

Ustav garantira učesnicima sudskog procesa pristup nezavisnom i nepristranom sucu, koji jamči neutralnost i distancu prema svim učesnicima i prema predmetu postupka (vidi BVerfGE 4, 412, 416; 21, 139, 145 i dalje; 23, 321, 325; 82, 286, 298; 89, 28, 36). Pored objektivne i subjektivne neovisnosti suca (čl. 97 st. 1 i 2 Ustava) značajna odlika sudačkog odlučivanja u smislu Ustava je da se sudsku djelatnost vrši „treća osoba koja nije učesnik spora“ (vidi BVerfGE 3, 377, 381; 4, 331, 346; 21, 139, 145; 27, 312, 322; 48, 300, 316; 87, 68, 85; 103, 111, 140). Ova predodžba neutralnog vođenja službe je neodvojivo isprepletana sa pojmovima „sudija“ i „sud“ (vidi BVerfGE 4, 331, 346; 60, 175, 214; 103, 111, 140). Sudijska djelatnost tako zahtijeva apsolutnu neutralnost u odnosu na učesnike u postupku (BVerfGE 21, 139, 146; 103, 111, 140). Stoga pravo na zakonitog sudiju iz čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava ne garantira samo pravo na sudiju postavljenog u skladu sa Zakonom o sudovima, procesnim propisima kao i propisima koji regulišu podjelu poslova i popunjenost sudova (vidi BVerfGE 89, 28, 36), nego garantira i da pogođeni neće doći pred sudiju kojem na osnovu ličnih ili činjeničnih ubjeđenja nedostaje neutralnost u odnosu na učesnike postupka ili predmet postupka (BVerfGE 21, 139, 146; 89, 28, 36). Ovaj zahtjev za nepristrasnošću i neutralnošću sudije je istovremeno i zahtjev za vladavinom prava (vidi BVerfGE 3, 377, 381; 37, 57, 65; 133, 168, 202 i dalje stav 62).

Isto tako i pravosudni pripravnici, koji nastupaju kao predstavnici državne vlasti i tako se raspoznaju, moraju poštovati načelo državne neutralnosti.

Unošenje vjerskih ili svjetonazornih stavova preko sudskih pripravnika može narušiti državni zadatak da na neutralan način pravosuđe i javnu upravu. Tačno je da prekrivanje glave i drugi odjevni predmetni sami po sebi religijski simboli. To vrijedi i za maramu. Međutim, tek u sadejstvu sa drugim faktorima može ostvariti uporedni učinak (vidi BVerfGE 108, 282, 304; 138, 296, 332 stav 94). Čak i ako islamska marama služi samo ispunjenju jedne vjerske zapovijesti i ako joj nositeljica ne pripisuje simbolični karakter, nego se marama posmatra samo kao odjevni predmet koji religija propisuje, to ništa ne mijenja na činjenici da se u zavisnosti od društvenog konteksta, ona tumači kao naznaka pripadnosti muslimanskoj religiji. Ona je u tom smislu religiozno konotirani odjevni predmet. Ukoliko se tumači kao vanjska oznaka religijskog identiteta, to uzrokuje priznavanje religijskog uvjerenja bez posebne namjera očitovanja ili ponašanje koje dodatno pojačava takav učinak. Ovoga je osoba koja maramu veže na tipičan način redovno i svjesna. Takav učinak

se može ostvariti – u okolnostima pojedinačnog slučaja – i u odnosu na druge načine pokrivanja glave i vrata (vidi BVerfGE 138, 296, 332 stav 94).

(2) Nadalje, mora se uzeti u obzir i negativna sloboda vjerovanja i ispoljavanja religioznog svjetonazora. Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava osobama garantira slobodu da ne učestvuju u kulturnim radnjama vjere koju ne dijele; to se odnosi i na obrede i simbole u kojima se manifestuju neka vjera ili religija. Pojedinac ipak nema pravo da bude pošteđen od suočavanja sa njemu stranim ispoljavanjima vjerovanja, kulturnim radnjama i religijskim slobodama u društvu koje osigurava prostor za različita vjerovanja. Od toga se mora razlikovati situacija koju je stvorila država, a u kojoj je pojedinac, bez mogućnosti da to izbjegne, izložen utjecaju određenog vjerovanja, djelovanju u kojem se manifestira vjerovanje i simbolima koji ga predstavljaju (vidi BVerfGE 93, 1, 15 i dalje; 138, 296, 336 stav 104).

U vezi sa pravosudnim područjem može se govoriti upravo o takvoj, neizbježnoj situaciji. Čini se razumljivim da se učesnici postupka osjećaju povrijeđenim u osnovnom pravu iz čl. 4 st. 1 Ustava kada su izloženi, za njih, neizbježnoj prisili da vode pravni spor sa učešćem predstavnika države koji svoja religijska i svjetonazorna ubjeđenja prema vani ističe na prepoznatljiv način. Osnovno pravo na vjerovanje i sloboda ispoljavanja religijskog svjetonazora, koji su garantirani kao nepovrediva osnovna prava, je – kako je to Ustavni sud više puta naglašavao – usko povezano sa ljudskim dostojanstvom kao vrhovnom vrijednošću u sistemu osnovnih prava i zbog svog ranga se mora ekstenzivno tumačiti (vidi BVerfGE 24, 236, 246; 35, 366, 375 i dalje).

Daljnje obrazloženje nije potrebno prema odredbama § 93d st. 1 rečenica 3 Zakona o Saveznom Ustavnom sudu.

Odluka se ne može osporavati.

[...]

**65) 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10**  
**(Pauschales Kopftuchverbot)**

**Proizvoljna zabrana nošenja marame**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 14/2015 od 13. marta 2015. godine

Rješenje od 27. januara 2015. godine

-1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10-

**Proizvoljna zabrana nošenja marame na glavi za nastavnike u državnim školama nije spojiva sa Ustavom**

Danas objavljenom odlukom Prvi senat Saveznog ustavnog suda je odlučio da paušalna zabrana vidljivih vjerskih obilježja za nastavnike u državnim školama nije spojiva sa njihovom slobodom vjere i vjeroispovijesti (čl. 4 st. 1 i 2 Ustava). Stoga § 57 st. 4 rečenica 1 i 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije treba u skladu sa Ustavom ograničiti tako da je zabrana vidljivih vjerskih obilježja opravdana jedino ako to ne predstavlja samo apstraktnu nego i sasvim konkretnu opasnost negativnog utjecaja na mir i red u školi ili na državnu neutralnost. § 57 st. 4 rečenica 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije 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 rečenica 1 i čl. 33 st. 3 Ustava), usljed čega je ništav. Odluke sudova za radne sporove u postupcima pred nižim sudovima ne ispunjavaju ustavnopravne kriterije. Senat ih je ukinuo, a predmete vratio na ponovno suđenje pred zemaljskim sudovima za radne sporove. Odluka je donesena sa šest glasova „za“ i dva glasa „protiv“. Sudija Schluckebier i sutkinja Hermanns predali su izdvojena mišljenja. Potpredsjednik Kirchhof nije sudjelovao u postupku (usp. Saopštenje za javnost br. 22/14 od 13. marta 2014. godine). Sutkinja Hermanns je žrijebanjem izabrana za zamjenicu. Kao sudija sa najdužim stažem, sudija Gaier je preuzeo funkciju predsjedajućeg.

**Činjenično stanje i tok postupka:**

Apelacije su podnesene zbog sankcija koje su sudovi za radne sporove potvrdili protiv apelantica zbog njihovih odbijanja da tokom rada u školi skinu maramu koju iz vjerskih razloga nose na glavi, odnosno vunenu kapu koju su nosile umjesto marame. Apelacije su istovremeno posredno usmjerene protiv § 57 st. 4 i 3, § 58 rečenica 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije u verziji od 13. juna 2006. godine (Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen – SchulG NW).



Prema § 75 st. 4 rečenica 1 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije nastavnice i nastavnici u školi ne smiju na vidljiv način iznositi politička, religiozna, svjetonazorska ili slična uvjerenja koja su podobna da ugroze ili poremete neutralnost zemlje prema učenicama i učenicima kao i roditeljima ili da ometaju politički, vjerski ili svjetonazorski mir i red u školi. Prema rečenici 2 posebno je nedopušteno takvo javno ponašanje koje bi kod učenica i učenika ili roditelja moglo izazvati dojam da nastavnik ili nastavnica zastupa stajališta protivna ljudskom dostojanstvu, ravnopravnosti, osnovnim slobodama ili demokratskim načelima. Prema rečenici 3, obavljanje odgojno-obrazovnih zadataka u skladu sa zemaljskim ustavom i primjereni način prikazivanja kršćanskih i zapadnih obrazovnih i kulturnih vrijednosti ili tradicija nisu u suprotnosti sa zabranom ponašanja iz rečenice 1 ove odredbe. Ove podredbe prema § 58 rečenica 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije važe i za sve ostale pedagoge i socijalne pedagoge u državnoj službi.

Obje apelantice su muslimanke koje imaju njemačko državljanstvo. Apelantica 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 sa pletenim rubom, 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 podnijela radnom sudu bila je neuspješna na svim instancama. Apelantica iz postupka 1 BvR 1181/10 je 2001. godine kao nastavnica zasnovala radni odnos sa Saveznom zemljom Sjeverna Rajna-Vestfalija. U nekoliko škola je na turskom držala nastavu iz maternjeg jezika. Nakon što je odbila skinuti maramu tokom nastave, najprije joj je savezna zemlja službeno izrekla opomena, a potom je primila otkaz ugovora o radu. Tužbe protiv ovih odluka su pred radnim sudovima ostale bez uspjeha.

### **Bitni argumenti Senata:**

Dopuštene apelacije su u suštini osnovane.

1. § 57 st. 4 rečenice 1 i 2 i § 58 rečenica 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije u slučajevima ispoljavanja vjerske pripadnosti koja dolaze do izražaja u vanjskom izgledu pedagoginja i pedagoga, spojivi su sa Ustavom samo prema pravilima ograničavajućeg tumačenja.

a) Osnovno pravo na slobodu vjere i vjeroispovijesti (čl. 4 st. 1 i 2 Ustava) garantuje i prosvjetnim radnicima u javnim, vjerski neutralnim školama, da iz razloga religije mogu udovoljiti zapovijedi pokrivanja koja se smatra obaveznim. Kod ocjene šta

se u pojedinačnom slučaju smatra prakticiranjem religije ne smije se zanemariti samorazumijevanje vjerskih zajednica i pojedinih nosilaca osnovnih prava. Međutim, državna tijela mogu provjeriti i odlučiti da li je dovoljno supstancirano prikazano da se to ponašanje stvarno i uvjerljivo može podvesti pod područje zaštite iz čl. 4 Ustava. To je slučaj sa ovim apelanticama. Pri tome je bez značaja činjenica da je sadržaj propisa o odijevanju žena sporan među islamskim učenjacima i da neki pravci islama ne poznaju obavezu pokrivanja. Dovoljno je da je takvo shvaćanje rašireno u različitim pravcima islama i da se konkretno može svesti na dva mjesta u Kur'anu.

b) Zadiranje u vjersku slobodu apelantica je u konkretnom slučaju posebno teško. Naime, one se ne pozivaju samo na vjersku preporuku. Štaviše, one su uvjerljivo prikazale da za njih – u skladu sa samorazumijevanjem jednog dijela islamskog svijeta – vjerska obaveza pokrivanja u javnosti predstavlja imperati koji se, što je shvatljivo, tiče i njihovog ličnog identiteta (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava), tako da zabrana pokrivanja tokom rada u školi za njih čak može značiti prepreku za pristup zanimanju (čl. 12 st. 1 Ustava). To što se na taj način, prije svega, muslimanke sprečavaju da obavljaju kvalificirane poslove kao pedagoginje, istovremeno je u suprotnosti sa zahtjevom stvarne ravnopravnosti žena (čl. 3 st. 2 Ustava), što iziskuje posebno opravdanje.

c) Ovakvo zadiranje u osnovna prava je nesrazmjerno, kada počiva na tumačenju sudova za radne sporove čl. 57 st. 4 rečenica 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije, prema kojem je za zabranu dovoljno samo apstraktno ugrožavanje školskog reda i mira ili državne neutralnosti.

aa) Zakonodavac Sjeverne Rajne-Vestfalije je zabranom isticanja vidljivih vjerskih obilježja u § 57 st. 4 tačka 1 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije slijedio legitimne ciljeve. Njegova je intencija očuvati red i mir u školama i državnu neutralnost i na taj način osigurati izvršenje državnih zadataka vezanih uz odgoj, zaštititi osnovna prava učenika i roditelja koja se suprotstavljaju osnovnim pravima vjeroispovijesti i time unaprijed spriječiti konflikte.

bb) Zakonodavac, istina, za ocjene stvarnih okolnosti i razvoja raspolaže slobodnom diskrecionom prerogativom. Međutim, dužan se pobrinuti za primjereni odnos prema težini i značenju osnovnog prava pedagoškog osoblja na slobodu vjere i vjeroispovijesti, kao što kod ukupne procjene mora uzeti u obzir granice prihvatljivosti.

(1) Nošenje odjeće sa religijskim konotacijama nije po sebi povezano sa utjecajem na negativnu slobodu vjere i vjeroispovijesti učenica i učenika (čl. 4 st. 1 i 2 Ustava). 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 sa 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 pluralizam religija.

(2) Iz osnovnog prava na roditeljstvo (čl. 6 st. 2 Ustava) ne proizlazi ništa drugo. Iz njega se ne može izvesti ni eventualno pravo da se školska djeca udalje od utjecaja nastavnika koji slijede raširen vjerski propis o pokrivanju

(3) Osim toga, nalog države vezan uz odgoj (čl. 7 st. 1 Ustava), koji se mora ispuniti uz vođenje računa o svjetonazorsko-religijskoj neutralnosti, općenito uzevši nije u suprotnosti sa 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 državnu neutralnost.

(a) Zahtjev svjetonazorsko-religijske neutralnosti koji je propisan za državu 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 se ne isključuje svjetonazorsko-religijskom neutralnošću države.

(b) Striktna zabrana vanjskih vjerskih obilježja za cijelu zemlju, koja se oslanja samo na apstraktno ugrožavanje reda i mira u školama ili na neutralnosti države, u svakoj ovdje navedenoj konstelaciji nije prihvatljiva za nositeljke osnovnih prava i na neprimjeren način potiskuje njihovo osnovno pravo na vjersku slobodu. Jer nošenjem marame na glavi pojedinih pedagoginja ne predstavlja – za razliku od križa ili raspela u učionici škole za koje odgovara država – identifikaciju države sa određenom vjerom. Osim toga, apelantice samo poštuju vjersku zapovijed koju očigledno smatraju obaveznom. Ovim njihova sloboda vjerovanja kod odmjeravanja dobija veći značaj nego što ga imaju dostupna vjerska pravila.

Situacija bi bila bitno drugačija kada bi vanjski izgled nastavnika vodio, ili u dovoljnoj mjeri doprinosio, konkretnom ugrožavanju ili remećenju reda i mira u školi ili državnoj neutralnosti. Tada bi se od njih očekivalo da odustanu od pokrivanja tijela kao zapovijesti koju smatraju svojom vjerskom obavezom. Osim toga može postojati ustavno priznata potreba, da se za određeno vrijeme, općenito, zabrane

ispoljavanja religije koja se zasnivaju na isticanju vanjskih obilježja, ako bi se u određenim školama ili školskim okruzima zbog substancijelnih konflikta povodom ispravnog vjerskog držanja za veliki broj slučajeva dosegla ona granica preko koje bi konkretno mogao biti ugroženi red i mir u školi ili državna neutralnost. Međutim, tada bi se najprije morala uzeti u obzir mogućnost da se dotične osobe kao pedagozi 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 kada se može dokazati da postoji barem jedna dovoljno konkretna opasnosti za neutralnost države ili za red i mir u školama. Ovo upravo zbog toga što je poseban zadatak javnih škola, koje se nazivaju i „vjerski otvorenim“ školama, 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 sa određenim religijama, kao što je, pored marame na glavi, primjerice židovska kipa ili habit časnih sestara, ili pak simbola poput križa koji se nose na vidljivom mjestu. Samo nošenje islamske marame u pravilu ne utemeljuje dovoljno konkretnu opasnost. Iz samog nošenja islamske marame po sebi ne proizilazi efekat pridobijanja ili širenja vjere. Premda je većina muslimanskih žena ne nosi, islamska marama u Njemačkoj nije neuobičajena. To što se marama u školama može vizuelno doživljavati, posljedica je individualnog ostvarivanja osnovnih prava koje treba prihvatiti jednako kao i činjenicu da ne postoji ustavno pravo koje bi štitilo od izloženosti drugim religijskim ili svjetonazorskim uvjerenjima.

d) Ova mjerila tumačenje važe analogno i za § 57 st. 4 rečenica 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije. Kada se uzmu u obzir garancije iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava, pogrešna je pretpostavka da nošenje islamske marame ili drugog pokrivala za glavu, koje upućuje na pripadnost vjerskoj zajednici, već samo po sebi predstavlja ponašanje koje bi prema § 57 st. 4 rečenica 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije kod učenika i roditelja bez izuzetka mogla stvoriti utisak da osoba koja ovo nosi zastupa stavove suprotne ljudskom dostojanstvu, ravnopravnosti iz čl. 3 Ustava, osnovnim slobodama ili slobodarsko-demokratskom poretku. Ovakav paušalan zaključak ne dolazi u obzir. Ako nošenje marame može biti izraz individualne odluke o oblačenju, ili pak tradicije ili identiteta, ili ako se žena koja je nosi time legitimira kao muslimanka koja se strogo pridržava pravila svoje vjere, posebno zapovijedi pokrivanja tijela koju smatra obaveznom, onda se to bez dodatnih okolnosti ne može tumačiti kao distanciranje od ustavnopravnih načela navedenih u § 57 st. 4 rečenica 2 Zakona o školama Sjeverne Rajne-Vestfalije. Također se i vjerskim smjerovima islama koji zahtijevaju nošenje marame u okviru zapovijedi pokrivanja tijela, ili se samo time

zadovoljavaju, ne može pripisati da od vjernika traže ili očekuju da nastupaju protiv ljudskog dostojanstva i ravnopravnosti u smislu čl. 3 Ustava, osnovnih sloboda ili slobodarsko-demokratskog poretka, ili da se tome nadaju.

e) Pobijane odluke specijaliziranih sudova, konkretno Saveznog radnog suda, nisu u skladu sa tumačenjem koje ograničava u skladu sa Ustavom. One zbog toga vrijeđaju apelantice u njihovom osnovnom pravu iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava.

2. § 57 st. 4 rečenica 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, koji je zakonodavca htio kao odredbu kojom se privilegira kršćansko i zapadnjačko predstavljanje obrazovnih i kulturnih vrijednosti ili tradicija, dovodi u nepovoljan položaj pripadnike drugih religija po osnovu vjere ili religioznog uvjerenja (čl. 3 st. 3 rečenica 1 i čl. 33 st. 3 Ustava) koje je suprotno načelu jednakosti.

a) Cjelokupna koncepciji §. 57 st. 4 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije trebala je u rečenici 3, prema predstavama koje su došle do izražaja u zakonodavnoj proceduri, dovesti do oslobađanja od zabrane vanjskog ispoljavanja vjeroispovijesti iz rečenice 1 i time do neposredno nejednakog tretmana po osnovu vjere. Za takav različit tretman ne postoji ustavnopravno opravdanje. Ako se pedagoškom osoblju zabrane ispoljavanja pripadnosti jednoj religiji isticanjem vanjskim obilježjima, onda se to načelno mora provesti tako da se ne prave nikakve razlike.

b) Ne postoje prihvatljivi razlozi zbog kojih bi se ispoljavanje pripadnosti religiji koja se ne može izvesti iz kršćansko-zapadnjačkih vrijednosti i tradicija dovela u lošiji položaj. Nije prihvatljiv paušalan zaključak da objektivni posmatrač nošenje marame može shvatiti kao odobravanje opće i pravne neravnopravnosti muškarca i žena zbog čega se dovodi u pitanje i podobnost nositeljice marame za neko pedagoško zanimanje. Osim toga, ovakav navodni razlog mora biti odbačen i zbog toga što on kod generalizirajućeg promatranja ni na koji način ne nudi osnov za diferencijaciju koji bi važio za sve nekršćanske i nezapadnjačke kulturne vrijednosti i tradicije.

c) Isto tako ne postoje prihvatljive mogućnosti na osnovu kojih bi se opravdalo privilegovanje pripadnosti religiji koja je ukorijenjena u kršćanskoj ili židovskoj tradiciji. Izvršenje zadataka koji su vezani za odgoj ne opravdava favoriziranje službenika određene religijske pripadnosti prilikom statuiranja službenih obaveza. Ako se iz ustavnopravnih odredbi saveznih zemalja može zaključiti da postoji veza državnog školskog sistema sa kršćanstvom, to se prije svega odnosi na sekularizirane vrijednosti kršćanstva.

d) Nije moguće sa Ustavom usklađeno, uže tumačenje § 57 st. 4 rečenica 3 Zakona

o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, kako je u svojim odlukama utemeljio Savezni radni sud. Savezni radni sud je između ostalog pošao od toga da se „predstavljanje“ kršćanskih i zapadnjačkih obrazovnih i kulturnih vrijednosti u smislu recenice 3 ne može poistovjetiti sa „obznanjivanjem“ individualnog uvjerenja u smislu rečenice 1. Osim toga, pojam „kršćanski“, neovisno o vjerskim konotacijama, označava sistem vrijednosti koji je proizašao iz tradicije kršćansko-zapadnjačke kulture. Međutim, ovakvo tumačenje prevazilazi granice tumačenja normi koje je usklađeno sa Ustavom i nije spojivo sa vezanošću sudija za zakon (čl. 20 st. 3 Ustava). Njemu se suprotstavlja jasno prepoznatljiva volja zakonodavca. Ova volja se nije promijenila niti tokom razmatranja mogućnosti ograničavajućeg tumačenja neposredno prije okončanja zakonodavnog postupka, ali iz toga je očito da je parlament Savezne zemlje (*Landtag*) bio svjestan ustavnopravnog rizika.

Tumačenje odredbi iz čl. 57 st. 3 rečenica 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, za koje se odlučio Savezni radni sud, ima eventualno i funkciju pojašnjenja. Bez obzira na to, bi takvim tumačenjem na snazi ostala jedna norma koja bi prema širem razumijevanju, koje ima uporište u doslovnom značenju teksta, mogla biti shvaćena kao otvaranje mogućnosti za diskriminatornu praksu državne uprave zbog čega se u zakonodavnom postupku svjesno ostalo pri takvoj nepreciznosti. Član 57 st. 4 rečenica 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, na kojem također počivaju pobijane odluke, prema tome, nije spojiv sa čl. 3 st. 3 rečenica 1 i čl. 33 st. 3 Ustava i proglašava se ništavim.

### **Izdvojeno mišljenje sudije Schleckbier i sutkinje Hermanns**

1. Ograničavajuće tumačenje § 57 st. 4 rečenica 1 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije, kako ga Senat zahtijeva, nije neophodno sa ustavnopravnog gledišta. Ono daje isuviše mali značaj odgojno-obrazovnim zadacima države, koje treba izvršiti poštujući obavezu svjetonazorsko-religijske neutralnosti, kao i zaštitu prava roditelja na odgoj i negativnu vjersku slobodu učenika u odnosu na vjerske slobode nastavnika. Senat kod normiranja multipolarnog odnosa, koji je upravo karakterističan za vjerski neutralne javne škole, na neprihvatljiv način ograničava slobodu zakonodavca nadležnog za zakon o školama ove Savezne zemlje.

a) Senat se udaljio od mjerila i uputa tzv. Odluke o marami Drugog senata (*Kopftuch-Entscheidung des Zweiten Senats*) od 24. septembra 2003. godine (BVerfGE 108, 282), koja zakonodavcu, nadležnom za zakon o školama savezne zemlje upravo na području javnog školstva, daje u zadatak zakonsko reguliranje mjere dopuštanja religijskih sadržaja u školama ili potpunog isključenja iz škola zbog strožijeg 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 sa učenicima, roditeljima ili drugim prosvjetnim radnicima. Ta je mjerila, koja je zakonodavac u Sjevernoj Rajni-Vestfaliji ali i u drugim saveznom zemljama shvatio kao povod za odgovarajuću zakonsku regulativu, trebalo uzeti kao osnov za ustavnopravnu ocjenu koja je u interesu predvidive ustavnosudske prakse.

b) Zakonodavac savezne zemlje koji donosi zakon o školama može se pozvati na dobre i prihvatljive razloge kako bi općenitu zabranu vidljivih religijskih obilježja kroz vanjski izgled učinio dovoljnim za postojanje apstraktne opasnost za red i mir u školama i za neutralnost države. Također se takvo rješenje može ocijeniti kao primjereno i prihvatljivo za ostvarivanje legitimnog cilja zakonodavca.

aa) Ocjenu Senata da nošenje odjeće pedagoginja i pedagoga koja ima konotacije religije ne utječe na negativnu slobodu vjere učenica i učenika, niti na osnovna prava roditelja, ne smatramo realnom. Ona zanemaruje da je odnos između učenika i pedagoga specifičan odnos uzajamne ovisnosti kojem su, ne samo privremeno, učenici i roditelji neizbježno izloženi. Između ostalog, zadatak je nastavnika da učenike odgajaju i ocjenjuju (§ 57 st. 1 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije). To zahtijeva daleko veću izloženost izražavanju religije nego što je to slučaj kod kontakata u svakodnevnom društvenom životu. Osim toga, pedagozi u školi kod ophođenja sa učenicima imaju funkciju uzora. Njihovo ponašanje, pa tako i poštovanje određenih vjerskih pravila u odijevanju, utječe na mlade osobe koje zbog svojih godina još uvijek nisu formirale čvrste stavove. Stvarno otvorena rasprava o poštovanju vjerskih pravila oblačenja je, ukoliko se tiče nastavnika lično, zbog specifičnih odnosa zavisnosti u školama, eventualno moguća samo u ograničenoj mjeri. Konačno, nošenje odjeće koja ima konotacije religije od strane pedagoga može dovesti do konflikata između učenika i među roditeljima, ili ih može poticati.

bb) Tačno je da pedagozi uživaju individualnu slobodu vjerovanja. Ali oni su istovremeno i službenici, a samim time su dužni poticati neutralnost države i u smislu religije. Jer, država ne može djelovati kao anonimno biće, nego samo preko svojih službenika i pedagoga. Stoga je obaveza države da bude neutralna jednaka obavezi njenih 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 izjašnjenja pojašnjavaju značenje opšte i ujednačene zabrane izražavanje religije, koja bi eventualno vrijedila u cijeloj saveznoj 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 utvrđivanja nalaza, provođenja istraga i izvođenja dokaza. Takve bi dokaze trebala iznijeti uprava škole, uz nužno učešće učenika i roditelja, čime bi se personalizirao konflikt, što može samo štetiti odgojno-obrazovnim zadacima.

dd) Ocjena koja polazi isključivo od toga da država samo trpi individualno ostvarivanje osnovnih 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. Tako pojednostavljena diferencijacija između simbola koji se pripisuju državi i individualne odjeće pedagoga koja ima konotacije religije, zanemaruje učinak koji takvo individualno ostvarivanje osnovnih prava nastavnika može imati na učenike.

c) Ukratko, prema našem mišljenju zabrana vidljivih vjerskih obilježja kod pedagoga je sa ustavnopravnog gledišta prihvatljiva već kod apstraktne opasnosti za red i mir u školama i za državnu neutralnost. Međutim, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava nameće ograničenje da se pri tome mora raditi o odjeći koja ima upečatljive konotacije religije. Prema Ustavu, međutim, 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 obavezuje.

2. Razumijevanje odredbe § 57 st. 4 rečenica 3 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije na koje se poziva Savezni radni sud, a prema kojem izvršavanje odgojno-obrazovnih zadataka škole prema Ustavu Sjeverne Rajne-Vestfalije te odgovarajući prikaz kršćanskih i zapadnjačkih obrazovnih i kulturnih vrijednosti i tradicija nije u suprotnosti sa obavezom ponašanja iz rečenice 1, u granicama je sudijske vezanosti za zakon (čl. 20 st. 3 Ustava), te se ustavnopravno ne može osporiti. Senat je u pravu kada kaže da bi shvaćanje iz rečenice 3 iz § 57 st. 4 Zakona o školama Sjeverne Rajne i Vestfalije u smislu prave klauzule o oslobađanju i privilegiranju uz zabranu vjerskih obilježja iz rečenice 1, zbog povrede obaveze o jednakom postupanju bilo protivustavno. Međutim, tumačenje kojim je pošao Savezni radni sud ne vodi takvom rezultatu. Ono je u skladu sa zakonskom formulacijom, ni u čemu nije u suprotnosti sa jasno prepoznatljivom intencijom zakonodavca i ne redefinira normativni sadržaj propisa. Tačno je da su inicijatori zakona sa rečenicom 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 prvobitne predodžbe su u daljnjem toku zakonodavnog postupka koji određuju mnogobrojni utjecaji doživjele promjenu. Osim toga parlament savezne zemlje je donio ovaj zakon vodeći računa o ograničavajućem tumačenju koje je Savezni upravni sud svojevremeno iznio u pogledu identičnog propisa i kojem se



Savezni radni sud priključio u osporenim odlukama.

3. Prema našem shvaćanju, apelacija apelantice u postupku 1 BvR 471/10 se u pogledu ishoda također mogla ocijeniti osnovanom. Pokrivalo koje nosi, vunena kapa i istobojna dolčevita, sami po sebi nemaju konotaciju religije, te se u školskom okruženju ne bi bez daljnjega mogli tumačiti kao upečatljiva vjerska obilježja. Međutim, apelacija apelantice u postupku 1 BvR 1181/10 se, prema prethodno navedenim kriterijima, čini neutemeljenom.

**§ 11.**  
**Sloboda mišljenja,**  
**informiranja i štampe**  
**(čl. 5 stav 1 Ustava)**

## 66) BVerfGE 7, 198 (Lüth) Lüth

*Napomena: Erich Lüth, direktor Senata i rukovodilac Odjela za štampu Hansestadt Hamburga se 1950. godine javno izjasnio protiv djelovanja Veit Harlana, režisera antisemitskog nacionalsocijalističkog propagandnog filma „Jud Süß“ (1943). Lüth je više puta apelirao da se bojkotira Harlanov novi film „Unsterbliche Geliebte“. Producenti filma su zbog toga protiv Lütha podigli civilnu tužbu (koja se oslanjala na § 826 BGB-a) sa zahtjevom da odustane od ovakvih poziva. Tužba je udovoljeno zato što je poziv na bojkot bio u suprotnosti sa dobrim običajima. Protiv presude Zemaljskog suda Hamburg je Lüth pokrenuo postupak ustavne tužbe. U postupku je zbog povrede njegovog prava na slobodno iznošenje mišljenja (čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava) ustavna tužba prihvaćena i pozitivno riješena. Odluka ustavnog suda, čiji su dijelovi u nastavku prevedeni, je u aktuelnoj dogmatici ustavnog prava danas jednako značajna kao i prije pedeset godina. Ona osnovnom pravu na slobodu mišljenja u javnim diskusijama obezbjeđuje visoki rang i utemeljuje posebnu razvojnu liniju koju karakterizira njemačka dogmatika osnovnog prava i koja okončava u osnaženju posebnih kompetencija Saveznog ustavnog suda.*

1. Osnovna prava su u prvom redu odbrambena prava građana u odnosu na državu; u ustavnim odredbama o ljudskim pravima se, međutim, otjelotvoruje objektivno ustrojstvo vrijednosti, kao temeljna odredba ustavnog prava, koje važi za sva područja prava.
2. U građanskom pravu se preko privatnopravnih propisa pravni sadržaj osnovnih prava ostvaruje posredno. On obuhvata, prije svega, odredbe prinudnog karaktera i sudija ga može realizirati posredstvom generalnih klauzula.
3. Sudija u građanskom postupku može svojom presudom povrijediti osnovna prava (§ 90 BVerfGE), ako previdi utjecaj osnovnih prava na građansko pravo. Savezni ustavni sud provjerava civilne presude samo u pogledu takvih povreda osnovnih prava, ali ne općenito u pogledu pravnih grešaka.
4. „Opšti zakoni“, također, predstavljaju civilnopravne propise u smislu čl. 5 st. 2 Ustava te i oni mogu ograničiti osnovno pravo na slobodno iznošenje mišljenja.
5. „Opšti zakoni“ moraju biti protumačeni u svjetlu posebnog značaja osnovnog prava na slobodno iznošenje mišljenja koje ono ima za demokratsku državu koja otjelotvoruje slobodu.

6. Osnovno pravo iz čl. 5 Ustava ne štiti samo iznošenje mišljenja kao takvo, nego i duhovni učinak posredstvom iznošenja mišljenja.
7. Iznošenje mišljenja koje sadrži poziv na bojkot nije nužno u suprotnosti sa dobrim običajima u smislu § 826 BGB; ono pri uzimanju u obzir svih okolnosti slučaja može biti, posredstvom slobode iznošenja mišljenja, opravdano ustavnim pravom.

**Presuda Prvog senata od 15. januara 1958.**

**- 1 BvR 400/51 -**

u postupku ustavne tužbe direktora senata, Ericha Lütha u Hamburgu protiv presude Zemaljskog suda Hamburg.

(...) donio je Zemaljski sud Hamburg, 22. novembra 1951. slijedeću presudu:

„Optuženi se osuđuje da pod prijetnjom novčane kazne ili kazne lišenja slobode koju će izreći sud prestane:

1. da od posjednika njemačkih pozorišnih kuća i filmskih distributera zahtijeva da film „Unsterbliche Geliebte“, koji je kod tužioca pod 1) produciran i kod tužioca pod 2) distribuiran, bude za područje Njemačke izbačen iz programa,
2. da zahtijeva od njemačke publike da ne gleda ovaj film (*režisera Veit Harlana, koji je snimio antisemitski film „Jud Süß“, op. pr.*)“

Zemaljski sud je u izjavama apelanta vidio poziv na bojkot koji je suprotan moralu.

(...)

Presuda Zemaljskog suda je akt javne vlasti, koja se pojavljuje u posebnoj formi pravopolitičke vlasti, i može svojim sadržajem povrijediti apelanta ako je ovo osnovno pravo, pri donošenju presude, moralo biti uzeto u obzir.

Presudom se zabranjuje apelantu da iznosi stavove kojima bi mogao utjecati na druge osobe, kako bi mu se ove priključile u nastojanju da se isključi ponovni angažman Harlana i kako bi na odgovarajući način prilagodile svoje držanje prema njegovim filmovima. To objektivno znači, ograničavanje apelanta u slobodnom iznošenju sopstvenog mišljenja. Zemaljski sud obrazlaže svoju odluku time da on apelantove izjave promatra kao nedopušteno djelovanje prema tužiteljima u smislu § 826 BGB i priznaje im na osnovu propisa građanskog prava da, s tim u vezi, imaju pravo na sprečavanje takvih izjava. Tako građanskopravni zahtjev kojeg je Zemaljski sud prihvatio kao utemeljen, vodi preko sudske presude do stava javne vlasti koji ograničava apelantovu slobodu mišljenja. On može povrijediti apelantovo osnovno pravo iz čl. 5 st. 1 Ustava samo ako primijenjeni propis građanskog prava sadržajno bude pod takvim utjecajem norme osnovnog prava da ona više ne može nositi presudu.

Sporno je načelno pitanje, da li norme osnovnih prava utječu na građansko pravo i kako ovakav utjecaj u pojedinostima mora biti shvaćen (...). Krajnje pozicije ovog spora određuje na, jednoj strani, teza da su osnovna prava usmjerena isključivo protiv države, na drugoj strani, mišljenje da sva osnovna prava, ili samo neka bitnija, važe u odnosu na svakog, također i u privatnopravnom odnosu. Dosadašnja praksa Saveznog ustavnog suda se ne može uzeti u obzir ni za jedan ni za drugi ekstrem. Ni sada ne postoji povod da se sporno pitanje tzv. *Drittwirkung* osnovnih prava (*utjecaj osnovnih prava na privatnopravne odnose, op. pr.*) raspravlja u punom obimu. Za dobijanje rezultata koji je primjeren predmetu dovoljno je slijedeće:

Van svake je sumnje da su osnovna prava određena za osiguranje lične sfere slobode od napada javne vlasti; ona su odbrambena prava građana u odnosu na državu. To slijedi iz duhovnohistorijskog razvoja ideje o osnovnim pravima, što je vodilo preuzimanju osnovnih prava u ustave pojedinačnih država. Takav smisao imaju i osnovna prava njemačkog Ustava koji je htio naglasiti primat čovjeka i njegovog dostojanstva u odnosu na moć države tako što ih je stavio u uvodni dio ustavnog teksta. Ovom odgovara i činjenica da je zakonodavac posebno pravno sredstvo za zaštitu ovih prava, ustavnu tužbu, zajamčio samo protiv akata javne vlasti.

Isto tako je tačno da Ustav nije želio uređenje koje je vrednosno neutralno (BVerfGE 2, 1 [2]; 5, 85 [134 i dalje, 197 i dalje]; 6, 32 [40 i dalje]), da je u dijelu sa ljudskim pravima uspostavio objektivno ustrojstvo vrijednosti i da upravo ovdje dolazi do izražaja principijelno osnaženje važenja osnovnih prava (...). Ovakav sistem vrijednosti, koji u svom središtu ima ljudske osobe koje se slobodno razvijaju u socijalnoj zajednici i njihovo dostojanstvo, mora kao ključna ustavnopravna odluka važiti za sva područja prava; zakonodavstvo, uprava i pravosuđe dobijaju od njega smjernice i impulse. Po sebi se razumije da on tako utječe i na građansko pravo; ni jedan građanskopravni propis ne smije biti u suprotnosti s njim, svaki od njih mora biti protumačen u duhu sistema vrijednosti. Pravni sadržaj osnovnih prava kao objektivnih normi se u privatnom pravu ostvaruje preko propisa, koji se kao medij neposredno odnose na jedno pravno područje. Onako kako novo pravo mora biti usklađeno sa vrednosnim sistemom osnovnih prava, to se postojeće starije pravo sadržajno usmjerava na ovaj vrednosni sistem; iz njega dolazi specifičan ustavnopravni sadržaj koji nakon toga određuje njegovo tumačenje. Spor među privatnim strankama o pravima i obavezama iz normi građanskog prava koje su pod utjecajem osnovnih prava, ostaje materijalno i procesualno građanskopravni spor. Tumači se i primijenjuje građansko pravo, čak i onda kada njegovo tumačenje mora slijediti javno pravo, odnosno Ustav.

Može se primijetiti utjecaj vrednosnih mjerila osnovnih prava, prije svega kod onih propisa privatnog prava koji sadrže prinudno pravo i tako obrazuju jedan dio ordre public – u najširem smislu – tj. principe koji su iz razloga opšteg dobra obavezni kod formiranja pravnih odnosa između pojedinaca i zbog toga nisu u vlasti privatnih volja. Ovakve odredbe prema svome cilju stoje u bliskoj vezi sa javnim pravom, kojem se priklanjaju kao njegova dopuna. To ih u posebnoj mjeri mora izložiti utjecaju Ustavnog prava. Za realizaciju ovih utjecaja pravosuđu stoje na raspolaganju, prije svega,

„generalne kaluzule“ koje, kao § 826 BGB“, kod ocjenjivanja ljudskog ponašanja upućuju na van-civilnopravne, općenito uzev, na vanpravne omjere, kao što su „dobri običaji“. Jer, pri donošenju odluke o tome, šta ove socijalne zapovijesti svaki put zahtijevaju, mora se u prvoj liniji polaziti od cjeline predstava o vrijednostima koje je narod u jednom određenom periodu svog duhovno-kulturnog razvoja dostigao i koje je foksirao u svom ustavu. Zbog toga su generalne klauzule s pravom označene kao „mjesta prodora“ („*Einbruchstellen*“) osnovnih prava u građansko pravo (Dürig, u: Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, tom II, s. 525).

Sudija mora, kako mu to određuje Ustav, ispitati da li su civilnopravni propisi koje primijenjuje pod utjecajem osnovnih prava, kako je to upravo opisano; ako je to slučaj, on mora kod tumačenja i primjene ovih propisa uvažiti modifikacije prava iz privatnopravnih odnosa koje iz ovog slijede. Ovo je smisao vezivanja civilnog prava za osnovna prava (čl. 1 st. 3 Ustava). Ako on ne uzme u obzir ova mjerila i ako se u njegovoj presudi propuste ustavnopravni uticaji na civilnopravne norme, onda on nije prekršio samo objektivno Ustavno pravo, jer je previdio sadržaj norme osnovnog prava (kao objektivnog prava), nego on svojom presudom kao nosilac javne vlasti povređuje osnovno pravo na čije poštovanje građanin ima ustavno pravo. Savezni ustavni sud može biti pozvan – neovisno o ispravljanju pravnih grešaka u civilnopravnim instancama – da na putu ustavne tužbe odluči o ovakim presudama.

(...)

Osnovno pravo na slobodno iznošenje mišljenja je, kao izraz ljudske ličnosti u društvu, jedno od najvažnijih ljudskih prava uopšte (un des droits les plus précieux de l’homme prema čl. 11 Deklaracije o ljudskim i građanskim pravima iz 1789). Ono je za državno uređenje koje je koncentrirano na slobodu i demokratiju naprosto konstitutivno, jer omogućuje stalnu duhovnu raspravu, borbu mišljenja koja je njegov životni element (BVerfGE 5, 85 [205]). Ono je u izvjesnom smislu osnov svake slobode uopšte, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“ (Cardozo).

Iz ovakvog temeljnog značaja slobode mišljenja za državu koja je koncentrirana na slobodu i demokratiju slijedi da, posmatrano iz perspektive ustavnog sistema, ne bi bilo korektno ako bi se svaki put prepustilo nekom zakonu (time i sudstvu koje tumači zakone) da relativira stvarni domet ovog osnovnog prava. I ovdje u pravilu važi sve što je već gore navedeno o odnosu osnovnih prava prema privatnopravnom uređenju: opšti zakoni moraju biti, s obzirom na učinak kojim se ograničavaju osnovna prava, tako interpretirani da poseban sadržaj vrijednosti ovog prava, koji u slobodnoj demokratiji mora voditi do načelne pretpostavke u korist slobode govora u svim područjima, posebno u javnom životu, u svakom slučaju mora ostati očuvan. Uzajamni odnosi između osnovnog prava i „opšteg zakona“ se ne može shvatiti kao jednostrano ograničenje važenja osnovnog prava posredstvom „opšteg zakona“; ovdje se prije svega radi o uzajamnom utjecaju čiji je smisao da „opšti zakoni“, prema doslovnom tekstu, postavljaju ograničenja osnovnim pravima, ali sa svoje strane

bivaju tumačeni na pozadini vrijednosti koje ova osnovna prava štite u demokratskoj državi zaštićenih sloboda i na taj način moraju biti sama ograničena u pogledu sopstvenog učinka glede ograničavanja osnovnog prava. (...)

Pojam „opšteg“ zakona je od početka bio sporan. Može se ostaviti otvorenim pitanje da li je pojam dospio u čl. 118 Ustava Rajha iz 1919. kao posljedica redakcionog previda (vidi o tome Häntzschel, u: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1932, tom II, s. 658). U svakom slučaju on je za vrijeme važenja Ustava protumačen tako što su pod njim razumijevani svi zakoni koji „ne zabranjuju jedno mišljenje kao takvo, koje nije usmjereno protiv mišljenja kao takvog“ nego „služe naprosto zaštititi određenog pravnog dobra, bez obzira na određeno mišljenje“, zaštititi jednog društvenog dobra koje ima prednost u odnosu na vršenje slobode mišljenja.

Ako se pojam „opšti zakoni“ shvati na navedeni način, onda se smisao zaštite osnovnog prava može rezimirati na slijedeći način:

Mora se odbiti shvatanje da je osnovnim pravom zaštićeno samo iznošenje određenog mišljenja, a ne učinak na druge koji mu je imanentan ili se njime želi postići. Smisao iznošenja mišljenja jeste upravo „duhovno djelovanje na okolinu“, „djelovati na cjelinu u smislu obrazovanja mišljenja i ubjeđivanja“ (Häntzschel, HdbDStR II, s. 655). Zbog toga su vrednosni sudovi, koji svaki put imaju duhovni učinak, koji naime nastoje da druge ubijede, zaštićeni osnovnim pravom iz čl. 5 st. 1 Ustava; zaštita osnovnog prava se primarno odnosi na sopstvene iskaze govornika koji su došli do izraza u doslovnom značenju govora, odnosno kojima on želi utjecati na druge. Razdvajanje (zaštićenog) iznošenja mišljenja od (nezaštićenog) djelovanja iznešenog mišljenja bi bilo besmisleno.

Slobodno je – u navedenom smislu – iznošenje mišljenja kao takvog, t.j. u svom čisto duhovnom učinku; ako bi se njime, međutim, ugrozilo pravno zaštićeno dobro drugih, čija zaštita uživa primat pred slobodom mišljenja, onda ne može biti dozvoljeno takvo zadiranje u osnovno pravo koje bi bilo izvedeno posredstvom iznošenja mišljenja. Zbog toga je potrebna „usporedba dobara“: Mora se povući pravo na iznošenje mišljenja kada vršenjem slobode mišljenja mogu biti povrijeđeni zaštićeni interesi drugog koji imaju viši rang.

Mora se na osnovu konkretnih okolnosti slučaja istražiti, da li postoje takvi, pretežni interesi drugih. (...)

Savezni ustavni sud je na osnovu ovakve usporedbe došao do zaključka da je Zemaljski sud kod procjene apelantovog držanja previdio poseban značaj koji osnovno pravo na slobodno iznošenje mišljenja dobija kada dolazi u konflikt sa privatnim interesima drugih. Presuda Zemaljskog suda počiva na takvom propustu, naime da se osnovna prava uzmu kao relevantan omjer, čime je aplant povrijeđen u svom osnovnom pravu iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Ona se zbog toga mora ukinuti.

## 67) BVerfGE 12, 113 (Schmid-Spiegel) Schmid-Spiegel

Očuvanje opravdavnih interesa pokriva, također, odgovore u štampi na napade koje su u njoj iznesene kao i na utjecaj koji takav napad ima pri obrazovanju javnog mišljenja (čl. 5 st. 1 i 2 Ustava; § 193 StGB).

### Rješenje Prvog senata od 25. januara 1961. - 1 BvR 9/57 -

u postupku ustavne tužbe Predsjednika Višeg zemaljskog suda dr. Schmida

17. marta 1954. je apelant u štutgartskom „Allgemeine Zeitung“ objavio mišljenje koje je redakcija opremila naslovom „Što je veća čizma...“ i podnaslovom „Bolji poslovi se mogu napraviti provokativnom literaturom“. Tekst glasi:

„Pitaju me, šta sam o sebi rekao u članku iz ‚Spiegela‘.

(...) Ko je slagao, ne znam, ‚Spiegel‘ prenosi laž. Bezbrojna su svjesna izvrtanja kao i pokvarenost beznačajnih. To je takva vrsta publicistike koja na području politike predstavlja ono što je pornografija na području morala, ali s tom razlikom da se prvo još uvijek može ostaviti otvorenim. To je takozvana provokativna literatura, koja je u gazdovanju civilizacijom očigledno neophodna. Pri tom je veličina proreda mjerodavno gledište. Šta se pri tom dobija na kvalitetu – ne može se bolje ni jednostavnije izraziti, nego što je to učinio Karl Kraus.

„Što je veća čizma, to je veći korak.“

20. juna 1954. odgovorni urednik njemačkog dijela redakcije „Spiegel“, a 23. jula 1954. i izdavač, su protiv apelanta podigli privatnu tužbu povodom članka u „Botnanger Rundschau“ zbog usmeng ogovaranja i uvrede. (...) apelant je osuđen presudom Zemaljskog suda Göttingen od 11. januara 1956. zbog uvrede na novčanu kaznu od 150 DM, odnosno na sedam dana zatvora. Privatnim tužiocima je dosuđeno pravo na objavljivaje odgovora.

Ustavna tužba je osnovana.

Sud koji presuđuje o uvredi, primijenjuje jednostavno pravo zbog odredbi o zaštiti časti iz §§ 185 i dalje StGB; zbog toga su njegove odluke izuzete od provjere pred Saveznim ustavnim sudom. One mogu biti ispitane samo s obzirom na pitanje da li je kod primjene odredbi o zaštiti časti usmjerenje cjelokupnog prava u skladu sa vrednosnim ustrojstvom Ustava i da li su u tom smislu osnovna prava osuđenog povrijeđena. Ovdje je to slučaj. Presude Zemaljskog suda Göttingen i Višeg zemaljskog suda Celle su povrijedile apelanta u njegovom osnovnom pravu iz čl. 5 st. 1 Ustava



jer su previdjele ustavnopravni značaj obrazovanja javnog mišljenja i zbog toga su netačno vrednovala utjecaj osnovnog prava slobodnog obrazovanja mišljenja i „opštih zakona“ koji ga ograničavaju na tumačenje i primjenu odredbi o zaštiti časti.

1. Već je Senat u svojoj presudi od 15. januara 1958. (BVerfGE 7, 198 [207 i dalje] razjasnio da se odnos osnovnog prava na slobodno iznošenje mišljenja i „opštih zakona“ koji ga ograničavaju ne svhata kao jednostrano ograničavanje važenja osnovnih prava putem takvih zakona; „ovdje se prije svega radi o uzajamnom utjecaju čiji je smisao da opšti zakoni, prema doslovnom tekstu, postavljaju ograničenja osnovnim pravima, ali sa svoje strane bivaju tumačeni na pozadini vrijednosti koje ova osnovna prava štite u demokratskoj državi zaštićenih sloboda i na taj način moraju biti sama ograničena u pogledu sopstvenog učinka glede ograničavanja osnovnog prava“. Ustav je osnovnom pravu na slobodno iznošenje mišljenja dodijelio visok značaj. Kako je Senat u ranijim presudama zaključio, sloboda mišljenja je kao neposredan izraz ličnosti u društvu jedno od najvažnijih ljudskih prava; već joj ovo daje posebnu težinu. Osim toga, ovo je osnovno pravo za demokratsko uređenje slobode naprosto konstitutivno, jer jamči duhovnu borbu, slobodnu raspravu o idejama i interesima koja je od životne važnosti za funkcioniranje ovog državnog uređenja (usp. BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [208]). Samo slobodna javna diskusija o predmetima od opšteg značaja obezbjeđuje slobodno obrazovanje javnog mišljenja, koje se u demokratskoj državi upućenoj na zaštitu slobode, iznad svega, realizira u iznošenju i osporavanju stavova koji su „pluralistični“ u sukobu različitih i različito motiviranih, ali svakako u slobodi iznešenih mišljenja. Svakom državljaninu je čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava zajamčeno pravo da uzme učešća u javnoj diskusiji. Štampa je pored radija i televizije najvažniji instrument obrazovanja javnog mišljenja; sloboda štampe zbog toga prema čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava uživa specifičnu zaštitu osnovnih prava.

Osnovno pravo slobode mišljenja mora imati odlučujući utjecaj – u slučaju da stanovište javno obrazovanog mišljenja igra izvjesnu ulogu – upravo na vrednovanje dobara kakva su čast i sloboda mišljenja, kako to zahtijeva § 193 StGB. Savezni sud vodi o ovome računa kada opravdavajući razlog iz § 193 StGB vrednuje kao „izraz“ osnovnog prava na slobodno iznošenje mišljenja i kada njegovom primjenom uzima u obzir značaj obrazovanja javnog mišljenja (BGHSt 12, 287 [293 i dalje]), kao i kada – u suprotnosti sa ranijom judikaturom – vršenje javnog interesa posredstvom štampe, u pogledu njene funkcije u demokratskoj državi, priznaje kao vršenje opravdanih interesa u smislu § 193 StGB (BGHZ 31, 308 [312]).

Iz perspektive protivitucaja, koji u području javnog mišljenja odgovara postignutom utjecaju, se određuje i razgraničenje kažnjivih ekscesa koje je u skladu sa Ustavu.

2. U predmetnom slučaju su sudovi činjenično stanje netačno vidjeli samo u perspektivi odbrane lične časti kao i stanja nužde u pogledu interesa koji rezultiraju iz povrede časti, a da pri tome nisu vrednovali posebnosti razmirice koja je iznešena u štampi i elemente javnog obrazovanja mišljenja koji su joj imanentni.

(...) „Spiegel“ je, dakle, pod prividom pune istine svojim čitaocima svjesno ponudio djelimične istine.

Vrstom „Spiegelovog“ izvještaja i nužnošću da se suprotstavi njegovom utjecaju na javno mišljenje je određeno, kako će apelant odgovoriti i kako će uobličiti temu koju je u svom prilogu diskutirao. Pošto se „Spiegel“ izložio osnovanoj sumnji da nije pouzdano izvještavao o apelantu, prilog stavljen na javnu raspravu bi mogao biti primjeren kada bi „Spiegel“, općenito, kao nosilac takvog načina izvještavanja, bio na odgovarajući način kritiziran. „Spiegel“ je utoliko i sam doprinijeo obezvređujućoj presudi (usp. BGHSt 12, 287 [294]) i načelno bi morao prihvatiti presudu, čak i ako ona umanjuje njegov ugled. „Stvarni odgovor“ na kritiku koju je apelantu dosudio Zemaljski sud nije dovoljan kako bi se suprostavilo utjecaju Wolga-članka na obrazovanje javnog mišljenja. Budući da sam članak svoj cjelokupni učinak može zahvaliti, manje iznošenju neistina, nego potiskivanju činjenica i pomjeranju akcenata, takav odgovor je bio sve u svemu težak, a time jedva da je bilo moguće savladati trajniji utjecaj jedne publikacije koja izlazi kao vrlo čitan sedmični časopis.

Može se rezimirati slijedeće: Kada sudovi ne prihvate da postoje opravdani interesi za kritiziranje duhovnog razotkrivanja kao sredstva za provociranje čitateljstva koje se može usporediti sa pornografijom, onda oni polaze od pretpostavke da apelant ima opravdani interes samo na odbranu lične časti u smislu § 193 StGB. Utjecaj čl. 5 st. 1 Ustava na ovu normu zahtijeva, međutim, da se prizna postojanje opravdanog interesa za utjecaj na obrazovanje javnog mišljenja o jednom važnom pitanju politike državnih službi i da se njegova izjava vrednuje kao protuudarac netačnom informiranju javnosti. Kako takva provjera nedostaje u osporavanoj presudi, povrijeđeno je apelantovo osnovno pravo iz čl. 5 Ustava.

## **68) BVerfGE 25, 256** **(„Blinkfuer“)** **„Blinkfuer“**

Politički motiviran poziv na bojkot jednog štamparskog preduzeća, koji treba biti proveden prvenstveno sredstvima ekonomske nadmoći, nije zaštićen osnovnim pravom na slobodno iznošenje mišljenja i u suprotnosti je sa osnovnim pravom na slobodu štampe.

**Rješenje Prvog senata od 26. februara 1969.**

**- 1 BvR 619/63 -**

Apelant je bio izdavač i urednik sedmičnog magazina „Blinkfuer“ koje se uglavnom prodaje na teritoriji Hamburga. U jednom prilogu su štampani radio i tv programi zapadnonjemačkih i srednjenjemačkih radio i tv stanica kao i onih iz istočnog sektora Berlina.

Izdavačke kuće Axel Springer & Sohn KG, Hammerich Lesser KG i Die Welt Verlags-GmbH – u nastavku: optuženi – su u vremenskom periodu koji je ovdje bitan, bili izdavači deset različitih izdanja časopisa. Krajem augusta 1961. optuženi su na adrese svih prodavača novina i časopisa u Hamburgu, poslali cirkularno pismo slijedećeg sadržaja:

„Dragi poslovni prijatelji, bezobzirni akti nasilja, koji sedmicama podvrgavaju teškim patnjama stanovništvo u istočnom Berlinu i pripadajućoj zoni, u cijelom su slobodnom svijetu izazvali uzbuđenje. Lanac pravnog nasilja protiv naše braće i sestara na Istoku se ne prekida. Mi se u slobodnom dijelu Njemačke ne smijemo zadovoljiti da o tome u nijemom ogorčenju čitamo i da ne djelujemo. Svaki pojedinac ima obavezu da u svom području zaštiti slobodu. Posljednji događaji zahtijevaju i od njemačkih trgovaca časopisima i novinama jasne odluke. Sve se više pokazuje da nosioci vlasti u zonama upotrebljavaju radio i televiziju kao čisti instrument propagande. Filmovi i zabavni programi, koji se u programskim najavama pokazuju kao nepolitični, se proizvoljno prekidaju kako bi SED-propagandisti napali na nas svojim hajkačkim govorima. Svi smo mi pri tom na najniži način oklevetani, a berlinski događaji su na najgori način krivotvoreni.

Čini se da je sasvim nepojmljivo da još uvijek postoje špekulanti koji su spremni da štampaju programe istočne zone za širenje laži s Pankowa. U ovom času istine za naš narod, mora se od odgovornih trgovaca novinama i časopisima očekivati, da se distanciraju od prodaje onih listova koji ni sada nisu spremni da odustanu od štampanja radio i tv programa istočne zone, kao što su to npr. ‚Bildfunk‘, ‚Fernsehprogramme‘ i ‚Lotto-Toto-Expresß‘. Izdavačke KUĆE AXEL SPRINGER i DIE WELT su sigurne da ogromna većina njihovih poslovnih prijatelja dijeli ovakvo mišljenje, te da prema njemu i djeluje. Pri tom, naravno, ne može biti u našem cilju da oni ovakvim pristupom trpe štetu. Ako se pojave pojedini trgovci koji bi htjeli da iz nastale situacije izvuku profit i, pored svega, prodaju objekte koji Ulbricht-propagandi daju podršku, onda će navedene izdavačke kuće provjeriti da li mogu i dalje sa takvim trgovcima nastaviti poslovnu saradnju.

Vi ćete u trenutnoj situaciji razumjeti nužnost ovog apela. Kako biste mogli vaše mušterije informirati u odgovarajućoj formi, vaši će Vas liferanti snabdjeti priručnim ceduljama (vidi priloženi obrazac). Pokažite vašim držanjem da ste kao prodavači novina i časopisa svjesni Vaše odgovornosti prema njemačkim čitaocima.

S najboljim preporukama

Verlagshaus Axel Springer, Verlagshaus Die Welt“

Cirkularnom pismu je priložena najavljena priručna cedulja sa slijedećim tekstom:

„*Nikad više istočne programe !*

Politički dinamično vrijeme od svih nas zahtijeva jasne odluke. Njemačka

trgovina časopisima je takvu odluku upravo donijela. Ona je mišljenja kako je po sebi razumljivo, da je njena nacionalna obaveza da privremeno ne nudi na prodaju časopise koji štampaju radio i tv programe iz istočne zone.

Radio i televizija sa Istoka su postali čisto propagandni instrument. Mi smo svi na najniži način oklevetani, a berlinski događaji su na najgori način krivotvoreni. Dobri zabavni programi i dobri stari filmovi se prekidaju kako bi SED-propagandisti napali na nas svojim hajkačkim govorima. Njemačka trgovina časopisima zna šta treba uraditi: ona nije spremna da na ovaj način dopusti Ulbrichtove zloupotrebe.

Postoje mnogobrojni, dobri časopisi sa pregledom programa koji će Vas blagovremeno informirati o radio i tv programima. I ja ću Vas rado o tome posavjetovati. Ali, za časopise sa istočnim programima, kod meine od danas više nema mjesta. Vi to morate razumjeti.

Vaš

Trgovac novinama i časopisima"

Apleant je podigao ustavnu tužbu, obrazlažući da optuženi vode neloyalnu konkurenciju zbog toga što cirkularno pismo sadrži poziv za bojkot koji je usmjeren protiv njega i njegovog preduzeća, pri čemu je zatražio, da optuženi budu obavezani na nadoknadu štete. Zemaljski sud Hamburg i Viši zemaljski sud su pozitivno odgovorili zahtjevu. U postupku revizije je Savezni sud presudom od 10. jula 1963. (...) ukinuo presudu donešenu po žalbi, odbacio je tužbu i odredio apelantu nadoknadu troškova spora.

Apelant je podigao ustavnu tužbu protiv presude Saveznog suda. U njoj se pozvao na povredu čl. 2, 3 i 5 Ustava.

Ustavna tužba je osnovana.

Postupak koji je vođen pred sudovima u svim instancama predstavlja građanskopravni spor, koji se rješavao prema privatnom pravu. Objektivno ustrojstvo vrijednosti koje je uređeno u ustavnom dijelu koji regulira osnovna prava djeluje na tumačenje ovih propisa, jer su oni podobni za tumačenje u svjetlu ustavnih propisa (BVerfGE 7, 198 [205]). Za utvrđivanje protivpravnosti jedne povrede u okviru § 823 st. 1 BGB je značajno ustavno pravo. Pri tom se, na jednoj strani, mora provjeriti, u kojoj mjeri je neki bojkot pokriven pravom na slobodu mišljenja, a na drugoj, također, mjeru u kojoj se apelant može pozvati na osnovno pravo slobode štampe. Savezni sud je u osporavanoj presudi previdio domete prava na slobodu mišljenja na strani optuženih; na strani apelanta nije uzeo u obzir osnovno pravo na slobodu štampe.

1. Savezni sud smatra da je na osnovu čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava opravdan poziv upućen trgovcima, da se obustavi rad sa novinama koje prenose radio i tv programe stanica iz srednja Njemačke, kao i informacija da je moguće uvođenje prekida u snabdijevanju ovim novinama. On je, pri tom, zaštićeno područje osnovnog prava, koje određuje njegova suština, znatno proširio.

Poziv, u smislu apela da se, bar djelimično, organizira isključivanje apelanta iz prodaje „Blinkerfüra“, koji su optuženi uputili trgovcima časopisima, neovisno o motivima koji su mu prethodili, predstavlja poziv na bojkot. Ovaj poziv, kao posljedica pozicije koju su optuženi unutar trgovaca časopisima imali kao privredni moćnici i kao posljedica sprečavanja dostave trgovcima časopisa, pogodan je da se adresatima uskrati mogućnost donošenja slobodne odluke.

Poziv na bojkot, koji se u osnovu zasniva na obznanjivanju jednog mišljenja, je zaštićen članom 5 st. 1 rečenica 1 Ustava, posebno onda kada se primijenjuje kao sredstvo duhovne borbe mišljenja o pitanjima koja u bitnom dotiču javnost, kada mu, dakle, ne prethode privatne rasprave, nego briga za političke, privredne i socijalne interese zajednice (BVerfGE 7, 198 [212]). Poziv na bojkot se može nalaziti u zaštićenom području čl. 5 st. 1 Ustava čak i onda kada onaj koji poziva na bojkotiranje stoji u nekom ekonomskom odnosu konkurencije koji, po sebi, ne isključuje duhovnu debatu. Ako onaj koji poziva na bojkot posjeduje izvjesnu privrednu premoć, onda njegovo iznošenje mišljenja i poziv na bojkot, koji mu služi, već iz tog razloga dobija posebnu težinu. Ovakva privredna nejednakost u pozicijama, međutim, još uvijek ne čini poziv na bojkot nedopustivim, jer Ustavom nije zabranjeno da privredno moćniji vode duhovnu borbu mišljenja.

Ipak, ko poziva na bojkot, mora se služiti sredstvima koja su u skladu sa Ustavom. Poziv na bojkot nije zaštićen osnovnim pravom na slobodno iznošenje mišljenja, ako se ne oslanja na argumente duha, ako se dakle ne ograničava na dokaznu snagu izlaganja, objašnjavanja i vrednovanja, nego se, osim toga, služi takvim sredstvima koja ne pružaju mogućnost protivnicima da donesu svoje odluke u punoj unutrašnjoj slobodi i bez ekonomskog pritiska. Ako bi se takvom pozivu na bojkot želio dati poseban značaj onda se moraju uračunati prijetnje ili najave teških šteta i iskorištavanje socijalne i ekonomske ovisnosti. Sloboda duhovnog raspravljanja predstavlja neophodnu pretpostavku za funkcioniranje demokratije koja počiva na slobodi, jer samo ona jamči javnu diskusiju o predmetima od opšteg interesa i državopolitičkog značaja (usp. BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [212, 219]; 20, 162 [174 i dalje]). Vršenje ekonomskog pritiska, koji za pogođenog ima teške posljedice i koji slijedi ustavno nedozvoljen cilj, kako bi se spriječilo širenje mišljenja i vijesti, u suprotnosti je sa jednakim šansama u procesu obrazovanja mišljenja. Ono se suprotstavlja i smislu i suštini osnovnog prava na slobodno ispoljavanje mišljenja, koje treba garantirati duhovnu borbu mišljenja.

Ako se postupci optuženih ocijene prema navedenim kriterijumima, pokazuje se da je Savezni sud zaštićeno područje osnovnog prava na slobodno iznošenje mišljenja znatno proširio. (...)

Sredstva koja su optuženi primijenili za provođenje bojkota nisu u skladu sa osnovnim pravom iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Da su optuženi javno iznijeli sopstveno mišljenje o štampanju posebnih programa za srednjenjemačke stanice, npr. u listovima koje oni štampaju, i da su se ograničili na to da pozovu čitaoce na bojkot novina i časopisa

koji dolaze u obzir, takvom se postupku u ustavnopravnom smislu ne bi moglo ništa prigovoriti. U tom bi se slučaju optuženi, koji su se pozabavili javnim interesima, obratili onima na koje se to odnosi. Nasuprot tome, cirkularno pismo koje je poslano prodavačima novina i časopisa nije bilo pogodno da doprinese duhovnoj raspravi o dopuštenosti i o svrsishodnosti objavljivanja programa srednjenjemačkih stanica, jer su takvi adresati ekonomski ili pravno zavisni od optuženih. (...)

Činjenično stanje se zbog toga bitno razlikuje od tzv. Lüt-presude (BVerfGE 7, 198 i dalje). Iznošenje mišljenja direktora Senata, Lütha, koji je apelirao samo na moralnu i političku odgovornost, nije moglo neposredno i djelotvorno, odnosno, nikako ograničiti umjetničku i ljudsku mogućnost razvoja filmskog režisera Harlana; jer Lüthu nisu stajala na raspolaganju nikakva sredstva prinude koja bi podigla značaj njegovog zahtijeva. On je mogao apelirati samo na svijest o odgovornosti i na moralno držanje prozvanih i morao je perezustiti njihovoj slobodnoj volji odluku o tome da li će mu se priključiti. Suprotno tome, zabrana dostave koju su odredili optuženi, je zbog dominantne pozicije na tržištu mogla imati osjetne, u konkretnom slučaju i egzistencijalno negativne učinke na pogođene liferante novina i na male trgovine novinama. (...)

Apelant je imao pravo da informira o programskim sadržajima stanica srednje Njemačke, što su optuženi, prema sadržaju cirkularnog pisma, htjeli spriječiti. Istina, ni Savezni sud nije smatrao da je donošenje programa u sedmičnom časopisu „Blinkfuer“ zakonski zabranjeno, nego da je, sve u svemu, dopušteno. On, međutim, iz ovoga nije izvukao konsekvencu da osnovnom pravu na slobodno iznošenje mišljenja, na koje se pozvaju optuženi, suprotstavi slobodu štampe koja u pogledu štampanja srednjenjemačkih radio i tv programa pripada apelantu, nego je samo pretpostavio koliziju osnovnog prava na mišljenje optuženih i „pravnog dobra koje je zaštićeno građanskim pravom“ apelanta. Time je Savezni sud previdio značaj slobode štampe za materijalno-pravne pozicije apelanta.

Istina, organi iz područja štampe se ne mogu u odnosu na vršenje slobode mišljenja pozvati na slobodu štampe, kada moraju računati sa negativnim privrednim posljedicama. Sloboda mišljenja i štampe hoće da zaštiti slobodno duhovno djelovanje i proces obrazovanja mišljenja u slobodnoj demokratiji. Za zaštitu instituta slobodne štampe mora, međutim, biti osigurana nezavisnost organa iz područja štampe u odnosu na neprimjerene napade ekonomski moćnih grupa na oblikovanje i širenje štampe (BVerfGE 20, 162 [175 i dalje]). Cilj slobode štampe, da se olakša i garantira obrazovanje slobodnog javnog mišljenja, zahtijeva zbog toga, zaštitu štampe u odnosu na pokušaje da se privrednim pritiscima isključi konkurencija mišljenja.

Bojkot magazina „Blinkfuer“ je u suprotnosti sa slobodom koja je zajamčena snagom Ustava. On je, naime, bio određen da spriječi dalje objavljivanje srednjenjemačkih radio i tv programa i da uskrati informacije publici, tako što bi isključio promet ovh magazina posredstvom trgovaca časopisima. Držanje optuženih je u suprotnosti sa slobodom izvještavanja i usmjereno je na postiskivanje vijesti prevashodno privrednim sredstvima.

**69) BVerfGE 44, 197**  
**(Solidaritätsadresse)**  
**Adresa solidarnosti**

**Rješenje Drugog senata od 2. marta 1977.**  
**- 2 BvR 1319/76 -**

IZREKA:

Odbacuje se ustavna tužba.

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

**I.**

Apelant služi vojni rok kao vojni obaveznik od 1. januara 1976. u Bundeswehru (*Savezna odbrana/Savezna armija*).

Dana 13. novembra 1976. je u „Kommunistische Volkszeitung“ (*Narodne komunističke novine*) izišla slijedeća „Adresa solidarnosti vojnika immendingške kasarne sa stanovnicima Kaiserstühlera“:

„Mi vojnici iz Immendinga smo solidarni sa Vašim žilavim otporom izgradnji atomske centrale u Wyhlu. Mnogi od nas dolaze iz mjesta, u kojima upravo planirane ili već izgrađene centrale ugoržavaju životne uslove. U Brockdorfu možemo vidjeti da država, svim sredstvima policijske i vojne sile pokušava zaštititi profilerske interese atomskih koncerna, suprotno volji naroda. Policija i obezbjeđenje su toljagama, šmrkovima, gasom i konjima krenuli na demonstrante. Gradilište je bilo okruženo bodljavom žicom, zidovima i patrolama sa njemačkim ovčarima, kao u koncentracionom logoru. I u Wyhlu se pokazuju znaci da država vojnim sredstvima nastoji okončati narodni otpor, čak su Bundeswehr i Savezna pogranična služba (*Bundesgrenzschutz*, savezna policija) viđeni na gradilištu. Mi vojnici izjavljujemo da se ne damo upotrijebiti za ovu prijavu rabotu. Također zahtijevamo da se preduprijeđe namjere Savezne vlade i da sami zaposjednemo gradilište. Bez izgradnje atomske centrale u Wyhlu ili bilo gdje drugdje!

Za dva dana je potpisalo trideset vojnika, većina pripadnika jedinice 4./292 Immendingen.“

Na dan 29. novembra 1976. je komandir oklopnog grenadirskog bataljona, uz sudsku saglasnost, odredio apelantu, koji je u činu kaplara, 14 dana disciplinskog zatvora. Obrazloženje disciplinske mjere glasi:

„On je početkom novembra 1976. u Immendingenu, Oberfeldwebel-Schreiber-kasarni, nepoznatog dana, pokušao u vojnom smještaju utjecati

na političko opredjeljenje drugog vojnika, tako što je ovog vojnika animirao da se izjasni protiv izgradnje atomske centrale u Wyhlu i da to osnaži svojim potpisom na listi „Adresa solidarnosti immendingške kasarne sa stanovnicima Kaiserstühlera“, koju je vodio. On se, osim toga, pobrinuo da ova lista kruži među drugovima iz jedinice.“

Ustavna tužba je, međutim, neosnovana. Disciplinsko kažnjavanje ne zadire na nedopušten način u osnovno pravo apelanta iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Ni druga prava nisu povrijeđena.

1. Apelantu su u disciplinskom postupku komandir bataljona i rješenje Vojnog suda stavili na teret da je postupio suprotno svojim obavezama koje su normirane u § 15 st. 2 Zakon o vojnicima (*[Soldatengesetz – Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten]* Zakon o vojnicima – Zakon o pravnom položaju vojnika, SG). Prema njemu je pravo na slobodno iznošenje mišljenja ograničeno u prostorijama za boravak i smještaj osnovnim pravilima kolegijalnosti. Vojnik se mora tako ponašati da zajednička služba ne bude ozbiljno ugrožena; on posebno ne smije djelovati kao animator za određene političke grupe tako što bi držao govore, dijelio plakate ili radio kao predstavnik određene političke organizacije. Uzajamno poštovanje ne smiju biti dovedeno u pitanje.

§ 15 st. 2 SG je u skladu sa Ustavom.

Poseban vrednosni sadržaj osnovnog prava na slobodno iznošenje mišljenja u demokratiji koja počiva na slobodi, načelno podrazumijeva slobodu govora u svim područjima, posebno u javnom životu (usp. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [124 i dalje]). Za vojnike, međutim, prema § 17 a Ustava, između ostalog, smije biti zakonom utemeljenim obavezama ograničeno osnovno pravo na slobodno iznošenje mišljenja u okvirima potreba vojne službe (usp. § 6 rečenica 2 SG) i sa ciljem da se održi sposobnost funkcioniranja Bundeswehra (usp. BVerfGE 28, 282 [292]).

(...)

b) Oспорavana disciplinska mjera nije u suprotnosti sa Ustavom. Tumačenje § 15 st. 2 SG, koji predstavlja pravni osnov rješenju Vojnog suda, ne ograničava osnovno pravo apelanta iz čl. 5 st. 1 Ustava preko Ustavom dopuštene mjere.

§ 15 st. 2 SG želi isključiti svako djelovanje koje bi jednog vojnika u slobodno vrijeme, suprotno njegovoj volji, uvuklo u političku raspravu. Kod primjene propisa se ne smije izostaviti iz vida da vojnik u kasarni ne živi izolirano i da se zbog toga njegova privatna sfera može zaštititi pod bitno otežanim uslovima. On je izložen političkim aktivnostima drugih vojnika, i nikako ih ne može izbjeći. Njegovo osnovno pravo na nužno poštovanje privatnog područja života (čl. 1 st. 1, 2 st. 1 Ustava), njegovo pravo da „bude ostavljen na miru“ (usp. BVerfGE 6, 32 [41] 27, 1 [6 i dalje]) su u ovoj posebnoj situaciji od početka ugroženi i zbog toga se moraju zaštititi u posebnoj mjeri. Ovakvo stanje stvari isključuje mogućnost da se § 15 st. 2 SG posmatra samo



u svjetlu čl. 5 st. 1 Ustava i da se iz perspektive „aktivnog“ vršenja ovog prava restriktivno protumači. Važnije je pravo drugih, koje određuje da se pod posebnim uslovima vojničkog područja života jednako uzme u obzir pravo na zaštitu onih, koji se suprotno svojoj volji ne moraju izlagati utjecaju misaonog svijeta svojih drugova. U svjetlu svih relevantnih osnovnih prava dopušteno je, prema tome, generalno ograničavanje političkog djelovanja vojnika u prostornom području Bundeswehra, također i u slobodnom vremenu, kako bi se mogućim raspravama među vojnicima od početka stavila odgovarajuća zapreka. U toliko prije, što apelantova sloboda, da se za vrijeme slobodnih aktivnosti može izvan vojnih prostorija politički angažirati i agitovati u korist svog političkog mišljenja, ostaje nedirnut.

Izdvojeno mišljenje sudije dr. Rottmanna

Ne mogu glasati za shvatanje senatske većine. Apelantovo osnovno pravo iz člana 5 st. 1 Ustava je povrijeđeno disciplinskim kažnjavanjem.

Izuzetan značaj osnovnog prava na slobodno iznošenje mišljenja u slobodnoj demokratiji zahtijeva tumačenje i primjenu § 15 st. 2 SG koje neće ostati u području apstraktnih opasnosti nego u svakom konkretnom slučaju poduzima odmjerenje između dobra koje je zaštićeno normom i osnovnog prava iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. U suprotnom bi „građaninu u uniformi“ mogla izbljediti sjećanja.

Ponašanje koje se stavlja na teret apelantu predstavlja doprinos duhovnoj borbi mišljenja u svom ključnom značenju pretpostavke slobodnog i otvorenog političkog procesa (usp. BVerfGE 42, 163 [170]), u kojem apelant, kao vojni obaveznik, načelno i dalje smije učestvovati. (...)

Dijelim izdvojeno mišljenje gospodina kolege dr. Rottmanna.

U potpisu: dr. Geiger.

Izdvojeno mišljenje sudije Hirscha

Dijelim izdvojeno mišljenje sudije dr. Rottmanna uz slijedeću dopunu:

Jasno je da je prekršen čl. 5 Ustava kada se primijeti da je apelant s obzirom na zahtjeve tolerantnosti i obzirnosti, mnogo manje uradio, nego što je npr. mogao i smio napraviti jednom diskusijom u građanskoj nastavi. Da je tamo, naime, diskutirano o pitanju izgradnje atomske centrale i mogućim građanskim reakcijama, jedva da bi bilo moguće spriječiti diskusije „u pauzi za ručak, na stepeništu“. Oспорavano rješenje ovdje, međutim, čini kao da se trebaju kažnjavati svi razgovori o politici izvan službe, „na stepeništu“.

Ako se svrha § 15 SG, sve u svemu, sastoji u tome da se vojnici, slično kao državni namještenici i sudije, obavežu na poštovanje interesa kolega i drugova i da očuvaju „mir u kući“, onda se u konkretnom slučaju ne može odustati od provjere da li se

inkriminiranim držanjem uopšte mogla povrijediti zaštićena svrha norme (tako i Savezni upravni sud u tzv. Strachwitz-Rješenju od 14. 11. 1973, NJW 1974, s. 84 i dalje [...]) i da li se neko zbog toga osjećao ugorženim. Obje pretpostavke nisu bile ispunjene. Saveznom ustavnom sudu nije zabranjeno da to utvrdi u slučajevima, kao ovaj, u kojim se u osnovno pravo zadire u većem intenzitetu (BVerfGE 43, 120; EuGRZ 1977, s. 109), kao što od toga i polazi većina ovog Senata. Zbog čega osnovno pravo, ipak, mora ustuknuti, ostaje na kraju neizgovoreno. Mora se npr. ostaviti mogućnost da se postavi pitanje jednom od drugova, šta on misli o odedenoj građanskoj inicijativi, da li će i on učestvovati na demonstracijama i procesijama. Konsekvence većinskog mišljenja će se možda jasnije vidjeti kada zamislimo da je apelant prikupljao potpise za akciju angažiranih hrišćana protiv smrtne kazne, ili protiv kažnjavanja pobačaja, ili protiv ukidanja dječijeg vrtića, a da crkvene novine o tome izvještavaju.

## **70) BVerfGE 93, 266** **(„Soldaten sind Mörder“)** **„Vojnici su ubice“**

O odnosu slobode mišljenja i zaštite ugleda pri iznošenju kolektivnih sudova o vojnicima.

**Rješenje Prvog senata od 10. oktobra 1995.**  
**- 1 BvR 1476, 1980/91 i 102, 221/92 -**

OBRAZLOŽENJE:

### **A.**

Ustavna tužba povezuje krivičnopravne presude radi donošenja zajedničke odluke zbog vrijeđanja Bundeswehra i pojedinih vojnika izjavama „Vojnici su ubice“ i „Vojnici su potencijalne ubice“.

### **C.**

Ustavne tužbe su u tim okvirima prihvatljive i osnovane. Pobijane odluke nisu u potrebnom obimu uvažile apelantovo osnovno pravo iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

### **I.**

1. Izjave za koje je apelant osuđen zbog vrijeđanja uživaju zaštitu čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

Ova ustavna norma svakom daje pravo da slobodno ispolji svoje mišljenje u riječi, u pismu i u slici i da ga saopštava. Mišljenje, za razliku od tvrdnji o činjenicama, karakterizira subjektivni stav o predmetu izjašnjenja, onog koji se izjašnjava (usp. BVerfGE 90, 241 [247 i dalje]). Ono sadrži njegov stav o činjeničnom stanju, o

idejama ili o osobama. Pravna zaštita osnovnog prava se odnosi na ovaj lični stav. On postoji neovisno o tome da li je izjava uslijedila racionalno ili emotivno, da li je ona utemeljena ili neutemeljena i da li je drugi smatraju štetnom ili korisnom, vrijednom ili bezvrijednom (usp. BVerfGE 30, 336 [347]; 33, 1 [14]; 61, 1 [7]). Zaštita se odnosi ne samo na sadržaj iznešenog mišljenja nego i na slobodu da se ono iznese. Određeni iskaz neće ispasti iz područja zaštite već zbog toga što je on formuliran polemično ili uvredljivo (usp. BVerfGE 54, 129 [138 i dalje]; 61, 1 [7 i dalje]). Nadalje je zaštićen izbor mjesta i vremena iznošenja mišljenja. Ko daje izjavu, nema samo pravo da općenito obznani svoje mišljenje. On smije, također, izabrati okolnosti koje mu stavljaju u izgled najbolji uspjeh i obezbjeđuju najjače dejstvo u pogledu saopštenog mišljenja.

Kod iznošenja mišljenja, zbog koje je apelant osuđen za uvredu, radi se o mišljenju u onom smislu u kojem je ono uvijek obuhvaćeno zaštitom osnovnog prava. Apelant nije svojim stavom da su vojnici ubice ili potencijalne ubice tvrdio da su tačno određeni vojnici u prošlosti počinili ubistvo. On je naprosto iznio sud o vojnicima i o vojničkom pozivu koji u konkretnim okolnostima prisiljava na ubijanje drugih ljudi. Krivični sudovi su polazili od toga da ovdje postoji vrednosni sud, a ne tvrdnja o činjenicama.

2. Osuda zbog ovakvih izjava predstavlja zadiranje u zaštićeno područje osnovnog prava na slobodno mišljenje.

Osnovno pravo na slobodu mišljenja nije, međutim, zagarantirano bez ikakvog ograničenja. Prema čl. 5 st. 2 Ustava postavljene su mu granice u propisima opštih zakona, u zakonskim odredbama o zaštiti omladine i u pravu lične časti. Ovdje spada § 185 StGB koji predstavlja pravnu osnovu osporavanoj odluci. Da bi se presuda mogla opravdati, propis sa svoje strane mora biti u skladu sa Ustavom i mora, osim toga, biti na ustavan način protumačen i primijenjen (usp. BVerfGE 7, 198 [202 i dalje]; stalna sudska praksa).

## II.

Ne postoje nikakve sumnje u ustavnost § 185 StGB.

1. Krivičnopravna odredba je u skladu sa čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

a) Propis prevashodno štiti lični ugled. On uživa zaštitu osnovnih prava u okviru opšteg prava ličnosti koje se izvodi iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava (usp. BVerfGE 54, 148 [253 i dalje]). On može biti povrijeđen, prije svega, iznošenjem mišljenja. Zbog toga je izričito i priznat u čl. 5 st. 2 Ustava kao razlog koji opravdava ograničavanje slobode mišljenja.

Iz toga, međutim, ne slijedi da zakonodavac smije proizvoljno ograničiti slobodu mišljenja u interesu ličnog ugleda (BVerfGE 7, 198 [208]). On mora upravo onda kada se koristi osnovom iz čl. 5 st. 2 Ustava imati pred očima pravo koje ograničava

i sprečava pretjerana sužavanja slobode mišljenja. O ovim zahtjevima vodi računa § 193 StGB, jer isključuje kažnjavanja zbog iznošenja mišljenja kada je ono počinjeno radi očuvanja odgovarajućih interesa. Ovaj propis se mora, pri svakoj izrečenoj presudi prema § 185 StGB, uzeti u obzir, jer ga široko postavljena formulacija na poseban način otvara prema utjecaju slobode mišljenja, čime je ujedno omogućeno optimalno ujednačavanje konkurirajućih pravnih dobara (usp. BVerfGE 12, 113 [125 i dalje]).

b) Kako se to vidi iz § 194 st. 3 rečenica 2 StGB, ne odnosi se zaštita iz § 185 StGB samo na osobe, nego na upravne službe kao i ostale službe koje obavljaju zadatke javne uprave. Tako se ova norma ne može opravdati samo iz perspektive ličnog ugleda, jer državne ustanove nemaju ni „lični“ ugled, niti su nosioci opšteg prava ličnosti. Kao norma koja štiti državne ustanove § 185 StGB se, međutim, ubraja u opšte zakone u smislu čl. 5 st. 2 Ustava.

Pod njima se razumijevaju svi zakoni koji ne zabranjuju neko mišljenje kao takvo, koji se ne odnose na zabranu iznošenja mišljenja kao takvog, nego naprosto služe za zaštitu jednog ustavnog dobra, bez obzira na konkretno mišljenje (usp. BVerfGE 7, 198 [209]; stalna pravosudna praksa). To je slučaj sa § 185 StGB. Državne ustanove ne mogu ispuniti svoju funkciju bez minimuma društvene prihvatljivosti. One su zbog toga zaštićene od verbalnih napada koji prijete potkopavanju ove pretpostavke (usp. BVerfGE 81, 278 [292 i dalje]). Krivičnopravna zaštita ne smije, međutim, voditi prema nedodirivosti državnih ustanova pred javnom kritikom, također, ni kada ona u konkretnim okolnostima uslijedi i u oštrijoj formi koja bi osnovnim pravom na slobodu mišljenja trebala biti zajamčena na poseban način (usp. BVerfGE 28, 191 [202]). O ovom zahtjevu opet vodi računa § 193 StGB koji ostavlja prostor za utjecaj čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava i dobija pojačan značaj kada se § 185 StGB primijeni za zaštitu javnih ustanova, a ne za zaštitu ličnog ugleda.

2. § 185 StGB nije neodređen i time nije u suprotnosti sa čl. 103 st. 2 Ustava. Istina, on se razlikuje od ostalih propisa Krivičnog zakonika zbog toga što opis krivičnog djela imenuje pojmom vrijeđanje, ali ga ne definira pobliže. Ako bi se uzelo da je to nedovoljno za krivičnopravni propis koji je donošen u području važenja njemačkog Ustava, pojam vrijeđanje je stoljetnom upotrebom i u biti jednoznačnom pravosudnom praksom zadobio dovoljno jasan sadržaj koji sudovima daje dovoljno materijala za primjenu i jasno identificira adresate norme koji zbog vrijeđanja moraju računati sa kaznom (usp. BVerfGE 71, 108 [114 i dalje]). Ako postoje još neka pitanja koja nisu razjašnjena u pogledu kolektivnog vrijeđanja, time se ne dira u određenost same norme.

### III.

Tumačenje i primjena krivičnih zakona su nadležnost krivičnih sudova. Ako se radi o zakonima koji ograničavaju slobodu mišljenja, mora se, prema ustaljenoj pravosudnoj praksi Saveznog ustavnog suda uzeti u obzir osnovno pravo koje se ograničava, kako

bi bio očuvan vrednosni značaj koji ono ima za nivo primjene prava (BVerfGE 7, 198 [208 i dalje]).

1. Čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava zahtijeva da se u okviru opisa elemenata činjeničnog stanja na nivou tumačenja norme provede odmjeravanje između značaja slobode mišljenja, na jednoj strani, i pravnog dobra u čijem interesu ona treba biti ograničena, na drugoj strani. Sa ovim je nespojiva interpretacija § 185 StGB koja pojam vrijeđanja proširuje toliko da on prekoračuje zahtjeve za zaštitu ugleda i za zaštitu institucija (usp. BVerfGE 71, 162 [181]), ili ne ostavlja nikakvog prostora za uvažavanje slobode mišljenja (43, 130 [139]). Na jednak način čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava zabranjuje tumačenje § 185 i dalje StGB koje bi pri korištenju osnovnog prava stvaralo efekt zastrašivanja, koji bi onda doveo do straha pred sankcioniranjem prihvatljivih kritika (usp. BVerfGE 43, 130 [136]; stalna pravosudna praksa).

Posebno se uočava kod tumačenja § 193 StGB da je sloboda mišljenja naprosto konstitutivna za demokratsko uređenje slobode (usp. BVerfGE 7, 198 [208 i dalje]). Otud opravdavnost interes ne može postojati samo onda kada je pogođeni dao povod za iznošenje mišljenja ili kada se neko brani od ličnih napada, nego i onda kada on učestvuje u javnoj diskusiji o društveno ili politički relevantnim pitanjima (usp. BVerfGE 12, 113 [125, 127]). To se posebno mora uvažavati kada se propisi o zaštiti ugleda §§ 185 i dalje StGB ne odnose na osobe, nego na državne ustanove. Oni onda ne služe zaštiti ličnog ugleda nego zahtijevaju da se zajamči javno priznanje koje je neophodno za ispunjavanje funkcija javnih ustanova. Ako takav cilj zaštite doprije u konflikt sa slobodom mišljenja, onda se njen značaj mora procijeniti kao izuzetno visok, budući da je osnovno pravo izraslo iz posebne potrebe da se zaštiti moć kritike u kojoj će ono naći svoj nepromijenjen značaj.

2. Na nivou primjene §§ 185 i dalje StGB na pojedinačan slučaj, čl. 5 st. 1 Ustava posebno zahtijeva da se uzmu u bzir sve bitne okolnosti pri vrednovanju ličnog ugleda, na jednoj, i slobode mišljenja, na drugoj strani (BVerfGE 7, 198 [212]; ustaljena sudska praksa). Rezultat ovakvog odmjeravanja se ne može generalno i apstraktno predvidjeti, jer se ono svaki put odnosi na konkretan slučaj. Ipak, jurisdikcija je razvila mnoštvo elemenata koji predstavljaju kriterijume za konkretno odmjeravanje.

Tako se sloboda mišljenja svaki put mora povući kad je iznošenjem mišljenja dotaknuto ljudsko dostojanstvo drugog. Ovo načelo je utvrđeno za slobodu umjetnosti (BVerfGE 75, 369 [380]), ali ono važi i za slobodu mišljenja, pošto se ljudsko dostojanstvo, kao izvor svih osnovnih prava, može uspoređivati sa svakim osnovnim pravom. Kako sva, a ne samo pojedinačna ljudska prava, konkretiziraju princip ljudskog dostojanstva, to je svaki put potrebno pažljivo obrazloženje, zašto se upotreba jednog ljudskog prava probija do nedodirivog ljudskog dostojanstva.

Na isti način se sloboda mišljenja povlači pred zaštitom ugleda kod omalovažavajućih izjava koje se predstavljaju kao formalne uvrede ili pogrde (usp. BVerfGE 61, 1 [12]).

Savezni ustavni sud je pojam pogrdne kritike koji se razvio u pravosuđu stručnih sudova, definirao usko zbog efekta kojim se potiskuje sloboda mišljenja. Prema ovome, pretjerana ili upadljiva kritika jednog, ako ne uzme za sebe, mišljenja još uvijek ne predstavlja pogrdu. Odlučujuće je da iznešeno mišljenje na prvo mjesto ne stavlja raspravu o stvari, nego difamiranje ličnosti. Ono se mora realizirati izvan polemičke ili zaostrene kritike u svojstvu omalovažavanja ličnosti (usp. BVerfGE 82, 272 [283 i dalje]). Iz tog razloga će se pogrдна kritika pronaći samo izuzetno u iznošenjima mišljenja o pitanjima koja bitno dotiču javnost i ostaće prije svega ograničena na područje tzv. privatnih razmirica (usp. BGH, NJW 1974, s. 1762). Smatra li jedan sud da iznošenje mišljenja predstavlja formalno vrijeđanje ili pogrdu, sa posljedicom da je konkretno odmjeravanje koje uzima u obzir sve okolnosti slučaja suvišno, onda se u tome nalazi bitna ustavnopravna greška koja vodi do ukidanja odluke koja na njoj počiva (usp. BVerfGE 82, 272 [281]).

Ako se iznešeno mišljenje ne može svrstati ni pod napad na ljudsko dostojanstvo, ni pod formalno vrijeđanje ili pogrdu, onda je za odmjeravanje bitna težina ugrožavanja pogođenih pravnih dobara. Pri tom načelno nikakvu ulogu, za razliku od tvrdnji o činjenicama, ne igra pitanje da li je kritika opravdana ili je vrednosni sud „tačan“ (usp. BVerfGE 66, 116 [151]; 68, 226 [232]). Suprotno tome, značajno je da li je osnovno pravo na slobodu mišljenja upotrebjeno u okviru privatne rasprave radi sopstvenih interesa ili u vezi sa pitanjem koje je bitno za javnost. Ako se kod spornog iskaza radi o doprinosu za obrazovanje javnog mišljenja, onda prema ustaljenom pravosuđu Saveznog ustavnog suda postoji pretpostavka u korist slobode govora (usp. BVerfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Odstupanja od ovog moraju biti obrazložena, ali tako da se vodi računa o konstitutivnom značaju slobode mišljenja za demokratiju u kojoj je ukorijenjena spomenuta pretpostavka.

3. Svako pravno vrednovanje iznešenog mišljenja podrazumijeva da je njegov smisao tačno shvaćen. Ako ovo nedostaje u presudi zbog delikta mišljenja, onda to može voditi u konačnici potiskivanju dopuštenog iznošenja mišljenja. Osim toga, postoji opasnost da takva presuda negativnoutječena općenito vršenje osnovnog prava na slobodu mišljenja, jer bi onaj koji iznosi mišljenje mogao riskirati kažnjavanje zbog budućeg ili neodrživog tumačenja njegovog iskaza (usp. BVerfGE 43, 130 [136]). Kako u ovakvim okolnostima predhodne odluke o dopustivosti ili nedopustivosti iznošenja mišljenja padaju već u nivo tumačenja, to iz čl. 5 st. 1 Ustava ne slijede samo zahtjevi za tumačenje i primjenu zakona koji ograničavaju osnovno pravo nego i za tumačenje spornih iskaza.

Cilj tumačenja je iznalaženje objektivnog smisla jednog iskaza. Otud nisu mjerodavne subjektivne namjere onog koji se izjašnjava, kao ni subjektivno razumijevanje onog koji je pogođen iskazom, nego smisao koji sam iskaz ima prema shvatanju razumne publike, koja je bez predrasuda. Pri tom se uvijek mora polaziti od doslovnog iskaza. On prema svom smislu nije svaki put jednoznačno utvrđen. Utvrđuje se prevashodno s obzirom na jezički kontekst, u kojem stoji sporna odluka, i s obzirom na okolnosti koje ga prate, ako ih recipijenti mogu raspoznati. Izolirano promatranje dijela

spornog iskaza neće u pravilu odgovarati zahtjevu za pouzdanim iznalaženjem smisla (BVerfGE 82, 43 [52]). U suprotnosti su sa osnovnim pravom na slobodu mišljenja presude čije pravno vrednovanje počiva na očigledno propuštenom smislu spornih iskaza. Isto važi za zančjenje koje sud uzma kao relevantno pri donošenju presude u slučaju višeznačnih iskaza, a da prethodno nije argumentirano isključio ostala moguća značenja (usp. BVerfGE 82, 43 [52]). Pri tom sud ne mora ulaziti u udaljene alternative koje nisu pokrivene ni doslovnim iskazom ni okolnostima iznešenog mišljenja, kao što ne treba nikako razvijati apstraktne mogućnosti tumačenja koje ni na koji način nemaju uporište u konkretnim okolnostima slučaja. Ako formulacije ili okolnosti ne dopuštaju tumačenje koje dotiče ugled, onda je krivična presuda koja je ovo previdjela u suprotnosti sa čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Pri tom se mora uzeti u obzir da pojedine riječi ili pojmovi u različitim komunikacijama mogu imati različita značenja. To je, između ostalog, slučaj sa pojmovima koji se u pravnoj terminologiji upotrebljavaju u smislu koji ne odgovara svakodnevnom govoru. Otud predstavlja bitnu ustavnopravnu grešku pripisivanje vrednosnim sudovima specifičnog značenja stručnog jezika za sporni iskaz koji je pao u svakodnevnom govoru (usp. BVerfGE 7, 198 [227]); 85, 1 [19]).

Provjeri pred Saveznim ustavnim sudom podliježu zahtjevi koje čl. 5 st. 5 rečenica 1 Ustava usmjerava prema utvrđivanju smisla iznešenog mišljenja, posebno onda kada se, kao kod krivičnih presuda, radi o intenzivnom zadiranju u osnovno pravo.

To je Savezni ustavni sud uvijek naglašavao (usp. BVerfGE 43, 130 [136 i dalje]; 54, 129 [136 i dalje]; 61, 1 [6, 9 i dalje]; 82, 43 [50]; 82, 272 [280]; 85, 1 [13 i dalje]). Ovim se ne odstupa od ustaljene sudske prakse povodom obima ovlaštenja Saveznog ustavnog suda (usp. BVerfGE 18, 85 [92]; 85, 248 [257 i dalje]). Jer, Savezni ustavni sud kod verbalnih delikta provjerava samo da li su sudovi previdjeli značenje i domet osnovnog prava na slobodu mišljenja. U svemu ostalom su nadležni stručni sudovi. U vezi sa verbalnim deliktima to se odnosi na pitanja da li je i kako je došlo do spornog iznošenja mišljenja, kakav je sadržaj imao iskaz, od koga potiče i u kakvim okolnostima je do njega došlo, posebno kada se radi o neponovljivosti opšteg utiska usmene rasprave (usp. BVerfGE 43, 130 [137]). Obrazloženja izdvojenih glasova, koji odstupaju od ove juristikcije, ne daju povod da se dosadašnja praksa ukine i da se ograniči zaštita osnovnog prava na iznošenje mišljenja.

#### IV.

Osporavane odluke u cjelni nisu usklađene sa navedenim pretpostavkama. (...)

#### VI.

Ni u jednom od četiri slučaja se ne može isključiti da bi sudovi došli do drukčijeg rezultata, da su uzeli u obzir drukčije mogućnosti tumačenja iskaza, uvažavajući razliku između ponižavajućeg iskaza o svim vojnicima svijeta i vojnicima Bundeswehra i da su pojam pogrdne kritike primijenili u skladu sa Ustavom. Osporavane presude moraju zbog toga biti ukinute i stvar vraćena nadležnim sudovima. Pri tom apelanti

nisu oslobođeni odgovornosti niti su proglašene dopuštenim uvrede pojedinih vojnika ili pripadnika određenih oružanih snaga iskazima „Vojnici su ubice“. Svi iskaz moraju biti ponovo vrednovani, uzmajući u obzir izložene zahtjeve iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

Ova odluka je s obzirom na ustavnu tužbu o zahtjevima pod 1), 3) i 4) donešena sa pet galsova za i tri glasa protiv, s obzirom na ustavnu tužbu o zahtjevu pod 2) je donešena jednoglasno.

## **71) BVerfGE 111, 147** (NPD) **Nacionaldemokratska Partija (NPD)**

(...)

2. Isključivo se granicama koje su povučene članom 5 st. 2 Ustava mogu opravdati ograničavanja sadržaja i forme iznošenja mišljenja, čak i onda kada se mišljenje iznese na nekom skupu ili posredstvom skupa (osloncem na BVerfGE 90, 241).
3. O pravnim dometima zaštite javnog reda u pravu koje regulira okupljanje.

### **Rješenje Prvog senata od 23. juna 2004.** **- 1 BvQ 19/04 -**

#### **I.**

Dana 18. decembra 2003. je podnosilac zahtjeva, Zemaljsko udruženje Nacionaldemokratske Partije Nordrhein-Westfalena (NPD), prijavilo kod nadležnog oragana za javna okupljanja, Polizeipräsidiama Bochum (*policijska uprava Bohuma*), održavanje dva protestna marša za 13. i 20. mart 2004, pod motom „Stop izgradnji sinagoga – 4 miliona za narod!“. Rješenjem od 30. januara 2004. je Polizeipräsidium, nalogom za trenutno izvršenje, zabranio ove skupove, kao i svako dodatno okupljanje za ovaj ili za neki drugi dan unutar područja njegove nadležnosti. Prijavljeni skup se zabranjuje jer je *prema sadašnjim spoznajama neposredno i bitno ugrožen javni red u smislu § 15 Zakona o okupljanju (Versammlungsgesetz, VersG)* (...)

Podnosilac zahtjeva je pismom od 18. marta 2004. prijavio protestni marš za 26. juni 2004. u Bochumu. Predviđena je tema: „Nema poreskog novca za izgradnju sinagoga. Za slobodu mišljenja“. Polizeipräsidium je rješenjem u formi naloga za trenutno izvršenje od 6. maja 2004. utvrdio da se u ovom slučaju radi o dodatnom okupljanju koje je obuhvaćeno ranijim rješenjem o zabrani od 30. januara 2004. Razlozi koji su navedeni u ovom rješenju važe i za planirano okupljanje od 26. juna 2004.



Viši upravni sud je odobrio postupak Polizeipräsidenta.

(...)

## II.

(...)

1. Zabrana iz predmetnog slučaja počiva u prvom redu na pretpostavci da moto pod kojim se odvija ovaj skup, kao i govori na samom skupu, neposredno ugoržavaju javni red. Viši upravni sud polazi u svojim presudama, na koje se poziva nadležna služba, od toga da okupljanja sa demonstrativnim ispoljavanjem neonacističkih misaonih sadržaja mogu bit zabranjena pozivanjem na ograničenja koja su imanentna Ustavu, odnosno radi zaštite javnog reda, iako prag kažnjivosti u konkretnom slučaju nije prekoračen (...). Zabrana okupljanja ne može biti utemeljena na ovakvom shvatanju.

a) Državna ograničavanja sadržaja i forme ispoljavanja mišljenja se odnose na zaštićeno područje člana 5 st. 1 Ustava. Ona se mogu opravdati u granicama čl. 5 st. 2 Ustava, čak i kada iznošenje mišljenja uslijedi na nekom skupu, ili posredstvom skupa (usp. BVerfGE 90, 241 [246]; BVerfG 1. Komora Prvog senata, Rješenje od 5. septembra 2003 – 1 BvQ 32/03 -, NVwZ 2004, str. 90 [91]). Suprotno tome, čl. 8 st. 1 Ustava štiti slobodu, da se okuplja sa drugim osobama, radi zajedničkih rasprava ili manifestacija kojima se želi učestvovati u obrazovanju javnog mišljenja (usp. BVerfGE 104, 92 [104]). Zaštićeno područje ovog osnovnog prava je pogođeno kada se zabrani ili rapusti neki skup, ili kada se državnim mjerama ograniči vrsta i način njegovog održavanja. Granice koje sadrže stavovi 2 članova 5 i 8 Ustava se odnose na konkretna zaštićena područja normi osnovnih prava. Sadržaj ispoljenog mišljenja, koje u okvirima čl. 5 Ustava ne smije biti ograničeno, zbog toga ne smije biti uzeto kao razlog koji opravdava mjere za ograničavanje osnovnog prava iz čl. 8 Ustava (usp. BVerfGE 90, 241 [246]).

b) Sadržajno ograničenje iznošenja mišljenja dolazi u obzir samo u okviru opštih zakona u smislu čl. 5 st. 2 Ustava, ako ono ne služi zaštiti omladine ili zaštiti prava ličnog ugleda. To su zakoni koji se ne odnose na slobodu mišljenja po sebi, ili koji nisu usmjereni protiv iznošenja konkretnog mišljenja, nego naprosto služe zaštiti jednog pravnog dobra, bez obzira na konkretno mišljenje (usp. BVerfGE 7, 198 [209]; 93, 266 [291]; 97, 125 [146]; stalna pravosudna praksa). Ovakvo pravno dobro mora biti zaštićeno općenito, a time i nezavisno od toga da li može biti povrijeđeno iznošenjem mišljenja ili na neki drugi način. Ako je potrebno protumačiti pravne norme, tumačenje ne smije voditi do gubljenja iz vida čl. 5 st. 1 Ustava.

c) Nadležna služba i Viši upravni sud su, isključivo na osnovu sadržaja očekivanih iskaza, donijeli odluke. Zakonodavac je u opštim zakonima, posebno u krivičnim zakonima (tako npr. u §§ 86, 86 a, 130 StGB) vezao ograničavanje sadržaja

iznešenog mišljenja za bliže činjenične pretpostavke; u tom smislu nije predviđeno pozivanje na osobine činjeničnog stanja javnog reda. Ovim se vodi računa o okolnosti, da su iznošenja mišljenja u pluralnoj demokratiji, kako je koncipira Ustav, načelno slobodna, osim ako bi zakonodavac u interesu zaštite pravnog dobra utvrdio ograničenja u skladu sa čl. 5 st. 2 Ustava. U odnosu na ovo je za pojam javnog reda karakteristično, da on upućuje na nepisana pravila čije pridržavanje se, prema socijalnom svjetonazoru koji preovladava i koji je istovremeno spojiv sa vrednosnim sadržajem Ustava, razumijeva kao neophodna zajednička pretpostavka uređenog života ljudi na određenom području (usp. BVerfGE 69, 315 [352]). Osnovno pravo na slobodu mišljenja je pravo kojim se također štite manjine; njegovo vršenje se ne smije, općenito i bez dodatka činjenične pretpostavke koja je u skladu sa osnovnim pravom, učiniti ovisnim o ispunjenju uslova da ispoljeni sadržaj mišljenja ne smije biti suprotan vladajućim socijalnim ili etičkim shvatanjima.

Zakonodavac je, odgovarajući na ovo, u svom pravnom ustrojstvu, posebno u krivičnim zakonima, slobodu iznošenja mišljenja ograničio samo ako se njome povređuju ostala pravna dobra – npr. ljudsko dostojanstvo ili opšte pravo ličnosti. Pod ovim pretpostavkama krivičnopravno ustrojstvo služi i za suzbijanje takvih povreda pravnih dobara koje mogu uslijediti antisemitskim ili rasističkim iskazima. Ako se odgovarajući krivični zakoni zloupotrebljavaju iznošenjem mišljenja, onda se ovdje radi o povredi javne sigurnosti; tako utemeljena opasnost može biti otklonjena radom javnih službi i to čak pod pretpostavkom djelovanja na skupove. Osnovno pravo na slobodu okupljanja štiti provođenje skupova, ali ne omogućuje takvu povredu pravnih dobara koja bi se mogla spriječiti izvan okupljanja. Ovlaštenje koje sadrži § 15 st. 1 VersG i koje se odnosi na poručje zaštite čl. 8 st. 1 Ustava ne smije, na drugoj strani dovesti do proširenog ograničavanja, koje postoji u pravnom uređenju, sadržaja iznošenja mišljenja.

d) Ustavnopravno je nesporno da § 15 VersG prema § 20 VersG, kada radi odbrane od opasnosti po javni red dopušta ograničavanje slobode okupljanja, pretpostavlja da ograničenje ne smije uslijediti zbog sadržaja iznešenog mišljenja, nego zbog načina na koji je okupljanje izvedeno. Tako su ograničenja slobode okupljanja ustavnopravno nesporna kada ona trebaju sprečiti agresivno i provokativno ponašanje okupljenih koje zastrašuje građane, kada okupljanje proizvodi klimu demonstracije sile i vodi potencijalnoj spremnosti na upotrebu sile. (...) Javni red može također biti povrijeđen kada desni ekstremisti organiziraju marš na praznik koji specijalno služi podsjećanju na zločine nacionalsocijalizma i na holokaust tako da moralna osjetljivost građana bude bitno ugrožena (...). Isto vrijedi za marš koji se svojim ukupnim izgledom identificira sa ritualima i simbolima nacionalsocijalističke vladavine i koji zastrašuje građane prizivanjem sablasti prošlosti totalitarnog i neljudskog režima (...). U takvim se slučajevima na osnovu načela srazmjernosti mora razjasniti, kakvim mjerama se opasnost može spriječiti. Ako one nisu dovoljne da se odbije opasnost, okupljanje može biti zabranjeno (usp. BVerfGE 69, 315 [353]).

2. a) Sloboda mišljenja se može ograničiti kolidirajućim osnovnim pravima kao i samim Ustavom (usp. BVerfGE 66, 116 [236]). Javni red kojeg su nadležna služba i Viši upravni sud uzeli kao mjerilo, ne predstavlja takvo ograničenje (...). Priznato je da ograničenja koja slijede nesporedno iz Ustava omogućuju ograničavanje slobode mišljenja; međutim, njihova konkretizacija podliježe pridržavanju zakona (usp. BVerfGE 83, 130 [142]; 108, 282 [297, 302, 311]). Za to su, prema tome, potrebni zakonski osnovi. Upravo to ovdje nedostaje za postavljanje immanentno ustavnih ograničenja iznošenju ekstremno desne ideologije, kako ih je pretpostavio Viši upravni sud, (usp. OVG NRW, NJW 2001, s. 2111 i dalje; NJW 2001, s. 2113 i dalje; NJW 2001, s. 2986 i dalje).

b) Ne mogu se skupovi ograničiti zbog veze u kojoj stoje sa sadržajem iznešenog mišljenja, tako što će se ukazati na činjenicu da se Ustav zbog iskustava sa nacionalsocijalizmom odlučio za odbrambenu demokratiju. Istina je da Ustav želi spriječiti nacionalsocijalističke težnje. Međutim on se istovremeno osigurava pravnodržavnim mehanizmima, čiji je nedostatak karakterizirao režim nacionalsocijalizma koji je poništio ljudskost. Prema tome, Ustav sadrži nalog da se osnove demokratskog ustrojstva slobode moraju braniti sredstvima pravne države.

Pravno uređenje o ovome vodi računa u krivičnim zakonima, posredstvom posebnih, zaštitinih normi. Ustav, osim toga, sadrži u čl. 9 st. 2, čl. 18 i čl. 21 st. 2 kao i u čl. 26 st. 1 posebne zaštitne mjere, koje pokazuju da se ustvanost njemačke države brani od napada na sopstveno pravno uređenje – čak i kada ono počiva na širenju nacionalsocijalističke misaone baštine – postupkom koji regulira pravna država. Iz navedenih normi Ustava se, međutim, ne mogu izvesti pravne posljedice koje nadilaze to što je izričito određeno (usp. BVerfGE 10, 118 [123]; 13, 46 [52]; 25, 44 [57 i dalje]; BVerfG, 1 Komora Prvog senata, Rješenje od 5. septembra 2003. – 1 BvQ 32/03 –, NVwZ 2004, s. 90 [91]). Zaštitni učinak ovih propisa se tako suprostavljaju pozivanju na nepisana ustavna ograničenja kao osnov koji opravdava ostale mjere za zaštitu demokratskog uređenja slobode. Shvatanje Višeg upravnog suda, da je Ustav postavio previsoke barijere za poduzimanje mjera odbrane od opasnosti pred desnim ekstremistima (usp. OVG NRW, NJW 2001, s. 2114), ne dopušta uspostavljanje ograničenja za ljudska prava sudskim presudama. Mogućnosti ograničavanja koja su predviđena Ustavom predstavljaju istovremeno izraz nužnosti konkretnog ograničenja, kako ga je priznao zakonodavac. (...)

## 72) BVerfGE 114, 339

(Stasi-Streit)

### Stasi-svađa

Isključeno je pravo da se zahtijeva odustajanje od višeznačnog mišljenja kojim je povrijeđeno lično pravo drugog – za razliku, na primjer, od osude

na kaznu za isplatu odštete ili na opoziv zbog iskaza koji se desio u prošlosti – ne samo zbog toga što ono dopušta varijantu tumačenja koje ne vodi ugrožavanju ličnosti.

**Rješenje Prvog senata od 25. oktobra 2005.  
- 1 BvR 1696/98 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba se tiče prava da se zahtijeva odustajanje od širenja omalovažavajućih tvrdnji o činjenicama.

(1) Savezni ustavni sud, pri provjeri krivičnih ili civilnoprvnih sankcija, zbog mišljenja koje je iznešeno u prošlosti, polazi od načela da je sloboda mišljenja povrijeđena kada sud povodom višeznačnih iskaza preuzme jedno značenje kao osnov presudi, iako prethodno nije jasnim obrazloženjem isključio ona tumačenja koja ne mogu biti sankcionirana (usp. BVerfGE 82, 43 [52]; 93, 266 [295 i dalje]; 94, 1 [9]). Dopuste li formulacije ili okolnosti iznošenja mišljenja tumačenje kojim se ne povređuje pravo ličnosti onda je krivična presuda, ili civilnoprvna presuda kojom se dosuđuje isplata odštete, opoziv ili namirenje, prema pravosudnoj praksi u suprotnosti sa čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava ( usp BVerfGE 43, 130 [136]; 93, 266 [296] – o krivičnim presudama; BVerfGE 85, 1 [18]; 86, 1 [11 i dalje] – o civilnoprvnim presudama). Ako bi onaj koji iznosi mišljenje morao strahovati da će biti sankcioniran zbog tumačenja koje nije u skladu sa opštim smislom, generalno bi nastupili negativni uticaji na vršenje osnovnog prava na slobodu mišljenja, što bi nadilazilo čin ugrožavanja slobode mišljenja. Državna sankcija bi, zbog učinka zastrašivanja, mogla u takvom slučaju na osjetljivom mjestu dotaći slobodan govor, slobodu informacija i slobodno obrazovanje mišljenja, a time i pogoditi slobodu mišljenja u njenoj biti (usp. BVerfGE 43, 139 [136]; 54, 129 [136]; 94, 1 [9]).

(2) Ne postoji ista potreba za zaštitom individualnog osnovnog prava i procesa koji obrazuju mišljenje u sudskim odluka koje se donose radi odustajanje od budućih izjava. Ovdje se mora, u okviru pravnog uvrštavanja slobode mišljenja i zaštite ličnosti, uzeti u obzir da onaj koji iznosi mišljenje ima mogućnost da se u budućnosti jednoznačno izražava i da se time istovremeno razjasni, koji će se sadržaji ispoljenog mišljenja podvrgnuti pravnoj provjeri u pogledu povrede prava ličnosti. Na ovom će se sadržaju koncentrirati kriterijumi provjere i omjeri odlučivanja koji su razvijeni u pravosudnoj praksi radi ocjene kada je uslijedila povreda ličnosti iznošenjem vrednosnih sudova ili tvrdnji o činjeničnom stanju. Ako se pri tom bude radilo o iskazima koji utvrđuju određene činjenice, odučiće se da li je istina uspješno dokazana. Kod vrednosnih sudova je mjerodavno da li se oni posmatraju kao poruga, formalna uvreda ili povreda ljudskog dostojanstva i da li se zbog toga od njih mora odustati,

a ako je odgovor negativan, da li odluka koja se donosi na putu odmjeravanja mora prethoditi zaštiti ličnosti (usp. BVerfGE 90, 241 [248 i dalje]; 93, 266 [293 i dalje]).

Ako onaj koji iznosi mišljenje nije spreman da iskazu da jednoznačan sadržaj, ne postoji ustavni razlog da se odustane od presude koja obavezuje na odustajanje samo zbog toga što iskaz dopušta više tumačenja koji nikako ne vode, ili vode samo neznatnoj povredi ličnosti. (...)

### **73) BVerfGE 103, 44** **(Gerichtsfernsehen)** **Sudska televizija**

1. Pravo na obznanjivanje izvora informacije ne slijedi, ni iz slobode na informiranje prema čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava, ni iz slobode radija prema čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava. O pristupu izvoru informacije kao i o modalitetu pristupa, odlučuje ko ima odgovarajuće pravo raspolaganja izvorom informacije. Zaštićeno područje slobode na informiranje može biti pogođeno zahvatanjem u osnovno pravo, tek kada se otvori opšti pristup informacijama.
2. Osnovno pravo iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava obuhvata jedno pravo na pristup informacijama koje je usmjereno protiv države, a za slučaj da neki izvor informacija iz područja državne odgovornosti mora po zakonu biti otvoren za javnost, ali država sprečava takav pristup.
3. Sudske rasprave su izvor informacija. O njihovoj otvorenosti za javnost odlučuje zakonodavac u okviru njegovog ovlaštenja da uobliči sudski postupak.
4. U skladu je sa Ustavom isključivanje tonskog i televizijskog snimanja sudskih rasprava koje je utvrđeno zakonom, prema § 169 rečenica 2 GVG.

**Presuda Prvog senata od 24. januara 2001.**  
**- BvR 2623/95, 1 BvR 622/99 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Postupci ustavnih tužbi se odnose na pitanje da li je dopušteno televizijsko snimanje sudskih odluka i njihovog objavljivanja.

**I.**

U području redovnih sudova se u § 169 rečenica 2 GVG (*Gerichtsverfassungsgesetz* - Zakon o ustrojstvu sudova) nalazi zakonski osnov za obznanjivanje sudskih odluka i za izvještavanje o njima putem medija. § 169 st. 2 glasi:

„Rasprava pred sudom, uključujući objavljivanje presuda i rješenja, je javna. Tonsko, televizijsko i radio snimanje, kao i tonsko, televizijsko i radio snimanje radi javnog izvođenja ili objavljivanja njihovog sadržaja su nedopušteni.“

Rečenica 2 je unešena Zakonom o izmjeni Uredbe o krivičnom postupku i izmjeni Zakona o ustrojstvu sudova od 12. decembra 1964. (BGBl I s. 1067, 1080). Provođenje zabrane koja je utemeljena u § 169 rečenica 2 GVG je nadležnost predsjedavajućeg vijeća. § 176 GVG ima slijedeći sadržaj:

„Za održavanje reda na sjednicama se stara predsjedavajući vijeća. (...)“

**II.**

Ustavne tužbe nisu osnovane. § 169 rečenica 2 GVG i § 55 VwGO sa upućivanjem na § 169 rečenica 2 GVG su u skladu sa slobodom na informiranje i slobodom radija iz čl. 5 st. 1 i 2 Ustava, u vezi sa principima pravne države i demokratije. (...)

1. Čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava štiti slobodu izvještavanja posredstvom radija. U slobodu radija spada, kao i kod slobode štampe iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava, zaštita izvještavanja, od pribavljanja informacije do širenja vijesti i mišljenja (usp. BVerfGE 10, 118 [121]; 91, 125 [134]; stalna pravosudna praksa). Tek principijelno nesmetan pristup informacijama dovodi medije u situaciju da obavljaju svoju funkciju u demokratiji koja je orijentirana na slobodu. U slobodu izvještavanja posredstvom radija, koja je obuhvaćena osnovnim pravom, se ubraja mogućnost da se jedan događaj akustički i optički prenese slušaocima ili gledaocima u punoj dužini ili u isječcima, istovremeno ili kasnije. U mogućnosti koje su specifične za medije spada korištenje aparata za snimanje i prenošenje (usp. BVerfGE 91, 125 [134]).

Ako mediji učestvuju u pristupu izvoru informacija koji je otvoren za sve učesnike, onda je takav pristup zaštićen slobodom na informiranje iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava, to znači da isto važi za medije kao i, općenito, za građane. Korištenje specifičnih aparata za snimanje i emitiranje, kako bi se informacije prenijele posredstvom radija, obuhvaćeno je specijalnom slobodom radija iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava. Ali, u područje njene zaštite isto tako ne ulazi, kao i u slobodu na informiranje, pravo na otvaranje nekog izvora informacija. Zbog toga sloboda radija ne dopire dalje od slobode na informiranje iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava, koja kao odbrambeno pravo od državnih ograničavanja osigurava samo pristup opštedostupnim izvorima informacija.

Tek po uspostavljanju opšteg pristupa informacijama, i samo u tom obimu, može biti pogodeno zaštićeno područje čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Državna ograničavanja ovog pristupa jesu napadi na osnovna prava. Izvor informacija je općenito otvoren, ako je podoban i određen da za javnost obezbijedi informacije, dakle, krugu osoba koji nije individualiziran (usp. BVerfGE 27, 71 [83 i dalje]; 90, 27 [32]; stalna pravosudna praksa). Svi nosioci informacija su podobni, među njima i događaji i pojave, da budu izvor informacija. Ovim je zaštićeno ne samo izvještavanje na osnovu izvora informacija nego i snimanje na jednom izvoru informacija. Osnovno pravo garantira, međutim, samo pravo na nesmetano informiranje iz jednog određenog izvora koji je pristupačan javnosti. Ako takva karakteristika nedostaje, pribavljanje informacija nije zaštićeno osnovnim pravom na slobodu informiranja (usp. BVerfGE 66, 116 [137]). Osnovno pravo obuhvata svakako protiv države usmjereno pravo na pristup informacijama u slučajevima u kojima je određeno da neki izvor informacija, iz područja državne odgovornosti, na osnovu zakona mora biti otvoren za javnosti, ali država sprečava takav pristup.

O pristupu informacijama i načinu dobijanja informacija odlučuje ko ima pravo da sa njima raspoláže na odgovarajući način. Vršenje ovog prava ne predstavlja ograničenje za treće u smislu čl. 5 st. 2 Ustava. Pravo raspolaganja se orijentira prema opštim propisima, za privatne osobe posebno prema propisima građanskog prava, za državu prevashodno prema propisima javnog prava. Ovlaštena osoba može svoje pravo raspolaganja vršiti na različite načine i utvrđivati modalitete pristupa informacijama, npr. određivanjem plaćanja ulaznica ili odobravanjem snimaka na nekom koncertu. Ako je i država ovlaštena da raspoláže pravom odobravanja pristupa informacijama, ona u okviru svojih zadataka i ovlaštenja može određivati obim pristupa.

Utvrđi li zakonodavac vrstu pristupa državnim radnjama, a time ujedno i mjeru otvorenosti ovih izvora informacije, onda se u istom obimu otvara zaštićeno područje slobode na informiranje. Ako mediji, na pravno korektan način, u svrhu izvještavanja imaju pristup, ali pod pretpostavkom isključenja snimanja i prenošenja tona, televizijskog ili radio snimka, onda u takvom ograničenju nema zadiranja u osnovno pravo.

Bude li izvor informacija otvoren u ograničenom obimu – npr. specijalno za radijski pristup – onda ustavnost norme koja ograničava opšti pristup informaciji zavisi od toga da li je takvo ograničenje pokriveno pravom koje određuje pristup, tako da se ograničavanje ne mora dodatno mjeriti prema čl. 5 st. 2 Ustava. Uslijedi li, međutim, iz ustavnog prava da je pristup, kao takav, morao biti šire ili neograničeno otvoren, nosilac osnovnog prava na slobodu informiranja može kao nosilac osnovnog prava slobode radija utužiti isključivanje specifičnih radio snimaka i prenosnih tehnika.

2. Rasprave pred sudom, uključiv i objavljivanje presude, su izvor informacija. Njihovu otvorenost za javnost određuje zakonodavac u okviru svoga ovlaštenja da oformi sudski postupak, pazeći na ustavnopravne pretpostavke, a posebno na

principe pravne države i demokratije i na zaštitu ličnosti. § 169 GVG normira načelo otvorenosti sudstva, koje je mjerodavno za redovne sudove. (...)

Prema ovome su sudske rasprave, ako nije predviđen izuzetak, otvorene za svakog. Pristup imaju i predstavnici medija. Oni smiju gledati i slušati i imaju pravo da pribavljene informacije šire putem štampe, radija ili drugih elektronskih medija. Otvorenost suda za javnosti je predviđena zakonom, ali samo kao otvorenost sudnica (*Saalöffentlichkeit*). Zabrana koju sadrži § 169 rečenica 2 GVG, da se tonski, televizijski i radijski snima, kao i da se pripremaju tonski, televizijski i radijski snimci radi objavljivanja njihovog sadržaja, isključuje posredno medije koji se služe ovim tehnikama snimanja i informiranja. Savezni zakonodavac je, prema tome, iskoristio sopstveno pravo raspolaganja informacijama na taj način što je opšti pristup otvorio samo za one koji sudski postupak prate u odgovarajućim prostorijama. § 169 rečenica 2 GVG predviđa u tom smislu od početka samo jedno ograničenje otvaranja izvora informacija. Ne radi se o zakonu koji uspostavlja ograničenja u smislu čl. 5 st. 2 Ustava.

b) Zakonodavac nije bio obavezan snagom Ustava da donese propis koji dopušta izuzetke.

aa) Načelo javnosti usmenih rasprava, koje sadrži pravo sudskog ustrojstva, je dio principa pravne države. I on odgovara opštem principu otvorenosti demokratije (usp. BVerfGE 70, 324 [358]). Ustavno načelo otvorenosti ne važi, međutim, bezuslovno (usp. BVerfGE 4, 74 [94]); javnost može u cjelini ili djelimično biti isključena iz razloga opšteg dobra tamo gdje to Ustav načelno zahtijeva (usp. BVerfGE 70, 324 [358]). Načelo javnosti ne govori, međutim, još uvijek ništa o modalitetima unutar kojih može biti odobren pristup javnosti.

U Njemačkoj načelo javnosti usmenih rasprava pred sudom se oslanja na dugu tradiciju koja svoje korijene ima u prosvjetiteljstvu. (...)

Javnost sudskog postupka treba, jednom, u formi garancije postupka biti u službi zaštite stranaka u raspravi, posebno optuženog u krivičnom postupku, u odnosu na tajno suđenje koje bi bilo skriveno od javnosti. Drugi put, polazilo se od toga „da je narod pozvan da se po sopstvenom pravu pojavi pred sudom“ (usp. von Feuerbach, na nav. mj, s. 180). Prihvata se, dakle, kao pravna pozicija naroda, uzmanje na znanje događaja iz toka sudske rasprave i da se u formi uvida javnosti, državna vlast koja djeluje kroz sudove podvrgne kontroli. Oba gledišta su u okviru Ustava obuhvaćena načelom pravne države i bitna su za demokratiju. (...)

bb) Ustavna načela pravne države i demokratije moraju biti pobliže određeni zakonom. To važi također i za određivanje pretpostavki i modaliteta sudske javnosti. Zakonodavac mora kod uobličavanja sudske javnosti uzeti u obzir njenu funkciju kao i različite interese. Proces se odvija u javnosti, ali ne za javnost. Javnost usmene



rasprave doprinosi garanciji pravednog postupka. Informacija o događajima je pretpostavka kontrole koja slijedi zbog navedenih cijeva.

U svakom slučaju, neograničenom pristupu javnosti jednoj raspravi pred sudom su suprostavljeni važni interesi. U interese koji se suprotstavljaju ovom pristupu se ubrajaju lična prava stranaka u postupku (čl. 1 st. 1 u vezi sa čl. 2 st. 1 Ustava), pravo stranaka na fer postupak (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava; o tome usp. BVerfGE 57, 250 [274 i dalje]; 89, 120 [129]) kao i funkcija pravosuđa, posebno nesmetano iznalaženje istine i prava (o tome usp. BVerfGE 33, 367 [382 i dalje]; 77, 65 [76]). (...)

Zakonodavac nije bio obavezan snagom Ustava, ali je imao pravo da ograniči prisustvo javnosti u prostorijama u kojima se vodi pretres. Javnost koja je na ovaj način ograničena zadovoljava pravnodržavne potrebe za javnom kontrolom sudskog postupka kao i načelo pristupa informacijama koje je ukotvljeno u načelu demokratije i od značaja je za obrazovanje osobnog i javnog mišljenja. Pravnodržavna komponenta javnog suđenja ima za cilj da se zajamči pridržavanje formalnog i materijalnog prava i da se zbog toga omogući uvid u način funkcioniranja pravnog uređenja. Posebno treba utjecati na to da stranke ne zaobiđu procesne garancije pod utjecajem osjećaja da su „među svojima” ili da stvarno i pravno pređu preko bitnih gledišta radi ubrzanja postupka. One zahtjev nepristrasnosti moraju zadovoljiti u prisustvu neutralnih. Samo prisutni – možda i najbolje – mogu ocijeniti da li je držanje stranaka u postupku primjereno, posebno, da li izbor riječi ili snaga glasa, strpljenje ili napetost, uviđavnost ili formalna strogost sudije odgovara postupku.

Načelo pristupa informacijama radi obrazovanja javnog mišljenja, koje je ukorijenjeno u principu demokratije, ne zahtijeva ništa drugo do otvorenost sudnica. Za medije je pristup sudskim salama otvoren. Novinari radijskih kuća mogu prisustvovati sudskim raspravama i sa njih izvještavati. Zakon time na zadovoljavajući način vodi računa o okolnosti da informacija danas prevashodno putem medija dopijevaju u javnost. Mediji i onako izvještavaju o događajima za koje postoji odgovarajući interes publike. Tu u pravilu ne spadaju sudske rasprave. Čak i u procesima sa značajnom javnom rezonancijom – kako to pokazuju inozemna iskustva sa javnošću koju okupljaju mediji – postoji u pravilu vrlo ograničen interes medija za prenošenjem cjelokupnog postupka ili njegovog većeg dijela. Odvijanje sudskih postupaka je formalno. Temeljnost i ponavljanja kao i odmjeravanje i svekolike rekonstrukcije realiteta nisu prilagođene posebnim zahtjevima medijske dramaturgije. Najčešće je interes medija koncentriran na kratke izvještaje koji se koncipiraju tako da pobude pažnju javnosti.

dd) Zabranom svake upotrebe tehnike za snimanje i prenošenje, kako je to specifično za medij radija, paragrafom 169 rečenica 2 GVG je radiju zabranjeno jedino da proizvodi originalne tonove i slike, da ih upotrebljava i obrađuje. Njemu je posebno zabranjeno da vizualizira vijesti upotrebom pokretnih slika sa pretresa. To u prvoj liniji pogađa televiziju. Samo su dopušteni crteži i fotografije („fotografiranje statičnih slika”) prema shvatanju stručnih sudova i literature, ako i oni nisu isključeni mjerama policije. (...)

ee) Ograničavanje javnosti u sudovima zakonskim zabranama tonskih i televizijskih snimaka u sudskim raspravama vodi računa o interesima zaštite ličnosti (1) kao i potrebama fer postupka i iznalaženju istine i prava (2).

(1) U sudskom postupku zaštita ličnosti ima značaj koji prelazi onu potrebu za zaštitom koja je priznata u pravnom uređenju. To ne važi samo, ali važi posebno za zaštitu optuženog i svjedoka u krivičnom postupku, kada se oni moraju izložiti, najčešće stresnim situacijama pretresa, a time i javnosti. Informacije se dobijaju uz pomoć državnih sudova, a time i pod prinudom. Budu li fiksirane u ton i sliku, i time odvojene od površne spoznaje pristnih u sudnici, i budu li informacije u cjelini ili djelimično stavljene u kontekst neke televizijske emisije, biće pojačan napad na pravo ličnosti. Vrlo loše posljedice može imati odvajanje snimaka od postupka i njihovo emitiranje, otprilike na osnovu izlaganja na stub srama kao efekta koji ima javno predstavljanje sudskog postupka, ili zbog dugotrajnog sjećanja većeg dijela javnosti na postupke koji na primjer kasnije mogu otežati resocijalizaciju (usp. BVerfGE 35, 202 [219 i dalje, 226 i dalje]).

Također postoji visok rizik da će doći do promjene sadržaja iskaza ako bi snimci bili rezani u montaži ili bi na bilo koji drugi način bili obrađivani, ako bi bili prikazivani sa drugim ili čak ponovo upotrijebljeni u drugim sadržajnim kontekstima. U odbrani pred takvim opasnostima generalno isključenje snimanja i emitovanja snimaka služi pravu na informaciono samoodređenje (o njemu usporedi BVerfGE 65, 1).

(2) Tonsko i vizuelno snimanje bi istovremeno moralo biti isključeno u interesu fer postupka i osiguranja nesmetanog iznalaženja istine i prava. Medijska javnost je nešto sasvim drugo u odnosu na javnost u sudnici. Ljudi mijenjaju svoje ponašanje u prisustvu medija. Pojedinci dobijaju krila pod medijskim utjecajem, drugi su smušeni. Fer postupak je u opasnosti, posebno kada optuženi ili svjedok zaziru od prisustva medija i ne iznose stvari koje su važne za iznalaženje istine, npr. intimne, neprijatne ili čak nečasne okolnosti. Proces iznalaženja istine može, također, biti sprečavan ako osobe koje učestvuju u postupku pokušavaju da svoje ponašanje usmjere prema očekivanjima medija.

Također se može utjecati na vanjski tok postupka prisustvom i radom članova jednog snimateljskog tima, naročito postavljanjem i opsluživanjem aparata za snimanje. Negativan utjecaj na tok i rezultat postupka može se smanjiti podesnim mjerama, npr. dopuštanjem prisustva samo jednom snimateljskom timu u toku jednog tzv. pool-rješenja, ograničavanjem personala jednog televizijskog tima, određivanjem pozicioniranja kamere kao i zabranom snimanja iz blizine ili svakog snimanja optuženog ili svjedoka; sigurno je međutim da ovim neće biti otklonjene smetnje.

(...)

Prisustvo medija nije neohodno, čak ni uz saglasnost učesnika. Ako je ono dato, mora biti odlučeno da li su interesi pravosuđa suprotstavljeni tonskom, radio ili tv snimanju.

Zakonodavac smije polaziti od toga da će u pravilu prevagnuti takva vrsta interesa.

(...)

## **74) BVerfGE 119, 309** (Aufnahmen im Gerichtssaal) **Snimanje u sudnici**

**Rješenje Prvog senata od 19. decembra 2007.**  
**- 1 BvR 620/07 -**

OBRAZLOŽENJE:

### **A.**

Predmet ustavne tužba je pitanje da li je dopušteno televizijsko snimanje u sudnici izvan glavne rasprave u krivičnom postupku.

### **I.**

1. Apelant je državna radio stanica. Ona namjerava izvještavati o glavnoj raspravi koja treba započeti 19. marta 2007. pred 8. Velikim krivičnim vijećem Zemaljskog suda Münster.

Optužnica tereti 18 oficira i podoficira savezne vojske (Bundeswehr) da su 2004. godine tjelesno zlostavljali regrute i da su ih ponižavali. (...)

2. Dana 21. februara 2007. je predsjedavajući 8. Velikog krivičnog vijeća Zemaljskog suda Münster, prema § 176 GVG, radi održavanja reda u predstojećoj glavnoj raspravi, odredio slijedeće ograničenje u pogledu izvještavanja:

„Tonsko, fotografsko i filmsko snimanje u sudnici i u zatvorenom foajeu pred sudnicom je dopušteno 15 minuta prije početka rasprave i 10 minuta po njenom završetku. Izvan ovoga nisu dopuštena tonska, fotografska i filmska snimanja u sudnici i u zatvorenom foajeu pred sudnicom.“

Donošenje rješenja je, nakon uzimanja u obzir zaštićene slobode štampe i radija iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava i § 176 GVG, bilo potrebno kako bi se obezbijedilo uredno odvijanje postupka. (...)

### **II.**

Apelant utužuje povredu njegovog osnovnog prava iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 i čl. 19 st. 4 Ustava rješenjem od 21. februara 2007.

(...)

**B.****II.**

Apelantova ustavna tužba je osnovana. Rješenje predsjedavajućeg 8. Velikog vijeća Zemaljskog suda Münster (...) je u suprotnosti sa osnovnim pravom iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava koje apelantu jamči slobodu izvještavanja posredstvom radija.

1. Sloboda radio i tv izvještavanja (čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava) štiti pribavljanje informacija i koncipiranje programskih sadržaja sve do njihovog emitiranja (usp. BVerfGE 91, 125 [134 i dalje], stalna sudska praksa). Ako mediji učestvuju u pristupu izvoru informacija koji je dostupan svakom, zaštićen je pristup za medije, isto kao i za građane, slobodi na informiranje iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Korištenje sredstava snimanja koja su specifična za radio, posebno tonskih snimaka i pokreta, obuhvaćeno je specifičnijom slobodom radija iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava (usp. BVerfGE 103, 44 [59]). U njegovo zaštićeno područje ulazi pravo da se koriste sredstva predstavljanja koja su specifična za radio-tv izvještavanje, između ostalog ton i slika, uz čiju pomoć može biti prenešen utisak autentičnosti i neposredan doživljaj (usp. BVerfGE 103, 44 [67]). To važi i za izvještavanja povodom javne sudske rasprave.

2. U zaštićeno područje slobode radija ne dolazi pravo na otvaranje nekog izvora informacija, jednako kao što ono ne ulazi u slobodu informiranja. Pravo na pristup, koje je usmjereno protiv države, postoji, međutim, u slučajevima u kojima je izvor informiranja koji leži u državnom području odgovornosti, pravnom odredbom otvoren za javnost, ali država ga ne čini dostupnim na zadovoljavajući način (usp. BVerfGE 103, 44 [59]). Ovo postoji kod sprečavanja da se pripreme tonki i video snimci u vezi sa nekom sudskom raspravom, ako javni interes za njihovim prenošenjem preteže nad njemu suprotstavljenim interesima.

a) Ako iz Ustavnog prava slijedi dali se općenito ili u konkretnom slučaju pristup na neku sjednicu ili raspravu suda kao takvog, ili u pogledu modaliteta snimanja informacija, morao odobriti, to nosilac osnovnog prava na slobodu informiranja može zahtijevati realizaciju ovog prava u pogledu isključenja tehnike snimanja i prenošenja koje je specifično za radio i televiziju (usp. BVerfGE 103, 44 [61]).

Načelno je u skladu sa objektivnopravnim nalogom, koji proizilazi iz principa pravne države i demokratije, da se osiguraju mogućnosti posmatranja i, u datom slučaju, kontrole sudskog postupka posredstvom javnosti, da se medijima dopusti izvještavanje i da se televiziji omogući audiovizuelno snimanje, ako to ne bi bilo isključeno nekim posebnim propisom ili interesima koji se tome suprotstavljaju u konkretnom slučaju. U datim okolnostima obrazovanja javnog mnijenja otvaranjem sudnica, kako je predviđena u § 169 st. 1 GVG ne omogućuje da se javni interesi, u pogledu medijskog izvještavanja, svaki put sami po sebi osiguraju u zadovoljavajućem obimu.

Javna kontrola sudskih rasprava se načelno podstiče prisustvom medija i izvještavanjem (...). Zadovoljavanje informativnih potreba javnosti u pogledu sudskih postupaka ne

služi samo opštem individualnom i javnom mnijenju, nego je i u interesu sudstva da oni budu javno verificirani u pogledu njihovih postupaka i odluka, i to posebno u pogledu provođenja usmene rasprave. Objavljivanje audiovizuelnih predstava doprinosi vrsti i intenzitetu javne verifikacije. Sama usmena rasprava je prema § 169 st. 2 GVG na ustavan način zatvorena za tonsko i vizuelno snimanje (usp. BVerfGE 103, 44 [66 i dalje]); javna kontrola se provodi otvorenošću sudnica i izvještavanjem o postupku. (...)

Stručni sudovi, u skladu sa ovim, polaze od načelnog otvaranja za medije u vremenskom periodu pred i nakon usmene rasprave, što uključuje mogućnost anagažmana tehnika koje su specifične za radijska i tv snimanja (usp. – za krivični postupak – BGHSt 23, 123). Korištenje ovih tehnika pada u zaštićeno područje slobode radija (usp. BVerfGE 103, 44, [62]).

(...)

(1) Svaki put je, prilikom određivanja koliko je značajan interes javnosti da bude informirana, bitan predmet sudskog postupka. Kod krivičnih postupaka se posebno uzima težina krivičnog djela za koje se sudi, ali i javna pažnja koja se poklanja na osnovu posebnih okolnosti okvirnih uslova, osoba koje učestvuju, straha od ponavljanja takvih krivičnih djela ili zbog suosjećanja sa žrtvama i njihovom rodbinom. Interes javnosti u pogledu informacija u pravilu nije usmjeren samo na optuženog i na djela koja mu se stavljaju na teret nego i na osobe koje u ime naroda, kao članovi sudskog vijeća ili kao predstavnici javnog tužilaštva, sudjeluju u iznalaženju pravde. Advokat koji je pozvan da učestvuje u postupku kao organ pravosuđa ili neka druga osoba koja učestvuje u postupku, npr. neki svjedok, također može biti predmet takvih interesa.

(2) Kod diskrecionog odlučivanja i odmjeravanja koje mu prethodi moraju se uzeti u obzir zaštićeni interesi koji se suprostavljaju snimanju i prenošenju tonskih i video snimaka. Ovdje prije svega ulazi zaštita opšteg prava ličnosti učesnika, poimenice, optuženog i svjedoka, ali i pravo učesnika na fer postupak (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20, st. 3 Ustava) kao i funkcionalnost pravosuđa, posebno nesmetano ustanovljavanje istine i prava (usp. BVerfGE 103, 44 [64]). Pri tom posebnu težinu zadobijaju suprotni interesi, ako oni prethode pretpostavkama koje je zakonodavac tipski utvrdio zbog isključivanja otvorenosti sudnica, s obzirom na pretpostavke koje se tiču samih osoba (...).

(a) U zaštićene interese spadaju lična prava učesnika (usp. BVerfGE 103, 44 [68]).

(aa) Pravo medija da dobiju i da objave vizuelne snimke osoba koje su prisutne na raspravi se mjeri prema pravu na vlastitu sliku, kao konkretizaciju prava ličnosti, koje ostavlja pojedincima mogućnost utjecaja i odlučivanja, ne samo o korištenju,

nego i o pripremanju fotografija i snimanju njihove ličnosti (usp. BVerfGE 101, 361 [381]).

(...) Sudske rasprave za koje postoji poseban interes javnosti su događaji iz područja saveremene historije; zaštita prava ličnosti učesnika u ovim događajima ne zahtijeva potupnu zabranu filmovanja (usp. BVerfGE 87, 334 [340]; 91, 125 [137 i dalje]).

Prilikom određivanja dometa prava na vlastitu sliku mora se uzeti u obzir da se najmanje polovica učesnika u postupku nalazi u situaciji koja ih opterećuje i koja nije svakodnevna. Oni su višestruko obavezani na prisustvo – npr. svjedoci i optuženi u krivičnom postupku. Posebno se mora uvažavati učinak pribijanja na stub srama optuženih ili ugrožavanje prava na poštovanje pretpostavke nevinosti i interesa za kasnijom resocijalizacijom, što može biti pod utjecajem identificirajućeg izvještavanja putem medija (usp. BVerfGE 35, 202 [226 i dalje]; 103, 44 [68]). Pri tom se moraju uvažiti mogući efekti u pogledu sugestivne snage televizije koji vode do medijskog donošenja prethodne presude. S obzirom na svjedoke se mora uzeti u obzir situacija u kojoj su oni posebno opterećeni, npr. kada su žrtve djela o kojem se sudski raspravlja.

Osobe koje, kao organi pravosuđa, na osnovu javne službe ili na osnovu druge pozicije stoje pred javnošću, nemaju na isti način pravo na zaštitu njihovih ličnih prava kao osoba koja je pogođena postupkom (usp. BVerfGE 103, 44 [69]) ili kao prisutni gledaoci. Ali i sudije, državni tužilac, advokati ili sudski namještenici koji učestvuju u postupku imaju pravo na zaštitu koja može prevazići interese na objavljivanje, tako npr. kada objavljivanje slika može prouzrokovati značajno opterećenje ili ugrožavanje njihove sigurnosti eventualnim napadima trećih (...). Pri tom može biti od značaja i učinak na neki drugi postupak iz kojeg će uslijediti takve okolnosti.

(bb) I pravo na sopstvenu riječ, kao konkretizacija prava ličnosti, nudi ustavnopravnu zaštitu pred tonskim snimanjem izjava prisutnih (usp. BVerfGE 34, 238 [246 i dalje]; 54, 148 [154]; 106, 28 [38]). (...)

b) Pravo na fer postupak učesnika (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava) kao i funkcionalnost pravosuđa, posebno, nesmetano iznalaženje istine i prava su u manjoj mjeri pogođeni izvan usmene rasprave, nego što je to slučaj sa snimanjem koje se zbog ovoga ne dopušta u samom pretresu. Svakako da se negativan uticaj ne može isključiti. Snima li se događaj tonski i vizuelno na ivici samog pretresa, to spoznaja o mogućem emitovanju takvih snimaka može na pojedine učesnike postupka utjecati toliko da će se to negativno odraziti na tok rasprave i na potrebu da se ustanove istina i pravo. Jedan od najvažnijih ciljeva glavne rasprave, da se dobiju istiniti i potpuni, forenzički upotrebljivi podaci svih osoba koje svjedoče, pretpostavlja postojanje okvirnih uslova koji pomažu da se umanje sputanost i uzrujanost – posebno u ophođenju neiskusnih osoba sa medijima. Odogovarajuća bojazan može

u pojedinačnom slučaju isključivati korištenje tehnika snimanja i emitiranja koje su specifične za radio i televiziju ili mogu opravdati ograničavanje njihove upotrebe.

Isto tako, snimanje događaja na ivici rasprave može ometati optuženog u njegovom pravu na nesmetanu komunikaciju sa vlastitim braniocem, kako je to zajamčeno u § 148 st. 1 StPO, i time tangirati pravo na fer postupak (usp. BVerfGE 49, 24 [55]).  
(...)

3. (...) Zabrana tonskih i televizijskih snimaka nije potrebna ako se zaštititi kolidirajućih interesa može izići u susret upravo ograničavajućom uredbom, posebno anonimiziranjem posredstvom podobnih tehničkih sredstava slika osoba koje imaju pravo na posebnu zaštitu. (...) U određivanju takvog anonimiziranja svakako se nalazi važno ograničenje mogućnosti informiranja javnosti, koje podrazumijeva opravdanje na osnovu konkretnog slučaja.

Ako postoji opasnost da bi snimci na pogođenog mogli djelovati tako što će ga posebno povrijediti, npr. u situaciji koja je za njega nepodnošljiva i posebno neprijatna, ako način ili trajanje snimanja ugrožavaju odvijanje postupka ili ako učesnici postupka na ivici rasprave žele obaviti povjerljiv razgovor sa njihovim pravnim zastupnikom, dolaze u obzir uputstva, posebno o mjestu, vremenu, trajanju i vrsti snimanja. Ona mogu učiniti izlišnim dalja ograničenja kao što je potpuna zabrana snimanja (usp. BVerfGE 91, 125 [138 i dalje]). Pravo je predsjedavajućeg da utječe na prikladno usklađivanje interesa za informiranjem sa kolidirajućim potrebama, posredstvom određivanja da je dopušteno snimanje publike ili sudskog tijela samo u cjelini. (...) Osim toga, predsjedavajući ima mogućnost da kod većeg broja učesnika postupka koji se nalaze u različitim interesnim pozicijama, s obzirom na tonsko i televizijsko izvještavanje, donese generalni propis, ako bi diferencirano uređivanje koje se orijentira prema pojedinačnim učesnicima bilo konfrontirano sa značajnim praktičnim poteškoćama.

(...)

c) Kako su tonski i vizuelni snimci neposredno pred ili nakon neke rasprave ili u pauzama suđenja obuhvaćeni slobodom radija, takvo snimanje pretpostavlja odredbe koje u interesu djelotvornosti materijalne zaštite osnovnog prava, isključuju ili ograničavaju da će predsjedavajući obznaniti razloge za sopstvenu odluku i da će time omogućiti pogođenom da shvati da su sve relevantne okolnosti uzete u obzir prilikom donošenja ovakve odluke.

(...)

e) Ako su u konkretnom slučaju postojali razlozi zbog kojih bi televizijskim snimanjima bili ugroženi lično pravo ili sposobnost da se nepristrasno djeluje u postupku, moralo se prije zabrane snimanja razjasniti da li bi zapriječeno ugrožavanje moglo biti otklonjeno uslovom da se npr. anonimiziraju slike pogođenih osoba ili da se ograniči snimanje u sudu na zbirnu sliku uz zabranu krupnih kadrova pojedinih lica.

Apelant je ponudio oboje alternative radi odvrtačanja od vremenskog ograničavanja izvještavanja.

### III.

Predsjedavajući suda je nakon ulaganja ustavne tužbe iskoristio mogućnost koju mu otvara obično pravo da u svako vrijeme promjeni odluku i još je kao ograničenja za izvještavanje odredio anonimiziranje slika optuženih i obrazovanje novinarskog poola. Izmijenjenu odluka rješenja apelant nije učinio predmetom njegove ustavne tužbe. Odluka se zbog toga ograničava na utvrđivanje da je rješenje u osporavanoj izvornoj verziji bilo neustavno.

## 75) BVerfGE 102, 347 (Benetton Schockwerbung) Benetton šok-reklame

1. Sloboda štampe koja štiti izdavača časopisa može biti povrijeđena ako mu bude zabranjeno objavljivanje reklamnih oglasa, za koje on uživa zaštitu slobode mišljenja.
2. O ustavnopravnom vrednovanju image-reklama sa temama koje sadrže kritiku društva (Benetton-reklama).

**Presuda Prvog senata od 12. decembra 2000.  
- 1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95 -**

OBRAZLOŽENJE:

### A.

Apelant, novinski poduzetnik, ustavnom tužbom osporava dvije presude Saveznog suda kojima mu je, zbog kršenja dobrih običaja, zabranjeno objavljivanje reklamnih oglasa za firmu Benetton (§ 1 [*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*] Zakona o neloyalnoj konkurenciji; u nastavku: UWG).

### I.

U ilustriranom časopisu „Stern“, kojeg izdaje apelant, objavljena su tri oglasa firme Benetton, koja širom svijeta prodaje tekstilne proizvode. Jedan oglas pokazuje patku koja je zmrmljanja naftom i pliva po naftnoj mrlji. Na drugom su prikazana djeca različitog uzrasta iz trećeg svijeta koja teško rade. Treći se sastoji od fotografije gole muške stražnjice na kojoj je naštampano „H.I.V. POZITIVAN“. Na rubu fotografija se nalazi napis po zelenoj pozadini: „United Colors of Benetton“. Prva dva oglasa su predmet Ustavne tužbe 1 BvR 1787/95, ustavna tužba 1 BvR 1762/95 se odnosi na treći oglas.



Centrala za sprečavanje neloyalne konkurencije (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*) je zahtijevala od tužioca da odustane od objavljivanja ovih oglasa i nakon što je zahtjev odbijen, podnijela je sudske tužbe. Zemałjski sud je presudio u korist tužioca. Zahtjevi za revizijom su kod Saveznog suda ostali bez uspjeha. Sama firma Benetton se protiv odgovarajućih zabrana, također, bezuspješno branila pred civilnim sudovima (usp. BGHL 130, 196), međutim, nije uložila ustavnu tužbu. (...)

## B.

Ustavne tužbe su osnovane. Objke presude saveznog suda, koje je osporavao podonosilac tužbe, su u suprotnosti sa čl. 5 st. 1 rečenica 2 prva alternativa Ustava i sa tamo garantiranom slobodom štampe.

## I.

1. Zaštićeno područje slobode štampe obuhvata imenovani sadržaj nekog medijskog tijela, između ostalog, i reklamne oglase (usp. BVerfGE 21, 271 [278 i dalje]; 64, 108 [114]). Sloboda štampe podrazumijeva zaštitu iznešenog mišljenja trećih, budući da ova, kada su objavljena u štampi, uživaju zaštitu čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava: ne smije nekom prenosniku štampane poruke biti zabranjeno objavljivanje tuđeg mišljenja, ako se samom nosiocu mišljenja mora dopustiti njegovo iznošenje i širenje. U tom obimu se štamparski poduzetnik pred sudom može pozvati na povredu slobode mišljenja trećih. To vrijedi i za civilnopravni spor u kojem se po osnovu prava konkurencije raspravlja o pravu na odustajanje.

Zaštita iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava se proteže – ovdje udomljena u slobodu štampe – i na komercijalno iznošenje mišljenja kao i na čisto privrednu reklamu čiji sadržaj podstiče obrazovanje mišljenja i vrednovanje (usp. BVerfGE 71, 162 [175]). Kada ispoljeno mišljenje – neki pogled, vrednosni stav ili određeni svjetonazor – dođu do izražaja u slici, ona je zaštićena članom 5 st. 1 rečenica 1 Ustava (usp. BVerfGE 30, 336 [353]; 71, 162 [175]). Sve tri sporne reklamne fotografije odgovaraju ovim pretpostavkama. One podsjećaju na stanje opštih neprilika (zagađenje prirodne okoline, rad djece, diskriminacija osoba koje su inficirane H.I.V.-om) i sadrže istovremeno i (negativne) vrednosne sudove o društvenim i političko relevantnim pitanjima. To su slike koje imaju poruku sa sadržajem koji utječe na obrazovanja mišljenja. Od toga polaze i osporavane presude, jer se u njima navodi da oglasi obznanjuju svjetsku bijedu. Zaštitu čl. 5 st 1 rečenica 1 Ustava u posebnoj mjeri uživaju iznošenja mišljenja koja imaju za cilj usmjeravanje pažnje građana na opšte neprilike (usp. BVerfGE 28, 19 [202]).

Ovdje ništa ne mijenja činjenica da je firma Benetton istakla spomenute teme u okviru čiste image-reklame, da je odustala od svakog komentara i da se identificirala samo posredstvom logo-znaka firme. Na osnovu ovoga zaista može nastati utisak da se kod preduzeća koja vodi reklamnu kampanju ne radi o doprinosu obrazovanju

mišljenja, nego samo o pokušaju da se dospije u centar rasprave. Takvo tumačenje, kojim se subjektivni odnos onog koji iznosi mišljenje o sadržaju iskaza dovodi u pitanje, nije ipak jedino moguće, čak ni približno. U javnom opažanju su se poruke koje su dolazile iz oglasa, sve u svemu, razumijevale kao poruke firme Benetton, a i sudovi u tom smislu nisu imali nikakvih prigovora. (...)

2. Oспораваним presudama je potvrđena zabrana da se u ilustriranom magazinu „Stern“ ponovo objave sporni oglasi firme Benetton, čime je ograničena sloboda štampe podnosioca ustavne tužbe. (...)

3. Ova zabrana nije opravdana ustavnopravnim odredbama.

a) § 1 UWG, na osnovu kojeg je Savezni sud izrekao zabranu objavljivanja, je opšti zakon u smislu čl. 5 st. 2 Ustava (usp. BVerfGE 62, 230 [245]; 85, 248 [263]). On služi zaštiti konkurenata, potrošača i ostalih učesnika tržišta kao i zajednice. Sloboda privređivanja ne smije voditi do toga da pojedinac nedozvoljenom praksom pribavlja prednost u privrednoj konkurenciji. Ovakvi ciljevi su u skladu sa vrednosnim ustrojstvom njemačkog Ustava (usp. BVerfGE 32, 311 [316]).

b) Ne može se prihvatiti zahtjev podnosioca Ustavne tužbe koji se odnosi na tvrdnju da § 1 UWG nije dovoljno jasan i da nije otvoren za slučajeve slične ovom. (...)

d) Apelant međutim s uspjehom utužuje ocjenu da je Savezni sud pri sopstvenom vrednovanju oglasa, s obzirom na pravo konkurencije, pogriješio u procjeni značaja i dometa slobode mišljenja.

aa) Ako civilnopravna presuda dodiruje slobodu mišljenja, čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava zahtijeva da sudovi vode računa o značaju ovog osnovnog prava pri tumačenju i primjeni privatnog prava (usp. BVerfGE 7, 198 [206 i dalje]; 86, 122 [128 i dalje]; stalna sudska praksa). Oспораване presude počivaju na § 1 UWG, na jednom propisu građanskog prava. Njegovo tumačenje i primjena na konkretan slučaj je nadležnost civilnih sudova. Savezni ustavni sud se može uključiti samo kada se uoče greške koje počivaju na netačnom shvatanju značaja jednog osnovnog prava, posebno obima područja koje ono štiti, i ako je ono od posebnog materijalnog značaja za konkretan pravni spor (usp. BVerfGE 18, 85 [92 i dalje]; stalna sudska praksa). To je ovdje slučaj.

bb) Istina, Savezni sud je tačno ustanovio da se kod oglasa radi o iznošenju mišljenja koje ima za predmet privredne, političke, socijalne i kulturne probleme i otud u posebnoj mjeri uživa zaštitu čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Značaj i domet ovog osnovnog prava nisu, međutim, uzeti u obzir u oспораваним presudama pri tumačenju § 1 UWG i – u slučaju trećeg oglasa (H.I.V. POZITIVAN) – ni kod primjene ove norme.

Ograničenje prava na slobodno iznošenje mišljenja, koje je naprosto konstitutivno za demokratsko uređenje države koja je usmjerena na zaštitu slobode (usp. BVerfGE 20, 56 [97]; stalna pravosudna praksa), mora načelno biti opravdano dovoljno važnim interesima zajednice ili pravima i interesima trećih koji moraju biti zaštićeni. To se u posebnoj mjeri odnosi na kritičko iznošenje mišljenja o društvenim ili političkim pitanjima. O ovome osporavane presude, međutim, ne daju nikakve informacije. Inače se o tome ništa ne navodi.

aaa) Prema shvatanju Saveznog suda, § 1 UWG zabranjuje reklamu koja, predstavljajući teške patnje ljudi i životinja, budi osjećaje sažaljenja i ovakva osjećanja, bez neposrednog povoda, koristi u reklamne svrhe, tako što se reklamirani predstavlja kao jednako pogođen i time pospješuje solidariziranje potrošača sa njegovim imenom i njegovim poslovima.

Presuda o suprotnosti sa dobrim običajima koju je izrekao Savezni sud na putu tumačenja § 1 UWG može sve u svemu biti odobrena kao pravilo o pristojnosti i kao takva bi sigurno bila akceptirana u širokim narodnim slojevima. Iza toga se krije želja da se živi u društvu u kojem se na ljudske patnje ne reagira bezosjećajnom težnjom za zaradom, nego empatijom i mjerama za pomoć, dakle na način koji se primarno odnosi na reakciju na nevolju. Da li će time na zadovoljavajući način istovremeno biti zaštićeni javni ili privatni interesi, ne može se bez daljnjeg odlučiti.

bbb) Savezni sud nije prihvatio da oglas može dovesti do bitnijeg uznemiravanja publike. On ne smatra da je povreda dobrog ukusa ili šokantna forma oglasa u suprotnosti sa dobrim običajima u smislu § 1 UWG. Ovome se u ustavnopravnom smislu ne može ništa prigovoriti. Ne može se uznemirujući utjecaj, kojim bi se opravdao propis koji ograničava osnovno pravo, sastojati u tome da se publika posredstvom fotografija, izvan redakcionog dijela medija, konfontira sa slikama koje sadrže neprijatan ili sažaljiv prikaz realnosti. To važi i ako se prihvati argumentacija Njemačkog udruženja za zaštitu industrijske svojine i autorskih prava da se opšti porast takvih reklama postiže posredstvom efekta imitiranja. Građanski ugođaj koji je nedirnut svjetskom nevoljom ne predstavlja dobro zbog čije zaštite bi država trebala ograničiti osnovno pravo. Drukčije se mora rasuđivati kada se pokazuju slike koje podstiču gađenje, koje šire strah i ugrožavaju omladinu.

Iako je tužilac u prvostepenom postupku stepenovao oglase kao pretjerano agresivne i uznemirujuće, jer oni svojom sugestivnom snagom apeliraju na osjećaje potrošača koji ne stoje ni u kakvoj vezi sa preduzećem koje se reklamira ili sa njegovim poslovanjem, takav stav se ne može prihvatiti. Najveći dio današnjih reklama karakterizira težnja da se zadobije pažnja motivima koji podstiču emocije i zadobijaju simpatije. Komercijalne reklame sa slikama koje sugestivnom snagom bude libidozne želje, prizivaju slobodu i nevezanost ili obećavaju sjaj društvenih prominencija su sveprisutne. Može biti tačno da je potrošač u odnosu na ove motive „oguglao“, kako je to iznio tužlac u prvostepenom postupku. Međutim, takav efekt prilagođavanja ne

omogućuje da se uznemiravajući učinak pripiše jednom apelu na osjećaj sažaljenja koji do sada nije bilo izražen.

eee) Opštedruštveni interesi nisu pogođeni. (...) Ovdje se u pogledu spornih reklama ne može ustanoviti da bi komercijalne reklame koje osuđuju nehumana stanja (rad djece, stigmatizacija osoba inficiranih H.I.V.-om), mogle podsticati tendencije ogrubljanja i otupljivanja našeg društva i da bi mogle biti fatalne po kulturu solidarnosti u ophođenju sa ljudskim nevoljama.

cc) Sve u svemu, zahtjev da se odustane od reklamiranja ne opravdava u svjetlu čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava samo princip, koji je Savezni sud označio kao sastavni dio dobrih trgovačkih običaja, da se u svrhu reklama ne smiju buditi i koristiti suosjećanja drugih sa teškim patnjama. Kako je pokazano, ovdje nisu dotaknuti ni opštedruštveni interesi ni privatni interesi koji bi trebalo zaštititi.

Na drugoj strani je sloboda mišljenja ugožena na najteži način. Oglasi upućuju na teme koje su politički i društveno relevantne i koje, također, mogu pobuditi javnu pažnju. Posebna zaštita, pod koju upravo čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava stavlja takva iznošenja mišljenja, se ne umanjuje time što ona, kako to smatra Savezni sud, ne doprinose bitno raspravi o prikazanim patnjama. Također, (obično) kompromitiranje određenih nevolja može predstavljati bitan doprinos slobodnoj duhovnoj raspravi. Na zaštitu osnovnog prava iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava ne utječe pitanje da li se iznošenjem jednog mišljenja dospijeva do nekog rješenja, ili se time od njega odustaje. Zaštita postoji neovisno o tome da li je neki stav racionalan ili emotivan, utemeljen ili neutemeljen i da li ga neko smatra upotrebljivim ili beskorisnim (usp. BVerfGE 30, 336 [347]; 93, 266 [289] s daljim napomenama).

Učinak oglasa koji se odnosi na kritiku društva se ne dovodi u pitanje u kontekstu reklama. Tematiziranje društvenih problema u reklamnim oglasima je, doduše, neobično i čini se zaista da je ono strano predmetu poslovanja firme Benetton. Ali ovim se, ni za neupućene posmatrača, neće dovesti u pitanje ozbiljnost poruke. Da je drukčije, ona kod njih ne bi mogla proizvesti osjećaj sažaljenja.

dd) Prema svemu je Savezni sud u svojoj odluci, polazeći od pravila moralnosti, protumačio § 1 UWG na način koji ne može izdržati provjeru u svjetlu slobode mišljenja. Već zbog toga ovaj propis, na osnovu navedenog tumačenja, ne može doći u obzir kao osnov za uplitanje u slobodu štampe podnosioca ustavne tužbe. (...)

ee) Oспорavana presuda u predmetu 1 BvR 1762/95 ne počiva samo na upravo predstavljenom tumačenju § 1 UWG. Savezni sud smatra da je oglas (H.I.V. POZITIVAN), koji je osnov ovom postupku, u suprotnosti sa pravilima o reklamiranju, upravo zbog toga što na grub način krši načela poštovanja ljudskog dostojanstva, budući da on „žigoše“ osobe inficirane AIDS-virusom i time ih isključuje iz društvene zajednice.

aaa) Takvo obrazloženje se u načelu može prihvatiti. Ustavno je nesporno tumačenje § 1 UWG prema kojem je slikovna reklama suprotna moralu kada vrijeđa ljudsko dostojanstvo oslikanih osoba. Ona vodi računa o zaštićenom dobru koje opravdava ograničavanje slobode mišljenja u posebno senzibilnom području društvene i političke kritike. Čl. 1 st. 1 Ustava obavezuje državu na zaštitu svih ljudi pred napadima na ljudsko dostojanstvo, kao što su ponižavanja, žigosanja, progoni, poniženja itd. (usp. BVerfGE 1, 97 [104]). Reklamni oglasi koji jednu osobu ili grupu osoba prikazuju na način koji vrijeđa ljudsko dostojanstvo, koji doprinosi njihovom preziranju, ismijavanju, ili ih na neki drugi način ponižavaju, mogu prema pravu konkurencije načelno biti zabranjeni, ako uživaju zaštitu komunikacionih osnovnih prava iz čl. 5 Ustava ili zaštitu nekog drugog osnovnog prava.

bbb) Primjena ovih načela na spomenuti oglas (H.I.V. POZITIVAN) neće izdržati provjeru prema čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Tumačenje iskaza koji su zaštićeni čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava načelno podliježe provjeri pred Saveznim ustavnim sudom ako se njima jamči poštovanje ustavnopravnih zahtjeva. Nije zadatak saveznog ustavnog suda da definitivno odredi smisao spornog iskaza ili da tumačenje koje je uslijedilo pod pretpostavkom uvažavanje ljudskih prava nadomjesti drugim tumačenjem koje smatra tačnim. Ljudska prava, međutim, podržumijevaju zahtjev da se sporni iskaz mora protumačiti uzimanjem u obzir konteksta i da mu ne smije biti pripisan smisao koji on objektivno nije imao. U slučaju višeznačnih iskaza se sudovi moraju, svjesni višeznačnosti, pozabaviti sa različitim mogućnostima tumačenja i moraju navesti razumljive razloge koji opredjeljuju pri iznalaženju rješenja (usp. BVerfGE 94, 1 [10 i dalje]).

Savezni sud tumači reklamni oglas „HIV-POZITIVAN“ polazeći od toga da su ovim oboljeli od AIDS-a „žigosani“ i da su time predstavljeni kao društveni otpadnici. To na drugom mjestu glasi da, u njihovoj nevolji, stigmatizira osobe oboljele od AIDS-a i da ih odstranjuje iz društva. Zbog toga se mentalitetu „žigosanja“ određenih članova društva mora suprotstaviti. Tako bi bar H.I.V.-inficirani morali sami doživljavati ovaj oglas kao grubo napad na njihovo ljudsko dostojanstvo. Ovakav učinak ne bi mogli izbjeći ni drugi posmatrači.

Oglas u tom smislu, ipak, nije jednoznačan. On bez komentara pokazuje čovjeka koji je žigosan kao „H.I.V. POZITIVAN“. Nije sasvim očigledno da se ovim osnažuje ili ublažava skandalozan nalaz društvene diskriminacije i izoliranja osoba inficiranih H.I.V.-om, što nije strano stvarnosti. Približno slično bi bilo tumačenje da se ovim, u tendenciji optužbe, želi obratiti pažnja na stanje koje mora postati predmetom kritike – izoliranje inficiranih H.I.V.-om. Sa fotografijom se moglo, kako je apelant tačno primijetio, konkurisati i za kongres posvećen AIDS-u.

Istina, slikovni jezik je snažan i u konvencionalnom smislu je neugodan. Od čovjeka na slici se ne vidi ništa drugo do gornja polovina gole stražnjice na kojoj se, kao žiogosan, pojavljuju napisi crnim štampanim slovima, najprije skraćena „H.I.V.“ i

ispod nje, nakoso postavljena riječ „POZITIVAN“. Samo iz ovog se, međutim, ne može iščitati ni cinizam ni afirmativna tendencija. Predstavljanje je, u skladu sa medijem reklamnog oglasa, koncipirano tako da osvoji pažnju posmatrača.

Ne dovodi se u pitanje tumačenje oglasa iz konteksta reklama u smislu kritičkog apela. Neobično je, i stoji u upadljivom kontrastu prema predstavljanju samog sebe u vlastitoj branši, da poduzetnik iz tekstilne industrije koristi image-reklame povodom ozbiljnih društveno-političkih tema. To može dovesti u sumnju ozbiljnost kritičkih namjera i može u smislu zahtjeva za moralnošću, kako ga je formulirao Savezni sud, biti doživljeno kao nepristojnost. U kontekstu reklame ne nastaje utisak da oglas sa svoje strane stigmatizira osobe inficirane H.I.V.-om ili da ih izolira. Njena kritička tendencija, njen uznemirujući učinak su nepregledni. Možda bi bilo drukčije da se oglasom reklamira konkretan proizvod; u vezi sa određenim predmetima za svakodnevnu upotrebu i usluge učinak bi mogao voditi podsmjehu ili obezvređivanju. Sam natpis „United Colors of Benetton“ ne proizvodi, međutim, takav učinak. Malo je vjerovatno, ali u svakom slučaju nije jedino moguće, tumačenje Saveznog suda prema kojem oglas vodi do povrede ljudskog dostojanstva, jer su njime povređeni ljudi koji su oboljeli od AIDS-a. To pokazuje i izjava fotografa Oliviero Toscanija o ovoj reklamni: „Ovim plakatom sam htio signalizirati, da Benetton i dalje želi da se umješa tako što ćemo se sa jednakom snagom, kao u borbi protiv rasizma, zauzeti protiv izoliranja oboljelih od AIDS-a“ (na nav. mjestu, s. 78).

ff) Presuda (H.I.V. POSITIVAN) koja je osporavana ustavnom tužbom ne zadovoljava, prema tome, pretpostavke koje su radi zaštite slobode mišljenja postavljene pred tumačenje iznešenog mišljenja. Savezni sud je previdio mogućnost koja je bliža predmetu, naime, da je oglašavanjem javna pažnja, sa namjerom kritike, trebala biti usmjerena na stvarno postojeću diskriminaciju i izolaciju oboljelih od AIDS-a. U takvom tumačenju se ne nalazi povreda ljudskog dostojanstva osoba koje su oboljele od AIDS-a. Savezni sud će se morati ponovo pozabaviti ovim predmetom i pri tom će se morati upustiti u prikazane alternative tumačenja. (...)

## 76) BVerfGE 113, 63

(Junge Freiheit)

### Junge Freiheit (Mlada sloboda)

1. Izjednačeno je sa napadom na slobodu štampe kada se u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka ističe sumnja da postoji protivustavna tendencija izdavača jedne savezne zemlje, za što je potrebno pokriće opštim zakonom u smislu čl. 5 st. 2 Ustava. Takav zakon je § 15 st. 2 Zakona o zaštiti ustavnog poretka u Nordrhein-Westfalenu.
2. O ustavnopravnim zahtjevima za obrazloženje sumnje na protivustavne tendencije izdavača novina.

**Rješenje Prvog senata od 24. maja 2005.**  
**- 1 BvR 1072/01 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

**I.**

1. Apelant ima sjedište u Berlinu i tamo izdaje magazin „Junge Freiheit“ („*Mlada sloboda*“). Ministarstvo unutrašnjih poslova zemlje Nordrhein-Westfalen izdaje godišnje izvještaje o zaštiti ustavnog poretka. Pravni osnov predstavlja § 15 st. 2 Zakona o zaštiti ustavnog poretka u Nordrajn-Westfaliji (*Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen* – VSG NRW) u zakonskoj verziji od 18. decembra 2002. (GVNW 2003, s. 2) koji glasi:

Služba za zaštitu ustavnog poretka smije u svrhu obavještavanja javnosti o ciljevima i djelovanjima prema § 3 st. 1 objaviti informacije, posebno izvještaje o zaštiti ustavnog poretka, ali podatke koji se odnose na osobe samo ako je njihovo obznanjivanje potrebno za razumijevanje veze ili za predstavljanje organizacija i ako interesi zajednice pretežu nad zaštićenim interesima pogođenih osoba.

§ 3 st. 1 VSG NRW koji se uzima u obzir glasi:

„Zadatak Službe za zaštitu ustavnog poretka je da prikuplja i vrednuje informacije, posebno informacije, vijesti i dokumente koji se odnose na događaje i osobe o:

Tendencijama koje su usmjerene protiv slobodnog demokratskog uređenja, postojanja i sigurnosti savezne države ili jedne zemlje, ili koje imaju za cilj nezakonito ugrožavanje rada ustavnih organa savezne države ili jedne zemlje ili njenih članova,

2. do 4 (...),

u području važenja Ustava, ako postoje stvarni razlozi za sumnju da predstoje takva nastojanja ili djelovanja.

Stav 3 paragrafa 3 VSG NRW definira:

U smislu ovog zakona su

a) i b) (...),

c) tendencije protiv slobodnog demokratskog uređenja, politički određena ponašanja u jednoj ili za jednu grupu osoba, koje su ciljem i svrhom usmjerene na odstranjenje ili stavljanje van snage jedno od ustavnih načela koja su imenovana u stavu 4.

Za grupu osoba djeluje, ko je svojim nastojanjima direktno podupire. Ponašanja pojedinaca koja ne djeluju unutar grupe ili za jednu grupu osoba su tendencije u smislu ovog zakona, ako su one usmjerene na primjenu vlasti ili su na osnovu svoga učinka pogodne da znatno oštete neko dobro koje je zaštićeno ovim zakonom.“

2. U izvještajima za godine 1994. i 1995. je „Junge Freiheit“ – slično kao i narednih godina – detaljno obrađena u poglavljima o ekstremno desnim tendencijama. U ovdje objavljenim priložima se, prema procjeni savezne zemlje, nalaze razlozi za sumnju u postojanje protivustavnih tendencija. Objavljivanje je uslijedilo 1994. godine pod rubrikom „Desni ekstremizam“ sa podnaslovima „publikacije, izdanja, preduzeća, mediji desnog ekstremizma“ i 1995. godine pod rubrikom „desno-ekstremističke organizacije, grupacije i struje“. (...)

## II.

Apelant je bezuspješno pokretao postupak pred upravnim sudovima zemlje Nordrhein-Westfalen.

## B.

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana.

## I.

Apelantovo osnovno pravo na slobodu štampe iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava je povrijeđeno osporanim odlukama.

1. Upravni sud je apelantovu tužbu odbacio, između ostalog, uz obrazloženje da preuzimanje odlomaka o „Junge Freiheit“ u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka Nordrhein-Westfalije za 1994. i 1995. ne dotiče zaštićeno područje slobode štampe. Ista pravna ocjena predstavlja noseći argument za odbacivanje žalbenog zahtjeva pred Višim upravnim sudom, Ovakvo shvatanje ignorira domete zaštićenog područja osnovnog prava na slobodu štampe.

a) Apelant je kao izdavač sedmičnog magazina zaštićen osnovnim pravom iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 i 2 Ustava. On se može prema čl. 19 st. 3 Ustava, kao pravno lice privatnog prava, pozvati na slobodu mišljenja i štampe (usp. BVerfGE 80, 124 [131]; 95, 28 [34]). Osnovno pravo osigurava slobodu da se proizvode i distribuiraju štamparski proizvodi, a time i štampa kao medij komunikacije (usp. BVerfGE 85, 1 [12 i dalje]). Prema tome, sloboda mišljenja iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava štiti formu i sadržaj iznošenja mišljenja i onda kada se ono iznosi u jednom štamparskom proizvodu (usp. BVerfGE 97, 391 [400]).

Ovdje sloboda štampe predstavlja omjer provjere. Državna mjera pogađa proizvode štampe i utječe na okvirne uslove štamparskog rada. Predmet izvještaja o zaštiti ustavnog poretka je uputstvo na sumnju da apelant uz pomoć novina nastoji odstraniti slobodno demokratsko uređenje u saveznoj državi i u savezним zemljama, ili ih staviti van snage. U izvještajima o zaštiti ustavnog poretka se polazi od opravdanosti sumnje na protivustavni učinak pojedinih članaka iz „Junge Freiheit“, kako bi se na tim osnovama došao do jedinstvene ocjene o novinama i grupacijama koje iza njih stoje: negativna ocjena takvih tendencija se pripisuje organizacijama koje su se poslužile novinama kao sopstvenim glasom.



U tom odnosu izvještaji o zaštiti ustavnog poretka vrednuju pojedinačno iznešena mišljenja, svako za sebe, kao protivustavne i pripisuju ih apelantu. Tako i sloboda mišljenja iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava može postati omjerom provjere. Ovdje se apelant, međutim, obraća samo protiv zaključaka o protivustavnim tendencijama apelanta kao izdavača novina, koji su izvedeni iz članaka. Otud i osnovno pravo na slobodno iznošenje mišljenja nema samostalan značaj za ustavnopravnu ocjenu osporavane odluke u predmetnom postupku.

b) Ne vrednuje se svako informaciono djelovanje države i svako učešće države u procesu javnog obrazovanja mišljenja kao zadiranje u osnovno pravo (usp. BVerfGE 105, 252 [265 i dalje] – uz čl. 12 st. 1 Ustava; 105, 279 [284 i dalje, 299 i dalje] – uz čl. 4 st. 1 Ustava). Mjerodavno je pitanje da li je dotaknuto zaštićeno područje jednog osnovnog prava i da li njegovo ugrožavanje predstavlja napad na osnovno pravo ili sličnu mjeru. Na njega se u slučaju imenovanja apelanta u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka mora pozitivno odgovoriti.

aa) Zaštićeno područje osnovnog prava na slobodu štampe se određuje uzimanjem u obzir svrhe njegovih garancija. Sloboda štampe je osnovnim pravom zaštićena na poseban način, s obzirom da je slobodna štampa, koju ne usmjerava javna vlast, bitan element slobodne države i da je neophodna pretpostavka demokratije (usp. BVerfGE 20, 162 [174]). Zadatak štampe je u tom smislu da omogući obuhvatno informiranje koje oslikava mnoštvo postojećih mišljenja, kao i obrazovanje i zastupanje određenog mišljenja (usp. BVerfGE 52, 283 [296]). To pretpostavlja njenu nezavisnost od države. Sloboda štampe štiti nosioce osnovnog prava od utjecaja države na informacije koje se šire posredstvom štampe, posebno od negativnih ili pozitivnih sankcija koje se oslanjaju na sadržaj i oblikovanje proizvoda štampe (usp. BVerfGE 80, 124 [133 i dalje] – o subvencijama).

Zaštita od utjecaja na sadržaj osnovnog prava se ne odnosi samo na povrede u tradicionalnom smislu (o uobičajenom pojmu povrede vidi BVerfGE 105, 279 [300]) nego do njih može doći i kod posrednog utjecaja na štampu (usp. BVerfGE 52, 283 [296]), ako je on po svom cilju i učinku jednaki povredi (usp. BVerfGE 105, 252 [273]). Prema tome, čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava jamči nosiocima slobode štampe subjektivno odbrambeno pravo u odnosu na ugrožavanja koja nastupaju posredno, preko utjecaja države na treće, npr. tako što ponašanje trećih negativno utječe na publicističke mogućnosti djelovanja ili na finansijski status organa štampe i tako se izjednačava sa povredom osnovnog prava.

bb) U predmetnom slučaju je spominjanje magazina „Junge Freiheit“ i njegova kritička obrada u funkciji zaštite ustavnog poretka, koja je opisana u § 3 st. 1 i § 15 st. 2 VSG NRW, kako bi se informiranjem javnosti spriječile tendencije koje su usmjerene protiv slobodnog demokratskog uređenja savezne države ili jedne savezne zemlje. Izvještaji o zaštiti ustavnog poretka su u okviru dostizanja ovog, cilja po svom učinku, jednaki povredi osnovnog prava.

Izvjestaj o zaštiti ustavnog poretka nije proizvoljan produkt državnog djelovanja u javnosti. On je usmjeren na odbranu od posebnih opasnosti (§ 1 VSG NRW) i dolazi od specijalizirane službe koja ima posebna ovlaštenja (usp. §§ 5 i dalje VSG NRW), između ostalog, pravo da angažira sredstava koja su u službi prikupljanja bezbjednosnih informacija. Tako, objavljivanje u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka prevazilazi učešće državnih funkcionera u javnoj raspravi ili u prikupljanju informacija na osnovu koje bi građani donijeli samostalnu odluku, npr. kao sudionici tržišta (usp. BVerfGE 105, 252 [267 i dalje]). Ono za apelanta predstavlja negativnu sankciju, srednjeg intenziteta, koja se oslanja na rasprostranjene sadržaje komuniciranja.

Služba za zaštitu ustavnog poretka vrednuje pojedine sadržaje u novinama kao protivustavne tendencije i iz toga izvodi zaključke o apelantovim namjerama. Iskaz koji je iznešen u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka ima, prema mišljenju Upravnog suda, karakter skretanja pažnje na opasnosti koje dolaze od apelanta i njegovih novina (...). Izdavač i redakcija magazina „Junge Freiheit“ nisu, ipak, napomenama u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka spriječeni da dalje izdaju novine i da ih prodaju, kao i da ubuduće štampaju članke sličnog sadržaja kakvi su i osporavani članci. Njihove mogućnosti utjecaja su međutim ostale pod negativnim utjecajem izvještaja o zaštiti ustavnog poretka. Potencijalnim čitaocima se ovim može uputiti poruka da ne kupuju novine i da ih ne čitaju, a nije nevjerojatno da će zainteresirani, novinari, pisci tekstova za rubriku pisma čitalaca uzeti izvještaj o zaštiti ustavnog poretka kao povod da odustanu od ovih novina ili, čak, da ih bojkotuju.

Takav, poseban učinak izvještaja o zaštiti ustavnog poretka je jednak zahvatanju u komunikaciono osnovno pravo.

2. Ustavnu pravnu provjeru, svakako, ne može izdržati pretpostavka službi i sudova, koja je uslijedila u okviru provjere člana 2 st. 1 Ustava, da je takvo ugrožavanje osnovnog prava opravdano.

a) Država načelno nije spriječena da vrednosno procjenjuje stvarno ponašanje grupa i njihovih članova (usp. BVerfGE 105, 279 [294] – uz čl. 4 st. 1 Ustava). Odbrana ustavnih načela i vrijednosti, posredstvom državnih organa i funkcionera, može također uslijediti uz pomoć informacija koje se prenose u javnosti kao i učešćem u javnim raspravama. Dovede li državno informiranje do ugrožavanja koje je jednako povredi osnovnog prava (usp. BVerfGE 105, 252 [273]), ono mora biti opravdano (usp. BVerfGE 105, 279 [299 i dalje] uz čl. 4 Ustava).

aa) Sloboda štampe nije zajamčena u neograničenom obimu. Njoj su postavljena ograničenja u čl. 5 st. 2 Ustava, između ostalog, opštim zakonima. Opšti su oni zakoni koji nisu usmjereni protiv osnovnog prava kao takvog ili protiv iznošenja određenog mišljenja, nego naprosto služe za zaštitu nekog pravnog dobra koje je zaštićeno bez obzira na određeno mišljenje (usp. BVerfGE 7, 198 [209 i dalje]; 97, 125 [146]; stalna pravosudna praksa).

§ 15 st. 2 VSG NRW je takav zakon. Ovlaštenja na informiranje javnosti u formi izvještaja o zaštiti ustavnog poretka, kako ih sadrži § 15 st. 2 VSG NRW, služe otkrivanju protivustavnih tendencija i djelovanja, zaštiti slobodnog demokratskog uređenja u saveznoj državi i savezним zemljama, kako se to pokazuje iz § 3 st. 1 VSG NRW. Ovlaštenje nije usmjereno ni protiv određenog mišljenja, ni protiv procesa koji omogućuju slobodno obrazovanje mišljenja, ali ni protiv slobode informiranja kao takve, nego služi očuvanju jednog opšteg pravnog dobra koje je ukorijenjeno u pravnom ustrojstvu, ovdje u Ustavu, a čija zaštita ne ovisi o njegovom ugoržavanju ili povredi iznošenjem mišljenja ili sličnim načinom.

(1) Objavljivanje izvještaja o zaštiti ustavnog poretka načelno predstavlja pogodno sredstvo za obavještavanje javnosti, a u tim okvirima i za odbranu od protivustavnih tendencija. Za objavljivanje informacija u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka na osnovu opunomoćenja iz § 15 st. 2 VSG NRW, važe sve pravne granice kao i za donošenje diskrecionih odluka (usp. § 40 VwVfG NRW), a u njih se ubraja načelo srazmjernosti. U § 15 st. 2 VSG NRW je pretpostavka potrebe izričito spomenuta i važi samo za objavljivanje podataka koji se odnose na osobe. Ona, je međutim, snagom ustavnog prava sastavni dio načela srazmjernosti, tako da važi za povrede osnovnih prava ili za slične mjere koje ugrožavaju osnovna prava i u tom smislu predstavlja nepisanu činjeničnu pretpostavku norme.

(2) Na pravnodržavne zahtjeve da državne mjere budu srazmjerne, utječaj pravnog dobra koje se treba zaštititi i intenzitet njegovog ugrožavanja, ali i vrsta i težina ugrožavanja pravom zaštićene slobode onog koji je negativno pogođen.

Služba za zaštitu ustavnog poretka i sudovi su § 15 st. 2 u vezi sa § 3 st. 1 br. 1 VSG NRW protumačili kao da postojanje stvarnih osnova za sumnju na protivustavne tendencije opravdava objavljivanje u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka. Oni su se pozvali na posljednji dio rečenice iz § 3 st. 1 VSG NRW koji rad službe za zaštitu ustavnog poretka općenito ograničava riječima: „ako postoje stvarni razlozi za sumnju da predstoje takva nastojanja ili djelovanja“. Neovisno o kritici koja je u literaturi upućena ovakvom razumijevanju norme, posebno iz perspektive sistematskog tumačenja (usp. Murswiek, NVwZ, 2004, s. 769 [755]) Savezni ustavni sud polazi pri ustavnopravnom vrednovanju osporavane mjere od tumačenja stručnih sudova, jer im se ne može staviti ustavnopravni prigovor.

(a) U svakom slučaju, stvarni odnosi moraju imati odgovarajuću težinu. Ako naprosto opravdavaju zaključak, da je moguće utemeljiti sumnju, oni prema ovom tumačenju nisu dovoljni da bi se ugrozilo osnovno pravo. U slučaju da još uvijek ne postoje protivustavne tendencije, a stvarne činjenice utemeljuju odgovarajuću sumnju, njen intenzitet mora biti dovoljno visok da bi se, s obzirom na negativan utjecaj na pogođenog, opravdalo objavljivanje u izvještaju o zaštiti ustavnog poretka.

(...)

(b) Kada se sankcija oslanja na iznošenje mišljenja ili na objavljivanje u štampi, mora se dodatno uzeti u obzir da su sloboda mišljenja i štampe sa svoje strane konstitutivni za demokratiju, koja dopušta kritičku polemiku sa ustavnim načelima i vrijednostima. Zaštićeni sadržaj osnovnih prava na komunikaciju može imati utjecaja, na utvrđivanje pretpostavki o protivustavnim tendencijama ili o odgovarajućoj sumnji, kao i na vrednovanje poduzetih mjera, posebno s obzirom na njihovu primjerenost.

(...)

(c) Ako postoji sumnja na protivustavne tendencije određenih grupacija, koja se temelji na činjenicama, načelo srazmjernosti postavlja omjer za donošenje odluke o načinu i vrsti izvještavanja o njima.

Ograniče li se mjere na ono što je potrebno za zaštitu pravnih dobara, to ne smije biti popraćeno stvaranjem utiska kako je u izvještaju povodom sumnje utvrđeno da spomenuta grupacija slijedi protivustavne tendencije usmjerene protiv slobodnog demokratskog uređenja. Otud se – npr. u pogledu odabranih naslova i strukture izvještaja – jasno mora razlikovati između takvih organizacija za koje postoji samo sumnja, i takvih za koje su ovakve tendencije dokazane.

Načelo potrebnosti državne mjere zahtijeva, dalje, da se na napise, koji se objavljuju duže vrijeme, povodom sumnji koje se odnose samo na pojedine publikacije, upotrijebe druge mjere kako bi se razjasnilo da li zaista postoje protivustavne tendencije.

d) O ovakvim ustavnopravnim zahjevima ne vode dovoljno računa odluke Upravnog suda i Višeg upravnog suda.

## **77) BVerfGE 12, 205** (1. Rundfunkentscheidung) **1. Odluka o radio stanicama**

(...)

10. Čl. 5 Ustava podrazumijeva zakone kojima će osnivači radio stanica biti organizirani tako da sve društvene strukture imaju utjecaja na njihove organe i da mogu doći do riječi u cijelom programu, te da načela koja garantiraju minimum programske uravnoteženosti, određenosti i uzajamnog uvažavanja mogu učiniti obaveznim za sadržaj cijelog programa.

**Presuda Drugog senata od 28. februara 1961. donešena  
na osnovu usmene rasprave od 28, 29. i 30. novembra 1960.  
- 2 BvG 1, 2/60 -**

(...) radio, isto kao i štampa, spada u osnovna sredstva moderne komunikacije posredstvom kojih se artikulira i obrazuje javno mišljenje. Radio je i više nego

jedan „medij“ za obrazovanje javnog mišljenja. Njegov uticaj na obrazovanje javnog mišljenja se ne ograničava na emisije vijesti, političke komentare, emisije o političkim problemima sadašnjosti, prošlosti ili budućnosti; mišljenje se obrazuje i u radio dramama, muzičkim emisijama, prenosima kabaretskih programa, sve do scenskih predstava. Svaki radio program ima određenu tendenciju koja se vidi iz njegovih programskih sadržaja, posebno kada se radi o odluci, šta se ne smije emitirati, šta slušaocima ne treba interesirati, šta se može istisnuti iz programskog sadržaja, a da se ne ugrozi obrazovanje javnog mišljenja, kao i šta i kako se emisije moraju uobličiti i kako trebaju biti saopćene.

Iz ove perspektive je jasno da za radio, kao sredstvo modernog masovnog komuniciranja i neophodnog faktora u obrazovanju javnog mišljenja, koji stoji pored štampe, u najmanju ruku joj je jednak, ništa manje nije važna institucionalna sloboda nego za štampu. To jednoznačno dolazi do izražaja u čl. 5 Ustava kada stav 1 rečenica 2 pored slobode štampe garantira slobodu „izvještavanja posredstvom radija i filma“.

Ovim još ništa nije kazano o putu na kojem bi se ova sloboda radija općenito, i izvještavanje pojedinačno, moralo osigurati, kako bi se zadovoljio čl. 5 Ustava. Ovdje je od značaja osobenost koja razlikuje radio od štampe. Istina, nije tačno da novinske kuće, štamparije i novinska izdanja mogu biti u proizvoljnom broju osnovana i održavana. Razlika između radija i štampe je, međutim, u tome da unutar njemačkog izdavaštva egzistira relativno visok broj samostalnih izdavača koji uzajamno konkuriraju pozicioniranjem vlastitih opredjeljenja, političkih boja ili svjetonazora, dok u području radija broj ovakvih nosilaca, kako iz tehničkih razloga tako i s obzirom na izvanredno visoke financijske izdatke za osnivanje radio stanice, mora ostati srazmjerno nizak.

Posebna situacija u području radio distribucije zahtijeva postojanje posebnih mjera za ostvarenje i za održavanje slobode radija, kako je zagwarantirana u čl. 5 Ustava. Jedno od sredstava koje služi ovom cilju je princip, prema kojem su postojeće radio-distribucijske kuće organizirane: za osnivanje radio stanica je ustanovljeno posebno pravno lice javnog prava, koje je izuzeto iz područja državnog utjecaja, ili je u najbližem slučaju podvrgnuto ograničenom državnom nadzoru; njihovi kolegijalni organi su faktički u srazmjerenom odnosu sastavljeni od reprezentanata svih važnijih političkih, svjetnozorskih i društvenih grupa; one imaju moć da kontroliraju snage koje potpuno ili djelimično oblikuju program i da ga kontroliraju s obzirom na zadovoljavanje u zakonu imenovanih načela da se omogućuje učešće u radiju svih zainteresiranih. Nije u suprotnosti sa čl. 5 Ustava da institucija koja je opremljena ovakvim osiguranjima, pod pretpostavkom modernih tehničkih uslova, dobije monopol na organiziranje radio-distribucije za područje jedne savezne zemlje; međutim iz čl. 5 Ustava ne slijedi da je neophodno utemeljiti takav monopol za jednu instituciju u saveznoj zemlji.

Čl. 5 ne zahtijeva da se zadrži forma koja je postojala u zakonima o radio stanicama u saveznim zemljama i koja je preuzeta u savezno pravo kako bi se osigurala sloboda na

području radija. Savezni Ustav posebno ne zahtijeva da samo ustanove javnog prava mogu biti osnivači radio stanica. Isto tako, društvo privatnog prava koje raspolaže pravnom sposobnošću može biti takav osnivač kada po svojoj organizacionoj formi ponudi dovoljno garancija da u njemu, slično javnim osnivačima, dolaze do riječi sve društveno relevantne snage i da sloboda izvještavanja ostaje nedirnutu. U odnosu na ovakva društva ne postoji nikakva ustavna sumnja ako se npr. zakonom određuje posebna forma društva koja osigurava specifične zadatke radija, a posebno njegovo institucionalno osiguranje slobode, i ako svako društvo koje zadovoljava navedene pretpostavke bude podređeno nadzoru koji je sličan državnom nadzoru banaka ili osiguravajućih društava.

U svakom slučaju, čl. 5 Ustava zahtijeva da ovaj moderni instrument obrazovanja mišljenja ne bude predat državi ili *jednoj* društvenoj grupi. Osnivači radio-distribucionih organizacija moraju, dakle, biti tako organizirani da sve moguće snage imaju utjecaj u njihovim organima i da u cjelini programa mogu doći do riječi, te da se načela koja garantiraju minimum programske uravnoteženosti, određenosti i uzajamnog uvažavanja mogu učiniti obaveznim za sadržaj cijelog programa. To se može osigurati samo ako se ovakva organizaciona i sadržajna načela posredstvom zakona učine opšteobaveznim. Čl. 5 Ustava zbog toga podrazumijeva donošenje takvih zakona.

## **78) BVerfGE 57, 295**

### **(3. Rundfunkentscheidung)**

### **3. Odluka o radio stanicama**

1. Čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava zahtijeva da se za osnivanje privatnih radija donese zakonski propis kao mjera garancije slobode radija. Ovo je nužno čak i onda kada ne postoji problem sa nedostatkom radijskih frekvencija kao i sa visokim finansijskim troškovima za organizaciju radio stanica koji su, u vezi sa modernim razvojem, uslovljeni posebnom situacijom radija.
2. U pitanja koja zakonodavac treba regulirati spada odluka o smjernicama za radio ustrojstvo. U okviru modela koji će se urediti, zakonodavac mora osigurati da se cjelokupna ponuda domaćih programa u bitnom uskladi sa postojećim razlikama u mišljenjima. Nadalje, smjernice se moraju učiniti obaveznim tako da garantiraju minimum programske uravnoteženosti, određenosti i uzajamnog uvažavanja. Ovim se mora predvidjeti ograničeni državni nadzor, mora se regulirati pristup osnivanju privatnih radio stanica i moraju se donijeti propisi o izboru učesnika, sve dok pristup ne bude mogao biti otvoren svakom.
3. Takve ustavnopravne zahtjeve u biti ne zadovoljavaju odredbe koje je za privatne radio stanice na njemačkom jeziku donio Zakon o osnivanju radija u Saarlandu one su zbog toga ništave.

**Presuda Prvog senata od 16. juna 1981.  
po usmenoj raspravi od 24. marta 1981.  
- 1 BvL 89/78 -**

Postupak se odnosi na pitanje, da li su u skladu sa Ustavom propisi iz Zakona o osnivanju radija u Saarlandu koji se odnose na privatne osnivače radio stanica na njemačkom jeziku.

Čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava zahtijeva da se za osnivanje privatnih radija donese zakonski propis. Njime će se predvidjeti mjere koje trebaju garantirati slobodu radija.

1. Da bi sloboda radija koja je zagantirana u čl. 5 st. 1 Ustava bila djelotvorna, ona se mora zakonski uobličiti. To slijedi iz zadataka i specifičnosti garancije.

a) Sloboda radija služi istim zadacima kao i ostale garancije iz čl 5 st. 1 ustava: jamčenju slobodnog individualnog i javnog formiranja mišljenja i to u jednom obuhvatnom smislu koji je ne ograničava smo na izvještavanje ili prenošenje političkih stavova nego obuhvata svako prenošenje informacija i mišljenja (usp. BVerfGE 12, 205 [260] – Deutschlandfernsehen; 31, 314 [326] – Umsatzsteuer; 35, 202 [222 i dalje] – Lebach). Slobodno obrazovanje mišljenja se dovršava u procesu komunikacije. Ono podrazumijeva, na jednoj strani, slobodu da se iznese i da se saopštava mišljenje, na drugoj, slobodu da se iznešeno mišljenje primi na znanje, da se informira. Kada čl. 5 st. 1 Ustava garantira slobodu iznošenja mišljenja, prenošenja mišljenja i informiranja, kao ljudska prava, on istovremeno traži da se ovaj proces zaštiti Ustavom. On, prema tome, utemeljuje subjektivna prava; u vezi sa tim normira slobodu mišljenja kao objektivni princip cjelokupnog uređenja, pri čemu se uzajamno uslovljavaju i podupiru subjektivnopravni i objektivnopravni elementi (usp. BVerfGE 7, 198 [204 i dalje] – Lüth).

Radio je „medij“ i „faktor“ ovog ustavno zaštićenog procesa slobodnog obrazovanja mišljenja (BVerfGE 12, 205 [260]). Sloboda radija je, prema tome, kao sloboda obrazovanja mišljenja u svom subjektivnopravnom i objektivnopravnom elementu, primarno *opslužujuća* sloboda (*dienende Freiheit*): ona pod uslovima modernih masovnih komunikacija obrazuje nužnu nadopunu i osnažuje ove slobode; ona služi zadatku da se zajamči slobodno i obuhvatno obrazovanje mišljenja posredstvom radija.

Takav zadatak određuje specifičnost i značaj slobode radija:

Najprije, slobodno individualno i javno obrazovanje mišljenja posredstvom radija zahtijeva oslobađanje radija od državne kontrole i utjecaja. U tom smislu sloboda radija ima odbrambenu funkciju, kao i ostala klasična prava za zaštitu sloboda. Ali, ovim još uvijek nije osigurano to što se treba garantirati. Jer, obična sloboda u državi još uvijek ne znači da će slobodno i obuhvatno obrazovanje mišljenja posredstvom radija

biti moguće; ovaj zadatak se ne može ispuniti naprosto negatorskim uobličavanjem. Potrebno je, upravo, pozitivno uređenje koje osigurava da mnoštvo postojećih mišljenja dođe do izražaja na radiju, po mogućnosti u svojoj širini i cjelini, i da na taj način budu ponuđene obuhvatne informacije. Kako bi se ovo doseglo potrebni su materijalni, organizacioni i procesnopravni propisi koji su orijentirani na zadatak slobode radija i zbog toga su podobni za ostvarenje garancije iz čl. 5 st. 1 Ustava.

b) Pravna regulativa koja je za ovo potrebna podliježe pridržavanju zakona (...).

Nužne odluke su bitne odluke, jer one, neovisno o stvarnom značaju radija za individualni i javni život, ulaze u područje koje je relevantno za ljudska prava i bitne su za ostvarenje osnovnih prava (BVerfGE 47, 46 [79]). Ovdje se doslovno susreću različite pozicije ljudskih prava koje mogu uzajamno dospjeti u koliziju, jednom, pravo na obuhvatnu i istinitu informaciju koje slijedi iz slobode na informiranje, drugi put, sloboda na iznošenje mišljenja onih koji proizvode programe ili se javljaju u emisijama. Zadatak je zakonodavca da takve kolizije dovede u ravnotežu.

Ovakvo pridržavanje zakona je (u sveznim zemljama) pridržavanje parlamenta (usp. BVerfGE 47, 46 [79]): to što je bitno za garantiranje slobode radija mora odrediti sam parlament; odluka o tome ne smije biti prepuštena egzekutivi, npr. u formi donošenja opšteg akta koji sadrži ovlaštenja na unošenje dodatnih uslova, također ni na taj način što to neće biti izričito određeno, ali će se desiti posredstvom nedovoljno jasnog normiranja. Isto tako se garantiranje slobode radija ne smije prepustiti statutarnoj regulaciji osnivača ili ugovornoj regulaciji.

Zadatak koji slijedi iz Ustava, da se sloboda radija pravno uobliči, ne opravdava međutim ograničavanje osnovnog prava. Ono je dopušteno samo u skladu sa čl. 5 st. 2 Ustava, prema kojem prava iz prvog stava nalaze sopstvene granice samo propisima opštih zakona, zakonskim odredbama o zaštiti omladine i u pravu ličnog ugleda.

Kako će zakonodavac ispuniti svoj zadatak, stvar je sopstvene odluke. Ustav mu ne propisuje odgovarajuću formu; važno je samo da bude zagarantirano slobodno, obuhvatno i istinito obrazovanje mišljenja u navedenom smislu. Zakonodavac posebno mora odrediti mjere koje osiguravaju da radio neće biti predat jednoj ili nekoj pojedinačnoj društvenoj grupi, da sve društvene snage dođu do izražaja u cjelini programske šeme i da sloboda izvještavanja ostane nedirnutu (usp. BVerfGE 12, 205 [262]; 31, 314 [325 i dalje]).

c) Potreba za uobličavanjem zakonskih propisa ostaje i onda kada ne postoji problem manjka radijskih frekvencija kao i problem visokih finansijskih troškova oko organiziranja radio stanica koji su, u vezi sa modernim razvojem, uslovljeni posebnom situacijom radija. Savezni ustavni sud je u svojim dosadašnjim presudama polazio od



ove posebne situacije (BVerfGE 12, 205 [261]; 31, 314 [326]); ostalo je otvoreno šta će se desiti ako ona otpadne (usp. BVerfGE 31, 314 [326]). I u takvom slučaju mora se ostati pri ustavnopravnom zahtjevu donošenja zakonskih mjera za garantiranje slobode radija. Istina, može biti neophodno da se one u širem obimu ograniče na uzak krug osnivača radio-difuznih organizacija i da se upotrebe druga sredstva u jednoj situaciji koja se razlikuje od stanja u kojem ograničenje više ne postoji. Ali, neophodno je da se vodi računa o zakonskim mjerama koje garantiraju slobodu radija u navedenom smislu.

Također, u slučaju da dosadašnja ograničenja postanu izlišna, ne može se sa sigurnošću očekivati da programske ponude u svojoj cjelini, snagom zakona konkurencije, odgovore potrebama slobode radija. Sigurno je da postoje argumenti koji govore u prilog dostizanju određene raznolikosti, kako ona danas karakterizira dnevne novine. No, ovdje se radi samo o jednoj mogućnosti. Dok je historijski razvoj štampe vodio do određene ravnoteže, tako da se danas načelno može biti zadovoljno osiguranjem obuhvatnog informiranja i obrazovanja mišljenja posredstvom štampe, kako bi se zadržalo postojeće stanje, ne može se, posebno za početak, polaziti od takvog stanja na području privatnog radija. Neizvjesno je, prema tome, da li će zbog uklanjanja dosadašnjih manjkavosti u cjelokupnom programu, kao zbiru svih emitiranih domaćih programa, stvarno doći do riječi bar jedan manji dio društvenih grupa i duhovnih pravaca, da li će ovim nastati „tržište shvatanja“ na kojem će se u potpunosti izraziti mnoštvo misaonih pravaca. Upravo se, uz sve to, u medij, koji je u rangu radija, mora uračunati mogućnost jendoumlja i opasnost zloupotrebe u svrhu jednostranog upliva na javno mišljenje (...). Kod takvog stanja stvari neće biti u skladu sa ustavnopravnim zahtjevom da se zajamči sloboda radija ako budu isključena samo državna uplitanja i ako radio bude prepušten slobodnoj utakmici snage (usp. BVerfGE 31, 314 [325]); u toliko manje što bi jednom ostvaren negativan razvoj – ako do njega uopšte dođe – samo uslovno i pod vrlo otežanim pretpostavkama ponovo mogao biti poništen.

Prevashodno je zakonodavac odgovoran za uspostavu cjelokupne ponude u kojoj bi se predstavilo mnoštvo različitih mišljenja koje je konstitutivno za slobodnu demokratiju. Prisutna je opasnost da mišljenja koji su upućena na javno saopštavanje budu isključena iz javnog obrazovanja mišljenja i da emiteri, koji posjeduju radio frekvencije i finansijska sredstva, stave javno mišljenje pod kontrolu (...).

To zasigurno nije moguće ostvariti; no mora postojati odgovarajuća vjerovatnost da se u radio sistemu koji je određen zakonom uspostavi tako raspoređena uravnoteženost raznovrsnosti.

Na ovoj potrebi se ništa ne mijenja uzimanjem u obzir da su ispunjeni zahtjevi slobode radija, ako ništa drugo, a ono posredstvom javnopravnih ustanova, tako da se – svaki put prema pravu – sve mjerodavne društvene grupe i pravci mogu artikulirati u okvirima javnopravnih programa, a učesnici se mogu obuhvatno informirati. Jer, dodatno jednostrano uzimanje u obzir samo pojedinih misaonih pravaca u području

privatnih radio stanica bi omelo, ako ne i ukinulo, ravnotežu „dolaženja-do-riječi“, za koju je bitan pristup cjelni programa koji su dostupni pojedinačnom učesniku

2. U predmetnom postupku nije potrebno do kraja razjasniti kakve pojedinačne uslove, prema gornjim objašnjenjima, stavlja Ustav pred zakonsku regulaciju privatnih radija. To u pojedinostima vrijedi za pitanje, da li financiranje privatnih radija treba regulirati zakonom kao bitan element – otprilike zbog mogućeg utjecaja na uobličavanje programa ili na situaciju ostalih medija, npr. štampe.

a) U svakom slučaju, u pitanja koja zakonodavac mora regulirati kao bitna ulazi odluka o osnovnim linijama ustrojstva radija; za uvođenje privatnog radija je potreban zakonski osnov i odluka parlamenta. To jednako vrijedi i za vremenski i teritorijalno ograničene pokušaje, jer oni imaju isti odnos prema osnovnom pravu kao i definitivni propis. Istina, zakonodavac ovim dobija značajniju slobodu uobličavanja; jer, takvi pokušaji služe prikupljanju iskustva (usp. BVerfGE 54, 173 [202] sa daljim napomenama).

b) Zakonodavac se ovdje ne smije zadovoljiti načelnom odlukom.

Potrebne su i dodatne zakonske odredbe koje u okviru osnovnog modela osiguravaju da radio neće biti prepušten nekoj pojedinačnoj društvenoj grupi i da relevantne snage u cjelokupnoj programskoj ponudi mogu doći do riječi.

Ako se zakonodavac odluči za „zajedničko-pluralnu strukturu“ osnivača – kojoj se prema TV-Presudi - *Fernsehurteil* (BVerfGE 12, 205 [262]) ne može ništa prigovoriti – dakle, za organizaciju u kojoj se utjecaj pojedinačnih snaga posreduje svaki put interno, preko organa, potrebna je primjerena odredba koja vodi računa o značaju postojećih socijalnih snaga i pridaje odgovarajući značaj mjerodavnim društvenim snagama kao i osiguranju efektivnog utjecaja organa u kojem su one predstavljene.

Zakonodavac može, međutim, izabrati i druge organizacione oblike, u koliko odgovarajućim mjerama zajamči da kompletna ponuda domaćih programa stvarno i u bitnom odgovara postojećoj raznovrsnosti mišljenja. Ako on pri tom želi uspostaviti i osigurati slobodu radija eksternom („vanjsko-pluralnom“) raznovrsnošću mišljenja, onda ni kod takvog rješenja ne smije odustati od reguliranja; garancija slobode ostaje u domenu njegove odgovornosti (gore pod 1 c)). Dok god ne stoji na raspolaganju odgovarajući broj frekvencija postoji mogućnost, koja je u skladu sa ovom odgovornošću, da više radio stanica koristi istu frekvenciju u vremenski ograničenom roku.

c) Zakonodavac, osim toga, za cjelokupan programski sadržaj mora učiniti obaveznim smjernice koje garantiraju minimum programske uravnoteženosti, određenosti i uzajamnog uvažavanja (BVerfGE 12, 205 [236]). Kod „zajedničko-pluralne“ strukture osnivača ova pretpostavka obavezuje svakog pojedinačnog osnivača za cjelokupni programski sadržaj. Kod „vanjsko-pluralnih“ modela pojedinačne osnivače ne obavezuje programska uravnoteženost; oni, ipak, ostaju

obavezani na obuhvatno i istinito informiranje i na minimum uzajamnog poštovanja. Pored toga, svi su osnivači vezani ograničenjima iz čl. 5. st. 2 Ustava. Poimenično, mora se voditi računa o zaštiti omladine u zakonima o radiju.

d) Isto tako, u neophodne zakonske propise o privatnom radiju, spada normiranje ograničenog državnog nadzora koji služi – samo – jednom zadatku, da se osigura poštovanje odredbi koje se donose radi garantiranja slobode radija (usp. BVerfGE 12, 205 [262]).

e) Konačno, neophodna je prethodna provjera svakog oblika zakonskog uređivanja radija, kako bi se ustanovilo da li su kod odobrenja rada za privatnog osnivača radija ili osnivača koji mu je pristupio zadovoljene izložene pretpostavke. Ako se zakonodavac odlučio za organizaciju radio-difuznih medija koja obuhvata privatni radio, on mora donijeti propise o pristupu, odnosno o otkazivanju pristupa, koji podliježe prethodnoj provjeri, a za provjeru i donošenje odluke o pristupu mora osigurati pravnodržavni postupak. Takav postupak davanja dozvola mora biti u službi provjere opštih pretpostavki, npr. poslovne sposobnosti ili pouzdanosti podnosioca zahtjeva, i služiti garancijama slobode radija kako to zahtijeva ustavno pravo.

Pri tom je obaveza zakonodavca da sam odredi pretpostavke za dodjelu ili za uskraćivanje dozvole. Zakonodavcu je zabranjeno na osnovu pridržavanja parlamenta (gore pod 1 b]) da pravo na donošenje odluke o osnivanju privatnog radija prenese na egzekutivu.

Takvo pridržavanje, zajedno sa principom podjele vlasti, nalažu mu da sam razgraniči pravnu sferu u kojoj leži državna mjera. Zakon mora sadržajno normirati djelatnost uprave i ne smije se ograničiti na ustanovljavanje opštih načela (BVerfGE 52, 1 [41] – Kleingärten). Isto vrijedi za povlačenje dozvole.

f) U koliko mogućnost proširenja koja mu stojina raspolaganju ne dopušta da svim zainteresiranim osnivačima omogući osnivanje privatnih radio stanica, moraju se u propise o osnivanju radija unijeti i propisi o izboru kandidata. To zahtijeva načelo jednakosti (čl. 3 st. 1 Ustava).

Ne smije se prepustiti slučaju ili slobodnoj igri moći pitanje, u čiju korist se treba odlučiti u uslovima postojanja ograničenih mogućnosti za osnivanje programa. Nije, također, dovoljno da se odluke prepuste slobodnoj diskrecionoj odluci egzekutive. To bi bilo nespojivo s principom pridržavanja zakona (usp. BVerfGE 33, 303 [345 i dalje]) – Numerus clausus). Zakonodavac sam određuje pretpostavke pod kojima se mora otvoriti ili otkazati pristup i mora omogućiti pravnodržavni postupak u kojem će se odlučivati o ovome. Bez većih poteškoća se može izići u susret zadatku jednakog tretmana u sistemu koji omogućuje raspodjelu vremena predviđenog za emitiranje, koje se po potrebi može kratiti. Ako to nije dovoljno, odnosno, ako se zakonodavac opredjelio za sistem u kojem će se pojedinim osnivačima dodjeljivati samo licence za pune programe, on mora utvrditi načela izbora koja jamče jednake šanse svim kandidatima (BVerfGE 33, 303 [345]); stepen realizacije šansi mora biti određen

objektivnim, stvarnim i individualno prihvatljivim kriterijumima (usp. BVerfGE 43, 291 [316 i dalje]).

## 79) BVerfGE 73, 118 (4. Rundfunkentscheidung) 4. Odluka o radio stanicama

1. a) U dualnom ustrojstvu radija, koje se na osnovu novih zakona o medijima obrazovalo u većini njemačkih zemalja, je nadležnost javnopravnih ustanova da obezbijede „osnovnu opskrbu“ („*Grundversorgung*“) svojim zemaljskim programima koji su dostupni skoro cijelom stanovništvu i da budu u stanju da ponude sadržajno obuhvatan program. Ovakav zadatak obuhvata esencijalne funkcije radija u demokratskom uređenju kao i u kulturnom životu u Saveznoj Republici. Upravo to opravdava postojanje javnopravnog radija i njegovu specifičnost. Ovako postavljeni zadaci čine neophodnim da se osigura ispunjenje tehničkih, organizacionih, personalnih i finansijskih preduslova.

b) Sve dok je osigurano izvršavanje spomenutih zadataka unutar javnopravnih radija, čini se da nije opravdano od privatnih radio-distributerskih kuća zahtijevati istu širinu programske ponude i osiguranje raznolikosti, kao što se to zahtijeva od javnopravnog radija. Mjere koje će zakonodavac donijeti moraju biti jasne i pogodne da, po mogućnosti, uspostave i osiguraju visoku mjeru ujednačene raznovrsnosti u okviru privatnog radija. Za kontrolu posredstvom (eksternih) tijela i sudova koji su stvoreni kako bi se osigurala raznovrsnost, mjerodavan je određeni osnovni standard koji obuhvata bitne pretpostavke raznovrsnosti mišljenja: mogućnost da u privatnom radiju do izražaja dođu svi misaoni pravci – i oni manjinski – i isključenje jednostranih, u visokoj mjeri neuravnoteženih utjecaja pojedinačnih osnivača ili programa na obrazovanje javnog mišljenja, poimenice sprečavanje nastajanja jednoulja. Zadatak je zakonodavca da striktno provede ovaj osnovni standard posredstvom materijalnih, organizacionih i procesnopravnih propisa.

2. Ovim i drugim zahtjevima načelno izlazi u susret koncepcija za uređenje privatnog radija, koji se finansira iz reklama, kojom se pored opšteg minimuma pretpostavki za osiguranje raznovrsnosti i uravnoteženosti programa jasno regulira da će se briga o njihovom održavanju, kao i sve odluke koje su značajne za program, prenijeti na eksterni organ koji je neovisan o državi i ne stoji pod utjecajem mjerodavnih društvenih snaga kao i djelotovorne zakonske mjere protiv koncentracije mišljenja.

3. (...)

**Presuda Prvog senata od 4. novembra 1986.  
Na osnovu usmene rasprave od. 3. juna 1986  
- 1 BvF 1/84 -**

u postupku povodom zahtjeva da se provjeri da li je Zakon o radiju (*Landesrundfunkgesetz*) zemlje Niedersachsen od 23. maja 1984. (GVBl. S. 148) u skladu sa Ustavom. Podnosilac zahtjeva: Dr. Hans-Jochen Vogel, član Bundestaga, i 200 drugih članova Bundestaga.

**80) BVerfGE 74, 297**  
**(5. Rundfunkentscheidung)**  
**5. Odluka o radio stanicama**

1. Ustavopravna garancija slobode radija principijelno sprečava zakonodavca da zabranjuje organiziranje odgovarajućih radijskih programa kao i komunikacionih službi koje su slične radiju ili da donosi druge mjere koje skraćuju mogućnost da se prilozima koji se emitiraju putem radija utječe na obrazovanje javnog mnijenja. Zakonodavcu je također zabranjeno da izvan osnovne opskrbe informacijama putem javnopravnih ustanova (BVerfGE 73, 118 [157 i dalje] prepusti organizaciju ovih programa i pratećih službi isključivo privatnicima.
2. Nije u skladu sa čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava da zakon o medijima zemlje Baden-Württemberg (*Landesmediengesetz Baden-Württemberg – LMedienG*) onemogući radio ustanove savezne zemlje da emitiraju regionalne i lokalne programe (§ 13 st. 1 i 2) i da pripremaju tonske i slikovne emisije posredstvom radijskih kuća u saveznoj zemlji, tako što zakonom ili državnim ugovorom uslovljava dobijanje posebnog odobrenja (§ 45 st. 2).

Suprotno tome, ne može se ništa u ustavnopravnom smislu prigovoriti:

- a) zabrani reklamiranja u javnopravnom regionalnom radiju i lokalnom radiju (§ 13 st. 2 rečenica 4 LMedienG),
- b) pridržavanju posebnih zakonskih ili državnim ugovorom predviđenih odobrenja radijskih programa ili zemaljskih radio stanica kojima ostaje mogućnost pretplate ili pojedinačnog finansijskog obeštećenja (§ 13 st. 3 LMedienG),
- c) ograničavanju kooperacije između privatnih i javnopravnih radijskih ustanova (§ 13 st. 4 LMedienG),

d) obavezivanju zemaljski radijskih ustanova da slobodne kapacitete videoteksta koji postoje u njihovim programima stave na raspolaganje privatnim kućama (§ 44 st. 3 LMedienG)

**Rješenje Prvog senata od 24. jula 1987.  
- 1 BvR 147, 478/86 -**

U postupku ustavne tužbe Prvog južnonjemačkog radija (*Süddeutscher Rundfunk*), ustanove javnog prava protiv (...) Zemaljskog zakona o medijima Baden-Württemberg (LMedienG).

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Predmet ustavne tužbe je u osnovi pitanje, da li je sa Ustavom spojivo da javnopravne radijske ustanove koje su se trenutno obrazovale u okvirima dualnog ustrojstva radija budu isključene iz mogućnosti pripremanja određenih radijskih programa i komunikacionih službi koje su slične radiju i da ih – moguće je samo u prelaznom vremenu – prepuste isključivo privatnicima.

(...)

**C.**

Tužbe su osnovane u mjeri u kojoj onemogućavaju apalantu da organizira regionalne i lokalne radio stanice (...) i u kojoj se odnose na obavezu pridržavanja posebnog odobrenja koje se na osnovu zakon ili državnog ugovora do opoziva dodjeljuje za rad sa tonskim snimcima i pokretnim slikama. (...)

**I.**

Za ustavnopravnu provjeru je mjerodavna sloboda radija koja je zajamčena u čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava.

Sloboda radija je u službi istih zadataka kao i sve garancije iz čl. 5 st. 1 Ustava: one jamče slobodno individualno i javno obrazovanje mišljenja i to u obuhvatnom smislu koji nije ograničen naprosto izvještavanjem o političkim stavovima ili na njihovo posredovanje (BVerfGE 57, 295 [319] sa daljim uputstvima – privatni radio u Saarlandu; 59, 231 [257 i dalje]; 73, 118 [152] – Zemaljski zakon o radiju Niedersachsena). Slobodno mišljenje se obrazuje u procesu komunikacije. Ona na jednoj strani podrazumijeva slobodu da se mišljenje izražava i da se prenosi, na drugoj strani slobodu da se izraženo mišljenje uzme na znanje, da se informira. (...)

Radio je „medij“ i „faktor“ ovog procesa koji je zaštićen ustavnim pravom (BVerfGE 12, 205 [260]). Sloboda radija je, prema tome, primarno sloboda obrazovanja mišljenja

u njenim subjektivnim i objektivnim elementima slobode koja opslužuje: ona u uslovima moderne masovne komunikacije obrazuje nužnu nadopunu i osnaženje ove slobode; ona služi garantiranju slobodnog i obuhvatnog obrazovanja mišljenja posredstvom radija (BVerfGE 57, 295 [319 i dalje]).

To prije svega zahtijeva oslobađanje radija od državne vladavine i državnog utjecaja. Nadalje je potrebno zajamčiti pozitivan pravni poredak koji osigurava da će mnoštvo različitih mišljenja doći do izražaja na radiju, što je moguće šire i obuhvatnije, i da će na taj način biti ponuđene obuhvatne informacije. Kako bi se ovo doseglo neophodne su materijalne, organizacione i procesne odredbe koje su orijentirane na ovakve zadatke radija i zbog toga postižu upravo ono što želi čl. 5 st. 1 Ustava. Kako će zakonodavac realizirati ove zadatke to je – u granicama koje su povučene garancijom – njegova stvar. Važno je jedino da je zajamčeno obrazovanje mišljenja slobodno, obuhvatno i istinito, u navedenom smislu (BVerfGE 57, 295 [321]; 73, 118 [152 i dalje]).

Ustavopravnim zahtjevima se može, kako je to Savezni ustavni sud odlučio presudom od 4. novembra 1986. (BVerfGE 73, 118 [157] i dalje), u današnjim uslovima i s obzirom na razvoj koji se očekuje u dogledno vrijeme, izići u susret dualnim ustrojstvom radija, kako se on trenutno obrazovao u većini njemačkih saveznih zemalja.

U tom ustrojstvu je „osnovna opskrba“, koja je neophodna, nadležnost javnopravnih ustanova: u znaku proširenja radijske ponude preko privatnih i evropskih programa potrebno je zajamčiti da će biti ispunjena klasična funkcija radija koja ne igra ulogu samo kod obrazovanja mišljenja i političke volje, zabave ili informiranja koje prelazi tekuće izvještavanje, nego obuhvata i njegovu odgovornost za kulturu. Zadaci koji su mu u tom pogledu postavljeni čine neophodnim da se osiguraju tehničke, organizacione, personalne i financijske pretpostavke njihovog ispunjenja.

Sve dok je na djelotvorni način vršenje ovih zadataka osigurano bar posredstvom javnopravnog radija, čini se opravdanim da se ne postavljaju jednaki zahtjevi u pogledu širine programske ponude i u pogledu osiguranja ravnoteže raznovrsnosti pred privatni radio, kao što se to čini sa javnopravnim radijskim ustanovama. Mjere koje zakonodavac mora donijeti moraju, međutim, biti određene i podobne da se na privatnom radiju dostigne i osigura visoka uravnoteženost raznovrsnih sadržaja.

## II.

Budući da propis § 13 st. 2 rečenica 1 i 2 LMedienG onemogućuju apalenta da organizira regionalne i lokalne radio programe, on je u suprotnosti sa čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava.

1. To ne slijedi naprosto iz činjenice da zemaljski Zakon o medijima ne predviđa osnovnu opskrbu zemaljskim radijskim ustanovama u regionalnom i lokalnom području.

a) Sa pojmom osnovna opskrba je Savezni ustavni sud (...) opisao zadatke radija koji su neophodni i koji u uslovima nastajanja novog dualnog uređenja radija, koje se obrazuje na osnovama novih zemaljskih zakona o medijima, u svakom slučaju moraju biti efektivno osigurani u okviru javnopravnih radio ustanova. (...) kako se iz objašnjenja jednoznačno vidi, pojam ne označava samo minimalno opskrbljivanje, na koje je javnopravni radio ograničen ili koje se bez posljedica može reducirati na one zahtjeve koji se stavljaju pred privatni radio. Isto tako se ne radi o povlačenju granica ili o raspodjeli zadataka između javnopravnog i privatnog radija, u smislu da programi i emisije koje se mogu uračunati u osnovnu opskrbu trebaju biti ili mogu biti zadržani za javnopravni, a svi ostali za privatni radio. Prema presudi od 4. novembra 1986. su bitna tri elementa: tehnika prenošenja koja svima mora osigurati prijem programa sve do savremene tehnike prenošenja signala zemljinom površinom (BVerfGE 73, 118 [123]; dalje, sadržajni standard programa u smislu ponude koji prema svom predmetu i vrsti ponude ili tretmana ne odgovara očekivanjima koja se stavljaju pred radio samo djelimično nego u cjelini, konačno djelotvorno osiguranje uravnotežene raznovrsnosti u ponudi postojećih pravaca mišljenja posredstvom organizacionih i procesnih mjera.

Koji programi javnopravnih radio stanica u pojedinostima ulaze u neophodnu osnovnu opskrbu (...) ne može se izolirano odgovoriti za pojedine programe ili programske dijelove ovih ustanova, jer osnovna opskrba podrazumijeva uvijek mnoštvo programskih pretpostavki.

b) (...)

aa) U pogledu zadatka da se programski izrazi političke, privredne i kulturne posebnosti razvoja u regionalnom i lokalnom području, nije jednoznačno određeno da se osnovna opskrba mora obezbijediti za jednu saveznu zemlju ili uz opskrbu koja se odnosi na zemlju u cjelini. Jer, broj mogućih tema za specifično regionalne ili lokalne emisije jedva da bi mogao biti dovoljan da se utemelji neophodnost široke i potupne ponude zemaljskih radio kanala koji bi bitno prelazili ponudu privatnih emitera. Isto tako ne bi mogao ni privatni ni javnopravni regionalni i lokalni program, popuniti svoje cjelodnevne emisije predmetima specifično regionalnog ili lokalnog karaktera; oni bi se svakako morali ograničiti na nekoliko sati dnevno. Za prostorno ograničenje programa koji se primaju je osnovna opskrba zajamčena upravo programima koji se pripremaju za cijelu saveznu zemlju.

bb) Također se u regionalnim i lokalnim programima, kojima s pravom mora biti pripisan pojačan značaj, mora djelotvorno osigurati adekvatna artikulacija mnoštva shvatanja iz svakog prostora. Kako bi se ovo dostiglo određena je osnovna opskrba posredstvom radio ustanova u saveznim zemljama, kada uravnotežena raznovrsnost mišljenja u regionalnom i lokalnom radiju nije na jednako djelotvoran način osigurana zakonskim uređivanjem privatnog radija.

(...)



2. a) U dualnom ustrojstvu radija (...) bi imala smisla dopuna dosadašnje ponude javnopravnih ustanova programima privatnih stanica samo ako bi pristup novih emitera i programa u cjelini poboljšavao radio-opskrbu – iako privatni radio, uzev za sebe, prema današnjim uslovima ne odgovara sasvim pretpostavkama čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava. Takvo poboljšanje jednom ovisi o ponudi velikog broja programa, jer se time povećava šansa za većom sadržajnom raznovrsnošću. Drugi put se radi o konkurenciji između ovih programa. Paralelitetu između javnopravnog i privatnog radija prethodi (između ostalog) zamisao da će publicistička konkurencija između njih podsticati i oživjeti cjelokupnu ponudu u zemlji i da će raznovrsnost mišljenja na taj način biti ojačana i proširena. Sa ovim je nespojivo da se privatnom radiju pripiše publicistička konkurencija u odnosu na javnopravni radio, a da se javnopravnom radiju takva konkurencija zabrani; slobodno, obuhvatno i istinosno obrazovanje mišljenja živi od toga da se učesnicima u ovom procesu ne uskrate informacije i da se jedno mišljenje suprotstavlja drugom mišljenju, tako što se jedno od njih mora potvrditi ili mora biti korigirano; zabrane priloga o duhovnim raspravama nikada nisu osiguravale slobodu mišljenja, a da se i ne govori o njegovom podsticanju. Ako je zadatak slobode radija da omogući i zaštititi slobodno obrazovanje mišljenja, onda garancija principijelno brani zakonodavcu da zabrani proizvodnju određenih programa, ili da donese druge mjere kojima bi se skratila mogućnost da se posredstvom radija emitiraju prilozi koji služe obrazovanju mišljenja. Zakondavac je prevashodno u obavezi da izvan osnovne opskrbe načelno odobri slobodno stvaranje radio programa pod istim uslovima.

Utoliko programi javnopravnih radija doprinose obogaćivanju i raznovrsnosti programske ponude; oni omogućuju i proširuju publicističku konkurenciju kao element života slobode mišljenja. Istina, oni ne mogu u situaciji nestašice slobodnih frekvencija ili kanala zahtijevati prednost, ali mogu isti rang kao i programi drugih radio stanica, i kao za ove mora i za javnopravne radio stanice postojati mogućnost da se finansiraju takvi programi.

Za radio u regionalnom i lokalnom području je naredeno načelo od posebnog značaja. U tom području je broj priloga u štampi i radiju, koji se odnose na regiju ili mjesto, značajnije niži nego što je to slučaj sa područjem koje se prostire izvan regije; vrlo često se, ako ne i u pravilu, radi o novini uz koju još uvijek, u najboljem slučaju, ima mjesta za regionalni ili lokalni radio program kojeg ne drži mjesni izdavač novina. U takvoj situaciji, zabraniti javnopravne regionalne i lokalne programe, ne znači ništa drugo nego da se djelotvorna publicistička konkurencija isključi u cjelini ili u jednom bitnom dijelu.

(...)

b) Takvo kraćenje ne pokriva zadatak zakonodavca iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava da uobličiti slobodu radija (gore pod I). (...)

Mjerodavan razlog za zabranu javnopravnih programa u regionalnom i lokalnom radiju ne ispunjava ove pretpostavke. (...)

## 81) BVerfGE 83, 238 (6. Rundfunkentscheidung) 6. Odluka o radio stanicama

1. a) Čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava obavezuje državu da zajamči osnovnu opskrbu koja u dualnom ustrojstvu radija pripada javnopravnom radiju.

b) Granice koje su stavljene garanciji postojanja i razvoja javnopravnog radija slijede iz funkcije koju on mora ispuniti u okviru komunikacionog procesa zaštićenog čl. 5 st. 1 Ustava.

Garancija postojanja i razvoja javnopravnog radija se proteže i na nove medije posredstvom novih tehnika koje bi ubuduće mogle preuzeti funkciju današnjeg radija.

2. a) U dualnom ustrojstvu radija zakonodavac nije obavezan snagom Ustava da javnopravne i privatne radijske ustanove strogo odvoji jedne od drugih. Iz Ustava ne slijedi obaveza na „konzistentan model“.

b) Ako zakonodavac otvori mogućnosti kooperacije ili zajedničkog rada na programima, on mora osigurati da će javnopravni radio biti u stanju da u punom obimu ispuni osnovnu opskrbu. To petpostavlja da su programski segmenti uzajamno odvojivi i da se mogu pripisati njihovim nosiocima.

c) Odluku o modelu radija mora donijeti sam zakonodavac. On je ne smije prepustiti dogovoru radijskih ustanova. Ovdje se nalaze granice mogućnosti kooperacije javnih i privatnih radio-ustanova.

d) Objavljivanje štampanih djela, sa sadržajima koji se prvenstveno odnose na programe, je pokriveno slobodom radija, pod uslovom da se ovo može podvesti pod krug zadataka koji pripadaju radiju i to kao sporedna djelatnost koja podupire njegov rad.

3. a) U dualnom ustrojstvu radija dopušteno je prema Ustavu, ali nije poželjno, da se pred privatne radio ustanove stavljaju niži zahtjevi u pogledu širine programske ponude i osiguranja uravnotežene raznovrsnosti, nego što se stavljaju pred javnopravni radio.

b) Raznovrsnost mišljenja je primjeren kriterijum izbora prilikom odobravanja privatnih radio ustanova. U tim okvirima zakonodavac smije uzeti u obzir mogućnost da uposlenici u redakciji formiraju program (...).

c) Zakonodavac mora ustanoviti zadovoljavajuće kriterije za raspodjelu

kapaciteta za prenos programa između javnopravnog i privatnog radija.

4. a) Ciljevi koje stoje u osnovama nordrhein-westfalskog „modela dva-stupa“ se ne mogu osporiti Ustavnim pravom. Model je načelno podoban da osigura u lokalnom području slobodu radija.
  - b) Kod domaće pluralne organizacije privatnog radija zakonodavac mora utvrditi koje se društvene snage i grupe smiju uključiti u organizaciju radija. Zakonski katalog društveno relevantnih grupa je u skladu sa Ustavom sve dok je izbor usklađen u smislu zajamčene ranoteže raznovrsnosti.
  - c) Učešće opština u organizacionim zajednicama i društvima lokalnog radija u Nordrhein-Westfalenu nije u suprotnosti sa zahtjevom državne neovisnosti radija.
5. a) Kontrolna tijela radija ne smiju služiti reprezentaciji organiziranih interesa ili mišljenja, nego osiguranju raznolikosti mišljenja u radiju.
  - b) Zakonodavac ima široku slobodu uobličavanja kontrolnih tijela. Čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava zahtijeva jedino da sastav tijela bude podoban da zajamči slobodu radija.

**Presuda Provg senata od 5. februara 1991. Donešena  
na osnovu usmene rasprave od 30. oktobra 1990.  
- 1 BvF 1/85, 1/88 -**

## **82) BVerfGE 87, 181**

### **(7. Rundfunkentscheidung)**

### **7. Odluka o radio stanicama**

1. Ako zakonodavac organizaciju radija u cijelini ili djelimično prenese na javnopravnu ustanovu, čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava zahtijeva da on finansijski osigura ispunjavanje ovog naloga.
2. Finansiranje javnopravnih radijskih ustanova mora prema vrsti i obimu odgovarati njihovoj funkciji i ne smije ugrožavati njihovu programsku autonomiju, kako je jamči čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava.
3. Vrsta finansiranja koja je primjerena javnopravnom radiju jeste radio pretplata. Mješovito finansiranje je dopušteno samo ako se time ne potisne finansiranje radio pretplatom.
4. Obim obaveze da se zajamče finansije je usmjeren na programe koji

odgovaraju funkciji javnopravnog radija i koje su potrebne za njeno održavanje.

5. Odnosna veličina koja je potrebna da se odredi ispunjavanje zadatak nije pojedinačni program nego programska ponuda neke javnopravne radijske ustanove u cjelini.
6. Obaveza na ujednačavanje prihoda koji se prikupljaju po osnovu zakona postoji samo onda kada programska ponuda jedne radio ustanove ne može u potrebnom obimu biti durkčije održavana.

**Rješenje Prvog senata od 6. oktobra 1992.**

**- 1 BvR 1586/89 i 487/92 -**

(...)

OBRAZLOŽENJE:

Radio Hessen se ustavnom tužbom suprostavlja zabrani reklamiranja u njegovom Trećem programu.

**I.**

Apelant emitira kao jedina javnopravna radijska ustanova u Njemačkoj u svom Trećem programu reklame. Emitiranje je otpočelo 1985. sa namjerom da se obezbijede prihodi za finansiranje novog četvrtog radio programa. On postoji kao hr 4 od 6. oktobra 1986. i služi kao, regionalni program, dopuni radio programima apelanta koji se već duže vrijeme emitiraju. Program njeguje „mirnu zabavnu muziku“ i prema sadašnjoj programskoj shemi se emitira tri puta dnevno, ukupno 95 minuta regionalnog uključivanja. Program po satu prima okruglo 220.000 slušaoca (u usporedbi sa 140.000 slušalaca kod hr 1 i okruglo 320.000 slušalaca kod hr 3). Troškovi za ovaj program su na početku iznosili 16,5 Mio DM, danas ono leže kod 24 Mio. Oni su na početku obezbjeđivani, najvećim dijelom, okruglo 12 Mio DM iz reklama Trećeg televizijskog programa, što je iznosilo oko 15 Mio DM. Nakon što su oni pali na okruglo 12 Mio DM ne mogu više pokrivati ni polovinu troškova Četvrtog radio progama.

(...)

**II.**

1. a) U Državnom ugovoru o novoj regulaciji radija od 1/3. aprila 1987. savezne zemlje su se dogovorile da zadrže ograničenja za reklame u trećim programima koja postoji od 1. januara 1987. Za apalenta je utvrđen prelazni propis. (...)

Stvarni značaj ovog propisa se vidi iz činjenice da ni u jednom trećem programu ne smiju biti objavljivane reklame. (...)

2. Na mjesto dosadašnje regulacije državnim ugovorom je u međuvremenu stupio Državni ugovor o radiju u ujedinjenoj Njemačkoj od 31. augusta 1991. godine. On je od 1. januara 1992. na snazi. Ovaj ugovor za (cijelu) državu sažima različite pojedinačne državne ugovore. Čl. 1 sadrži Državni ugovor o radiju i zamjenjuje pojedinačne državne ugovore starih saveznih zemalja od 1/3. Aprila 1987. Zabrana reklamiranja je zadržana. Čl. 1 § 15 st. 2 rečenica 1 glasi:

„U svim saveznm zemljama u kojima se prenose televizijski programi ARD i ZDF kao i u trećim programima se ne reklamira.“

Ova odredba se primijenjuje na apelanta koji i dalje, kao jedina javnopravna radijska ustanova, u svom Trećem programu emitira reklame prema prelaznom propisu (...) tek od 1. Januara 1993.

### III.

1. Ustavnom tužbom pod 1) apelant utužuje propis iz § 3 a st. 1 HR-G.

(...)

2. Dopisom od 28. marta 1992. je apelant podigao ustavnu tužbu protiv čl. 1 i čl. 2 st. 2 rečenica 1 i 2 Hesenskog zakona o Državnom ugovoru o radiju u ujedinjenoj Njemačkoj od 31. augusta 1991. u vezi sa čl. 15 st. 2 rečenica 1 ovog državnog ugovora.

O neophodnosti takve ustavne tužbe on navodi: Ako Savezni ustavni sud ne dijeli shvatanje o surogaciji norme, utvrđivanje da je § 3 a HR-G bio u suprotnosti sa Ustavom ne odstranjuje sadržaj propisa koji sada važi. Čak i ako je utvrđena njena materijalna neustavnost, ona egzistira formalno i ostavlja privid važenja. Ovo može biti uklonjeno samo proglašavanjem ništavosti.

(...)

### B. I.

Ustavna tužba pod 1) nije dopuštena.

Ona je usmjerena protiv § 3 a HR-G koji je u međuvremeno nadomješten propisom istog sadržaja, čl. 1 § 15 st. 2 u vezi sa čl. 7 st. 3 rečenica 3 Državnog ugovora o radiju u ujedinjenoj Njemačkoj, na koji je hesenski parlament dao saglasnost. U takvom slučaju se ustavna tužba ne odnosi bez daljnjeg na normu koja je stupila na mjesto starog propisa. Apelant nije, međutim, bio spriječen da preformulira svoj zahtjev. Njegov dopis od 20. januara 1992. bi se mogao protumačiti u tom smislu. Međutim, nakon što je dopisom od 28. marta 1992. izričito uložio ustavnu tužbu protiv propisa koji sada važi, ne postoji potreba za pravnom zaštitom u odnosu na ustavnu tužbu pod 1). Norma na koju se odnosila ustavna tužba je ostala bez pravne snage i prije nego što je mogla ostvariti pravni učinak. On dostiže svoj cilj u neograničenom obimu

provjerom sadašnjeg propisa. Kako ovaj ima isti sadržaj kao i raniji, neće ostati nerazjašnjeno ustavno pitanje od posebnog značaja.

## II.

Ustavna tužba pod 2) je dopuštena.

(...)

Ustavna tužba pod 2) je neosnovana. Čl. 1 i 2 Hesenskog zakonda o državnom ugovoru o radiju u ujedinjenoj Njemačkoj u vezi sa čl. 1 § 15 st. 2 i čl. 7 st. 3 ovog Državnog ugovora nije u suprotnosti sa Ustavom.

(...)

## II.

Isto tako, nije povrijeđen ni čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava.

Kao pravo na slobodu, ovo osnovno pravo svojim nosiocima načelno ne jamči pravo na državnu brigu koja omogućuje vršenje osnovnog prava.

Za razliku od ostalih osnovnih prava koja jamče slobode, kod slobode radija se ne radi o osnovnom pravu koje je prenešeno njegovim nosiocima radi razvoja ličnosti ili ostvarivanja interesa. Sloboda radija je prevashodno opslužujuća sloboda. Ona služi obrazovanju slobodnog individualnog i javnog mišljenja (usp. BVerfGE 75, 295 [319], stalna pravosudna praksa). Sa ovakvim karakterom nije u skladu razumijevanje čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava koje se iscrpljuje u odbrani od državnog utjecaja i u svemu ostalom prepušta radio društvenim snagama. Radio prevashodno iziskuje zakonsko uređivanje kojim se osigurava da će on obavljati usluge koje su mu propisane Ustavom (usp. BVerfGE 57, 295 [320]; 83, 238 [296]).

2. Zakondavac ima široku slobodu uobličavanju ovog uređenje. Međutim, ako se on u interesu slobodnog obrazovanja individualnog i javnog mišljenja odluči da uobličavanje radio sistema u cjelini ili djelimično povjeri javnopravnim ustanovama, on onda nije snagom Ustava obavezan da respektira njihovu osnovnu slobodu. Njegova se obaveza prevashodno sastoji u stavljanju na raspolaganje finansijskih sredstava koja su neophodna za ispunjenje ovih zadataka. U suprotnom, oni ne bi mogli obavljati usluge koje zahtijeva čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava. Zakonodavčeva obaveza, da obezbijedi finansiranje javnopravnih radijskih ustanova, upravo odgovara pravu ustanova koje slijedi iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava, da dobiju sredstva koja su potrebna za ispunjenje njihovih zadataka.

(...)

3. Obim državne obaveze da zajamči finansije javnopravnim radijskim ustanovama se odvaja od njihove funkcije. Ovo leži u ustavopravnim temeljima i

konkretizirano je u zakonima saveznih zemalja o radio-televiziji, koji sa svoje strane moraju voditi računa o ustavnopravnim zahtjevima. Međutim, radijske ustanove su slobodne da, u okviru postavljenih ustavnopravnih ciljeva i zakonom određenih zadataka, odluče kako će ispuniti svoju funkciju. Ova sloboda slijedi iz osnovnog prava čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava čiji su nosilac upravo one. U centru zagaranirane slobode stoji programska autonomija. Ona je usmjerena protiv svakog instrumentaliziranja radija u svrhe vanpublicističke prirode. U prvoj liniji se ona odnosi na sadržaj i formu radio emisija. Stvar je radijski ustanova da na osnovu sopstvenih profesionalnih mjerila utvrde šta se u publicističkom smislu zahtijeva od radija.

Pitanje sadržaja i forme ponude programa se ne može sasvim odvojiti od pitanja broja i obima programa. (...)

Sa određivanjem obima programa je usko vezano i određivanje novčanih potreba radijskih ustanova. Iz ovoga ne slijedi obaveza zakonodavca da honorira svaku programsku odluku koju javnopravne radijske ustanove donesu u obavljanju njihovih zadataka. Za razliku od publicističkih odluka radijskih ustanova koje se odnose na usluge koje se nude slušaocima radija, finansijska odluka zakonodavca se primarno odnosi na radio pretplatu radijskim ustanovama. Obaveza slušaoca na pretplatu je opravdana prema svom osnovu, zato što služi održavanju radija kako to zahtijeva čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava i zato što to leži u zajedničkom interesu. Obaveza na davanje zbog toga postoji bez obzira na navike korištenja pojedinačnih slušaoca i veže se jedino za status slušaoca koji se utemeljuje posjedovanjem prijemnika. Uključivanje trećih u formi obaveze na novčana davanja je opravdano samo u mjeri koja se čini nepohodnom za ispunjavanje njegove funkcije.

Nije samo obaveza radijskih kuća da odredi šta je sve potrebno za ispunjavanje ove funkcije. Oni ne nude odgovarajuće jamstvo da će se pridržavati funkcionalne nužnosti prilikom uzimanja finansijskih sredstava od slušaoca. Radio ustanove, kao i svaka druga institucija, ima interes da se samopotvrđuje i da se širi, što se može otuđiti od drugih funkcija koje su joj prenešene. To tek važi pod uslovima konkurencije sa privatnim ustanovama koje su mnogo slobodnije u korištenju vlastitog novca i u oblikovanju svojih programa.

Isto tako se ne može prepustiti zakonodavcu da prema sopstvenom nahođenju određuje koja sredstva želi staviti na raspolaganje radijskim ustanovama za ispunjenje njihovih zadataka. To zabranjuje uska uvezanost programske slobode i finansiranja. Ako zakonodavac u finansijskom smislu uživa neograničenu slobodu odlučivanja on bi mogao zaobići ustavno pravo, koje stoji u suprotnosti sa neposrednom zabranom programa, tako što će dostići isti rezultat posredno, oduzimanjem ograničenja mogućnosti finansiranja (usp. BVerfGE 74, 297 [342]).

Savezni ustavni sud je zbog toga odlučio da se javnopravnim radijskim ustanovama mora omogućiti finansiranje onih programa čija proizvodnja ne proizilazi samo iz njegove specifične funkcije nego je potrebna i za vršenje ove funkcije (usp. BVerfGE 74, 297 [342]).

Kriterijum potrebnosti dopušta primjereno ujednačavanje između programske autonomije radijskih ustanova i finansijskih interesa radio-slušaoaca koje uvažava zakonodavac. On na jednoj strani ne ograničava javnopravni radio na ekstremno usku ponudu, nego vodi računa o njegovoj slobodi prilikom ispunjenja njegove funkcije koja je osigurana osnovnim pravom. Na drugoj strani ovo, međutim, sprečava da proširenje programa, koje bi radijske ustanove zasigurno željele, sa sobom povuče obavezu države na povišenje radio pretplate. Jer, ne može se definirati jednom zauvijek šta podrazumijeva ispunjavanje funkcije radija, nego to zavisi od okolnosti. One su u biti određene tehničkim razvojem i ponašanjem privatnih radija, prema kojem javnopravni radio u dualnom sistemu mora ostati publicistički konkurentan, ako sve skupa ne bi vodilo mimoilaženju zahtjeva iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava.

4. Tačno određivanje šta je sve finansijski neophodno da bi se održala funkcija javnopravnog radija podrazumijeva značajne poteškoće. Kvantifikacija, koja bi bila poželjna za donošenje odluke o finansijskim pitanjima, se ne može jednoznačno izvesti iz kriterijuma potrebnosti. No, on dopušta razgraničenja.

a) Kako u dualnom sistemu javnopravne radijske ustanove moraju osigurati da će za narod obezbijediti osnovna opskrba sa radio programom, zakonodavac mora finansirati sve što je neophodno za održavanje osnovne opskrbe (usp. BVerfGE 73, 118 [158]; 74, 297 [324 i dalje]; 83, 238 [298, 310]). Finansijska obaveza na osiguranje ne okončava, međutim, sa osnovnom opskrbom. Ona mora biti zajamčena ako se hoće prihvatiti privatni radio koji zaostaje za zahtjevima iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava. Ali, ona ne ograničava područje djelovanja javnopravnih radijskih ustanova. One prevashodno određuju vrstu i u određenoj mjeri i obim ispunjenja njihovih zadataka i pri tom imaju pravo na finansijska sredstva, sve dok se drže u okvirima koji su potrebni za očuvanje njihovih funkcija.

Odnosna veličina za određivanje potrebnosti je cjelokupni program radijske ustanove. Ona mora u njemu, ne u svakom pojedinačnom programu ili čak u nekoj emisiji, ispuniti javnopravni nalog u punom obimu. Pojedinačni programi mogu postaviti predmetna težišta ili uzeti u obzir određene grupe. Kako će radijske ustanove raspodijeliti finansijska sredstva u okviru zakonskih odredbi, na pojedinačne programe ili programske dijelove, njihova je stvar. Iz toga se ne mogu izvesti dodatni zahtjevi za finansiranjem. Prema Ustavu je bitno samo da li visina radio i tv pretplate i omjer zakonom dopuštenih reklama zajedno sa drugim izvorima prihoda omogućuju funkcionlano finansiranje javnopravnog radija. Ako bi se peta Radio-odluka (5. *Rundfunkentscheidung*) Saveznog ustavnog suda mogla shvatiti tako da mora biti provjereno da li su obezbjeđena sredstva za pojedine programe (usp. BVerfGE 74, 297 [327]), pri njoj se više ne ostaje.

b) Moguće je da se iz perspektive osnovne opskrbe čini da regionalni programi javnopravnih radijskih ustanova nisu jednoznačno neophodni (usp. BVerfGE 74, 297 [327]). Proizvodnja takvih programa odgovara i dalje funkciji radija. Može se polaziti od toga da su one kod radijskih kuća koje opskrbljuju radijskim programima veću



gradsku površinu ili čak više saveznih zemalja, potrebne kako bi se time povelu računa o regionalnim razlikama i posebnim identifikacionim i informacionim potrebama koje iz ovog izrastaju.

U prerogative procjene radijskih ustanova spada odluka da li će oni zadovoljiti i takve potrebe unutar postojećeg programa koji se emitira po cijeloj saveznoj zemlji ili će u tu svrhu uspostaviti poseban program koji je izričito označen kao regionalni. Budući da jedan regionalni program redovno bolje izlazi u susret potrebama slušaoca i da im može ponuditi više mogućnosti identifikacije, neće biti teško da radijske ustanove donesu takvu odluku. Iz toga slijedi da finansiranje radijskih ustanova mora biti tako postavljeno da ono načelno odobrava i održavanje regionalnih programa. Ne mora se ovdje rješavati, da li nešto drugo važi za lokalne programe.

c) (...)

5. Na osnovu primjene ovih mjerila se ne može vidjeti da osporavni propis krši čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava. Ne čini se da apelant ne može održati emitiranje programa (...) bez prihoda od reklama. Još je manje vjerovatno da će osnovna opskrba naroda radijskim programom u području u kojem apelant emitira bez ovih primanja biti u opasnosti.

(...)

Apelantovo objašnjenje se skoro isključivo odnosi na općentio loše finansijsko stanje u kojem se nalazi. Ono se u glavnom svodi na pad prometa u području reklama, što je inače pogodilo javnopravno radio, a apelanta posebno. (...) Također nije dokazano da program ne bi više odgovarao zahtjevima osnovne opskrbe ako bi došlo do uvođenja mjera štednje kao što su programska kraćenja, preuzmanje ili pojačanje kooperacije sa drugim radijskim ustanovama u području osnovne opskrbe. Također se ne vide provjerljivi navodi o tome da sve ostale mogućnosti racionalizacije, ako bi bile iscrpljene, ne bi vodile do ugoržavanja osnovne opskrbe.

## **83) BVerfGE 90, 60** **(8. Rundfunkentscheidung)** **8. Odluka o radio stanicama**

1. Sloboda radija ne iziskuje da same radijske ustanove ustanovljavaju radio pretplatu. U skladu je sa Ustavom da se radio pretplata utvrđuje državnim ugovorom saveznih zemalja.
2. Za utvrđivanje radio pretplate čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava zahtijeva postupak u kojem će javnopravnom radiju u dualnom sistemu biti zajamčena potrebna sredstva za ispunjenje njegovih zadataka i u kojem će on biti efektivno osiguran od utjecaja na program.

3. Za finansiranje radio pretplata vrijedi načelo programske neutralnosti. U postupku utvrđivanja radio pretplate se polazi od programskih odluka radijskih ustanova. Pretplata ne smije biti upotrijebljena u svrhu preusmjeravanja programa ili u svrhu medijske politike.
4. Provjera financijske potrebe radijskih ustanova se smije odnositi samo na pitanje da li se njihove programske odluke drže u okviru pravno omeđene funkcije radija, da li su tačne financijske potrebe koje se iz njih izvode i da li su dobijene u skladu sa načelom ekonomičnosti i štedljivosti.
5. Tako utvrđene potrebe radijskih kuća smiju pri određivanju radio pretplate biti umanjene samo iz razloga koji su u skladu sa slobodom radija. Ovdje poimence spadaju interesi pretplatnika. Odstupanja se moraju obrazložiti.

**Presuda Prvog senata od 22. februara 1994. donešena na osnovu usmene rasprava od 30. Novembra 1993.**

**- 1 BvL 30/88 -**

## **84) BVerfGE 35, 202** (Lebach) **Lebach**

1. Radio ili TV ustanova se za svaku emisiju može načelno pozvati na čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava. Sloboda radija pokriva izbor emitiranog materijala kao i odluku o načinu i vrsti prezentacije uključiv i izabranu formu programa.

Tek kada sloboda radija dospije u konflikt sa ostalim pravnim dobrima može se uzeti u obzir interes konkretne emisije, vrsta i način uobličavanja i dostignuti ili predvidivi učinak.

2. Propisi iz §§ 22, 23 Zakona o autorskim pravima umjetnika (*Kunsturhebergesetz*) ostavljaju potreban prostor za uvažavanje interesa koji vode računa o zračenju slobode radija prema čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava, na jednoj, i zaštite ličnosti prema čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava na drugoj strani. Ovdje ne može ni jedna od ustavnih vrijednosti zadobiti načelni primat. U konkretnom slučaju će se odmjeravati intenzitet napada na područje ličnosti prema slobodi informiranja javnosti.
3. Interes informiranja javnosti o teškim krivičnim djelima uživa generalnu prednost pred zaštitom ličnosti počinioca krivičnog djela. Međutim, mora

se pored uzimanja u obzir nedodirivog područja unutrašnjeg života uvažavati načelo srazmjernosti; prema njemu nije uvijek dopušteno imenovanje, snimanje ili slična identifikacija počinioca.

Ustavnoppravna zaštita ličnosti ne dopušta međutim, da se televizija izvan aktuelnog izvještavanja vremenski neograničeno bavi ličnošću počinioca krivičnog djela i njegovom privatnom sferom, npr. u formi dokumentarnog filma.

Kasnije izvještavanje je nedopušteno ako bi se njime u odnosu na aktuelne informacije počinitelj mogao ugroziti, posebno ako bi bilo dovedeno u opasnost njegovo uključanje u društvo (resocijaliziranje). Dovođenje u pitanje resocijalizacije će se redovno pretpostaviti za emisije koje identificiraju počinioca teškog krivičnog djela nakon njegovog puštanja, ili ako to uslijedi u vremenski uskoj vezi sa njegovim puštanjem na slobodu.

**Presuda Prvog senata od 5. juna 1973. (...)**  
**- 1 BvR 536/72 -**

Apelant, rođen 1945, je učestovao u činjenju teškog krivičnog djela, u tzv. ubistvu vojnika iz Lebacha, koje je bilo predmet sudskog postupka pred porotom.

Ustavna tužba je usmjerena protiv odbijanja zahtjeva za donošenjem privremene mjere odlukom civilnog suda. Privremenom mjerom je Drugoj Njemačkoj Televiziji (*[Zweites Deutsches Fernsehen]* ZDF) trebalo biti zabranjeno da emitira pripremljeni dokumentarni film u koliko bi bio predstavljen apelant ili spomenuto njegovo ime.

Radio i televizija na isti način kao i štampa ulaze u neophoda sredstva masovnog komuniciranja koja ostvaruju mjerodavan učinak na vezu između naroda i državnih organa, kako s obzirom na kontrolu, tako i s obzirom na integraciju zajednice u svim životnim područjima. Oni obezbjeđuju građanima neophodne informacije o događajima i tokovima u državi i društvu. Oni omogućuju i održavaju javnu diskusiju, jer posreduju različita mišljenja, daju pojedincima i različitim društvenim grupama mogućnost da utječu na mišljenje, kao što i oni sami predstavljaju odlučujući faktor u premanentnom procesu javnog obrazovanja mišljenja i stavova (usp. BVerfGE 12, 113 [125]; 12, 205 [260]). Unatoč užoj verziji doslovnog teksta („izvještavanje“) sloboda radija se ne razlikuje bitnije od slobode štame; ona vrijedi jednako za emisiju vijesti kao i za emisije druge vrste. Informacije i mišljenja se mogu iznositi na jednak način televizijskim dramama ili muzičkim programom kao i vijestima ili političkim komentarima; svaki radio program ostvaruje utjecaj na obrazovanje mišljenja već samim odabirom i uobličavanjem programa (usp. BVerfGE 12, 205 [260]; 31, 314 [326]).

Sloboda radija ne dopušta da se emisije razlikuju s obzirom na cilj koji se njima želi postići, ili s obzirom na kvalitet ponude; ograničavanje produkcije koja služi „serioznim“ privatnim ili javnim interesima se na kraju svodi na vrednovanje

i usmjeravanje posredstvom državnih organa, što bi upravo bilo u suprotnosti sa suštinom ovog osnovnog prava (usp. BVerfGE 25, 296 [307]; 34, 269, 228 i dalje).

Prema tome, jedna radio ili tv ustanova se može pozvati načelno, za svaku emisiju, najprije na zaštitu čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava, bez obzira da li se radi o političkim emisijama, kritičkim raspravama o pitanjima koja zanimaju javnost, kabaretskim programima ili drugim zabavnim emisijama. Uplitanja u ustavnu garanciju nisu dakle ovisna o dokazu da postoji „legitiman“ ili „opravdan“ interes za konkretnim programom (...). U skladu sa ovim, sloboda radija ne pokriva samo izbor ponuđenog materijala nego i odluku o vrsti i načinu predstavljanja uključiv odredbu o tome, koji je od različitih oblika emisije ovdje izabran.

Tek kada sloboda radija dospije u konflikt sa ostalim pravnim dobrima, može se uzeti u obzir interes konkretne emisije, vrsta i način uobličavanja i dostignuti ili predvidivi učinak. Ustav je regulirao moguće konflikte između slobode radija i interesa pojedinih građana, grupa ili zajednice koje ona pogađa, tako što je uputio na opšte pravno uređenje; prema čl. 5 st. 2 Ustava pripremanje radio i tv emisija podliježe ograničenjima koja slijede iz opštih zakona. Prema stalnoj pravosudnoj praksi Saveznog ustavnog suda se uzimanjem u obzir drugih pravnih dobara ne smije relativirati sloboda radija; zakoni kojima se ograničava sloboda radija moraju, sa svoje strane, biti protumačeni u skladu sa ustavnim garancijama i u konkretnom slučaju moraju biti ograničeni kako bi se osiguralo primjereno ostvarenje slobode radija. (usp. BVerfGE 20, 162 [176 i dalje]; 7, 198 [208 i dalje]). Zbog toga je potrebno da se u pojedinačnom slučaju odmjeri opšti i konkretni značaj pravnih dobara koja se uzajamno suprotstavljaju.

Opšti zakoni u smislu čl. 5 st. 2 Ustava su i propisi §§ 22, 23 Zakona koji se odnosi na autorsko pravo na djelima filmske umjetnosti i fotografije od 9 januara 1907. (RGBl. s. 7) na osnovu kojih su donešene osporavane odluke. (...)

U konfliktnim slučajevima, kao što je ovaj, na jednoj starni važi opšte načelo da primjena §§ 22, 23 KUG na televizijske programe ne smije pretjerano sužavati slobodu radija. Na drugoj strani, ovdje postoji specifičnost da ograničenje slobode radija sa svoje strane služi zaštitu važnih ustavnih vrijednosti; interesi pogođene osobe, koji se uzimaju u obzir u okviru § 23 KUG i koji su usmjereni protiv snimanja ili emitiranja, su neposredno osnaženi ustavnim garancijama zaštite ličnosti.

Rješenje ovog konflikta mora polaziti od toga da voljom Ustava obje ustavne vrijednosti obrazuju esencijalne dijelove slobodnog demokratskog uređenja Ustava, tako da ni jedna od njih ne može zahtijevati načelni primat. Ustavna slika čovjeka i uobličavanje državne vlasti koja joj odgovara, zahtijeva priznanje samostalnosti individualne ličnosti kao i osiguranje klime slobodnog života koja je danas nezamisliva bez slobodne komunikacije. Objе ustavne vrijednosti moraju u slučaju konflikta biti uravnotežene, koliko je to moguće; ako se to ne može postići onda će se uzimanjem u obzir tipičnih osobina i posebnih okolnosti pojedinačnog slučaja odlučiti koji od interesa mora ustuknuti. Pri tom se obje ustavne vrijednosti moraju posmatrati

u svom odnosu prema ljudskom dostojanstvu kao centralnoj tački vrednosnog ustrojstva Ustava.

Prema ovome se iz slobode radija mogu izvesti restriktivni učinci na prava koja se izvode iz prava ličnosti; međutim gubitak „personalnosti“ koji je izdejtstvovan javnim prikazivanjem, ne smije stajati u nesrazmjeri prema značaju koje ima objavljivanje za slobodnu komunikaciju (...). Iz ove orijentacione vrijednosti slijedi, dalje, da uravnoteživanje koje je potrebno provesti, na jednoj strani, mora uzeti u obzir intenzitet uplitanja u područje ličnosti posredstvom emisije sporog tipa; na drugoj strani se mora vrednovati i provjeriti, da li uopšte i u kojoj mjeri može biti zadovoljen konkretan interes, koji određena emisija zadovoljava ili je pogodna za njegovo zadovoljenje, bez ugrožavanja – ili značajnijeg ugrožavanja – zaštite ličnosti. (...)

Može ostati otvoreno pitanje, da li se dokumentarnom filmu, koji zaista želi vjerno predstaviti jedan događaj, može priznati karakter umjetničkog djela u smislu čl. 5 st. 3 Ustava. I kod primjene ove ustavne norme bi se moralo uzeti u obzir da sloboda umjetnosti nije nadređena zaštiti ličnosti koja je garantirana u članu 1 i čl. 2 st. 1 Ustava, iako za nju ne važe ograničenja iz čl. 5 st. 2 ustava (usp. BVerfGE 30, 173 [193 i dalje] – Mephisto – [u nastavku]).

Osporavanom odlukom su, prema tome, povrijeđena osnovna prava apelanta iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 Ustava i ukidaju se prema § 95 st. 2 BVerfGG.

**85) 1 BvR 3487/14**  
 (Tatsachenbehauptung über Vorgang aus Privatsphäre)

**Činjenične tvrdnje o događajima u privatnoj sferi**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 50/2016 od 04. avgusta 2016. godine

Rješenje od 29. juna 2016. godine

-1 BvR 3487/14-

**Istinite činjenične tvrdnje o događajima u društvenoj sferi se u načelu moraju prihvatiti**

Danas objavljenim rješenjem je Treće vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda usvojilo apelaciju podnesenu protiv građanskopravne presude kojom je apelantu zabranjeno da na internet portalima iznosi istinite činjenice o trogodišnjem pravnom sporu. Nadležni sudovi nisu u dovoljnoj mjeri cijenili značaj i obim slobode mišljenja. Prag povrede prava na privatnost se redovno prekorači prilikom iznošenja istinitog činjeničnog stanja tek kada postoji bojazan od pričinjavanja štete pojedincu, koja nije srazmjerna interesu širenja istine.

**Činjenično stanje:**

Apelant je u prvostepenom postupku sa tužiocem vodio pravni spor o obavezi na povrata novca iz komercijalnog odnosa najma. Tužilac se u nagodbi obavezao da apelantu isplati iznos od 1.100 Eura. Nakon što je apelant odbio ponudu tužioca da se isplate vrše u ratama, isplata cjelokupnog iznosa je uslijedila tek nakon podnošenja krivične prijave i donošenja rješenja o izvršenju. Apelant je o tome po proteku tri godine, imenujući tužitelja, izvještavao na internet portalima koji pružaju mogućnost traženja i ocjenjivanja firmi. Tužilac je u glavnom postupku zahtijevao da se ne iznose takve izjave. Zemaljski sud je osudio apelanta u skladu sa postavljenim zahtjevom; Viši zemaljski sud je odbio žalbu apelanta. Apelacijom se ukazuje na povredu apelantovog njegova prava na slobodu izražavanja (čl. 5 st. 1 Ustava).

**Bitni argumenti Vijeća:**

Pobijanim odlukama je povrijeđeno apelantovo pravo na slobodu izražavanja iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

1. Sudovi, prije svega, ispravno ističu da tvrdnje o istinitim činjenicama iz socijalne

sфере u osnovi moraju biti prihvaćene. Prag povrede ljudskih prava se u takvim slučajevima redovno prekoračuje tek kada postoji bojazan od nastupanja štete po pojedinca i ako bi ona bila nesrazmjerna interesima širenja istine. Sudovi, nadalje, ispravno polaze od toga da na pravo na privatnost utječe i navođenje imena u okviru ocjenjivanja koje je dostupno široj javnosti. Pri tome upad u privatnu sferu ne smije ići dalje nego što to zahtijevaju primjereni interesi za informacijama. Posljedice za osobu koja se imenuje moraju biti srazmjerne težini opisanog postupka ili nekom javnom značaju.

2. Pobijane odluke ne ukazuju na odgovarajuće ozbiljno narušavanje općeg prava na privatnost tužioca i ne obrazlažu na razumljiv način zbog čega tužilac izuzetno ne bi trebao prihvatiti iznošenje nesporne istine. Iz njih ne proizlazi da tužiocu prijeti nesrazmjern gubitak društvenog ugleda. Čak ni navođenje imena tužioca, koji svoju firmu vodi upravo pod tim imenom, nije nesrazmjerno opisanom postupku. Ovdje se ustavnopravno ne može osporiti sudsko potvrđivanje postojanja javnog interes za informacijama mogućih klijenata tužitelja.

3. Iako sudovi naglašavaju da apelant iznosi ove činjenice tri godine po okončanju pravnog spora, to ne vodi do snažnije zaštite općeg prava na slobodan razvoj ličnosti tužitelja. Apelant bi bio nesrazmjerno ograničen u korištenju slobode izražavanja ako, nakon ovakvog vremenskog ograničenja, ne bi više smio iznositi činjenice koje je doživio.

## **86) 1 BvR 967/15** (Pressefreiheit im öffentlichen und privaten Bereich) **Sloboda štampe u javnom i privatnom prostoru**

O fotografijama iz štampe poznatih ličnosti u javnom i privatnom prostoru.

**Rješenje Trećeg vijeća Prvog senata od 09. februara 2017. godine**  
**-1 BvR 967/15-**

### **OBRAZLOŽENJE**

#### **I.**

Apelantica pobija odluke parničnih sudova prema kojima je obavezana da odustane od članka sa novinskim fotografijama.

[...]

2. Dopustiva apelacija je u smislu § 93c st. 1 rečenica 1 Zakona o Saveznom ustavnom

sudu očito osnovana. Apelantičina medijska sloboda iz čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava je povrijeđena pobijanim odlukama. Može ostati otvoreno, da li, pored zaštite medijskih sloboda, apelantičine objave na njenoj internet stranici uživaju i zaštitu po pitanju slobode radija, s obzirom da oba osnovna prava garantiraju slobodno određivanje sadržaja i forme, te da sloboda radija utoliko ne nudi nikakvu daljnju zaštitu.

a) U centru ustavne zaštite slobode štampe nalazi se pravo na slobodno određivanje načina i uređenja objava, kao i njihova sadržaja i forme. U to se ubraja i odluka, da li će i na koji način novinski člank biti ilustriran. Izjave u formi slika uživaju ustavnopravnu zaštitu članka čijoj ilustraciji služe (vidi BVerfG, rješenje 1. vijeća Prvog senata od 14. februara 2005 - 1 BvR 240/04 -, NJW 2005, str. 3271, 3272). Zaštita slobode štampe, pri tome, obuhvata fotografije osoba (vidi BVerfGE 101, 361, 389; 120, 180, 196).

b) Pobijane odluke kojima se zabranjuje upotreba fotografija u svrhe novinskog informiranja zadiru u pravo na slobodno odlučivanje.

c) Sudovi nisu u dovoljnoj mjeri odmjerili značaj i obim slobode štampe prilikom tumačenja i primjene zakonskih odredbi, kojima se mogu opravdati ograničavanja slobode štampe, i to odredbi § 823 st. 1 i 2, § 1004 st. 1 rečenica 2 važećeg BGB-a, § 22 i dalje KUG-a, čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 stav 1. Ustava.

aa) Tumačenje i primjena općteg prava je prvenstveno povjerena specijaliziranim sudovima, a Savezni ustavni sud samo provjerava da li je u dovoljnoj mjeri uvažen utjecaj osnovnih prava na tumačenje građanskopravnih normi i na razmatranje sukobljenih zaštićenih dobara, ili da li se odluka građanskopravnih sudova u osnovi zasniva na neispravnom poimanju značaja osnovnih prava (vidi BVerfGE 7, 198, 205 i dalje; 91, 125, 136; 99, 185, 196; 120, 180, 199 i dalje; ustaljena sudska praksa).

bb) Odredbe o objavljivanju fotografija osoba iz § 22 i dalje KUG-a, zajedno sa propisanim zahtjevom za pribavljanjem saglasnosti za objavu fotografija osoba iz čl. 22 rečenica 1 KUG-a, njegovim otvaranjem posebno za označene portrete u oblasti historije u smislu § 23. stav 1. broj 1 KUG-a, kao i u § 23 stav 2 KUG-a propisanim izuzetkom za slučaj povrede legitimnih interesa prikazane osobe, sadrže višestruki koncept zaštite koji mora voditi računa; kako o zaštiti prikazanih osoba, tako i o interesu za informacijama šire javnosti, koji se manifestira kroz medije (vidi BVerfGE 35, 202, 224 i dalje; 101, 361, 387; 120, 180, 202). Čak se i normalni svakodnevni život ili radnje poznatih ličnosti koje nisu ni uvredljive, mogu objavljivati ukoliko to može poslužiti formiranju mišljenja o pitanjima koja su od javnog interesa (vidi BVerfGE 101, 361, 390; 120, 180, 204).



cc) Značaj medijske slobode kojom se ograničavaju prava na privatnost ovisi i o tome da li se izvještavanje odnosi na neko pitanje koje značajno utječe na javne interese (vidi BVerfGE 7, 198; 212; 120, 180; 203; stalna sudska praksa). Prilikom razmatranja značaja interesa za informacijama u odnosu na sukobljenu zaštitu privatnosti, od presudne važnosti je predmet izvještavanja i da li se radi o širenju privatnih informacija kojima se samo zadovoljava znatiželja (vidi BVerfGE 34, 269, 283; 101, 361, 391). Priznavanje značaja novinarskog izvještavanja za formiranje javnog i privatnog mišljenja ne povlači za sobom automatski obezvređivanje posebne zaštite prava na privatnost, u smislu oslikavanja pojedinca, kao što ne znači ni da je svaka medijska ilustracija ustavnopravno dozvoljena (BVerfGE 120, 180, 205). Međutim, prilikom odmjeravanja se mora uzeti u obzir pravo štampe, kako je ono zaštićeno čl. 5 st. 1 rečenica 2 Ustava, da ona prema svojim novinarskim kriterijima odlučuju šta javni interesi zahtijevaju (vidi BVerfGE 101, 361, 392; 120, 180, 205). Ukoliko fotografija, kao takva, sama po sebi, ne sadrži informacije značajne za formiranje javnog mnijenja, tada se vrijednost informacije mora utvrditi u kontekstu pripadajućeg narativnog izvještavanja (BVerfGE 120, 180, 206 sa daljim napomenama). Tako slike mogu dopuniti narativni izvještaj i pri tome služiti proširenju sadržaja njegova izričaja, npr. potcrtavanju autentičnosti opisanog. Također, članom 5. st. 1 Ustava zaštićeni zahtjevi za informacijama mogu biti sadržani i u poticanju usmjeravanja pažnje čitalaca na narativni izvještaj kroz prikazane ilustracije osoba koje su involvirane u događaje o kojima se izvještava (BVerfGE 120, 180, 206).

dd) Za utvrđivanje težine zahtjeva da se zaštiti ličnost značajno je, pored okolnosti pribavljanja fotografije, npr. korištenjem tajnosti ili upornim praćenjem, i u kojoj situaciji je osoba zatečena i na koji način je prikazana. Težina narušavanja prava ličnosti usljed fotografiranja je povećana ukoliko vizuelno prikazivanje dotiče širenje pojedinosti iz privatnog života koje su, inače, uskraćene javnosti, što se sadržajno odnosi na privatnu sferu. Isto vrijedi i u situaciji u kojoj osoba o kojoj se radi, može pod datim okolnostima u kojima je došlo do fotografiranja, opravdano očekivati da neće biti prikazana u medijima, eventualno zbog toga što se radi o situaciji u kojoj se osoba nalazi u privatnim prostorijama, a posebno u prostorijama koje su posebno zaštićene (vidi BVerfGE 120, 180, 207).

ee) Ove ustavnopravne zahtjeve ne ispunjavaju pobijane odluke. Zemaljski i Viši zemaljski sud nisu na ustavno prihvatljiv način odredili da preteže opće pravo ličnosti tužitelja.

Sudovi nisu u dovoljnoj mjeri uzeli u obzir značaj slobode štampe zasnovan na izraženom javnom interesu za informacijama. Proces protiv tužioca je predstavljao historijski događaj, koji je u javnosti praćen sa velikim zanimanjem. Pri tome se

moralo cijeniti i da je tužitelj bio poznat u javnosti. Sudovi nisu u dovoljnoj mjeri u uzeli obzir njegov status prominentne ličnosti. Fotografija prikazuje tužioca u javnom prostoru u svakodnevnoj situaciji. Fotografije prominentnih osoba u javnom prostoru mogu biti dopuštene u novinskim izvještajima koji tretiraju svakodnevne situacije ukoliko su u službi formiranja mišljenja o pitanjima od općeg interesa, tako da se ovo mora primijeniti i na vijesti o procesu u konkretnoj situaciji. U predmetnom se slučaju tužilac ne može pozivati na posebnu zaštitu koju uživa razgovor sa braniocem. U to se slikom ne dira. Slika ne daje javnosti nove informacije ni o timu odbrane, ni o strategiji odbrane. Ne prikazuje ga ni u situaciji povučnosti prilikom savjetovanja sa njegovom braniteljicom. Umjesto toga, prikazuje ga u javnom prostoru ispred ureda njegove braniteljice, sa kojom je krenuo na glavni pretres. Za razliku od onoga što su sudovi obrazložili, tužitelj ovdje nije mogao opravdano očekivati da neće biti prikazan u medijima zbog toga što se nalazi u situaciji u kojoj je prostorno osigurana privatnost. Štaviše, tužitelj se nalazio u javnom prostoru i na osnovu svih okolnosti – krivičnog postupka protiv njega i činjenice da je predstojao još jedan dan suđenja – nije mogao isključiti da će tamo biti primijećen.

3. Pobijana odluka se zasniva na kršenju osnovnih prava, jer se ne može isključiti da bi Zemaljski sud donio drukčiju odluku da je uzeo u obzir čl. 5 st. 1 tačku 2 Ustava i to u odnosu na težinu koju ove odredbe imaju za predmetna pitanja (vidi BVerfGE 61, 1, 13; 93, 266, 294).

4. Zbog utvrđenih povreda slobode štampe apelantice, pitanje povrede u smislu zabrane proizvoljnosti (čl. 3 st. 1 Ustava) nije razmatrano. Odluka će se ukinuti. Predmet se ima vratiti Zemaljskom sudu na ponovno odlučivanje (čl. 93c st. 2 u vezi sa čl. 95 st. 2 Zakona o Saveznom ustavnom sudu).

5. Odluka o naknadi troškova je zasnovana na čl. 34a st. 2 Zakona o Saveznom Ustavnom sudu. Utvrđivanje protuvrijednosti se zasniva na čl. 37 st. 2 tačka 2 u vezi sa čl. 14 st. 1 RVG-a (vidi BVerfGE 79, 365, 366 i dalje).

## **87) 1 BveR 2973/14** **(Schmähkritik / Meinungsfreiheit)** **Uvredljiva kritika/Sloboda mišljenja**

**Savezni ustavni sud**

**- Služba za odnose sa javnošću -**

**Saopštenje za javnost br. 25/2017 od 05. aprila 2017. godine**

**Rješenje od 08. februara 2017. godine**

**-1 BvR 2973/14-**

Pogrešna klasifikacija jedne izjave kao uvredljive kritike sužava ustavnopravnu zaštitu slobode izražavanja

Pojam uvredljive kritike se sa ustavne tačke gledišta mora usko razumijevati zbog njegovog ograničavajućeg efekta po slobodu mišljenja. Također, pretjerana ili čak uvredljiva kritika, sama po sebi, ne čini izražavanje uvredljivim. Pretpostavka da postoji uvreda zbog neodmjerenosti koja je u pogledu iznošenja mišljenja na tipičan način s njome povezana, mora ostati usko primjenjiv poseban slučaj upravo u pogledu izražavanja koja se doživljava kao poniženje. Ovo je odlučilo 3. vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda danas objavljenim rješenjem i time je usvojilo apelaciju protiv krivičnopravne osude apelanta zbog uvrede.

### **Činjenično stanje:**

Apelant je bio vođa uredno prijavljenih demonstracija iz desničarskog spektra u Köln-u. Demonstracije su naišle na brojne protudemonstracije. Među njima je na licu mjesta bio i jedan zastupnik iz Saveznog vijeća stranke BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, kako bi aktivno spriječili prolazak povorke. On je više puta doslovno i posredno označavao učesnike demonstracija kao „smeđe čete“ i „desničarsko ekstremne idiote“. Apelant se o zastupniku u Saveznom vijeću izrazio na sljedeći način: „Ovdje vidim uznemirenog zelenog zastupnika u Saveznom vijeću, koji se ponaša kao komandos, kao Obergauleiter SA hordi, koje on ovdje traži. To su djeca Adolfa Hitlera. To je ista ideologija, i oni su započinjali na isti način.“

Osnovni sud je apelanta osudio zbog uvrede u formi uvredljive kritike i to na novčanu kaznu. Zemaljski sud je apelatu po žalbi izdao upozorenje, te je zadržao novčanu kaznu. Revizija pred Višim zemaljskim sudom je ostala bez uspjeha. Apelant je protiv sudskih odluka podnio apelaciju i ukazao u osnovi na povredu njegove slobode mišljenja.

### **Bitni argumenti Vijeća:**

Pobijanim odlukama je povrijeđeno osnovno pravo apelanta na slobodu mišljenja iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

1. Osnovno pravo na slobodu mišljenja ne štiti samo činjenično različita izražavanja. Zapravo, kritika može biti poentirana, polemična i pretjerana. S druge strane, poseban slučaj predstavljaju iznošenja mišljenja koja ponižavaju, koja predstavljaju uvrede. Iznimno, u tim slučajevima, nije neophodno uspostaviti uravnotežen odnos između slobode mišljenja i prava na privatnost, jer pravo na zaštitu časti redovno

ima prednost pred slobodom mišljenja. Značaj i obim slobode mišljenja se također pogrešno tumači, kada se određeno ispoljavanje mišljenja neosnovano tumači kao činjenična tvrdnja, ili se vrednuje kao uvreda sa posljedicom da ne uživa u jednakoj mjeri zaštitu osnovnih prava kao i iznošenje mišljenja koja predstavljaju vrijednosne sudove bez uvredljivog karaktera.

2. Sudovi su izražavanje apelanta, suprotno ustavnopravnim zahtjevima, cijenili kao uvredu i izostalo je ustavnopravno uravnoteživanje slobode mišljenja apelanta i općeg prava ličnosti lica na koje se odnosi iznošenje mišljenja. Pobijane odluke ne prepoznaju da je apelant svojim izražavanjem komentirao i ponašanje oštećenog, koji je u značajnoj mjeri učestvovao u blokiranju uredno prijavljenog okupljanja pod vodstvom apelanta, i da je on učesnike okupljanja nazivao pogrdno kao „smeđe čete“ i „desno ekstremistički idioti“. Apelantovo izražavanje nije bilo usmjereno isključivo na lično ponižavanje oštećenog. Već se samom pogrešnom kvalifikacijom vrši pogrešna ocjena značaja i obima slobode mišljenja koja je zaštićena čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

3. Pobijane odluke su zasnovane na ovoj pogrešci. Kakve rezultate treba imati ovakvo uravnoteživanje nije propisano ustavnim pravom. Prilikom ponovnog odlučivanja uzeti će se u obzir, s jedne strane, prethodno ponašanje oštećenog koji je aktivno želio spriječiti demonstracije, i s druge strane, težina povrede ugleda koja počiva na pojedinačno upućenoj usporedbi sa funkcionerima nacionalsocijalističkog nepravednog režima.

## **88) 1 BvR 1036/14** (Kollektivbeleidigung) **Kolektivna uvreda**

**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 23/2015 od 28. aprila 2015. godine**

**Rješenje od 26. februara 2015. godine**

**-1 BvR 1036/14-**

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

Polazeći od osnovne slobode iznošenja mišljenja, javno nošenje bedža sa kombinacijom slova „FCK CPS“ nije po sebi kažnjivo. Tako je odlučilo Treće vijeće

Prvog senata Saveznog ustavnog suda i potvrdilo ustavnopravne kriterije u odnosu na tzv. kolektivnu uvredu. Pretpostavka za osuđujuću presudu zbog uvrede prema § 185 Krivičnog zakonika (Strafgesetzbuch - StGB) je da se izjava odnosi na dovoljno preglednu i ograničenu skupinu osoba. U suprotnom zadiranje u slobodu iznošenja mišljenja nije opravdano.

### **Činjenično stanje i tok postupka:**

Policijska patrola je apelanticu zatekla dok je nosila bedž ispisan kombinacijom slova „FCK CPS“. Osnovni sud je apelanticu po osnovu čl. 185 Krivičnog zakonika osudio zbog uvrede. 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 ovim omalovažavaju. Apelantica je uložila žalbu Zemaljskom sudu, ali je žalba ostala bez uspjeha.

### **Bitni argumenti suda:**

Pobijanim odlukama Osnovnog i Zemaljskog suda je povrijeđeno osnovno pravo apelantice na slobodno iznošenje mišljenja iz čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava.

1) Natpis „FCK CPS“ na prvi pogled nije bez sadržaja, već izražava opšti odbojni stav prema policiji i potrebu da se distancira prema državnim snagama za održavanje reda. Radi se o izražavanju mišljenja u smislu čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava. Osuđujućom krivičnom presudom protiv apelantice se zadire u to osnovno pravo.

2) Tumačenje i primjena krivičnih zakona je načelno zadatak specijaliziranih sudova. Međutim, u predmetnom slučaju Osnovni sud u svojoj odluci nije prepoznao ustavnopravne zahtjeve vezane za primjenu i tumačenje čl. 185 Krivičnog zakonika 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 očigledno da se odnosi na određene osobe, nego se obuhvata kolektiv bez individualizacije, pod određenim okolnostima može predstavljati napad na ličnu čast pripadnika tog kolektiva. Što je kolektiv veći, manje je lično pogođen pojedinog 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 diferenciranu skupinu osoba samo zato što takva skupina čini dio grupe nazivane prema opštoj vrsti tog kruga osoba.

b) Presuda Osnovnog suda ne udovoljava ovim zahtjevima. Nedostaju zadovoljavajuće tvrdnje o okolnostima koje bi podržale ocjenu da se izjava odnosi na dovoljno preglednu i ograničenu skupinu osoba. Prema tim kriterijima nije dovoljno da su mjesne snage za održavanje reda dio skupine svih policajaca i policajki. Štaviše, za to je nužno personalizirajuće svrstavanje, koje u ovom slučaju nije očigledno. Ne može se poći od pretpostavke da je natpis na bedžu samo zbog okolnosti susreta apelantice sa policijskom patrolom objektivno poprimio očigledan konkretni sadržaj. Prema ustavnopravnim odredbama samo zadržavanje u javnosti ne može se smatrati dovoljnim za utvrđivanje okolnosti koje bi dovele do konkretizacije neke izjave, koja sama po sebi nije jasna iz doslovnog teksta te izjave.

3. Budući da je Viši zemaljski sud reviziju smatrao očigledno neosnovanom, njegova odluka pokazuje iste manjkavosti kao i presuda Osnovnog suda. Zbog toga se odluke Osnovnog i Višeg zemaljskog suda ukidaju, a predmet se vraća Osnovnom sudu na ponovno suđenje.

## **89) 1 BvR 2716/17** (Gegendarstellungsanspruch) **Pravo na ispravku**

**Savezni Ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 88/2018 od 19. decembar 2018. godine**

**Rješenje od 20. novembra 2018. godine**

**-1 BvR 2716/17-**

Za pravo na ispravku sadržaj osporene izjave mora biti jasno odrediv. Ukoliko osporena izjava sadrži pravni pojam, tada specijalizirani sud ne smije primijeniti vlastito stručno znanje. Umjesto toga je neophodno da se vodi razumijevanjem prosječnog čitatelja novina. Tako je danas objavljenom odlukom odlučilo Treće vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda, te je uvažilo apelaciju jedne izdavačke kuće, kojom se pobijala obaveza objavljivanja ispravke.

### **Činjenično stanje:**

Apelantica izdaje prekoregionalne novine. Naslovom „B. EKSKLUZIVNO milionski povjericac progovorio – B. je založio i kuću svoje majke!“ je najavljen intervju sa bivšim poslovnim partnerom B.-a. Intervju je objavljen na stranici 3 izdanja. Iz intervjua je očito proizlazilo da je B., između ostalog, i kuću sa zemljištem u kojoj je živjela njegova majka, dao da se upiše na listu zaloga. Ova lista zaloga je njegovom

zajmodavcu obezbijedila obavezno pravo za upis hipoteke na nekretninama koje se nalaze na listi, ali ne i osnov za založno pravo u smislu Građanskog zakonika.

Zemaljski sud je po zahtjevu B.-a donio privremenu mjeru. Nakon toga je apelantica obavezana na objavljivanje sljedeće ispravke: „(...) U vezi sa ovim utvrđujem: Ja nisam založio kuću svoje majke. (...)”.

Zemaljski sud je odlučujući o prigovoru apelantice potvrdio privremenu mjeru. Žalbu apelantice koja je podnesena protiv takve odluke je odbio Viši zemaljski sud Savezne zemlje Berlin (Kammergericht). U obrazloženju je navedeno da je osporena izjava predstavljala činjeničnu informaciju koja je mogla biti provjerena kroz dokaze i usljed toga može biti predmet ispravke. Za prosječnog građanina pojam „založen” znači da dotadašnji vlasnik više ne može raspolagati predmetnom stvari i da je povjerilac, u slučaju potrebe, može sa pravom upotrebljavati. Po osnovu ovog razumijevanja, pojam „založiti” nema isto značenje kao formulacija „dati kao osiguranje”. Stvarno izvršena, čisto obveznopravna dužnost zasnivanja hipoteke, nije odgovarajuće opisana sa tačke gledišta čitatelja.

Apelantica u svojoj apelaciji ističe da naslov predstavlja vrjednosni sud protiv kojeg nisu dozvoljene ispravke. Već je svakodnevna upotreba pojma „založiti” nejasna. Predmetna procjena izdvaja sadržaj naslova iz konteksta. Ispravku, koju je morala objaviti, je stoga višestruko nedozvoljena, s obzirom da skriva da je B. zaista stupio u obveznopravnu dužnost zasnivanja hipoteke.

### **Bitni argumenti Vijeća:**

Dopuštena apelacija je osnovana. Obaveza da se objavi ispravka predstavlja povredu osnovnog prava apelantice na slobodu štampe iz čl. 5 st. 1 Ustava.

Sud je pogrešno zaključio da u odnosu na naslov teksta postoji činjenična tvrdnja podobna za iznošenje ispravke. Naslov kao takav, izolirano posmatran, može biti predmet ispravke kada on, bez uzimanja u obzir teksta koji naslovljava ili najavljuje, u svojoj suštini sadrži neku činjeničnu tvrdnju za koju se može zahtijevati ispravka. Ukoliko se naslov može različito razumijevati, tada mora barem ona činjenična tvrdnja koja je mjerodavna za ispravku biti jasno određiva. U suprotnom, nije jasno kojoj izjavi se dotična osoba svojim zahtjevom za ispravku suprotstavlja. U konkretnom slučaju, za pravne laike, nije jasno prepoznatljiva neka određiva činjenična tvrdnja. Ne može se isključiti da pojam „zalaganje” koji se koristi u naslovu prosječan čitalelj novina može shvatiti i kao opis obveznopravnog zasnivanja osiguranja. U takvom slučaju se specijalizirani sudovi ne smiju pozivati na vlastito razumijevanje pravnog pojma, već moraju uzeti u obzir poimanje nekog laika.

Osporava se i sam sadržaj utvrđene ispravke. Objašnjenje koje je printano kao ispravka: „(...) U vezi sa ovim utvrđujem: Ja nisam založio kuću svoje majke. (...)“ je samo po sebi podložno interpretacijama i predstavlja puku negaciju naslova. Ustavno pravo na ispravku mora ipak služiti ispravljanju činjenica, a ne pukoj protivtvrdnji ili ispravci pravnih tvrdnji koje se ne mogu braniti.





## **§ 12.**

# **Sloboda umjetnosti i znanosti**

## **(čl. 5 III Ustava)**

## 90) BVerfGE 30, 173 (Mephisto) Mephisto

1. Čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustav je načelna norma sa vrednosnom odlukom koja regulira odnos područja umjetnosti prema državi. Ona istovremeno jamči individualno pravo na slobodu.
2. Garancija slobode umjetnosti se ne odnosi samo na umjetnički rad nego i na prezentaciju umjetničkog djela.
3. Na pravo slobode umjetnosti se može pozvati i izdavač knjiga.
4. Za slobodu umjetnosti ne važe ograničenja iz čl. 5 st. 2 Ustava ni iz čl. 2 st. 1 drugi dio rečenice 2 Ustava.
5. Ustavno uređenje predstavlja mjerilo za rješavanje konflikta između garancije slobode umjetnosti i područja ličnosti koje je zagantirano ustavnim pravom; pri tom se posebno mora uvažavati dostojanstvo čovjeka koje je garantirano u čl. 1 st. 1 Ustava.

### **Rješenje Prvog senata od 24. februara 1971. - 1 BvR 435/68 -**

Ustavna tužba je usmjerena protiv zabrane koju je protiv apelanta izdejstvovao adoptirani sin, jedini nasljednik, umrlog glumca i intendanta Gustafa Gründengsa, da umnožava, prodaje i objavljuje knjigu „Mephisto Roman jedne karijere“ („*Mephisto Roman einer Karriere*“) Klausua Manna.

Roman je autor, koji je 1933. iselio iz Njemačke, objavio 1936. kod Querido-izdavača, Amsterdam. Nakon njegove smrti 1949. je roman objavljen 1956. godine kao doradeno izdanje u istočnom Berlinu.

Roman prikazuje uspon izuzetno nadarenog glumca Hendrik Höfgena, koji se odriče sopstvenih političkih uvjerenja i gazi sve ljudske i etičke vrijednosti kako bi u paktu sa vlastodržcima nacionalsocijalističke Njemačke napravio umjetničku karijeru. Roman predstavlja psihičke, duhovne i sociološke pretpostavke koje su omogućile ovakav uspon.

Figura Hendrika Höfgena je glumcu Gustafu Gründgensu poslužila kao uzor.

(...)

### **III.**

Čl 5 st. 3 rečenica 1 Ustava proglašava da su umjetnost, zajedno sa znanostima, istraživanjem i učenjem slobodni. Sa ovakvim jamstvom slobode čl. 5 st. 3 rečenica

1 Ustava sadrži, prema doslovnom tekstu i smislu, načelnu normu koja donosi objektivnu odluku o odnosu područja umjetnosti prema državi. Odredba istovremeno, svakom ko djeluje u ovom području, jamči individualno pravo na slobodu.

1. Područje života „umjetnost“ se određuje isključivo na osnovu strukturalnih osobina koje su njoj svojstvene i koje karakteriziraju suštinu umjetnosti. Suština umjetničkog djela je slobodno stvaralačko oblikovanje u koje se, posredstvom jednog medija za oblikovanje umjetničkog govora radi neposrednog posmatranja, unose utisci, iskustva, doživljaji umjetnika. Umjetnička djelatnost je ukupnost svjesnog i nesvjesnog postupka koji se ne može racionalno osloboditi. U umjetničkom stvaranju zajedno djeluju intuicija, fantazija i umjetnički um; to nije primarno poruka, nego izraz, i to neposredan izraz individualne ličnosti umjetnika.

Garancija slobode umjetnosti se na isti način odnosi na „područje rada“ i na „područje djelovanja“ umjetničkog stvaralaštva. Oba područja obrazuju nerazdvojno jedinstvo. Ne samo umjetnički rad (područje rada), nego i izlaganje i prodaja umjetničkih djela su neophodni za kontakt s djelom kao sa specifično umjetničkim postupkom; ovo „područje rada“ u kojem se omogućuje da javnost pristupi umjetničkom djelu, jeste tlo na kojem je izrasla garancija slobode iz čl. 5 st. 3 Ustava. (...)

3. Čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava garantira slobodu rada u području umjetnosti. Ako je za uspostavljanje odnosa između umjetnika i publike potreban publicistički medij, garancijom slobode umjetnosti su zaštićene i osobe koje ovdje obavljaju posredničku djelatnost. (...)

4. Umjetnost je u svojoj samostalnosti i logici sopstvenih zakona zaštićena čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava bez ikakvih dodatnih ograničenja. Na osnovu jasnog propisa iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava moraju ostati bezuspješni svi pokušaji da se garancija umjetničke slobode ograniči posredstvom vrednosnog sužavanja pojma umjetnosti, posredstvom proširenog tumačenja ili analogija prema drugim ustavnim propisima koji sadrže ograničenja.

Posebno je neprimjenjiv, kako to s pravom uzima Savezni sud, čl. 5 st. 2 Ustava, koji ograničava prava iz čl. 5 st. 1 Ustava. Sistematsko razdvajanje zajamčenih područja u čl. 5 Ustava pokazuje da je st. 3 ovog propisa *lex specialis* u odnosu na st. 1 i zbog toga zabranjuje da se ograničenja iz st. 2 primijene i na područja iz st. 3. Isto tako ne bi bilo moguće iz sveukupnosti jednog djela književne umjetnosti izdvojiti pojedine dijelove i njih, u smislu čl. 5 st. 1 Ustava, posmatrati kao iznošenje mišljenja na koje bi se onda primijenjivala ograničenja iz st. 2 Ustava. Također historija nastanka čl. 5 st. 3 Ustava ne daje nikakvog povoda za pretpostavku da je ustavotvorac htio slobodu umjetnosti posmatrati kao dio slobode iznošenja mišljenja. (...)

Mora se odbiti i mišljenje da slobodu umjetnosti prema čl. 2 st. 1 polurečenica 2 Ustava ograničavaju prava drugih, ustavno uređenje i moral. Ovakvo shvatanje je nespojivo sa odnosom subsidiarnosti čl. 2 st. 1 Ustava u odnosu na pojedinačna prava

slobode, kako je to Savezni ustavni sud ustanovio u stalnoj judikaturi (usp. između ostalog BVerfGE 6, 32 [36 i dalje]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 i dalje]), da nije dozvoljeno proširenje obaveze na pridržavanje prava zajednice iz čl. 2 st. 1 polurečenica 2 Ustava na posebna područja života koja su zaštićena Ustavom. Iz istog razloga je zabranjeno uzimati čl. 2 st. 1 Ustava kao pravilo za tumačenje sadržaja smisla iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava. Ovaj propis o ograničavanju se, također, ne može primijeniti na „područje djelovanja“ umjetnosti.

5. Na drugoj strani, pravo na slobodu nije zajamčeno bez ikakvih ograničenja. Sloboda iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava polazi, kao i sva osnovna prava, od slike čovjeka u Ustavu, to znači od ljudi kao odgovornih osoba koje se slobodno razvijaju u zajednici (BVerfGE 4, 7 [15 i dalje]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Međutim, neograničena garancija osnovnog prava znači da granice slobode umjetnosti određuje sam Ustav. Kako sloboda umjetnosti ne sadrži obavezu na pridržavanje običnih zakona, ona ne smije biti relativirana ni opštim uređenjem ni neodređenom klauzulom koja bez ustavnopravnog oslonca i bez odgovarajućeg pravnodržavnog iskustva ističe određena dobra čije bi ugrožavanje uticalo na postojanje državne zajednice. U okviru garancije slobode umjetnosti se, iznad svega, mora ustavnim tumačenjem riješiti konflikt koji se uzima u obzir prema mjerilima ustavnog ustrojstva vrijednosti i uzimanjem u obzir jedinstva ovog ustrojstva vrijednosti. Sloboda umjetnosti je kao dio sistema vrijednosti osnovnih prava smještena prije svega unutar čl. 1 Ustava i tamo garantiranog ljudskog dostojanstva kao najviša vrijednost koja prožima cjelokupno ustrojstvo vrijednosti (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). Garancija slobode umjetnosti može ipak dospjeti u konflikt sa područjem ličnosti koje je isto tako zajamčeno Ustavom, jer umjetničko djelo može ostvariti utjecaj i na socijanoj ravni. (...)

#### IV.

Savezni ustavni sud, prema svemu tome, mora odlučiti da li su sudovi u postupku odmjeravanja između područja ličnosti umrlog Gustafa Gründgensa i njegovog adoptiranog sina, koje je zaštićeno članom 1 st. 1 Ustava, i slobode umjetnosti, koja je zajamčena čl. 5 st. 3 Ustava, vodili računa o predstavljenom načelu. Pri odlučivanju o ovom pitanju je u Senatu došlo do jednake raspodjele glasova. Zbog toga se prema § 15 st. 2 rečenica 4 BVerfGG ne može utvrditi da su osporavane presude u suprotnosti sa Ustavom.

## 91) BVerfGE 119, 1 (Roman „Esra“) Roman „Esra“

1. Savezni ustavni sud u slučaju sudske zabrane jednog romana, koja predstavlja posebno snažno zadiranje u slobodu umjetnosti, provjerava da li je prema konkretnim okolnostima predmetnog slučaja osporavana odluka u skladu sa ustavnom garancijom slobode umjetnosti.
2. Sloboda umjetnosti, u pogledu literarnog djela koje se profilira kao roman, zahtijeva specifično umjetničko posmatranje. Iz toga posebno slijedi da se mora pretpostaviti fiktivnost literarnog teksta.
3. Sloboda umjetnosti uključuje pravo na korištenje uzora iz stvarnog života.
4. Postoji uzajamni odnos između omjera u kojem autor stvara estetsku realnost koja je odvojena od stvarnosti i intenziteta povrede ličnog prava. Što je snažnije srastanje kopirane predstave i izvorne slike, to je teže ugrožavanje prava ličnosti. Što se umjetnička predstava više dotiče posebno zaštićene dimenzije prava ličnosti, to mora biti jača fiktivnost, kako bi se isključila povreda prava ličnosti.

### **Rješenje Prvog senata od 13. juna 2007. - BvR 1783/05 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

**I.**

Ustavna tužba je usmjerena protiv presuda Zemaljskog suda München I, Višeg zemaljskog suda München i Saveznog suda, koje zabranjuju objavljivanje, isporučivanje i prodaju romana „Esra“ autora B, koji je izdao apelant, zato što on povređuje opšte pravo tužiteljke ličnosti.

1. Roman „Esra“ je objavljen u proljeće 2003. u izdanju apelanta. U romanu se radi o ljubavnoj vezi između Adama i Esre, jednog pisca i jedne glumice. Ljubavna veza glavnih likova se odigrava u München-Schwabingu i oslikana je u vremenskom periodu od neke četiri godina u ja-formi pripovjedača. Njihovoj vezi se stavljaju zapreke svih vrsta: Esrina porodica, posebno majka koja dominira, Esrina kćerka iz prvog, propalog braka, otac njene kćerke i iznad svega Esrin pasivni karakter koji prihvata sudbinu.

Premda su, prema mišljenju autora i apelanta, likovi u romanu fiktivni, obje strane u prvostepenom postupku prihvataju da je autor bio inspiriran svojom ljubavnom vezom sa tužiteljicom pod 1). U posveti koju je u dostavljenom primjeru knjige napisao tužiteljici pod 1), autor piše:

„Draga A ..., ova knjiga je za tebe. Napisao sam je samo za Tebe, ali razumijem, da Te je strah da je čitaš. Možda ćeš je pročitati kada ostarimo – i vidjećeš, još jednom, koliko sam te volio. Maxim, Berlin 22.2.03.

U pogovoru knjizi je napisano:

Svi likovi ovog romana su izmišljeni. Sve sličnosti sa živim i mrtvim su zbog toga čista slučajnost i nisu namjerne.“

Tužiteljica pod 1) je laureat državne filmske nagrade za 1989. godinu. Udala se sa 17 godina. Iz tog braka potiče kćerka. Nakon što je brak propao, tužiteljica pod 1) je godinu i po imala intimnu vezu sa autorom. Za vrijeme ove veze je kćerka teško oboljela. Nakon prekida sa autorom tužiteljica pod 1) je zakratko imala vezu sa bivšim prijateljom iz školskih dana. Iz ove veze, koja je u međuvremenu također propala, potiče drugo dijete. Tužiteljica pod 2) je majka tužiteljice pod 1). Ona je laureat alternativne Nobelove nagrade za 2000. i posjeduje hotel u Turskoj.

2. Esra je u romanu predstavljena kao lik nesamostalne žene koja je ovisna o majčinoj volji, koja u posljednjoj verziji romana dobija filmsku nagradu „Fritz-Lang“ za ulogu u jednom filmu. Odnos prema ja-pripovjedaču je karakteriziran stalnim promjenama koje se kreću od naklonosti do odbijanja i ljubavnih razočarenja. Veza je osuđena na propast budući da se Esra ne može osloboditi stanja stežnjivosti između majke, teško oboljele kćerke Ayle i njenog oca. Odnos ja-propovjedača prema ličnosti Esre se prikazuje na različitim nivoima prekidanjem hronologije višestrukim retrospektivama uz mnogobrojne detalje. Ovim su obuhvaćena i razmišljanja Esre o pobačaju njenog drugog djeteta, do čega, konačno, ne dolazi, jer ona – kako to pokazuju razmišljanja ja-pripovjedača – želi imati drugo dijete umjesto smrtno bolesne kćerke. Roman na više mjesta sadrži opis seksualnosti između Esre i ja-pripovjedača.

Esrina majka, ličnost Lale u romanu, posjeduje hotel na egejskoj obali u Turskoj i u izvornoj verziji romana je za svoje aktivnosti na zaštiti prirodne okoline dobila alternativnu Nobelovu nagradu, u posljednjoj verziji romana koja je rezultat pokušaja poravnanja između stranaka, ona dobija „Karl-Gustav-nagradu“. Između njenog života i tužiteljice pod 2) postoje jasne markantne sličnosti (broj brakova i djece, mjesta stanovanja i djelovanja). Liku Lale je u romanu pripisana bitna odgovornost za prekid odnosa između Adama i Esre. Ona je prikazana vrlo negativno. Nakon presude Saveznog suda ona se predstavlja kao depresivna, psihički bolesna alkoholičarka koja tiranizira svoju kćerku kao i sopstvenu porodicu.

**II.**

Tužiteljica je kratko po izlasku romana, koji je do tada rasprodan u okruglo 4.000 primjeraka, pred Zemaljskim sudom zatražila donošenje privremene mjere koja je usmjerena na zabranu prodaje romana. U toku postupka je apelant prihvatio više izjava kojima se obavezao na izostavljanje pojedinih dijelova, tako što je ponudio da pod pretpostavkom sprečavanja ugovorne kazne ne smije objaviti roman bez križanja, odnosno izostavljanja pojedinih dijelova. Postupak je okončan odbijanjem zahtjeva za donošenje privremene mjere u pogledu izjave o obavezivanju na odustajanje, što je u međuvremenu uslijedilo. Po okončanju postupka, povodom donošenja privremene mjere, je apalant objavio „određenu“ verziju romana, koja dokumentira određena izostavljanja.

(...)

Apelant u osnovi navodi da se u slučaju ove knjige ne radi o ključnom romanu. Veći dio događaja koji su opisani u romanu se u realnosti nisu tako odvijali. Nije tačno da su postupci osoba najvećim dijelom uzeti iz biografija tužiteljica.

3. Zemaljski sud je pod prijetnjom novčane kazne osudio apelanta na odustajanje od objavljivaja, odnosno od dopuštanja da se knjiga „Esra“ objavi, da se isporučuje ili da se dopusti njeno isporučenje i da se u tu svrhu reklamira, odnosno, da se dopusti reklama.

(...)

**B.****I.**

Apelant ustavnom tužbom utužuje, između ostalog, povredu njegovih prava iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava osporavanim odlukama.

(...)

**C.**

Ustavna tužba je djelimično osnovana. Osporavane presude povređuju apelanta u njegovom osnovnom pravu iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava u mjeri u kojoj tužiteljici pod 2) dosuđuju pravo na izostavljanje.

**I.**

Odluke koje se osporavaju ustavnom tužbom zadiru u osnovno pravo na slobodu umjetnosti apelanta iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava.

1. Neovisno o poteškoćama, Savezni ustavni sud ih ponovo ističe, koje stoje u vezi sa zaključnim definiranjem pojma umjetnosti (usp. BVerfGE 30, 173 [188 i



dalje]; 67, 213 [224 i dalje]), roman „Esra“ predstavlja prema tačnom shvatanju osporavanih odluka umjetničko djelo, naime slobodnu stvaralačku formu u koju se radi uvida unose utisci, iskustva i doživljaji umjetnika posredstvom određene jezičke forme, ovdje, romana (usp. BVerfGE 30, 173 [188 i dalje]; 67, 213 [226]; 75, 369 [377]). Čak i ako bitni predmet pravnog spora, koji je vodio do ustavne tužbe, obrazuje mjeru prema kojoj autor u svom djelu predstavlja žive osobe, jasan je zahtjev autora da ovakvu stvarnost umjetnički uobliči.

(...)

3. Garancija slobode umjetnosti se na jednak način odnosi i na „područje djela“ i na „područje učinka“ umjetničkog stvaralaštva. Ne samo umjetničko djelovanje (područje djela) nego i ponuda i isporuka umjetničkog djela su neophodni za komunikaciju s djelom, kao jedan specifično umjetnički postupak. Ovo „područje učinka“ je tlo na kojem je do sada garancija slobode iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava ostvarivala učinak (usp. BVerfGE 30, 173 [189]; 36, 321 [331]; 67, 213 [224]; 81, 278 [292]).

4. Apelant se kao izdavač može pozvati na ovo osnovno pravo.

Čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava obuhvatno garantira slobodu djelovanja u području umjetnosti. Ako je za uspostavljanje odnosa između umjetnika i publike potreban medij izdavaštva, zagarantiranom slobodom umjetnosti su također zaštićene osobe koje obavljaju ovakvu posredničku djelatnost (usp. BVerfGE 30, 173 [191]; 36, 321 [331]; 77, 240 [251, 254]; 81, 278 [292]; 82, 1 [6]).

(...)

## II.

Zadiranje u apelantovo osnovno pravo slobode umjetnosti koje je uslijedilo zabranom romana je samo djelimično opravdano.

1. Sloboda umjetnosti ne stoji pod izričitim zahtjevom pridržavanja zakona. Ona, međutim, nije zajamčena neograničeno nego nalazi svoje granice neposredno u drugim odredbama Ustava koje u njemačkom ustavnom ustrojstvu štite jednako bitno pravno dobro (usp. BVerfGE 30, 173 [193]; 67, 213 [228]).

Ako se upravo pojam umjetnosti u interesu zaštite umjetničkog smoodređenja shvati široko, ako se zatim ne pokušava posredstvom uskog pojma umjetnosti isključiti umjetnička forma izražavanja koja dolazi u konflikt sa pravima drugih (tako tendira BVerfG, Rješenje komisije za prethodnu provjeru od 19. marta 1984 – 2 BvR 1/84, s. 1293 [1294] – „Sprayer von Zürich“) i ako se ne uzme u obzir samo zaštita područja djela, nego i zaštita područja učinka umjetničkog djela, mora biti osigurano da osobe čija prava umjetnik ugoržava, mogu braniti svoja prava i da mogu u ovim pravima dobiti djelotvorno sredstvo zaštite. U takvoj situaciji su državni sudovi jednako

obavezani osnovnim pravima obje strane. Uplitanja u slobodu umjetnosti koja dolaze na putu privatne tužbe se ne predstavljaju kao državna „cenzura umjetnosti“, nego se mora provjeriti da li su osnovna prava umjetnika i osoba koje su pogođene umjetničkim djelom u jednakoj mjeri zaštićena.

Ovo poimenice važi za pravo ličnosti koje je zajamčeno članom 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava (usp. BVerfGE 67, 213 [228]). Njemu je u odlukama Saveznog ustavnog suda dat poseban rang. Ovo posebno važi za jezgro osnovnog prava (usp. BVerfGE 75, 369 [380]; 80, 367 [373 i dalje]). Pravo ličnosti dopunjuje prava na slobode, koja su normirane u Ustavu, i jamči užu sferu ličnog života kao i održavanje njenih osnovnih pretpostavki (usp. BVerfGE 54, 148 [153]; 114, 339 [346]). Tako ono dolazi u obzir kao ograničenje umjetničkog djelovanja.

Sadržaj ovog prava nije općenito i zaključno. U priznate sadržaje spada pravo raspolaganja i predstavljanja sopstvene ličnosti, socijalno priznanje, kao i lična čast (usp. BVerfGE 54, 148 [153 i dalje]; 99, 185 [193]; 114, 339 [346]). U bitna jamstva spada zaštita pred iskazima koji se mogu nepovoljno odraziti na ugled osoba, posebno na njihovu sliku u javnosti. Opšte pravo ličnosti štiti osobe od falsificiranih ili ponižavajućih predstavljanja koja nisu savim beznačajna za razvoj ličnosti (usp. BVerfGE 97, 125 [148 i dalje]; 99, 185 [193 i dalje]; 114, 339 [346]).

(...)

2. Tužiteljice iz predmetnog postupka su pogođene u svom pravu na slobodan razvoj ličnosti.

Ovo pretpostavlja da su uzori za likove iz romana raspoznatljivi, bez obaveze da iz takve raspoznatljivosti slijedi povreda prava ličnosti.

Osporavane odluke polaze od činjenice da su tužiteljice raspoznatljive kao uzori likova iz romana. Takva procjena i činjenično stanje na kojoj počiva ustavnopravno se ne može osporiti. (...) Savezni ustavni sud je u svojoj ranijoj odluci „Mephisto“ odobrio ustavnopravni omjer koji su preuzeli civilni sudovi, a prema kojoj je ne baš beznačajan krug čitalaca u liku Hendrika Höfgena bez poteškoća mogao raspoznati umrlog glumca Gustafa Gründgensa, budući da je Gründgens bio osoba suvremene historije koju su pratila dosta svježja sjećanja publike (BVerfGE 30, 173 [196]), što je bilo utemeljeno u ondašnjoj konstelaciji i nije definiralo neophodan uslov za očiglednu ustavnopravnu raspoznatljivost ličnosti iz romana. Zaštita prava ličnosti u odnosu na umjetnička djela bi u suprotnom bila ograničena samo na prominentne osobe, iako bi raspoznatljivost određene osobe u krugu poznanika po nju moglo izazivati posebno negativne posljedice (o jednom slučaju iz štampe usp. BVerfGE, Rješenje 1. Vijeća Prvog senata od 14. jula 2004 – 1 BvR 263/03 – NJW 2004, s. 3619 [3620]).

(...)

U predmetnom slučaju su sudovi potvrdili raspoznatljivost tužiteljki prema navedenim

mjerilima. To u izvornoj verziji romana stoji van svake sumnje zbog jednoznačne identifikacije tužiteljki posredstvom nagrada koje su dobile (...). Sudovi, međutim, s razlogom polaze od toga da preimenovanje nagrade u verziji romana koja kao konačna stoji u centru postupka, zbog postojeće blizine činjenica (...) ne odstranjuje identifikaciju, nego se ona u uvezivanju i sumiranju različitih okolnosti naprosto nameće. Utvrđivanje činjenica, iz kojih se raspoznatljivost pogođenih osoba može izvoditi, jeste u prvoj liniji nadležnost stručnih sudova.

b) Tužiteljke, također, nisu pogođene u beznačajnoj mjeri tako da bi njihovo pravo ličnosti moralo od početka ustuknuti pred slobodom umjetnosti. Likovima iz romana, čiji se uzor raspoznaje, se pripisuju radnje i osobine koje su podobne da, ako ih čitalac poveže sa tužiteljicama, ugrozi njihovo pravo ličnosti.

3. Međutim, sloboda umjetnosti povlači granice slobodi ličnosti. To važi za odnose između slobode umjetnosti i prava na slobodan razvoj ličnosti upravo zbog toga što je provođenje ovog prava u odnosu na slobodu umjetnosti podobnije za stavljanje sadržajnih granica umjetničkoj slobodi od privatnih prava koja se polažu na umjetničko djelo (...). Posebna opasnost postoji u pogledu javne kritike i diskusija koje bi pozivanjem na pravo ličnosti mogle biti onemogućene u okviru tema koje su važne za javnost i društvo (usp. izdvojeno mišljenje Stein, BVerfGE 30, 200 [206 i dalje]).

(...)

Težina ugrožavanja prava ličnosti, pri tom, zavisi od mjere u kojoj umjetnik čitaocu približava sadržaj svoga djela, u vezi sa odnosom prema konkretnim osobama, kao i od intenziteta ugrožavanja prava ličnosti kada čitalac uspostavi ovu vezu.

a) U specifičnosti pripovjedačkih umjetničkih formi kakav je roman ulazi često, ako ne i redovno, oslanjanje na realnost, umjetnik pri tom stvara novu estetsku stvarnost. To zahtijeva poseban, umjetnički način promatranja kako bi se odredio odnos prema stvarnosti koji romanom, u zavisnosti sa radnjom, čitaocu prenosi vezu sa stvarnošću, kako bi se na tim osnovama mogla odrediti težina ugrožavanja opšteg prava ličnosti.

Umjetničko djelo teži da pored „realne“ stvarnosti stvori osamostaljenu „stvarnu stvarnost“ u kojoj će se realna stvarnost na estetskoj ravni svjesnije iskusiti u odnosu prema individuumu. Umjetničko predstavljanje ne može zbog toga biti sagledavano prema mjerilima svijeta realnosti nego samo prema estetskim mjerilima koji su specifična za umjetnost (usp. izdvojeno mišljenje Stein, BVerfGE 30, 200 [204]). To znači da se odnos između zaštite ličnosti i slobode umjetnosti ne može svesti samo na učinak nekog umjetničkog djela u socijalnom području koje je izvan umjetnosti, nego da se mora voditi računa i o gledištima koji su specifični dio umjetnosti. Odluka o tome da li postoji povreda prava ličnosti može biti donešena samo ako se uvažava sve okolnosti konkretnog slučaja. Pri tom se mora paziti da li se i u kojoj se mjeri „kopija“

u odnosu na „original“ umjetničkom obradom materijala i njegovim uvođenjem u cjelinu i podvrgavanjem cjelini umjetničkog djela u toj mjeri osamostalila da se individualno, lično-intimno, objektiviziralo u korist opšteg, oslikanog u „likovima“ (usp. BVerfGE 30, 173 [195]).

Garancija slobode umjetnosti zahtijeva da se čitaoci literarnog djela posmatraju kao zrele osobe, da se ono razlikuje od iznošenja mišljenja i da se diferencira između stvarnih događaja i fiktivnog pripovijedanja. Literarno djelo koje se iskazuje kao roman se, prema tome, najprije mora posmatrati kao fikcija koja ne polaže pravo na oslikavanje činjenica. Ako se ne polazi od pretpostavke fiktivnosti literarnog teksta ostaće neshvaćena osobenost romana kao umjetničkog djela. Ova pretpostavka važi u svom polazištu i onda kada se iza likova u romanu mogu raspoznati i realne osobe kao izvorni uzor. Budući da sloboda umjetnosti uključuje takvu upotrebu uzora iz životne stvarnosti, ne može postojati uz pravo na vlastitu sliku paralelno pravo koje se razumijeva kao pravo na sliku života, ako bi ono bili shvaćeno kao pravo, koje ne bi postajalo uzorom nekom liku iz romana. Pri tom se mora, u slučaju publikacije o kojoj se govori, zaista i raditi o literaturi koja u pogledu čitaoca zaista ne polaže pravo na fakticitet. Literarno područje koje je pogrešno etiketirano kao roman ne dolazi u obzir kao područje specifične zaštite umjetnosti.

Što autor snažnije odvaja lik nekog romana od njegovih izvornih uzora i što ga više osamostaljuje u zasebnu umjetničku figuru („otuđivanje“ usp. BVerfGE 30, 173 [195]) to mu više koristi posmatranje koje karakterizira umjetnost. Pri tom se kod ovakve fikcionalizacije ne radi nužno o potpunom odstranjivanju raspoznatljivosti, nego samo o tome da se čitaocima učini jasnim da on ne želi polaziti od fakticiteta pripovijedanja. Istina umjetničko djelo pored svoje estetske realnosti ostvaruje učinak i u realnostima. Budu li se zbog ovakvog „dvostrukog učinka“ u okviru odmjerenja između osnovnih prava morale uzimati u obzir samo realnosti, sloboda umjetnosti se u slučajevima u kojima roman tangira ličnu sferu drugih ljudi nikako ne bi mogla ostvariti.

(...)

c) Postoji uzajamna veza između mjere u kojoj autor stvara estetsku realnost, koja je odvojena od stvarnosti, i intenziteta povrede prava ličnosti. Što snažnije srastaju fingirana i originalna slika to je teže ugrožavanje prava ličnosti. Što više umjetničko predstavljanje dodiruje posebno zaštićene dimenzije prava ličnosti to fikcionaliziranje mora biti jače kako bi se isključila povreda prava ličnosti.

4. S obzirom na ovakve omjere sudvi su u predmetnom slučaju samo djelimično izišli u susret zahtjevima slobode umjetnosti. Oni su optužbama obje tužiteljice priznali neograničeno pravo, iako one u pogledu odnosa između slobode umjetnosti i prava ličnosti pokazuju jasne razlike.

a) Oспораване одлуке, s obzirom na tužiteljicu pod 2), nisu u cjelini usklađene

sa specifično umjetničkim razumijevanjem; one su ovim u suprotnosti sa garancijom slobode umjetnosti iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava.

Svakako se iz perspektive ustavnog prava ne može prigovoriti da su osporavane odluke polazile od beznačajnije mjer otuđenja lika Lale u odnosu na tužiteljicu pod 2) kao izvornog uzora. Sudovi su na ustavnopravno nesporn način ustanovili da je tužiteljica pod 2), kao uzor romansiranoj liku, učinjena raspoznatljivom s obzirom na mnoštvo biografskih osobina, posebno u pogledu dodjele nagrade.

Suprotno vlastitom stajalištu, (...) da takva raspoznatljivost nije dovoljna za zabranu objavljivanja nego da je neophodno dodatno ugrožavanje prava ličnosti, sudovi se zadovoljavaju time što su ustanovili je da lik Lale iz romana predstavljen vrlo negativno i u tome vide potvrdu prava ličnosti. Pri tom oni sami, u konačnici, polaze od toga, i upravo to prigovaraju romanu, da sve navedeno uz lik Lale ne odgovara činjenicama. Iako je tužiteljica pod 2 raspoznatljivi uzor Lale, to još uvijek ne znači da se romanom nastojalo čitaocu sugerirati da se sve radnje i osobine moraju pripisati liku Lale.

Prema tome, odluke ne uzimaju u obzir na zadovoljavajući način da se romanu svom polazištu mora uzeti kao fikcija. Svakako da se ne može osporiti da Savezni sud na osnovu „disclaimer“ sa početka ili kraja knjige, prema kojem su sličnosti sa realnim osobama sasvim slučajne i neželjene, ne ostavlja dovoljno prostora prihvatanju romana kao fiktivnog teksta. To se mora prosuđivati iz samog teksta. Predstavlja li se neki leiterarni tekst kao obični obračun ili izrugivanje, onda u osnovi može prevagnuti zaštita ličnosti.

To u predmetnom romanu ipak nije slučaj. Istina, kod „Esre“ se radi o realističnoj literaturi u tom smislu da se roman odigrava na realnim mjestima i da upućuje na realne relacije. Isto tako se raspoznaje autorova igra sa ograničenom istinom i fikcijom. Autor zbog toga svjesno nastoji raspliniti granice. Čitalac koji je upućen u literaturu istovremeno može shvatiti da se u ovom tekstu ne radi naprosto o reportažama koje se iscrpljuju u predstavljanju realnih osoba i događaja, nego da se iza ove realne nalazi i druga ravan. Lik Lale, u pogledu pronalaženja odgovornosti za propast veze između Adama i Esre, igra važnu ulogu u cjelini romana. Roman s obzrom na tužiteljicu pod 2) zbog njene funkcionalizacije u lik Lale ne prelazi u porugu. Autor, prvenstveno kod sebe samog, ostavlja otvorenim karakterne slabosti predstavljene u liku ja-pripovjedača koji je upravo zakazao u odnosu na svoju kćerku i koji je karakteriziran kao rastrgan i ljubomorani čovjek. Upravo se na ovim mjestima u pogledu pitanja odgovornosti, uz posebno isticanje teških odnosa između ljubavnika i majke ljubavnice, pokazuje egzistencija drugog nivoa romana.

Ovo s obzirom na figuru Lale važi i zbog toga što je autor ne prikazuje, za razliku od Esre, pretežno kao produkt vlastitog doživljaja. Životna priča Lale je široko oslikan roman u romanu. Upravo su sadržaji romana koje tužiteljica pod 2) napada

jednoznačno pripovijedački, dijelom su, također, predstavljeni i sa distancom, kao ponavljanje tuđih opisa, priča i utisaka.

Već je zbog toga opis tužiteljice pod 2), „kao depresivne, psihički bolesne alkoholičarke“, kako je to učinio Savezni sud, koja „(se pojavljuje) kao žena koja tiranizira vlastitu kćerku i porodicu, koja je dominantna i svadljiva, zapostavlja svoju djecu, koja novac dobijen za nagradu investira u bankrotan hotel, krade zemlju svojim roditeljima i napucava mafiju na njih, bori se protiv otvaranja rudnika sa zlatom samo zbog toga što se na njenom zemljištu ne nalazi zlato, zaključuje visoko osiguranje za zaštitu od požara prije nego što je izgorio njen hotel, prisiljava kćerku na abortus, kao ženu koju prvi muž vara, a drugi je, alkoholičar kao i ona, tuče“, nedovoljan za specifično umjetničko posmatranje. U ovakvom sažetku se miješaju iskazi koji autobiografski čak mogu biti dozvoljeni ili dopušteni kao kritika nosioca alternativne Nobelove nagrade, sa fiktivnim sadržajem i vlastitom, zaoštrenom interpretacijom suda. Savezni sud o mogućem prigovoru tačnosti pojedinih inkriminiranih pasaža kaže da apelantica nije ponudila dokaze o pojedinim inkriminiranim pasažima, zahtijeva, međutim od umjetnika nešto što on prema vlastitom samorazumijevanju uopšte ni ne može, jer on sam polazi od fiktivnosti predstavljanja. Literarno djelo koje se oslanja na stvarnost bi sa ovakvim stavom uživalo nižu zaštitu od područja zaštite činjenica pred kojim se otvara dokazivanje istine.

Upravo je za literarno djelo koje se oslanja na stvarnost karakteristično da se preklapaju stvarni i fiktivni opisi. U takvim okolnostima ne pada pod zaštitu osnovnih prava literatura u kojoj se povreda prava ličnosti vidi, na jednoj strani, u raspoznatljivosti uzora, a na drugoj, u negativnim tokovima romansiranih likova. Takvo razumijevanje prava na sopstvenu sliku nije u skladu sa slobodom umjetnosti. Nužan bi, prije svega, bio dokaz da autor čitaocu prenosi kako se pojedini dijelovi trebaju uzeti kao stvarni događaji i da upravo ovi dijelovi predstavljaju povredu prava ličnosti, ili zato što što iznose pogrešne tvrdnje o činjenicama tako da se vrijeđa ugled, ili zato što uopšte ne trebaju dospjeti u javnost, budući da dodiruju zaštićeno jezgro ličnosti. Takav dokaz ne slijedi iz osporavanih odluka. One previđaju da sloboda umjetnosti zahtijeva da se prevashodno polazi od fiktivnosti teksta.

b) Suprotno ovome se osporavnim odlukama, u mjeri u kojoj se tužiteljici pod 1) priznaje pravo na odustajanje od objavljivanja, ne može u ustavnopravnom smislu ništa prigovoriti. Sudovi su ovdje, drukčije nego u slučaju tužiteljice pod 2), utvrdili da postoji ne samo raspoznatljivost tužiteljice pod 1), nego i konkretne teške povrede prava ličnosti u određenim opisima. Pri tom su se koncentrirali djelimično na povredu intimne sfere, dijelom na odnos majka-kćerka u pogledu bolesti kojom je kćerka došla u životnu opasnost. Oba gledišta mogu nositi zabranu.

aa) Tužiteljica pod 1) nije samo, kako to sud tačno utvrđuje, raspoznatljiva u liku romana Esre. Njena uloga u romanu se odnosi i na centralne događaje koji su se neposredno odigrali između nje i ja-pripovjedača, raspoznatljivog, bez ikakvih poteškoća, u ulozi autora, kao i za vrijeme njihovog odnosa. Njen intimni odnos

prema autoru kao i njen brak, bolest njene kćerke i njena nova veza, prema tačno utvrđenim činjenicama sudova, su manje-više izvedeni neposredno iz stvarnosti tako da čitaocu, za razliku od tužiteljice pod 2), ova priča nije ni predstavljena kao fikcija, već zbog toga što je iz perspektive romana sopstveni doživljaj prenošen u ja-formi pripovjedača.

bb) Tužiteljica pod 1) je posebno teško pogođena detaljnim i realnim prepričavanjima događaja koji upravo potiču iz neposrednih autorovih doživljaja. Ovo se događa tačnim opisom najintimnijih detalja žene koja je nedvosmisleno raspoznatljiva kao stvarni intimni partner autora. U ovome leži povreda njene intimne sfere, a time i jednog područja prava ličnosti koje dolazi u ovo jezgro ljudskog dostojanstva (usp. BVerfGE 109, 279 [313]). Na ovom području nisu ni njoj ni autoru moguća dokazivanja istine, što se konačno od njih ni ne može očekivati. Tužiteljica pod 1), koja se jasno raspoznaje kao Esra, ne mora na osnovu posebno zaštićene intimne sfere prihvatiti da će se čitaoci zapitati, jesu li se događaji koji su tamo opisani u realnosti i odigrali. Otud odmjeravanje između slobode umjetnosti izdavača koji je vodi postupak pred ustavnim sudom i prava ličnosti tužiteljice pod 1) mora biti odlučeno u njenu korist (usp. BVerfGE 75, 369 [380]).

cc) Uz sve to opisivanje stvarne, po život opasne bolesti kćerke, predstavlja tešku povredu prava ličnosti tužiteljice pod 1). Njena kćerka je, također, nedvosmisleno raspoznatljiva u sopstvenom okruženju, npr. među školskim drugovima. S obzirom na posebnu zaštitu djece i odnosa između majke i djeteta (usp. BVerfGE 101, 361 [358 i dalje]) predstavljanje bolesti i odnosa između majke i djeteta koji je obilježen ovom bolešću, u slučaju dvije jasno raspoznatljive osobe, nema šta da traži u javnosti, kako je to tačno utvrdio Savezni sud.

c) Oспорavnim odlukama se smije izreći opšta zabrana u mjeri u kojoj se prihvata tužba tužiteljice pod 1) koja je usmjerena na odustajanje od objavljivanja. U ustavnopravnom smislu se ne može ništa prigovoriti stavu da ni u izreci, ni u obrazloženju presude nije uslijedilo ograničenje na pojedine pasaje romana u kojima su sudovi konkretno vidjeli neopravdanu povredu prava ličnosti. (...) Nije zadatak sudova da poduzimaju određena skraćivanja ili izmjene koje bi isključile povredu prava ličnosti, budući da postoji mnoštvo različitih varijanti za poduzimanje takvih promjena kao i da bi karakter romana ovakvim promjenama pretrpio bitnu izmjenu. Svakako da sloboda umjetnosti zahtijeva da je povreda prava ličnosti toliko konkretna da autor i izdavač mogu zaključiti kako će odstraniti manjkavosti. To je uslijedilo u slučaju tužiteljice pod 1).

Iz prethodnih objašnjenja slijedi da apelantice i autor moraju imati mogućnost da uspostave stanje koje je u skladu sa Ustavom, tako što će objaviti onu verziju romana kojom se ne krši opšte pravo ličnosti tužiteljice pod 1). To bi se moglo postići izmjenama koje umanjuju raspoznatljivost kao i izostavljanjem dijelova romana koji povređuju pravo ličnosti. Zbog uzajamnog odnosa između mjere u kojoj autor stvara estetsku realnost i intenziteta povrede prava ličnosti se ovim ne „tabuizira seksualnost“, jer

opis intimnosti ostaje slobodan ako se čitaocu ne približava odnos prema određenim osobama, kao što se ni ne uvodi zabrana korištenja biografskog materijala, kao npr. u djelu „Jadi mladog Vertera“ koje je spomenuto u izdvojenom mišljenju. Autor i izdavač moraju prihvatiti da je umanjene raspoznatljivosti privremeno otežano pravnim sporom povodom romana, jer je to posljedica povrede prava ličnosti od koje se brani tužiteljica pod 1).

(...)

#### IV.

Osporavane odluke u pogledu tužiteljice pod 2) počivaju na obrazloženim ustavnopravnim manjkavostima. Ne može se isključiti da bi sudovi povodom tužbe tužiteljice pod 2) drukčije odlučili da su predmet posmatrali s obzirom na zahtjeve koji su specifični za slobodu umjetnosti. Predmet se prema § 95 st. 2 BVerfGG vraća Saveznom sudu.

#### V.

(...)

Odluka je donešena sa 5:3 glasa.

Izdvojena mišljenja sudinice Hohmann-Dennhardt i sudije Gaier

Ne glasamo za odluku većine sudija. U Mephisto-odluci Saveznog ustavnog suda (BVerfGE 30, 173 i dalje) još uvijek su civilni sudovi instance koje su odlučujući između slobode umjetnosti i zaštite ličnosti jedne osobe, na koju se oslanja roman, primijenjivale neodgovarajuće kriterije raspoznatljivosti, previđajući neophodnost posmatranja koje uvažava specifičnosti umjetnosti (...) Sada je senatska većina u slučaju romana „Esra“ ove kriterijume preuzela kao sopstveno mjerilo provjere. Ovim se na nepodnošljiv način ograničava sloboda umjetnosti koja je zajamčena čl. 5 st. 3 Ustava (I). Ovo mjerilo je, pored toga, sa neprihvatljivim rezultatima primijenjeno na različite načine na obje tužiteljice koje su pogođene u svom pravu ličnosti (II). Prema našem mišljenju, roman „Esra“, s obzirom na specifično umjetničko promatranje, ne povređuje tužiteljice predmetnog postupka i zbog toga ne smije biti zabranjen.

#### I.

(...)

Upravo nije očigledno kako se iz stepena raspoznatljivosti neke osobe u nekom romanu može dospjeti to teške povrede njene ličnosti. Raspoznatljivost vodi jedino do toga da se mogućnost ugrožavanja ne može isključiti. Ona ne može pomoći da se razlikuje šta je u jednom romanu istina, a šta izmišljanje. To je kretanje u krugu sa povećanim brojem pojedinačno raspoznatljivih osobnih podataka na osnovu kojih se dopušta potiskivanje slobode umjetnosti, a da se pri tom ne nastoji otkriti ugrožavanje,



nego se prema njima određuju i težina ugrožavanja. Pojedini momenti raspoznavanja ne govore ništa o tome da li pripovijedanje, u koje se oni ulijevaju, oslikava realnost i koliko je, opet, realnosti, koja mijenja njegov sadržaj, njima uobličena.

Konačno je, prema našem mišljenju, neodrživo da se zbog raspoznatljivosti pojedinih osoba pretpostavlja povreda njihovog prava ličnosti kako bi se iz toga izveo zaključak da što više roman svojim predstavama dodiruje jezgro zaštićenog područja privatnog uobličavanja života, posebno područja intime i seksualnosti, to snažnije mora biti isključena povreda ličnosti funkcionalizacijom uzora, odnosno, njegovim otuđivanjem. Koliko god je tačno da sfera intime dolazi u područje ličnosti jednog čovjeka, tako što dotiče njegovo dostojanstvo, to je pogrešno samo iz okolnosti da se u jednom romanu nalaze intimne scene zaključivati da one izvještavaju o stvarnom seksualnom životu jedne osobe koja je raspoznatljiva kao uzor jednog od likova koji agiraju u ovoj sceni i da zbog toga tangiraju područje ličnosti koje je apsolutno zaštićeno. Za ovo ne postoje nikakvi dokazi izvan podataka koji dopuštaju raspoznatljivost uzora.

(...)

Upitno je da li bi se Goetheov roman „Jedi mladog Vertera“ morao prema ovim mjerilima zabraniti, čak i ako to većina ovog Senata odbacuje. Ipak, prilikom ondašnjeg pojavljivanja ovog pismo-romana je u romansiranom liku Lotte Charlotte Buff bilo vidljivo da se Goethe, za kojeg se vjerovalo da je otkriven u liku Werthera, za vrijeme njegovog referendarijata u Wetzlaru zaljubio. Charlotte Buff je isto kao i romansirani lik Lotte u vrijeme njenog susreta sa Goetheom već zaručena, a zatim i udana osoba. Njen suprug, Johann Christian Kestner, koji se rapoznaje u romansiranom liku Alberta, zaručnika i kasnijeg Lottinog supruga, u to vrijeme piše jednom prijatelju o romanu: „ Lotte nije npr. ni sa Goetheom niti sa bilo kim drugim stajala u prilično jasnoj vezi, kako je ovdje opisano. Mi smo mu to svakako zamjerali, budući da su različite sporedne okolnosti suviše jasne i poznate, tako da to nije trebalo pasti na nas ... Portert Lotte je u cjelini portert moje supruge“ (citirano prema: Bernhard von Becker, *Fiktion und Wirklichkeit im Roman, Der Schlüsselprozess um das Buch „Esra“*, Würzburg 2006, s. 16). Pri tom nije sporno da roman sadrži prilično intimne scene između Lotte i Werthera. Ovdje u stvari postoji jasna raspoznatljivost osoba koje se uzimaju u obzir i opisa koji se odigravaju u intimnoj sferi – obje pretpostavke koje senatska većina drži dovoljnim za tešku povredu prava ličnosti.

## II.

Premda ovakvi omjeri nisu primjereni slobodi umjetnosti, senatska većina ih koristi kod provjere da li su romanom „Estra“ u predmetnom postupku na različite načine povrijeđena prava ličnosti tužiteljica koje se u njemu pronalaze i služi se pri tom različitim kriterijumima. Ova većina razlikuje između stilskih sredstava i provjerava na osnovu njih da li je autor učinio čitaocu vjerovatnim da pasaži njegovog romana odgovaraju stvarnosti. Takav pristup je nepodoban za razlikovaje fakata od fikcije

u jednom romanu i za ustanovljavanje da li je povreda prava ličnosti povezana sa predstavom koja je toliko teška da je više sloboda umjetnosti ne opravdava.

(...)

Posmatra li se uz to rezultat odluke senatske većine u cjelini, teško je shvatiti zbog čega u jednom te istom romanu kod mnoštva sličnih dodirnih tačaka koji se u njemu pojavljuju iz života tužiteljica, predstavljanje i karakterizacija jedne biva pripisana fiktivnom, a druge realnom. Roman je jedinstveno djelo koje se teško može secirati u pojedinačne pasaje. Ili je djelo u cjelini roman i pripovijest fiktivna, ili uopšte nije roman. Da se u knjizi „Esra“ radi o romanu, senatska većina s razlogom nije ni osporavala. Zbog toga se njegov sadržaj ne može ni mjeriti dvostrukim mjerilima. Samo ako postoje stajališta koja jasno pokazuju da je forma romana iskorištena da bi se određena osoba omalovažila, postojao bi povod za razlikovanje u posmatranju. To, međutim, u uporednom posmatranju obje romansirane figure nije slučaj. U svemu ostalom pokazuje se da je neophodan uvid u cjelinu ako se pogleda na konsekvence odluke. Jer, kakvu korist imaju autor i njegov izdavač ako su u pogledu lika Lale dobili za pravo kada knjiga u cjelini ostaje zabranjena, a preporuke senatske većine da se izaberu druga stilska sredstva i da se snažnije otuđuje tamo gdje se pojavljuje romansirani lik Esre čine neophodnim pisanje nekog drugog, novog romana? I šta će drugo učiniti djelimično vraćanje predmeta Saveznom sudu do igru staklenim perlama? (...)

### III.

Želi li se, zbog slobode umjetnosti, postupati prema literarnim mjerilima specifično umjetničkim posmatranjem, kako to zapravo s pravom zahtijeva senatska većina, onda nije dovoljno da se utvrdi grana pod koji se pripovjedač svrstava, čak ni ako iz toga slijede signali u pogledu razumijevanja jednog teksta. Knjiga „Esra“ se prema shvatanju senatske većine mora promatrati kao roman, što upućuje na to da je priča koja je u njemu sadržana fikcija, čak i ako se ona oslanja na realne osobe. Ipak, ovim nije zaključno razjašnjeno da li sadržaj pripovijesti odgovara romanu, u koji se realnost i fiktivnost ulijevaju kao simbioza iz koje je nastala zasebna priča. Da bi se ovo razjasnilo ne može se odluka prepustiti često spominjanom čitaocu, sa njegovim manje ili više istaknutim literarnim znanjima i samo njemu svojstvenim pogledima. Čak i jedan fiktivni čitalac, u čiju se ulogu s razlogom postavlja i za kojeg se pretpostavlja kako će ocijeniti i razumjeti roman, ovdje ne vodi napretku. Za ovo je značajniji povratak na stručno razumijevanje znanosti o literaturi.

(...)

Postane li pregledom cjeline romana jasno da se ova umjetnička forma zloupotrebljava i da nije ništa drugo do lažna ambalaža, sredstvo transporta kako bi se određene osobe izvrijedale, oklevetale ili potcjenjivački obezvrijedile, onda ona nije više zaštićena slobodom umjetnosti (usp. BVerfGE 30, 218 [224]). Mi ne možemo vidjeti takvu

intenciju autora u knjizi „Esra“, a ne vidi je također ni znanost o literaturi. Ako je knjiga „Esra“ roman, onda se u njemu realnost rasplinula. Ovim se, međutim, više ne može razlikovati šta je pripovijest, a šta istina. „Jer, sve što umjetničko djelo sadrži od forme i materijala, od duha i štofa, je emigriralo iz realnosti u umjetničko djelo i u njemu je ispoljilo sopstvenu realnost“; priključujemo se ovom Adornovom stavu (Ästhetische Theorie, Hrsg. V. Rolf Tiedemann, Frankfurt 1990, s. 158). Zabrana knjige „Esra“ koja se oslanja na povredu ličnosti tužiteljki pod 1) i 2) i koju su sudovi u osporavanim presudama izrekli je zbog toga neustavno zadiranje u slobodu umjetnosti autora i apelanta koju štiti čl. 5 st. 3 Ustava.

**§ 13.**  
**Brak, porodica, djeca**  
**(čl. 6 Ustava)**

## 92) BVerfGE 6, 55 (Steuersplitting) Razrezivanje poreza

(...)

5. Čl 6 st. 1 Ustava nije samo „klasično osnovno pravo“ za zaštitu specifično privatne sfere braka i porodice, niti je institucionalna garancija, nego je uz sve to načelna norma, t.j. obavezna odluka o vrijednostima koje važi za cijelo područje braka i porodice i koje se odnosi na privatno i javno pravo.

On je, zbog toga, obavezno ustavno pravo koje veže zakonodavca, zato što zabranjuje ugoržavanje braka i porodice posredstvom uplitanja države koja bi ih ometala. Lošije pozicioniranje supružnika razrezivanjem jedinstvenog poreza na prihod za supružnike – § 26 Zakona o porezu na prihod u verziji od 17. januara 1952. – Einkommensteuergesetz – EStG 1961. – BGBl. I s. 33) – predstavlja takvo uplitanje.

6. Ravnopravnost žene je zagantirana mogućnošću da ona istim pravnim šansama može na tržištu dostići prihod kao i svaki građanin muškarac.

### Rješenje Prvog senata od 17. januara 1957.

- 1 BvL 4/45 -

(...)

Ovdje je odlučujuća činjenica da supružnici razrezivanjem jedinstvenog poreza u pogledu progresivnih poreskih stopa koje se vežu za prihode pojedinca s obzirom na privredne rezultate bivaju lošije pozicionirani nego ostale osobe. (...)

Čl. 6 st. 1 Ustava je načelna norma koja sadrži odluku o vrijednostima. On pod zaštitu državnog uređenja stavlja brak i porodicu kao klicu svake ljudske zajednice čiji se značaj ne može usporediti ni sa jednom ljudskom vezom.

Prije svega, ovdje se radi o odredbi u smislu klasičnih osnovnih prava koja s obzirom na iskustva iz vremena nacionalsocijalističke valdavine služe za zaštitu braka i porodice pred vanjskom prinudom države. U znak odbijanja nacionalsocijalističkog svepodržavljenja se Ustav i u ovom području života opredjeljuje u korist samostalnosti i samoodređenja čovjeka.

Nesporno je da ustavnopravno opredjeljenje u korist braka i porodice obuhvata istovremeno i garanciju oba područja života, da sadrži, dakle, takozvanu garanciju instituta i ustanove. U tom svojstvu on osigurava brak i porodicu jedino u njihovoj bitnoj strukturi tako da se njihov pravni učinak u stvarnosti sastoji samo u tome da se zajamči normativno jezgro bračnog i porodičnog prava.

Ne iscrpljuje se, međutim, pravni učinak čl. 6 st. 1 Ustava u ovim funkcijama. Čl. 6 st. 1 Ustava preuzima, kao i mnoštvo drugih ustavnih normi – posebno onih koje određuju odnos građanina prema državi ili reguliraju život u zajednici – različite funkcije koje su uzajamno povezane i koje prelaze jedna u drugu. Zadatak je ustavne jurisdikcije da ustanovi različite funkcije jedne ustavne norme, posebno jednog osnovnog prava. Pri tom se daje prednost onom tumačenju koje „pravni učinak konkretne norme najjače opredmećuje“ (Thoma).

Interpretacija čl. 6 st. 1 Ustava, prema ovom principu, pokazuje da on ne sadrži samo opredjeljenje i da ne djeluje samo kao garancija instituta, nego da predstavlja ujedno i načelnu normu, to jest, obavezujuću odluku o vrijednostima koje važe za cijelo područje braka i porodice i koje se odnosi na privatno i javno pravo.

Čl. 6 st. 1 Ustava, prema doslovnom, tekstu određuje naprosto posebnu zaštitu braka i porodice posredstvom državnog uređenja. Već ovako postavljena, široka formulacija jednoznačno određuje odnos – također – kao načelna norma, prema cjelokupnom bračnom i porodičnom pravu. Samo ovakvo tumačenje je u skladu sa vodećim ustavnim principom socijalne pravne države i svrstavanjem norme u ustavni dio sa ljudskim pravima. (...)

Za ustavnopravnu ocjenu § 26 EStG 1951. je u svakom slučaju mjerodavan učinak čl. 6 st. 1 Ustava kao aktualne zaštitne norme; jer razrezivanjem jedinstvenog poreza na prihode bračnih drugova se krši načelo individualnog oporezivanja, i to na štetu oženjenih, pa prema tome predstavlja uplitanje kojim se ometa brak.

Iz svega slijedi da § 26 EStG 1951. obrazuje izvanredan propis koji je usmjeren protiv oženjenih i time se na teret braka suprotstavlja odlukama o vrijednostima iz čl. 6 st. 1 Ustava.

## **93) BVerfGE 47, 46** **(Sexualkundeunterricht)** **Nastava o seksualnom odgoju**

1. Individualni seksualni odgoj predstavlja u prvom redu prirodno roditeljsko pravo na odgoj u smislu čl. 6 st. 2 Ustava; država je, međutim, na osnovu njene odgojne i obrazovne obaveze (čl. 7 st. 1 Ustava) ovlaštena da u školama provede seksualni odgoj.
2. Seksualni odgoj u školama mora na ovom području biti otvoren za različite predstave o vrijednostima i mora općenito uzimati u obzir prirodno roditeljsko pravo na odgoj kao i na njihovi vjersku pripadnost i svjetnoazor, ako je to značajno za područje seksualnosti. Škola, međutim, mora odustati od svakog pokušaja indoktriniranja omladine.

3. Pri očuvanju ovih načela, seksualni odgoj kao opšti nastavni fah, nije ovisan o roditeljskoj saglasnosti.
4. Roditelji, međutim, imaju pravo na blagovremenu informaciju o sadržaju i metodiško-didaktičkom putu seksualnog odgoja u školi.
5. Pridržavanje zakona obavezuje zakonodavca da sam donese odluku o uvođenju seksualnog odgoja u škole.  
To ne važi ako bi se samo prenosila znanja o biološkim i drugim faktima.

**Rješenje Prvog senata od 21. decembra 1977.  
- 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 -**

(...)

Ustavopravna pitanja koja se pojavljuju u vezi sa ovim se u prvom redu odgovaraju prema čl. 6 st. 2 rečenica 1 Ustava (roditeljsko pravo na odgoj), čl. 7 st. 1 Ustava (nalog državi da se stara o obrazovanju i odgoju) i čl. 2 st. 1 Ustava (pravo ličnosti djeteta).

Čl. 6 st. 2 Ustava opisuje njegu i odgoj djece kao „prirodno pravo roditelja i obavezu koja prevashodno leži na njima“ o čijem izvršenju se stara državna zajednica. Roditelji imaju „pravo i obavezu da prema sopstvenim predstavama slobodno i sa primatom u odnosu na ostale nosioce odgoja uobličavaju njegu i odgoj sopstvene djece, uz pridržavanje čl. 7 Ustava. Jednim osnovnim pravom je zaštićena slobodna odluka roditelja, kako će izići u susret ovakvoj roditeljskoj odgovornosti, od državnog uplitanja, ako ona nisu pokrivena nadzornom službom državne zajednice u smislu čl. 6 st. 2 rečenica 2 Ustava“ (BVerfGE 31, 194 [204 i dalje], osloncem na Odluke BVerfGE 4, 52 [57]; 7, 320 [323]; 24, 119 [138, 143 i dalje]).

O pitanju roditeljskog odgoja u području seksualnosti, preporuke Stalne konferencije ministara kulture u Saveznoj Republici Njemačkoj lapidarnom formulacijom utvrđuju: „Seksualni odgoj je u prvoj liniji zadatak roditelja“. Zaista, važni razlozi govore u prilog tvrdnji da se individualni seksualni odgoj treba prepustiti roditeljskom – kućnom – području i prirodnom pravu roditelja na odgoj u smislu čl. 6 st. 2 Ustava. Poduka o seksualnim pitanjima može najprirodnije biti provedena u zaštićenoj domaćoj atmosferi porodice. (...)

Ako se ovdje polazi od toga, onda se prvo mora postaviti pitanje da li država uopšte, a onda u kojim okvirima, smije preuzimati seksualni odgoj u školama. U KMK-preporukama se napominje: „Škola je na osnovu njene obrazovne i odgojne uloge obavezna da surađuje u seksualnom odgoju“. Državni nalog, da škola obrazuje i da odgaja, ima svoje ustavne osnove u čl. 7 st. 1 Ustava (usp. BVerfGE 34, 165 [181 i dalje]). Kako je Savezni ustavni sud utvrdio (...), školski nadzor koji je statuiran u

čl. 7 st. 1 Ustava obuhvata i ovlaštenje da se planira i organizira školstvo sa ciljem da se zajamči odgovarajući školski sistem koji će svim mladim građanima, prema njihovim sposobnostima, otvoriti mogućnosti obrazovanja koje odgovara današnjem društvenom životu. U ovo područje državnog uobličavanja ne spada samo organizaciono uređivanje škola, nego i sadržajno utvrđivanje obrazovnih usmjerenja i ciljeva. Tako država može u školama, nezavisno od roditelja, slijediti pojedine obrazovne ciljeve. Opšti nalog školi da obrazuje i da odgaja djecu nije nadređen roditeljskom pravu nego mu je jednak. Apsolutni primat se ne može pripisati ni obrazovnom nalogu države, ni pravu roditelja. Suprotno shvatanju koje se zatupa u literaturi, školska obaveza na odgoj i na obrazovanje nije ograničena na posredovanje znanja. Čl. 7 st. 1 Ustava nalaže državi da obrazuje pojedinačno dijete za odgovornog člana zajednice. Zadaci škole, prema tome, leže na području obrazovanja. Istina, mnogo toga govori – kako je već gore izloženo – u prilog tvrdnji da je idealno mjesto za individualni seksualni odgoj roditeljska kuća. Na drugoj strani, mora se uzeti u obzir da seksualnost ima višestruke društvene veze. Seksualno ponašanje je dio opšteg ponašanja. Otud državi ne može biti zabranjeno da seksualno obrazovanje promatra kao važan dio Ukupnog obrazovanja mladog čovjeka. Ovdje dolazi i upozoravanje i čuvanje djece pred seksualnim opasnostima.

Iz svih navedenih razloga se ne mogu staviti načelne ustavne rezerve kada država u školi, kao nastavni predmet, obrađuje teme o seksualnosti čovjeka.

(...)

Također su prava djeteta iz čl. 2 st. 1 Ustava dotaknuta seksualnim odgojem u školi.

Ustav je stavio pod ustavnopravnu zaštitu čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava intimno i seksualno područje čovjeka kao dio njegove privatne sfere. Ovi ustavni propisi osiguravaju čovjeku pravo da sam određuje svoj odnos prema spolnosti. On može sam usmjeravati sopstveni odnos prema seksualnosti i načelno sam o tome odlučivati da li, i u kojim granicama i sa kakvim ciljevima, će prihvatiti utjecaj trećih na takav odnos. Ako odnos čovjeka prema spolnosti stoji pod ustavnopravnom zaštitom, onda on mora pripadati i pojedinačnom djetetu na osnovu prava koje se izvodi iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava. Njegova intimna sfera može biti bitno dodirnutu načinom na koji se seksualno obrazovanje provodi u školama. Dijete nije samo objekt roditeljskog i državnog odgoja. Ono je od samog početka, posebno sa starenjem, zasebna ličnost, koja je zaštićena čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava. Iskustvo nas uči da upravo omladina može biti duševno povrijeđena i u svom razvoju teško oštećena pogrešno postavljenim mjerama u području seksualnosti.

Iz svega slijedi, da je seksualni odgoj u školama u posebnoj mjeri razapet između prava roditelja iz čl. 6 st. 2 Ustava, prava ličnosti djeteta iz čl. 2 st. 1 Ustava i naloga državi da obrazuje i odgaja, kako ga pretpostavlja čl. 7 st. 1 Ustava. (...)



Kod pravne procjene mogućih kolizija koje mogu uslijediti iz opisanog odnosa se mora polaziti od toga da seksualni odgoj načelno ima veći afinitet prema roditeljskom području nego prema školskom sektoru. (...)

Savezni ustavni sud se sa pridržavanjem zakona u školskom odnosu do sada bavio specijalno u tri odluke: BVerfGE 34, 165 [192 i dalje] (...), BVerfGE 41, 251 [259 i dalje] (...), BVerfGE 45, 400 [417 i dalje] (...). U rješenju o višim razredima (BVerfGE 45, nav.mj.) je, pozivanjem na obje ranije odluke, rezimirano:

Ustavni princip pravne države i princip demokratije obavezuju zakonodavca da sam donese bitne odluke o školstvu, a ne da ih prepusti školskoj upravi (...). To posebno važi za državno uobličavanje otvorene sfere prava u području vršenja osnovnih prava.

(...)

Odlučujući napredak ovako postavljenog pravnog shvatanja predstavlja odvajanje pridržavanja zakona od prevaziđene formule (zadiranje u slobodu i vlasništvo) i njegovo postavljanje, iz perspektive demokratsko-pravnodržavne funkcije, na nove temelje, na kojima se ovaj pravni institut može nadograditi i ponovo odrediti. Kritika se, prije svega, odnosi na razgraničenje odluke koja pripada zakonodavcu, a koja je opisana pojmom „bitno“ (...). Na savjetovanju pravnika (*Deutscher Juristentag*) je u diskusiji skrenuta pažnja da se pojam „bitno“ mora razumijevati prvenstveno kao heuristički pojam, a ne kao doprinos dogmatizaciji, kao pojam koji iznosi jednostavnu mudrost, naime, da najvažnije stvari u parlamentarnoj demokratiji spadaju u nadležnost parlamenta. Pri konkretnom razgraničenju će se postupati s posebnom pažnjom i moraće se uzeti u obzir opasnost od sveobuhvatnog ozakonjivanja koje upravo za školstvo može imati negativne posljedice. Općenito se prema Ustavu i određuje da li je neka mjera bitna i da li zbog toga ostaje nadležnost parlamenta, odnosno, da li smije biti donešena na osnovu nekog sadržajno određenog parlamentarnog ovlaštenja. Ovdje zaštita osnovnih prava posreduje važnu orijentacionu tačku. Većina propisa o osnovnim pravima i onako predviđa da su napadi na osnovna prava dozvoljeni posredstvom zakona ili samo na osnovu zakona. Njihovo osiguravanje posredstvom uključivanja parlamenta, osim toga, odgovara stavovima savremene teorije o pridržavanju zakona, a da se pri tom ne pravi razlika između zadiranja u osnovno pravo i vršenja prava: u području koje je, prema tome, relevantno za osnovna prava pojam „bitno“ znači u pravilu „bitno za ostvarenje osnovnih prava“ (usp. BVerfGE 34, 165 [192]; 41, 251 [260 i dalje]).

Također u školskim odnosima osnovna prava imaju bitnu ulogu. Razlika između obrazovnog naloga koji ima država (čl. 7 st. 1 Ustava) i prava roditelja (čl. 6 st. 2 Ustava) kao i prava ličnosti djece (čl. 2 st. 1 Ustava) je često neuhvativa, i teško ju je konkretizirati. Njeno markiranje je za vršenje ovih prava najčešće višestruko značajno. Zbog toga je to zadatak zakonodavca.

Međutim, ovo ne znači da bi snagom Ustava bilo određeno da se svi modaliteti seksualnog odgoja moraju regulirati u jednom formalnom zakonu, kako je to npr. primijenjeno u hamburškim smjernicama (usp. BVerfGE 41, 251 [256] ...). Ovdje se u prvom redu radi o tome da se odgojni proces u školi opiše načelnom odlukom koja je dovoljno konkretna. Pri zakonskoj fiksaciji obaveznih ciljeva i prema njima orijentiranih uputstava za provođenje nastave je određena susdržanost. Odredbe moraju svaki put biti provjerene s obzirom na pitanje da li ostavljaju dovoljno prostora nastavnicima da u nastavi iziđu u susret sopstvenoj pedagoškoj odgovornosti. Otud ne smije biti zakonodavcu prepušteno reguliranje pojedinosti o metodama poduke i učenja, jer takve pojedinosti ne mogu biti normirane i uobličavanje nastave mora ostati otvoreno za prilagođavanje koje je uslovljeno situacijom.

## 94) BVerfGE 105, 313 (Lebenspartnerschaftsgesetz) Zakon o partnerstvu življenja

(...)

2. Razdijeli li Savezna vlada ili Savezno vijeće (*Bundestag*) neku materiju na različite zakone, kako bi onemogućila da Vijeće zemalja (*Bundesrat*) spriječi donošenje propisa za koje ono ne daje saglasnost, tome se u ustavnopravnom smislu ne može ništa prigovoriti.
3. Uvođenje pravnog instituta registrirane zajednice življenja partnera istog pola ne povređuje čl. 6 st. 1 Ustava. Posebna zaštita braka u čl. 6 st. 1 Ustava ne sprečava zakonodavca da predvidi prava i obaveze za životno partnerstvo istog pola, koje bi bilo jednako ili približno slično braku. Institutu braka ne prijete nikakvi gubici zbog instituta koji se obraća osobama koje ne mogu međusobno sklopiti brak.
4. Nije u suprotnosti sa čl. 3 st. 1 Ustava da je vanbračnoj zajednici življenja osoba različitog pola i srodnim zajednicama zabranjen pristup u pravnu formu registrirane zajednice življenja.

**Presuda Prvog senata od 17. jula 2002.  
- 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 -**

IZREKA:

Zakon o okončanju diskriminacije zajednica jednakog pola: partnerstvo življenja, od 16. februara 2001. (BGBl I, s. 266) u verziji zakona od 11. decembra 2001 (BGBl. I, s. 3513) je u skladu sa Ustavom.

OBRAZLOŽENJE:

### A.

Zahtjevi za kontrolu norme se odnose na provjeru da li je Zakon o okončanju diskriminacije partnera jednakog pola: partnerstvo življenja (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften* – LPartDisBG) od 16. februara 2001. (BGBl I, s. 266) koji je stupio na snagu 1. augusta 2001, u skladu sa Ustavom.

#### I.

Cilj zakona je da ukloni diskriminaciju partnera istog pola koji žive u parovima i da im se otvori mogućnost da partnerstvu daju pravni okvir. Uz ovo je sa registriranim partnerstvom življenja stvoren porodičnopravni institut za trajnu zajednicu življenja koji ima mnogobrojne pravne posljedice.

#### B.

Zahtjevi su neosnovani. LPartDisBG je u skladu sa ustavom.

(...)

### II.

LPartDisBG je materijalno ustavan. On je u skladu sa čl. 6 st. 1 Ustava. Uvođenje novog instituta registrirane zajednice življenja partnera istog pola i njegovo pravno uobličavanje ne povređuju ni slobodu zaključivanja braka koja je zajamčena u čl. 6 st. 1 Ustava, ni garanciju instituta koja je tamo normirana. Registrirano partnerstvo življenja je u skladu i sa čl. 6 st. 1 Ustava u njegovom svojstvu načelne norme koja nosi odluku o vrijednostima.

a) Čl. 6 st. 1 Ustava štiti, kao osnovno pravo, zaključivanje braka sa partnerom koji je prema sopstvenoj volji izabran (usp. BVerfGE 31, 58 [67]; 76, 1 [42]). LPartDisBG ne ometa takvo pravo na nesmetan pristup braku. (...)

b) Zakonodavac nije uvođenjem registriranih partnerstva življenja posredstvom LPartDisBG djelovao suprotno ustavnopravnom zahtjevu iz čl. 6 st. 1 Ustava da se ponudi i zaštiti brak kao forma življenja (garancija instituta, usp. BVerfGE 10, 59 [66 i dalje]; 31, 58 [69 i dalje]; 80, 81 [92]). Predmet zakonskog reguliranja nije brak.

aa) Sam Ustav ne sadrži definiciju braka nego je, kao posebnu formu ljudskog življenja u zajednici, pretpostavlja. Ostvarivanje ustavnopravne zaštite u tom smislu zahtijeva pravni propis, koji oblikuje i određuje zajednicu življenja koja, kao brak, uživa zaštitu Ustava. Zakonodavac pri tom ima široku slobodu uobličavanja kako bi odredio formu i sadržaj braka (usp. BVerfGE 31, 58 [70]; 36, 146 [162]; 81, 1 [6 i dalje]). Ustav ne jamči institut braka apstraktno, nego u obliku koji odgovara

predstavi koja vlada i koja je na odgovarajući način našla izraz u zakonskim propisima (usp. BVerfGE 31, 58 [82 i dalje]). Zaknodavac pri uobličavanju braka svakako mora uvažavati najbitnije strukturne principe koji slijede iz oslonca čl. 6 st. 1 Ustava na postojeću formu življenja, u vezi sa karakterom slobode zajamčenog osnovnog prava i ostalih ustavnih normi (usp. BVerfGE 31, 58 [69]). U sadržaj braka, onako kako se on očuvao, neovisno o društvenim promjenama i s njima povezanim izmjenama pravnog uobličavanja, i kako je došao do izražaja u Ustavu, ulazi, da je on veza između muškarca i žene radi trajne zajednice življenja, koja je utemeljena na slobodnoj odluci uz sudjelovanje države (usp. BVerfGE 37, 217 [249 i dalje]; 103, 89 [101]), u kojoj muškarac i žena stoje u uzajamno ravnopravnom partnerstvu (usp. BVerfGE 37, 217 [249 i dalje]; 103, 89 [101]) i u kojoj oni u uobličavanju zajedničkog života mogu slobodno odlučivati (usp. BVerfGE 39, 169 [183]; 48, 327 [338]; 66, 84 [94]).

bb) Ova zaštita ne obuhvata institut registriranog partnerstva življenja. Jednakost polova partnera ga razlikuje od braka i istovremeno ga konstituira. Registrirana zajednica življenja nije brak u smislu čl. 6 st. 1 Ustava. Ona priznaje prava parovima jednakog pola. Zaknodavac ovim vodi računa o čl. 2 st. 1 i 3 st. 1 i 3 Ustava, jer on pomaže ovim osobama da bolje razviju svoju ličnost i da se razgradi diskriminacija.

cc) LPartDisBG ne pogođa brak kao institut u njegovoj ustavnopravnoj strukturi principa i u njegovom obliku. Njegov pravni temelj nije izmijenjen. Sada, kao i ranije, postoji cjelina propisa koji daju pravni okvir braku, a koji i za ovaj institut vežu pravne posljedice. Iz garanciji instituta se ne može izvesti zabrana, upravo zbog toga što se ona odnosi na brak, da se partnerima istog pola otvori mogućnost partnerstva koje je uobličeno na pravno sličan način.

c) Čl. 6 st. 1 se, međutim, ne iscrpljuje u tome da zajamči brak u njegovoj bitnoj strukturi, nego kao obavezna odluka o vrijednostima u odnosu na privatno i javno pravo određuje posebnu zaštitu za cjelokupno područje braka i porodice posredstvom državnog uređenja (usp. BVerfGE 6, 55 [72]; 55, 114 [126]). Kako bi se izišlo u susret takvom zaštitnom nalogu, država ima poseban zadatak da, na jednoj strani, odsutane od svega što bi štetilo braku ili bi ga na neki drugi način ugrozilo i da ga, na drugoj strani, podstiče odgovarajućim mjerama (usp. BVerfGE 6, 55 [76]; 28, 104 [113]; 53, 224 [248]; 76, 1 [41]; 80, 81 [92 i dalje]; 99, 216 [231 i dalje]). Zaknodavac ovo nije prekršio donošenjem LPartDisBG.

aa) LPartDisBG niti šteti braku niti ga na neki drugi način ugrožava.

Na osnovu posebne zaštite koja prema čl. 6 st. 1 ustava pripada braku zabranjeno ga je postavljati lošije od ostalih formi življenja (usp. BVerfGE 6, 55 [76]; 13, 290 [298 i dalje]; 28, 324 [356]; 67, 186 [195 i dalje]; 87, 234 [256 i dalje]; 99, 216 [232 i dalje]).

(1) To se nije desilo otvaranjem mogućnosti u LPartDisBG da parovi jednakog

pola uđu u registrirano partnerstvo življenja sa pravima i obavezama koje su slične braku.

Zakonodavac je u širokom području pravnih posljedica u novi institut registriranog partnerstva življenja prekopirao bračnopravne propise. Ovim, međutim, ni brak ni supružnici nisu lošije postavljeni nego što je to do sada bio slučaj niti su oštećeni u odnosu na partnerstvo ili na partnere koji žive zajedno. Institutu braka ne prijete nikakvi gubici posredstvom instituta koji se obraća osobama koje ne mogu međusobno sklopiti brak. (...)

bb) Zakonodavac uvođenjem novog instituta registriranog partnerstva življena nije prekršio odredbu da se brak podstiče kao forma življenja. Zakon ne oduzima potporu brakovima koji su oni do sada imali. On samo stavlja pod pravnu zaštitu drukčije zajednice života i dodjeljuje im prava i obaveze.

cc) Zakonodavcu nije zabranjeno da brak zbog ustavnopravne zaštite iz čl. 6 st. 1 Ustava favorizira u odnosu na ostale forme življenja (usp. BVerfGE 6, 55 [76]). Ne može se iz same činjenice, da je na putu ispunjenja i oblikovanja ustavnog zahtjeva, upućenog na podsticanje braka, dopušteno privilegiranje braka u odnosu na ostale forme življenja, izvesti iz čl. 6 st. 1 Ustava zapovijest da se ostale forme življenja moraju u odnosu na brak diskriminirati. To je previdjela sudinica Haas u svom izdvojenom mišljenju gdje zahtjev za podsticanjem iz čl. 6 st. 1 Ustava razumijeva kao zahtjev za diskriminiranjem onih formi življenja koje nisu brak. čl. 6 st. 1 Ustava privilegira brak posredstvom ustavnopravne zaštite koja samo njemu pripada i obavezuje zakonodavca da ga podstiče primjerenim sredstvima. Iz ovoga se, međutim, ne može izvesti ustavna zapovijest da se ostale forme življenja moraju diskriminirati. (...)

**§ 14.**  
**Školstvo**  
**(čl. 7 Ustava)**

## 95) BVerfGE 52, 223 (Schulgebet) Školska molitva

1. Djeci je prepušteno na volju da li će u okviru državnog nadzora nad školama, koji je zajamčen čl. 7 st. 1 Ustava, u državnim školama koje ne pripadaju ni jednom vjerskom svjetonazoru, dopustiti da se izvan nastave o religiji provede dobrovoljna, nadkonfesionalna školska molitva.
2. Školska molitva je načelno u skladu sa Ustavom i kada učenik ili njegovi roditelji odbiju održavanje molitve; njihovo osnovno pravo na negativnu slobodu vjeroispovijesti neće biti povrijeđeno ako oni o vlastitom učešću na molitvi mogu odlučivati slobodno i bez pritisaka.
3. Dobrovoljnost koja se redovno podrazumijeva prilikom uvažavanja zahtjeva za tolerantnošću, izuzetno nije osigurana ako djeca, prema okolnostima konkretnog slučaja, ne mogu na podnošljiv način izbjeći učešće na molitvi.

### Rješenje Prvog senata od 16. oktobra 1979.

- 1 BvR 647/70 i 7/74 -

Ustavne tužbe su povezane zbog zajedničke odluke i odnose se na pitanje, da li je u javnim školama prihvatljiva školska molitva izvan vjerske nastave, ako se roditelji jednog učenika protive molitvi.

#### I.

1. Ustavopravna pitanja koja nameće školska molitva će se u prvoj liniji ispitati prema čl. 6 st. 2 rečenica 1 Ustava (roditeljsko pravo na odgoj), čl. 4 st. 1 i 2 Ustava (sloboda vjeroispovijesti i pravo na nesmetano obavljanje vjerskog obreda) kao i prema čl. 7 st. 1 Ustava (obrazovanje i odgoj kao državna obaveza). Čl. 6 st. 2 rečenica 1 Ustava jamči roditeljima pravo i obavezu da sami, prema vlastitim predstavama uobliče njegu i odgoj svoje djece – pridržavajući se čl. 7 Ustava – uz primat roditeljskog odgoja u odnosu na ostale učesnike u procesu odgoja djece (usp. BVerfGE 24, 119 [138, 143 i dalje]; 47, 46 [69 i dalje]). Ovdje sapada i pravo na odgoj djece o pitanjima vjerskog svjetonazora (usp. BVerfGE 41, 29 [44]).

Čl. 4 st. 1 i 2 Ustava podrazumijeva pravo roditelja da djeci prensu vjersko ubjeđenje koje smatraju tačnim (BVerfGE 41, 29 [47 i dalje]).

Na drugoj strani, članom 7 st. 1 Ustava stavlja državi u zadatak odgoj školske djece (BVerfGE 34, 165 [181] i dalje). U područje državnog reguliranja, koje je za školstvo prenešeno na savezne zemlje (usp. BVerfGE 34, 165 [181 i dalje]), ne spada samo organizaciono uređivanje škola, nego i sadržajno utvrđivanje obrazovnih usmjerenja

i ciljeva. Džava zbog toga može u školama načelno slijediti sopstvene obrazovne ciljeve koji se razlikuju od ciljeva roditelja (BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 i dalje]). Opšti nalog školi da obrazuje i da odgaja djecu nije nadređen roditeljskom pravu, nego mu je jednak. Apsolutni primat se ne može pripisati ni obrazovnom nalogu države, ni pravu roditelja (BVerfGE 41, 29 [44]; 47, 46 [72]).

2. Problem školske molitve se najprije mora promatrati u širem okviru, da li su religiozni odnosi u javnim (obaveznim) školama uopšte dozvoljeni ili je država obavezana da u formi školstva uskrati svako ispoljavanje religioznosti u svim školama koje ne spadaju u vjerske škole – izuzev vjerske nastave koja je izričito garantirana čl. 7 st. 3 Ustava.

Savezni ustavni sud se ovim pitanjem detaljno bavio u rješenjima od 17. decembra 1975. o državnim školama badenskog svjetonazora (BVerfGE 41, 29 [44 i dalje]) i o bavariskim državnim školama (BVerfGE 41, 65 [77 i dalje]). Upućuje se na ova obrazloženja.

Prema njima, nije naprosto zabranjeno uvođenje hrišćanskih odnosa kod uobličavanja javnih škola, bez obzira da li bi manji dio roditelja, koji u odgoju sopstvene djece ne mogu izbjeći ove škole, bio protiv vjerskog odgoja. Škola, zapravo, ne smije biti misionarska škola i ne smije se zahtijevati da hrišćanski vjerski sadržaji postanu obavezni; ona mora ostati otvorena i za drukčije svjetonazore i vjerske sadržaje. Obrazovni cilj jedne takve škole ne smije biti fiksiran na hrišćansku konfesiju – izvan vjerske nastave, na koju niko ne smije biti prisiljen. Potvrđivanje hrišćanstva u profanim nastavnim predmetima se u prvoj liniji odnosi na priznavanje odlučujućeg faktora kulture i obrazovanja, kako se on u zapadnoj historiji formirao i razvojem historijske datosti legitimirao u odnosu na nehrišćane, ali ne i na vjersku istinu. U ove faktore ne spada samo zamisao tolerancije prema onima koji drukčije misle. (...)

3. Ako su dopuštene religiozne veze u obaveznim javnim školama, pod pretpostavkom poštovanja načela koja je razvio Savezni ustavni sud, onda se provođenju školske molitve načelno ništa ne može prigovoriti, kada se ona izvodi u okvirima koji su čl. 7 st. 1 Ustava određeni saveznom zemljama za uobličavanje školstva, i ako se time ne povređuju osnovna ustavna načela, posebno osnovna prava učesnika iz čl. 4 Ustava. (...)

a) Školska molitva, kako se ona pojavljuje u predmetnom postupku ustavne tužbe, predstavlja nadkonfesionalno (ekumensko) prizivanje boga na hrišćanskim osnovama.

Školska molitva kao akt ispoljavanja religiozne pripadnosti koji se izgovara izvan vjerske nastave, nije dio opšte školske nastave koja se provodi u okvirima državne obaveze, da obrazuje i da odgaja. Ona nije poduka, kako je to karakteristično za nastavu kao takvu, nije prenošenje znanja na učenike, ali nije ni ciljani upliv posredstvom škole i nastavnika na djecu, nego religiozna djelatnost koja se u pravilu



provodi s nastavnicima. Time školska molitva ne spada u prenošenje kulturnih i obrazovnih vrijednosti hrišćanstva, koje Savezni ustavni sud smatra dozvoljenim za područje opšte nastave na hrišćanskim školama (BVerfGE 41, 29 [52]). Ali, iz činjenice da su takve škole dopuštene, još uvijek ne slijedi da je školska molitva ustavnopravno dopuštena.

(b) Budući da školska molitva ne predstavlja dio nastave u smislu školske poduke, ona ne može biti ni sastavni dio nastavnog plana. Njeno provođenje mora – to je općentio, s obzirom na propise iz čl. 4 st. 1 i 2 Ustava kao i čl. 140 Ustava u vezi sa čl. 136 st. 4 WRV, nesporno – počivati na osnovama apsolutne dobrovoljnosti. To ne važi samo za učenike nego i za nastavnike iz svakog razreda u kojem se provodi školska molitva (usp. o tome također čl. 7 st. 3 Ustava).

(...)

Čak i ako školska molitva nije i ne može biti dio obaveznog provođenja nastave, ona ipak ostaje – i to u svakoj od navedenih formi – školska manifestacija koja se pripisuje državi. To važi za svaki slučaj u kojem se molitva, na prijedlog nastavnika, održava za vrijeme nastave (vidi uz ovo i čl. 7 st. 3 rečenica 3 Ustava).

c) Kada država u navedenom smislu dopusti školsku molitvu izvan časova vjerske nastave, onda ona podupire hrišćanske poglede, a time i jedan religiozni element u školi kojim se prevazilaze vjerski odnosi koji slijede iz priznavanja hrišćanstva kao bitnog faktora kulture i obrazovanja (BVerfGE 41, 29, 52). Molitva se, isto tako, u svojoj nadkonfesionalnoj formi oslanja na na vjersku istinu, naime na vjeru, da Bog može dati zamoljeno. Prihvatljivost ovog religioznog elementa u (obaveznim) državnim školama ostaje ipak – pod pretpostavkom očuvanja dobrovoljnog učešća – u okviru slobode uobličavanja koja je zajamčena saveznim zemljama kao nosiocima školskog obrazovanja, čak i onda kada se zbog uspostavljanja konkordancije pri vrednovanju uzme u obzir osnovno pravo onih koji prema čl. 4 Ustava drukčije misle.

Čl. 4 Ustava ne jamči samo slobodu vjere nego i vanjsku slobodu da se vjera ispolji u javnosti (BVerfGE 32, 98 [106]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]); čl. 4 st. 1 i 2 Ustava u tom smislu osigurava prostor u kojem će se aktivno upražnjavati vjersko ubjeđenje.

Dopusti li država u školama školsku molitvu, ona ovim ne čini ništa drugo dodaje realizira pravo na oblikovanje školstva, koje joj je dano čl. 7 st. 1 Ustava, tako da učenici koji to žele mogu obznaniti svoje religiozno uvjerenje – ali samo u ograničenoj formi opšteg i vankonfesionalnog prizivanja Boga. (...)

Slobodan prostor koji je dopuštanjem školske molitve ostavljen za vršenje pozitivne slobode vjeroispovijesti država mora od početka ujednačavati sa negativnom slobodom ispoljavanja vjere roditelja i učenika koji odbijaju školsku molitvu. Ujednačenje ovdje slijedi principijelno preko garantirane dobrovoljnosti učešća učenika i nastavnika. (...)

4. Kada država u navedenom smislu dopusti saveznim zemljama da u skladu

sa slobodnim uobličavanjem školstva uvedu školsku molitvu, one nisu sa svoje strane prinuđene da u državnim školama svaki put odobre provođenje molitve.

Savezne zemlje su Ustavom obavezane samo da predvide vjersku nastavu u vjerskim školama kao redovan nastavni predmet (čl. 7 st. 3 rečenica 1 Ustava). Roditelji nemaju pozitivno pravo da određuju uvođenje školske molitve na jednak način na koji im pripada pravo da organiziraju škole određenog vjerskog usmjerenja. (...)

## II.

Ako se u konkretnom slučaju jedan učenik ili njegovi roditelju suprotstave održavanju molitve, drukčije će se razumijevati činjenica da ne postoje nikakve ustavnopravne sumnje u školsku molitvu.

1. Državni sud zemlje Hessen (*Staatsgerichtshof Hessen*) je mišljenja da školska molitva po prigovoru jednog učenika mora biti otkazana, već zbog toga što učenik ne smije biti doveden u situaciju da odbijanje školske molitve, koje je motivirano religijom ili svjetonazorom, bude njegovim neučestvovanjem javno obznanjeno. Nije pokriveno osnovnim pravom na negativnu slobodu vjeroispovijesti takvo proširivanje prava na ćutanje, koje ne bi bilo povrijeđeno prinudom da se obznani to u što se vjeruje ili što se misli, nego pozitivnim ili negativnim stavom prema držanju koje je određeno vjerovanjem drugih.

(...)


3. Protivljenje jednog učenika koji drukčije misli ili njegovih staratelja bi moglo voditi prema zabrani školske molitve samo ako ne bi bilo zajamčeno pravo učeniku da o svom učešću u školskoj molitvi slobodno i bez prinude odlučuje. U pravilu će jedan učenik biti u stanju da na podnošljiv način izbjegne učešće u molitvi, tako da se on u punoj slobodi može odlučiti da ne učestvuje na molitvi.

a) U obzir dolaze mogućnosti da se izbjegne molitva: učenik može napustiti učionicu za vrijeme održavanja molitve; on može npr. ući u sobu po završetku molitve ili napustiti prostoriju pri kraju nastave, prije nego se izgovori molitva. Učenik koji drukčije misli može ostati u učionici za vrijeme molitve, međutim ne mora učestvovati u molitvi; on pri tom može – za razliku od učenika koji se mole – ostati da sjedi na svom mjestu.

b) Mora se priznati da svaka od navedenih mogućnosti izbjegavanja molitve pogođenog učenika izdvaja u pogledu njegovog držanja u odnosu na učenike koji mole. To je posebno uočljivo kada se radi samo o *jednom* učeniku: on se drži vidljivo drukčije nego njegovi školski drugovi. Ovakvo odvajanje moglo bi za pogođenog biti nepodnošljivo ako bi ga nužno dovelo u ulogu autsajdera, tako da bi u odnosu na razrednu zajednicu bio diskriminiran.

4. Ipak, ne može se polaziti od toga da će izbjegavanje školske molitve, u

pravili ili u značajnijem broju slučajeva, učenike koji drukčije misle potisnuti do nepodnošljive pozicije autsajdera, kako je ova upravo predstavljena. Vrednovanje okvirnih uslova pod kojima se molitva provodi, zadataka koji su obaveza nastavnika i stvarnih odnosa u području školstva, vodi prema zaključku da se ne može strahovati od redovnog diskriminiranja učenika koji ne učestvuju u molitvi.



## **§ 15.**

# **Sloboda okupljanja**

## **(čl. 8 Ustava)**

## 96) BVerfGE 69, 315 (Brokdorf) Brokdorf

1. U neophodne elemente funkcioniranja jedne demokratske zajednice spada pravo građanina da slobodnim okupljanjem aktivno učestvuje u procesu obrazovanja mišljenja i izražavanja volje. Ovo značenje prava na slobodu, zakonodavac mora poštovati kao temelj pri donošenju propisa kojima se ograničavaju osnovna prava kao i pri njihovom tumačenju, u upravnoj i sudskoj primjeni.
2. Propisi Zakona o okupljanju (*Versammlungsgesetz*), koji reguliraju obavezu na prijavu skupova pod otvorenim nebom i pretpostavke za njihovo raspuštanje ili zabranu (§§ 14, 15), su u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima ako se pri njihovom tumačenju i primjeni uzme u obzir da
  - a) nije neophodna prijava u slučaju spontanih demonstracija i da neprijavljanje ne opravdava šematsko raspuštanje ili zabranu,
  - b) da raspuštanje i zabrana mogu uslijediti samo radi zaštite jednakih pravnih dobara pod striktnim pridržavanjem načela srazmjernosti i samo, ako je iz jasnih okolnosti vidljivo da će uslijediti neposredno ugrožavanje ovih pravnih dobara.
3. Državne službe su obavezne da postupaju po uzoru na velike demonstracije koje su protekle u miru i da bez odgovarajućih razloga ne zaostaju za skupljenim iskustvom. Što je organizator sa svoje strane spremniji na mjere za postizanje povjerenja ili na kooperaciju koja omogućuje demonstracije, to je viši prag koji moraju prekoračiti državne službe ako bi ih zbog ugrožavanja javne sigurnosti htjele ograničiti.
4. Kada se računa sa pojedinačnim ispadima ili sa ispadom jedne manjine, ne treba strahovati da će demonstracije u cjelini poprimiti nemiran tok ili da organizator i njegove pristalice teže takvom razvoju ili da ga odobravaju, ako se za mirne učesnike demonstracija održi zaštita slobode okupljanja koju svakom građaninu jamči Ustav. U takvom slučaju preventivna zabrana cijele manifestacije podrazumijeva ispunjenje strogih zahtjeva u pogledu prognoze opasnosti, kao i prethodno ispunjenje svih sredstava koja se mogu smisleno upotrijebiti, a koja omogućuju mirnim demonstrantima da ostvare svoje osnovno pravo.
5. Upravni sudovi će već u postupku privremene zaštite, intenzivnom provjerom, povesti računa o okolnosti da neodložno izvršenje zabrane demonstracija u pravilu definitivno onemogućuje da se ostvari osnovno pravo.

**Rješenje Prvog senata od 14. maja 1985.**  
**- 1 BvR 233, 341/81 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba se odnosi na zabranu demonstracija koje su planirane protiv podizanja atomske centrale Brokdorf. Njen je osnovni predmet neodložno izvršenje generalne zabrane demonstracija koju je potvrdio Viši upravni sud, a koju je donio nadležni Landrat u formi opšte naredbe.

Kao ustavni osnov za održavanje demonstracija pored slobode mišljenja dolazi posebno u obzir osnovno pravo na slobodu okupljanja:

**§ 8:**

- (1) Svi Nijemci imaju pravo da se bez prethodne najave ili dozvole mirno i bez oružja okupljaju.
- (2) Za okupljanje pod otvorenim nebom ovo pravo može biti ograničeno zakonom ili na osnovu zakona.

Bliži zakonski propis sadrži Zakon o okupljanju i povorkama (*Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, Versammlungsgesetz*) od 24. jula 1953. u verziji od 15. novembra 1978. (BGBl. I, s. 1789). On u § 1 osnažuje pravo svakog pojedinca da organizira javne skupove i povorke i da učestvuje na takvim manifestacijama. On u III. odjeljku sadrži slijedići propis za „javne skupove pod otvorenim nebom“:

**§ 14:**

- (1) Ko ima namjeru da organizuje javni skup pod otvorenim nebom ili neku povorku, mora je prijaviti nadležnoj službi najkasnije 48 sati prije obznajivanja, uz navođenje predmeta skupa ili povorke.
- (2) U prijavi se navodi koja je osoba odgovorna za vođenje skupa ili povorke.

**§ 15:**

- (1) Nadležna služba može zabraniti skup ili povorku, ili ih učiniti ovisnim o ispunjenju određenih uslova ako je za vrijeme donošenja naredbe, prema vidljivim okolnostima, provođenjem skupa ili povorke neposredno ugrožena javna sigurnost ili red.
- (2) Ona može raspustiti skup ili povorku ako ovi nisu prijavljeni, ako se odstupilo od navoda u prijavi ili se ne postupa u skladu sa uslovima ili postoje pretpostavke za zabranu prema st. 1.

## (3) Zabranjena manifestacija se raspušta.

**C.****I.**

Ustavnopравни omjer provjere je osnovno pravo na slobodu okupljanja (čl. 8 Ustava).

1. Mjere koje su napadane u prvostepenom postupku, kao i zakonski propisi na kojima one počivaju, ograničavaju apelante u slobodi da provedu planirane demonstracije. Ova sloboda je zajamčena u čl. 8 Ustava, koji štiti skupove i povorke – za razliku od običnih skupova ili narodnih veselja – kao izraz zajedničkog razvoja koji je orijentiran na komunikaciju. Ova se zaštita ne ograničava samo na manifestaciju na kojoj se argumentira i raspravlja, nego obuhvata i različite forme zajedničkog ponašanja, sve do verbalnih formi izražavanja. Kako u prvostepenom postupku nedostaju navodi o tome da je sprečavano iznošenje odgovarajućeg mišljenja – npr. dobacivanjem, uzvikivanjem, pjevanjem ili transparentima – to nije potrebno provjeravati na koji način uz čl. 8 Ustava treba biti uzeto u obzir osnovno pravo na slobodu mišljenja kao dopunski omjer provjere onih mjera koje su donešene protiv demonstracija.

2. Čl. 8 kao odbrambeno osnovno pravo, koje upravo štiti manjine, jamči njegovim nosiocima pravo na samoodređenje o mjestu, vremenu, načinu i sadržaju manifestacija i istovremeno zabranjuje državi da prisiljava na učešće ili neučešće na javnom skupu. Već u tom smislu ovom osnovnom pravu pripada poseban rang u slobodnoj državnoj zajednici; pravo da se nesmetano i bez posebnog odobrenja okuplja sa drugima, važi oduvijek kao znak slobode, nezavisnosti i samostalnosti svjesnih građana. U svom značaju za političke manifestacije, garancija slobode otjelotvoruje istovremeno i odluku o osnovnom pravu koja u svom značenju prelazi zaštitu od državnih uplitanja u nesmetan razvoj ličnosti. U anglo-američkom pravnom krugu je sloboda okupljanja, koja je izvivala u prirodnompravnoj zamisli, već vrlo rano postala izrazom narodnog suvereniteta i razumjevana je, prema tome, kao demokratsko pravo građanina na aktivno učešće u političkom procesu.

a) U ustavnopravnoj judikaturi, koja se do sada nije bavila slobodom okupljanja, sloboda mišljenja ubraja u neophodne i osnovne funkcionalne elemente demokratske zajednice. Ona vrijedi kao najneposredniji izraz ljudske ličnosti i kao jedno od najvažnijih ljudskih prava općenito, koje je konstitutivno za slobodno demokratsko uređenje države; tek ona omogućuje stalnu duhovnu raspravu i borbu mišljenja kao životni element ove državne forme (usp. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]). Shvati li se sloboda okupljanja kao sloboda koja kolektivno obzanjuje mišljenje, ni za nju ne može načelno važiti ništa drugo. Ovome se ne suprotstavlja činjenica da se specijalno na demonstracijama povlači argument koji odlikuje vršenje slobode mišljenja. Kada demonstrant obzanjuje sopstveno mišljenje

uz fizičko prisustvo, u punoj javnosti i bez uključivanja medija, on ostvaruje i svoju ličnost na neposredan način. U svom idealtipskom obliku su demonstracije zajednička tjelesna pokazivanja vlastitog uvjerenja, pri čemu učesnici, na jednoj strani, zajedno sa drugima potvrđuju ovo uvjerenje i, na drugoj strani, prema vani – već samom prisutnošću, vrstom nastupa i ophođenjem jednih sa drugima ili izborom mjesta – u punom smislu riječi, zauzimaju stav i obznanjuju svoje gledište. U području slobode okupljanja ne može biti mjerodavna načelna procjena, kao ni području slobode mišljenja i štampe, da li postoji opasnost da takvo iznošenje mišljenja bude demagoški zloupotrebjeno i na sumnjiv način emocionalizirano.

b) Načelni značaj slobode okupljanja se jasno vidi kada se uzme u obzir specifičan način na koji se obrazuje politička volja u demokratskoj zajednici. O slobodnom demokratskom uređenju se u KPD-Presudi kaže, da se postojeći, historijski obrazovani državni i društveni odnosi trebaju i moraju popraviti; ovim je postavljen zadatak kojem nema kraja, a koji se svaki put mora rješavati posredstvom političkih odluka (BVerfGE 5, 85 [97]). Put za obrazovanje takvih odluka se opisuje kao proces „trial and error“, koji stalnom duhovnom raspravom, uzajamnom kontrolom i kritikom daje najbolje jamstvo za jednu (relativno) tačnu političku liniju, kao rezultantu i uravnoteživanje između političkih snaga koje djeluju u zemlji (... usp. također BVerfGE 12, 113 [125]). Na ovo se razmišljanje oslanja kasnija presuda o financiranju političkih partija i naglašava da u jednoj demokratiji, obrazovanje političke volje mora uslijediti od naroda prema državnim organima, a ne obrnuto; pravo građanina na učešće u političkom obrazovanju volje se ne artikulira samo predajom glasova na izborima nego i utjecajem na proces stalnog obrazovanja političke volje koji se u demokratskoj državi mora provesti slobodno, nereglementirano i načelno „izvan državnog utjecaja“ (BVerfGE 20, 56 [98 i dalje]).

Građani učestvuju u ovom procesu na različite načine. Velike asocijacije, moćni finansijeri ili masovni mediji mogu imati značajan utjecaj, dok se građanin doživljava kao prilično nemoćan. U društvu u kojem je direktan pristup medijima i šansa da se posredstvom njih iznese stav ograničen na malobrojne, ostaje pojedincu, pored organiziranog djelovanja u partijama i organizacijama, općenito samo kolektivni utjecaj posredstvom realizacije slobode okupljanja radi demonstracija. Nesmetano vršenje ovog prava ne djeluje samo protiv svijesti o nemoći i protiv opasnih tendencija ravnodušnosti prema državi. Ono je, osim toga, u interesu opšteg dobra, jer se paralelni programi snaga koje nose političku volju mogu obrazovati u tačnu rezultantu, tek kada svi vektori budu dovoljno snažno razvijeni.

Prema tome, skupovi se u literaturi tačno nazivaju bitnim elementom demokratske otvorenosti: „Oni nude (...) mogućnost otvorenog utjecaja na politički proces, razvoj pluralnih inicijativa i alternativa kao i kritike i proteste (...); oni sadrže dio izvorno-slobodne neposredne demokratije koja je pogodna da se politički proces sačuva od okoštavanja u poslovnoj rutini“ (...). Sloboda okupljanja u demokratiji sa parlamentarno-reprezentativnim sistemom i manjim plebiscitarnim pravima učešća, ima značaj osnovnog funkcionlanog elementa bez kojeg se ne može. Ovdje načelno



važi – čak i kod odluka sa teškim posljedicama koje se nakon promjene vlasti ne mogu lako otkloniti – princip većine. Na drugoj strani, utjecaj izborne većine ovdje nije ograničen samo na izbore; državnu vlast vrše posebni organi, a provodi je moćan birokratski aparat. Što je efektivnije zajamčena zaštita manjine, to generalno odluka, koju na osnovu principa većine donesu ovi organi, zadobija veći legitimitet; prihvatanje ove odluke zavisi od toga da li je manjina prethodno mogla imati zadovoljavajući utjecaj na obrazovanje mišljenja i političke volje (usp. BVerfGE 5, 85 [198]). Demonstrativni protest može postati neophodnim ako reprezentativni organi nisu raspoznali moguće nepravilnosti i greške u razvoju ili su ih prihvatili uzimajući u obzir druge interese (usp. također BVerfGE 28, 191 [202 i dalje]). U literaturi se stabilizirajuća funkcija slobode okupljanja za reprezentativne organe tačno opisuje kao faktor koji dopušta nezadovoljnim da javno iznesu i da prerade nezadovoljstvo i kritiku, kao faktor koji fungira kao neophodan uslov političkog sistema ranog upozorenja, pokazuje potencijale koji smetaju, čini vidljivim integracione deficite, a time i omogućuje korekturu kursa oficijelne politike (...).

## II.

Propisi Zakona o okupljanju, koji su mejrodatni za provostepeni postupak, su u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima ako su protumačeni i primijenjeni s obzirom na načelni značaj slobode okupljanja.

1. Unatoč visokom rangu, sloboda okupljanja nije zajamčena u neograničenom obimu. Čl. 8 garantira jedino pravo da se okuplja „mirno i bez oružja“ (o tome u nastavku pod III.3.a]) i zahtijeva pridržavanje zakona, za skupove koji se održavaju pod otvorenim nebom. Ovim Ustav vodi računa o okolnosti, da pri vršenju slobode okupljanja pod otvorenim nebom, zbog doticaja sa vanjskim svijetom, postoji posebna potreba za propisima koji reguliraju organizaciju i postupak kako bi se, na jednoj strani, stvorile realne pretpostavke realizaciji ovog prava, a na drugoj, sačuvali suprostavljeni interesi drugih.

(...)

Zakonodavac je obavezan da u svim graničnim propisima poštuje ustavnopravnu odluku koja je otjelotvorena u čl. 8 Ustava; on slobodu okupljanja smije ograničiti samo radi zaštite drugih pravnih dobara koja su jednako važna, i to pod uslovima striktno primjene načela srazmjernosti.

Kada državne službe i sudovi tumače i primijenjuju zakone kojima je zakonodavac normirao ograničenja osnovnih prava, onda se praktično primijenjuje sve što važi za ograničenja slobode mišljenja (BVerfGE 7, 198 [208]; 60, 234 [240]); o slobodi okupljanja BVerfGE 26, 135 [137]). Neophodnost ograničavanja slobode okupljanja se može pojaviti iz okolnosti da demonstranti prilikom korištenja ove slobode povrijede pravne pozicije trećih. U takvim slučajevima državni organi moraju, na jednak način, zakone koji ograničavaju osnovna prava tumačiti u svjetlu značaja ovog osnovnog

prava za slobodno demokratsko uređenje i moraju se u pogledu konkretnih mjera ograničiti na ono šta je neophodno za zaštitu pravnih dobara jednake važnosti. Sa ovim zahtjevima nisu spojive mjere državnih službi koje izlaze iz okvira primjene zakona koji ograničavaju osnovno pravo i otežavaju pristup demonstracijama postavljanjem zapreka i preventivnih kontrola, ili potiskuju slobodan nereglementiran karakter demonstracija provođenjem ekscesivnih opservacija ili registriranja (usp. BVerfGE 65, 1 [43]).

2. Za prvostepeni postupak su iz Zakona o okupljanju (VersG), kojeg je zakonodavac donio na osnovu čl 8 st. 2 Ustava, bitni samo propisi o obavezi na prijavu iz § 14 st. 1 i pretpostavka raspuštanja i zabrane okupljanja iz § 15. Propise o rokovima prijave i navode o odgovornom licu ne treba provjeravati; ni upravne službe, ni sudovi nisu obrazlagali svoje odluke ovim propisima.

a) Obaveza na prijavu, koja je regulirana u § 14 st. 1 VersG, je u Vajmarskom Ustavu bila izričito predviđena kao dopušteno ograničenje slobode okupljanja. Ona, prema mišljenju Saveznog upravnog suda, osnovno pravo, u pravilu, ograničava neznatno (BVerwGE 26, 135 [137 i dalje]. Savezni sud (...) jednako kao i preovlađujuće mišljenje u nauci, smatraju da je propis ustavan. To se mora prihvatiti ako se uzme u obzir da obaveza na prijavu nije bezuslovna tako da njena povreda ne opravdava šematsku zabranu ili raspuštanje neke manifestacije.

Obaveza na prijavu važi samo za skupove pod slobodnim nebom, jer oni zahtijevaju posebne mjere zbog svog učinka prema vanjskom svijetu. Podaci koji su povezani sa podnošenjem prijave daju državnim službama neophodne informacije, kako bi one, na jednoj strani, imale predstavu šta je potrebno organizirati kako bi demonstracije, s obzirom na saobraćaj i ostale mjere, protekle nesmetano i šta je, sa druge strane, potrebno u interesu trećih i u interesu zajednice, konačno, kako će se uskladiti jedno s drugim. Prema vladajućem mišljenju, obaveza na blagovemenu prijavu otpada kod spontanijih demonstracija koje su se obrazovale konkretnim povodom. (...)

One podliježu garancijama iz čl. 8 Ustava; na njih se ne primjenjuju propisi o okupljanju, jer se pridržavanjem ovih propisa ne mogu dostići ciljevi spontanijih manifestacija. Njihovo priznanje se, unatoč nepoštivanju takvih propisa, opravdava time što čl. 8 Ustava, u svom stavu 1 načelno garantira slobodu da se „bez prethodne najave ili dozvole“ okuplja, da se ova sloboda prema stavu 2 može svesti na zakonske osnove za skupove pod slobodnim nebom, da takva ograničenje ipak ne smiju staviti sasvim van snage garancije iz st. 1 za određene tipove manifestacija, da takve garancije pod navedenim pretpostavkama prevashodno oslobađaju od obaveze na prijavu.

Procjena spontanijih demonstracija počiva na primjeni propisa o okupljanju u svjetlu osnovnog prava na slobodu okupljanja, tako da oni u datom slučaju moraju pred njim ustuknuti. Osnovno pravo, a ne Zakon o okupljanju, jamči da su dopuštena okupljanja i povorke; Zakon o okupljanju predviđa jedino ograničenja, kada su potrebna. Iz

ovoga je jasno da povreda obaveze na prijavljivanje ne vodi automatski do zabrane ili raspuštanja jedne manifestacije. Istina, kažnjivo je, ako organizator ili odgovorno lice „provede“ skup koji je neprijavljen (§ 26 VersG). U svemu ostalom Zakon o okupljanju određuje u § 15 st. 2 samo da nadležna služba skupove pod slobodnim nebom i povorke „može“ raspustiti, ako nisu prijavljeni. Nadalje, Savezni ministar unutrašnjih poslova smatra da je preventivna zabrana moguća kao sankcija, ako ona predstavlja blaže sredstvo nego što je raspuštanje, koje je izričito predviđeno u zakonu. Raspuštanja i zabrane u svakom slučaju nisu pravna obaveza za nadležnu službu nego opunomoćenje koje nadležna služba na osnovu diskrecione procjene može uzeti u obzir ako su ispunjene ostale pretpostavke za uplitanje; nedostajuća prijava i, s tim u vezi, zakašnjela informiranost, samo olakšavaju ovakvo uplitanje.

Kako obaveza na prijavu ne važi općenito i kako njena procjena ne vodi automatski do raspuštanja ili zabrane demonstracija, to se ne može zaključiti da bi obaveza koja počiva na pretežnim interesima zajednice u pravilu mogla biti nesrazmjerna.

Da li i u kojoj mjeri postoje specifičnosti velikih demonstracija koje bi, kao i kod spontanijih demonstracija, mogle opravdati zasebnu procjenu, mora se raspraviti u drukčijem kontekstu (vidi u nastavku pod III. 2.).

b) Propisi iz § 15 VersG, prema kojima nadležna služba može održavanje skupova učiniti ovisnim o ispunjenju određenih pretpostavki, ili smije zabraniti, ili raspustiti skupove „kada se po donošenju naredbe ukažu okolnosti koje bi zbog provođenja skupa ili povorke mogle neposredno ugroziti javni sigurnost ili red“, su usklađeni sa Ustavom, ako se tumače na ustavno konforman način.

Apelanti i Savezno udruženje građanskih inicijativa za zaštitu prirodne okoline iznose rezerve zbog neodređenosti pretpostavke za uplitanje u osnovno pravo „ugrožavanje javne sigurnosti ili reda“, koja je problematična zato što diskrecionu odluku o uplitanju donose niže upravne službe i policija. Navedeni pojmovi imaju – kako je to tačno utvrdio Savezni ministar unutrašnjih poslova – posredstvom policijskog prava zadovoljavajuće jasan sadržaj (...). Prema tome, pojam „javne sigurnosti“ obuhvata zaštitu centralnih pravnih dobara, kao što su život, zdravlje, sloboda, ugled, vlasništvo i imovina pojedinca, kao i nepovredivost pravnog uređenja i državnih ustanova, pri čemu se u pravilu pretpostavlja ugrožavanje javne sigurnosti kada prijete kažnjiva povreda ovih dobara. Pod „javnim redom“ se razumijeva cjelokupnost nepisanih propisa čije se poštovanje promatra kao neophodna pretpostavka uređenog života u zajednici unutar jednog područja.

Razjašnjenje pojmova ne osigurava, međutim, ustavnu primjenu zakona. Za ustavnopravno rasuđivanje su bitna dva ograničenja, koja su postavljena u samom zakonu i koja imaju za posljedicu da zabrane i raspuštanja mogu doći u obzir samo zbog zaštite elementarnih pravnih dobara, dok opšte ugrožavanje javnog uređenja neće biti dovoljno.

Zabrana održavanja i raspuštanje demonstracija podrazumijevaju kao ultima ratio, na jednoj strani, da je iscrpljeno blaže sredstvo postavljanja uslova (tako i BVerwGE 64, 55). To slijedi iz načela srazmjernosti. Ono, međutim, ne ograničava samo diskrecionu odluku pri izboru sredstva nego, na jednak način i diskreciono rješenje nadležne državne službe. Sloboda okupljanja, koja je zaštićena osnovnim pravom, će se povući samo ako se uzimanjem u obzir značaja prava na slobodu na osnovu procjene sukobljenih dobara ustanovi da je to neophodno za zaštitu drugih, jednakovrijednih pravnih dobara. Prema tome, ne može bilo kakav, proizvoljan interes opravdati ograničavanje ovog prava na slobodu; treći će u pravilu morati prihvatiti opterećenja koja nužno slijede iz masovnog vršenja osnovnog prava i koja se ne mogu spriječiti bez štete po cilj zbog kojeg se manifestacija održava. Zabrane okupljanja iz saobraćajno-tehničkih razloga ne dolaze u obzir, zbog toga što je postavljanjem uslova, u pravilu, moguće postići da ulice zajedno upotrebljavaju demonstranti i tekući saobraćaj.

Na drugoj strani se pravo na uplitanje državnih službi ograničava time što su zabrane održavanje demonstracija i njihova raspuštanja dopušteni samo u slučaju „neposredne opasnosti“ po javnu sigurnost i red. Pretpostavka za uplitanje se nešto više sužava pretpostavkom potrebnosti, nego što je to slučaj sa opštim policijskim pravom. U konkretnom slučaju je potrebno prognozirati opasnost. Prognoza svaki put sadrži stav o vjerovatnosti; njeni osnovi mogu i moraju biti dokazani. Zakon, prema tome, zahtijeva da prognoza počivati na „jasnim okolnostima“, dakle, na činjenicama, opisu činjeničnih pretpostavki i drugih pojedinosti; nije dovoljno postojanje obične sumnje ili pretpostavke. Uzimajući u obzir ključni značaj slobode okupljanja, nadležna služba, posebno pri donošenju preventivne zabrane, ne smije pred prognozu opasnosti stavljati niže zahtjeve, jer joj u slučaju pogrešne procjene još uvijek ostaje mogućnost da naknadno raspusti demonstracije. Stručni sudovi moraju odlučiti, šta se zahtijeva pojedinačno (...). Zahtjeve je, neovisno o konkretnim okolnostima slučaja, na osnovu samog Ustava, teško propisati, jer oni mogu zavisiti od spremnosti organizatora, npr. velikih demonstracija, na kooperativne pripreme, kao i od toga da li se mogu očekivati ometanja od strane trećih ili od strane manjine demomstranata (usp. o tome pod III. 1. i 3.). Sve u svemu, § 15 VersG je uvijek u skladu sa § 8 Ustava ako je pri njegovom tumačenju i primjeni osigurano da zabrane i raspuštanja demonstracija smiju uslijediti samo zbog zaštite važnih zajedničkih dobara i pod pretpostavkom očuvanja načela srazmjernosti, kao i u slučaju neposrednog ugrožavanja ovih pravnih dobara, kada to nalažu jasne okolnosti.

### III.

U ustavnopravnom smislu se ne može osporiti da naprijed spomenuti propisi o pravu na okupljanje važe i za velike demonstracije. Međutim, ovdje se uz njihovu primjenu moraju iskoristiti iskustva koja su u međuvremenu skupljena i provjerena i koja omogućuju mirno provođenje ovakvih demonstracija.

1. Prema izvještajima iz prvostepenih postupaka o prikupljenim iskustvima i

na osnovu rezultata u stuttgartskim razgovorima (usp. gore pod A. I. 2.) se vidi, da različite okolnosti mogu doprinijeti mirnom provođenju manifestacija, kako je to bio slučaj sa gorlebenskom povorkom izbjeglica (*Gorleben-Trecks*) 1979, bonskom mirovnom demonstracijom (*Bonner Friedensdemonstration*) 1981, ili južnonjemačkim ljudskim lancem (*Süddeutsche Menschenkette*) 1983. U njih se, osim blagovremene procjene pravne situacije, ubraja izostajanje provokacija i agresije s obje strane, utjecaj organizatora na učesnike, s ciljem mirnog držanja i izolacije nasilnika, diskretno držanje državne vlaste – u datoj situaciji, obrazovanje prostora u kojem nije bilo policije – i sprečavanje pretjerane reakcije, a posebno uspostavljanje kontakta kako bi se obje strane upoznale, razmijenile informacije i pronašle način da kontaktiraju u uzajamnom povjerenju, čime je olakšano savladavanje nepredvidivih konfliktnih situacija. Može ostati otvoreno pitanje da li se obaveza na uzimanje u obzir ovakvih iskustava izvodi upravo iz državne obaveze na zaštitu koja, prema mišljenju policijskog sindikata, izrasta iz čl. 8 Ustava na sličan način kao i kod ostalih visoko rangiranih garancija ljudskih prava i koja omogućuje okupljanja i povorke kao i zaštitu osnovnog prava pred smetnjama i napadima trećih. U svakom slučaju, mora se uzeti u obzir novija ustavnopravna judikatura prema kojoj, osnovna prava neutječu samo na uobličavanje materijalnog prava, nego istovremeno obrazuju omjere za formiranje postojeće organizacije i postupaka koji efektuiraju osnovna prava i stoje u službi bolje zaštite osnovnih prava kod primjene postojećih propisa (usp. dokaze u BVerfGE 53, 30 [65 i dalje i 72 i dalje]; iz kasniji odluka BVerfGE 56, 216 [236] i 65, 76 [94]; 63, 131 [143]; 65, 1 [44, 49]). Izvan svake je sumnje da se ove odluke mogu primijeniti i na slobodu okupljanje, jer ovo osnovno pravo ima procesnopravni i organizacionopravni sadržaj. (...)

(...) kao pravo koje garantira slobodu, ono ne sadrži iskaze o sadržajnom uobličavanju okupljanja i povorki, nego to prepušta slobodnom samoodređenju organizatora i zadovoljava se ustanovljavanjem organizacionih odredbi o njihovom provođenju. Nastojanju da se procesnopravno efektuiraju prava koja štite slobode odgovara zahtjev koji je upućen državnim službama, da po uzoru na mirno provođenje velikih demonstracija postupaju kooperativno sa demonstrantima i da bez valjanog razloga ne ostaju iza dostignutog iskustva. Obaveza da se takvo iskustvo, ne samo uzme u obzir, nego da se konkretno provjeri, u ustavnopravnom smislu se može opravdati time da je to blaže sredstvo u odnosu na zadiranja u osnovno pravo zabranama ili raspuštanjem demonstracija. Što se državne službe na ovaj način ozbiljnije zauzimaju za mirno provođenje velikih demonstracija, to će one lakše izdržati upravnu provjeru, u slučaju da njihovi pokušaji ostanu bezuspješni i da kasnije dođe do zabrane ili raspuštanja.

Spomenuti ustavnopravni zahtjevi ne bi u odnosu na državne službe smjeli biti postavljeni tako široko da se time načelno promijeni karakter policijskih zadataka u odbrani od opasnosti, ili da se onemoguću primjena fleksibilnije strategije angažmana. Isto tako se, s pravom, ne bi smjeli pred organizatore i učesnike velikih demonstracija postavljati zahtjevi kojima bi se obesmislio njihov karakter kao principijelno

nekažnjivog i nereglementiranog doprinosa obrazovanju političkog mišljenja i političke volje kao i samoodređenja organizatora o vrsti i sadržaju demonstracija. To se neće desiti ako se od organizatora i učesnika bude tražilo samo da ignoriraju ispađe i da minimaliziraju ugrožavanja interesa trećih.

Takva obaveza slijedi neposredno iz garancija osnovnih prava i njihovog usaglašavanja sa osnovnim pravima trećih. Šire procesnopravne obaveze bi se mogle opravdati neposrednom vezom koja u pogledu vršenje osnovnih prava slijedi iz odnosa sa zajednicom, kao i sa suodgovornošću za posljedice velikih demonstracija. Zakonodavcu se mora prepustiti da u okviru i u granicama pridržavanja zakona, uzimajući u obzir spomenuta iskustva, na nivou običnih zakona precizira ovakve obaveze. Čak i bez zakonodavnog preciziranja organizator i učesnici čine dobro time što uzimaju u obzir preporuke koje su nastale na osnovu sakupljenog iskustva sa velikih demonstracija. Uprava i pravosuđe su, u svakom slučaju, obavezni ustavnim pravom da pokažu spremnost na privilegiranje: što je organizator sa svoje strane spremniji na mjere za izgradnju povjerenja ili na kooperaciju koja omogućuje demonstracije, to je viši prag koji moraju prekoračiti državne službe ako bi ih zbog ugrožavanja javne sigurnosti htjele ograničiti.

2. Ustav, suprotno shvatanju Saveznog udruženja građanskih inicijativa za zaštitu prirodne okoline, ne zahtijeva da se velike demonstracije oslobode, kao i spontane demonstracije, obaveze na prijavu prema § 14 VersG.

Istina, tačno je da se Zakon o okupljanjima iz 1953. godine orijentira prema uobičajenim, kruto organiziranim i vođenim manifestacijama. (...) Suprotno ovome, zadnjih nekoliko godina se trasira promjena i u pogledu organiziranja, i u pogledu provođenja demonstracija. Mnoštvo pojedinačnih grupa i inicijativa, bez određene organizacione povezanosti i sa djelimičnim razmimoilaženjima u pogledu postavljenih ciljeva, se angažira istim povodom za teme iz područja zaštite prirodne okoline i osiguranja mira – i iniciraju, diskutiraju i organiziraju zajedničke demonstracije. Kako svi učesnici u pogledu priprema i provođenja važe kao načelno jednaki, to ovome sasvim ne odgovaraju izvorne predstave o organizaciji i vođenju demonstracija. U svemu ostalom je opala spremnost pojedinaca, da kao organizatori i vođstvo preuzmu odgovornost, zbog toga što je riziko da budu krivično odgovorni i da preuzmu odgovornost za nastale štete u nedostatku jasnih propisa i kalkulabilnog pravosuđa, trenutno postao nepregledan.

Zbog toga je u prvoj liniji zadatak zakonodavaca da iz takvih promjena izvuče konsekvence i da dalje razvije propise Zakona o okupljanju. Sve dok se to ne dogodi, ne može se isključiti da propisi o okupljanju sadrže pravne praznine i da zaštita iz čl. 8 Ustava pokriva takve skupove za koje je zakonodavac još 1953. godine donio propise. Naznačene promjene ne vode, međutim, do odbacivanja obaveze na prijavu velikih demonstracija, koju zahtijeva ustavno pravo, nego naprosto prema izmjenjenoj funkciji prijave:

Posredstvom publiciteta i javne diskusije, koju prakticira jedna od istaknutih grupa u demonstracijama, će nadležna državna služba biti informirana o vremenu i mjestu kao i o konceptualnim pojedinostima ovakvih velikih manifestacija. Ali, i kod velikih manifestacija prijava dobija razumno značenje već zbog toga što propisivanje dodatnih uslova, što se i kod velikih demonstracija u prvom redu uzima u obzir, podržavaju konkretno adresate. Neovisno o tome, uspostavljanje kontakta, koje je povezano sa prijavom demonstracija, omogućuje uzajamno upoznavanje, dijalog i kooperaciju, na što državna služba iz navedenih razloga mora biti spremna, a što se i za organizatora demonstracije preporučuje po logici vlastitog interesa. Pri tom se već u prethodnom postupku vide suprostavljeni interesi, moguće situacije u kojima će doći do kolizije kao i uzajamno povjerenje. Nadalje, podiže se sigurnost u prognozi i prag reakcije nadležnih službi. Brižljiva priprema velikih demonstracija od strane organizatora i snaga reda, kao i odgovarajuća kooperacija, umanjuju istovremeno opasnost da će demonstracije proteći u nemirima. U takvom slučaju se mora načelno ostaniti pri obavezi na prijavi. Svakako da je ustavna interpretacija § 14 u vezi sa § 15 st. 2 VersG poželjna zbog višeslojne organizacije velikih demonstracija kada pojedine grupacije ili osobe smatraju da su u stanju da preuzmu cjelokupnu prijavu ili vođenje demonstracija. Već jedan ograničeni mandata i ograničeno prisutna spremnost da se vodi dijalog i da se preuzme odgovornost, mora biti uzet u obzir kod utvrđivanja sankcije po osnovu izostale prijave. Ako nedostaje podnosilac prijave koji je odgovoran za cjelinu demonstracija, to ima za posljedicu da prag za uplitanje nadležne službe u slučaju smetnji – slično kao i kod spontanijih demonstracija – može opadati, ako je služba sa svoje strane učinila sve kako bi, ispunjavajući sopstvene procesne obaveze – npr. ponudom na fer kooperaciju – omogućila provođenje mirno koncipiranih demonstracija.

3. Poimenice se kod velikih demonstracija češće postavlja pitanje, kao i u predmetnom slučaju, da li i pod kojim pretpostavkama ispadi pojedinaca ili jedne manjine opravdavaju zabranu demonstracija ili njihovo raspuštanje zbog neposrednog ugrožavanja javne sigurnosti i reda, prema § 15 VersG.

a) Ustav građanima jamči jedino pravo da se „mirno i bez oružja okupljaju“. Zahtjevom za mirnim okupljanjem, koji je već postojao u Paulskirche-ustavu kao i u Vajmarskom ustavu, se razjašnjava nešto što upravo slijedi iz pravne prirode slobode okupljanja, ako je razumijevamo kao sredstvo duhovne rasprave i utjecaja na obrazovanje političkevolje (...). Polazna pozicija u kojoj je došlo do primjene sile ne daje povoda za tačnije razgraničenje između prihvatljivog utjecaja i nasilničkog držanja. Jedan učesnik se ponaša nasilnički kada počinu akte nasilja nad osobama ili stvarima. Na njihovom striktnom pridržavanju mora insistirati pravni poredak koji je po prevazilaženju srednjovjekovnog prava jačeg, monopolizirao vršenje vlasti, ne samo radi zaštite slabijih, na strani države. To je preduslov za jamčenje slobode okupljanja kao sredstva aktivnog učešća u političkom procesu i za slobodnu demokratiju je – kako je to pokazalo iskustvo uličnih borbi u Vajmarskoj Republici – upravo zbog toga neizbježno, što odbranu pred nasiljem oslobađa od mjera kojima

se ograničava sloboda. Od demonstranata se utoliko više ne mogu očekivati mirne demonstracije, oni time mogu biti samo na dobitku, dok će demonstrante u slučaju nasilnih konfrontacija na kraju poraziti državna vlast, a istovremeno će biti zatamnjeni ciljevi koje su slijedili.

b) Određivanje zabrane okupljanja ni u slučaju velikih demonstracija ne stvara posebne probleme ako prognoza sa velikom vjerojatnošću upućuje na organizatora i njegove pristalice kao moguće organizatore nereda, odnosno, ako bi mogli podržati takvo ponašanje. Čl. 8 Ustava uopšte ne obuhvata takve, nasilničke demonstracije; njihovo raspuštanje i zabrana, prema tome, ne mogu povrijediti ovo osnovno pravo. Na sličan način se razjašnjava pravna pozicija u kojoj se, obrnuto, organizator i njegove pristalice ponašaju mirno, a uznemiravanja dolaze isključivo izvana (protivdemonstranti, grupe provokatora). U takvom slučaju se u literaturi tačno zahtijeva da se mjere državnih sužbi moraju u prvom redu usmjeravati prema nasilnicima i da se samo pod posebnim pretpostavkama policijske nužde može djelovati protiv skupa kao cjeline (...).

Ako se ne mora strahovati od kolektivnog nezadovoljstva, ako se, dakle, ne mora računati s tim da će demonstracije poprimiti nasilnički ili nemiran tok (usp. § 13, st. 1 br. 2 VersG) ili da organizator i njegove pristalice žele takav tok (usp. § 5 br. 3 VersG) ili da ga bar odobravaju, onda mora biti očuvana zaštita slobode okupljanja za mirni dio učesnika, iako manjina čini ispade (...). Bude li nasilničko ponašanje pojedinaca vodilo padu cijele manifestacije, a ne samo pojedinaca, oni bi imali u ruci cjelokupne demonstracije, mogli bi ih „prefunkcionirati“ i, suprotno volji ostalih, učiniti nezakonitim (...), praktično, velike bi demonstracije mogle biti zabranjene, pošto se uvijek mogu pribaviti „spoznaje“ o nasilničkim namjerama jednog dijela učesnika..

Tako proširena zaštita čl. 8 Ustava se mora odraziti na primjenu normi koje ograničavaju osnovno pravo (...). Jamčenje osnovnog prava koje stoji pod pridržavanjem zakona ne isključuje mogućnost da se prema § 15 VersG uvedu zaštitne mjere za zaštitu javne sigurnosti, sve do zabrane demonstracija. Međutim, mora se favorizirati mogućnost da se zabrana naknadno uvede kako se mirnim učesnicima ne bi od samog početka uskratila mogućnost vršenja osnovnog prava, a organizatoru, prije svih, ostavila mogućnost da izolira nasilničke demonstrante. Preventivna zabrana cijele manifestacije, zbog straha od nereda koje bi proizvela nasilnički orijentirana manjina, je dozvoljena – to određuje obaveza na optimalno očuvanje slobode okupljanja sa očekivanjima koja iz toga slijede – samo pod strogim pretpostavkama i pod uslovima ustavno usklađene primjene § 15 VersG. U to se ubraja visoka vjerojatnost prognozirane opasnosti (...), kao i prethodno iscrpljivanje svih smislenih sredstava koja omogućuju mirnu realizaciju demonstracija (npr. posredstvom prostornog ograničavanja jedne zapovijesti). Zabrana kompletnih demonstracija pretpostavlja posebno, kao ultima ratio, da je ostalo bez uspjeha blaže sredstvo, kojim se nastojalo preko kooperacije s mirnim demonstrantima spriječiti ugrožavanja, ili da je takva kooperacija, koju su demonstranti morali zastupati, postala nemoguća. Uzme li se



u obzir mogućnost opšte preventivne zabrane demonstracija, zbog odgovarajućih razloga, onda se čini da je u pravilu kod velikih demonstracija sa pretežnom većinom mirnih demonstranata neophodno takvu izvanrednu i ograničavajuću mjeru najprije najaviti, sa odgovarajućim rokom u kojem bi se ostavila mogućnost da se rasprave pitanja očekivanih opasnosti, kao i pogodnih mjera koje bi ih neutralizirale.

## **97) BVerfGE 85, 69 (Eilversammlung) Hitna okupljanja**

1. § 14 Zakona o okupljanju se u pogledu na čl. 8 Ustava mora protumačiti na ustavno konforman način, tako što će se hitna okupljanja prijaviti, čim se za to ukaže mogućnost.
2. § 26 br. 2 Zakona o okupljanju, u slučaju hitnih okupljanja, zadovoljava pretpostavke zahtjeva za određenošću (čl. 103 st. 2 Ustava)

### **Rješenje Prvog senata od 23. oktobra 1991. - 1 BvR 850/88 -**

Apelant je kažnjen zbog toga što je održao skup pod otvorenim nebom bez prijave. Njegovom ustavnom tužbom se osporava kažnjavanje.

(...) u pravilu se rok za prijavu od 48 sati prije objavljivanja skupa, iz § 14 VersG, ne može ustavnopravno osporiti.

§ 14 VersG se, međutim, mora ograničiti. Rok za prijavu se prema doslovnom tekstu odnosi na sve skupove pod otvorenim nebom, bez ikakvih razlika. To, međutim, ne važi, kako je već ranije utvrdio Savezni ustavni sud, za spontane skupove. Pod njima se razumiju skupovi koji se razvijaju trenutnim povodom bez organizatora. Prijava je ovdje zbog stvarnih razloga nemoguća. Insistiranje na obavezi prijavljivanja iz § 14 VersG bi morala voditi prema generalnoj zabrani spontanih okupljanja. To ne bi bilo spojivo sa osnovnim pravom na slobodu okupljanja (usp. BVerfGE 69, s. 350 i dalje).

Do sada, suprotno tome, nije odlučeno, kako se treba postupati sa tzv. hitnim skupovima. Pod njima se razumijevaju okupljanja, koja su za razliku od spontanih skupova, planirana i imaju organizatora, ali ne bi mogla biti prijavljena u roku koji predviđa § 14 VersG, a da se ne dovede u pitanje sam cilj okupljanja. Ako bi se i ovdje insistiralo na održavanju roka iz § 14 VersG, to bi imalo za posljedicu da bi i hitni skupovi od početka bili nedopušteni. Ovakav rezultat bi, međutim, bio nespojiv sa osnovnim pravom na slobodu okupljanja.

Kod hitnih skupova, za razliku od spontanih okupljanja, nije nemoguća sama prijava nego samo održanje roka. Zbog toga se ne može odustati od prijave, nego je

potrebno skraćanje roka koje bi vodilo računa o specifičnosti ovakvog okupljanja. Hitna okupljanja se, prema tome moraju, u smislu ustavne interpretacije § 14 VersG prijaviti, čim se za to pokaže prilika. U pravilu će se to dogoditi sa odlukom da se organizuje okupljanje, a najkasnije sa obznanjivanjem ove oduke.

Ovakvim tumačenjem se ne sužava osnovno pravo na slobodu okupljanja. Neznatna je opasnost da se pri ustavnoj interpretaciji § 14 VersG, koja ne mijenja tekst propisa, potencijalni organizator, zbog straha pred krivičnom sankcijom, odvrti od organizacije hitnog skupa. To ne prisiljava da se odustane od ustavne interpretacije i da se umjesto toga § 14 VersG proglasi djelimično nespojivim sa čl. 8 Ustava.

(...) S Ustavom usklađena interpretacija § 14 VersG ne proširuje krug kažnjivog ponašanja, nego ga sužava. Za spontana okupljanja otpada rok za prijavu. Za hitna okupljanja se rok za prijavu skraćuje. U tom slučaju kažnjavanje ne može uslijediti zbog propuštanja roka za prijavu. Propuštena prijava je krivičnompravno relevantna samo ako je postojala mogućnost prijave. Ovim propisom se ne uvodi novo krivično djelo, nego se postojeće ublažava, odredbom o roku. Norma, međutim, zadovoljavajuće jasno izražava da skupovi kod kojih se rok iz § 14 VersG ne može održati, zbog toga ne mogu biti sasvim oslobođeni od obaveze na prijavu. Za adresate norme je ovim riziko kažnjavanja kod neprijavljivnja vidljiv u mjeri shvatljivosti koju iziskuje čl. 103 st. 2 Ustava.

**98) BVerfGE 128, 226**  
**(Frankfurter Flughafen)**  
**Aerodrom Frankfurt**

**Savezni ustavni sud**

**- Služba za odnose sa javnošću -**

**Saopštenje za javnost br. 18/2011 od 22. februara 2011. godine**

**Presuda od 22. februara 2011. godine**

**-1 BvR 699/06-**

**Sloboda okupljanja važi i na Aerodromu Frankfurt**

**Činjenično stanje:**

1. Aerodromom u Frankfurtu na Majni upravlja dioničko društvo (Fraport AG). U javnom vlasništvu je većinski dio dionica, udjeli su podijeljeni između zemlje Hessen i grada Frankfurt am Main. Osim infrastrukture potrebne za odvijanje zračnog saobraćaja, u sastavu aerodroma nalaze se brojni trgovački ili ugostiteljski objekti dostupni široj javnosti.

2. Apelantica je članica „Inicijative protiv deportacija“, koja se bori protiv protjerivanja stranaca uz učešće privatnih aviokompanija. Kada je, zajedno sa pet drugih članova, u sali za polaske frankfurtskog aerodroma u martu 2003. godine na šalteru za check-in dijelila letke protiv jedne deportacije, društvo „Fraport AG“ joj je uručilo zabranu pristupa aerodromu uz napomenu da će protiv nje podnijeti krivičnu prijavu zbog remećenja kućnog reda ukoliko je ponovno „neopravdano“ zateknu u zgradi aerodroma. U pratećem pismu apelanticu s pojašnjenjem upućuju na odredbu iz Uredbu o korištenju aerodroma u skladu sa kojom je za okupljanje, reklamiranje ili dijeljenje letaka potrebna saglasnost „Fraport AG“ i u kojoj se navodi da se na terminalu načelno ne toleriraju „nenajavljeni protesti zbog nesmetanog odvijanja poslovanja i iz sigurnosnih razloga“.

3. Bez uspjeha na svim instancama je ostala apelantičina tužba pred građanskim sudovima protiv društva „Fraport AG“, kojom je traženo da se utvrdi nezakonitost izrečene zabrane demonstriranja i izražavanja mišljenja na području Aerodroma Frankfurt. Apelantica, između ostalog, apelacijom ukazuje da se pobijanim odlukama građanskih sudova krše njena osnovna prava - slobode izražavanja mišljenja i slobode okupljanja –.

## II. Odluka Saveznog ustavnog suda

Prvi senat Saveznog ustavnog suda je sa sedam glasova „za“ i jednim glasom „protiv“ odlučio da su pobijanim odlukama civilnih sudova povrijeđena osnovna prava apelantice iz čl. 5 st. 1, rečenica 1 (sloboda mišljenja) i čl. 8 st. 1 Ustava (sloboda okupljanja), pa ih je s tim u skladu i ukinuo. Predmet je vraćen na ponovno suđenje Osnovnom sudu u Frankfurtu am Main.

## III. Bitni argumenti Senata:

1. Društvo „Fraport AG“ je u odnosu na apelanticu neposredno obavezano osnovnim pravima. Korištenje civilnopravne forme ne oslobađa državnu vlast od obaveze poštivanja osnovnih prava u skladu sa čl. 1 st. 3 Ustava. Društva u mješovitom vlasništvu, u kojima javni sektor drži većinu dionica, jednako kao i javna društva u isključivom vlasništvu države, koja su kao društva uspostavljena u formama privatnog prava, neposredno su obavezana osnovnim pravima.

U skladu sa čl. 1 st. 3 Ustava osnovna prava obavezuju zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast kao neposredno važeće pravo. Ona pri izvršenju državnih zadataka ne važe samo za određena područja, funkcije ili forme djelovanja, već obavezuju državnu vlast obuhvatno i u cjelini. Pri tome je čl. 1 st. 3 Ustava zasnovan na jednoj elementarnoj razlici: dok je građanin principijelno slobodan, država je principijelno vezana. U skladu s tim, osnovna prava ne obavezuju građane neposredno, nego oni preko njih zadobijaju priznanje kao slobodne osobe koja su same odgovorne za razvoj vlastite individualnosti. Obavezujući učinak pravnog poretka je već unaprijed relativiziran i načelno ograničen; država stvara ravnotežu između različitih nosilaca osnovnih prava i na taj način između njih ostvaruje posredno važenje osnovnih prava. Država, u skladu s tim, kao povjerenik građana, izvršava zadatke i dužna im je „polagati račune“. Njene aktivnosti se ne razumijevaju kao izraz slobodnog subjektivnog uvjerenja u ostvarivanje lične individualnosti, nego distancirano poštuju različita uvjerenja državljana te ih u skladu s tim Ustav obuhvatno i u cjelini obavezuje na poštovanje osnovnih prava. To važi i onda kada se država u izvršavanju svojih zadataka služi civilnim pravom.

Neposredna obaveznost osnovnim pravima ne važi samo za preduzeća koja su u stopostotnom javnom vlasništvu, nego i za društva u mješovitom vlasništvu, ukoliko u njima većinu dionica drži javni sektor. To je u pravilu slučaj kada je više od polovine dionica u javnom vlasništvu. Pretpostavka neposredne obaveznosti osnovnih prava, kako za vlasnike dionica, tako za predmetno preduzeće, odgovara njegovom

karakteru samostalne trgovačke jedinice i osigurava efektivnu obaveznost osnovnih prava neovisno o tome može li, u kojoj mjeri i u kojoj formi, vlasnik u skladu sa propisima o trgovačkim društvima utjecati na vođenje poslova, te neovisno o tome kako u preduzećima sa različitim javnim vlasnicima osiguravaju koordinaciju prava na utjecaj različitih javnih vlasnika. Privatni vlasnici dionica time nisu neopravdano uskraćeni za svoja prava: oni mogu slobodno odlučiti hoće li imati dionice u preduzeću sa 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 subjekata osnovnih prava, posebno prava na vlasništvo, neposredno u odnosu na javne vlasnike dionica ili u odnosu na javnu vlast.

2. Pobijane odluke predstavljaju povredu prava apelantice na slobodu okupljanja.

a) Zaštićeno područje ulazi u opis slobode okupljanja. Sloboda okupljanja subjektima osnovnih prava, između ostalog, garantuirao pravo na slobodan izbor mjesta okupljanja. Ovim se, međutim, ne stiče pravo pristupa bilo kojem mjestu. Skupovi se, prije svega, ne mogu tek tako održati na nekom proizvoljno odabranom privatnom zemljištu. Ipak, sloboda okupljanja nije ograničena samo na prostor javnog saobraćaja. Štaviše, ona garantuje održavanje skupova i na drugim mjestima na kojima je neko javno preduzeće omogućilo saobraćaj koji je pristupačan javnosti. Ako danas komunikacijsku funkciju javnih saobraćajnica sve više preuzimaju ili dopunjuju kupovni centri ili druga okupljališta, sloboda okupljanja se, ukoliko postoji neposredna primjena osnovnih prava ili se takav zahtjev može postaviti prema privatnim osobama po osnovu posrednog učinka osnovnih prava na treće (Drittwirkung), ne može izuzeti iz javnih površina u takvim objektima. To važi neovisno o činjenici da li se takve površine nalaze unutar vlastitog objekta ili su povezane sa infrastrukturnim sadržajima, jesu li natkrivene ili na otvorenome.

Mjesta koja općenito služe javnoj komunikaciji koja bi se pored javnih cesta mogla koristiti za održavanje okupljanja su, prije svega, ona mjesta koja su inače otvorena i dostupna za javnost. S jedne strane su, za razliku od toga, isključena mjesta na kojima se pristup individualno kontrolira, a njihovo je korištenje dopušteno samo za pojedinačne, 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 različitih djelatnosti koje se tu odvijaju ili različitih interesa, usljed čega se stvara raznolika i otvorena komunikacijska mreža. Mjesta okupljanja koja je namjeravala odabrati apelantica potpadaju pod okrilje slobode okupljanja, jer se radi o područjima sa frankfurtskog aerodroma koja su, općenito, zamišljena kao mjesta za javnu komunikaciju.

b) Pobjijane odluke zadiru u pravo na slobodu okupljanja. Odredbe Zakona o javnom okupljanju se načelno primjenjuju i na frankfurtskom aerodromu kao pravni osnov za donošenje mjera od strane upravnih organa nadležnih za okupljanja ili policije kao izvršnog organa. Osim toga, mjere koje primjenjuju aerodromski operateri mogu se zasnivati na privatnopravnom kućnom redu u skladu sa § 903 rečenica 1 i § 1004. Građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), kao zakona kojim se ograničava sloboda okupljanja u smislu čl. 8 st. 2 Ustava. Okupljanja na mjestima za javnu komunikaciju su okupljanja na otvorenom u smislu čl. 8 st. 2 Ustava. To važi nezavisno od toga nalaze li se mjesta otvorena za javnost u prirodi ili u zatvorenim objektima, odnosno zgradama. Mjerodavno je da se okupljanja na takvim mjestima odvijaju na javnom prostoru, tj. prostoru otvorenom za javnost, te da nisu prostorno odvojena od njega.

c) Zadiranje nije opravdano jer je zabrana, koju su potvrdili civilni sudovi, nesrazmjerna. Načelno se ne mogu civilnopravna ovlaštenja tumačiti tako da izlaze izvan ustavnopravnih granica koje važe za organe nadležne za okupljanja. U skladu s tim, zabrana okupljanja dolazi u obzir samo ako se po osnovu prepoznatljivih okolnosti može zaključiti da postoji neposredna opasnost za elementarna pravna dobra koja su jednako vrijedna kao i sloboda okupljanja. Međutim, to ne predstavlja smetnju da se na specifičan način preduprijedi posebno opasan potencijal okupljanja na aerodromu i da se uzmu u obzir i prava drugih subjekata osnovnih prava. Pri tom posebna osjetljivost na smetnje jednog aerodroma, u njegovoj primarnoj funkciji mjesta za odvijanje vazdušnog saobraćaja, opravdava ograničenja koja, prema načelu srazmjernosti, ne bi morala biti prihvaćena na javnim cestama. Aerodromski operater može, u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima, donijeti transparentna pravila za ostvarivanje prava na slobodu okupljanja na aerodromu, koja su prilagođena prostornoj situaciji i, posebno, specifičnim uslovima vezanim za opasne situacije. Takva pravila ne bi utjecala na isključiva ovlaštenja upravnih organa nadležnih za okupljanja ili na interventne policijske jedinice na licu mjesta.

Navedena zabrana, međutim, sprečava apelanticu na neograničeno vrijeme da bez konkretnog prognoziranja opasnosti provede bilo kakvo okupljanje u svim dijelovima aerodroma, osim ukoliko ih, po osnovu svog načelno diskrecionog prava, prethodno nije odobrilo „Fraport AG“. To je nije spojivo sa slobodom okupljanja.

3. Pobjijane odluke vrijedaju apelanticu i u njenom pravu na slobodno mišljenjeja.

a) Građaninu je i sloboda izražavanja mišljenja zajamčena samo tamo gdje on stvarno ima pristup. Za razliku od čl. 8 st. 1 Ustava, izražavanje mišljenja po svom dometu 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 on upražnjava sam i za koje u pravilu nije potreban neki poseban prostor i ne stvara vlastiti saobraćaj koji je na tipičan način povezan sa smetnjama. Ona kao individualno pravo načelno pripada građaninu na bilo kojem mjestu na kojem se on svaki put nalazi.

b) Zabrana koju su potvrdili civilni sudovi, da se apelantici zabranjuje da bez prethodne dozvole „Fraport AG“ dijeli letke na aerodromu, je nesrazmjerna. Želja da se stvori „ugodna atmosfera“ u svijetu čistog konzumiranja, slobodnog od političkih diskusija i društvenih rasprava, ne može biti legitiman razlog za ograničenje slobode mišljenja. Također su isključene zabrane koje služe sprečavanju iznošenja određenih mišljenja samo zbog toga što ih ne dijeli operater aerodroma, ili ih sadržajno ne odobrava, ili ih zbog kritičnih sadržaja u pogledu dotičnog preduzeća ocjenjuje poslovno štetnima. Za razliku od toga, korištenje površina na aerodromu se u pogledu iznošenja mišljenja može ograničiti ili urediti samo prema istim kriterijima koji važe i za javne prometnice, polazeći od funkcionalnih aspekata i radi zaštite pravnog dobra. Međutim, ograničenja u tom slučaju moraju biti u skladu sa načelom srazmjernosti. To u svakom slučaju isključuje generalnu zabranu dijeljenja letaka na aerodromu, a time i na svim područjima koja su zamišljena kao javni forumi, ili generalno njihovu ovisnost o dodjeli dozvola. Za razliku od toga, ograničenja koja se odnose na određena mjesta, načine ili vrijeme izražavanja mišljenja u svrhu sprečavanja smetnji načelno nisu isključena. Međutim, pobijane odluke ne ispunjavaju te zahtjeve.

### **Izdvojeno mišljenje sudije Schluckebiera:**

1. Pretpostavka neposredne obaveznosti osnovnih prava u pogledu „Fraport AG“ je u osnovi tačna, ali obrazloženje nije dovoljno diferencirano. Neposredna obaveznost koja važi za „Fraport AG“ kao tzv. mješovito dioničko društvo može se, usljed većinskih dionica raznih nositelja državne vlasti, koji su svaki za sebe – pored privatnih vlasnika dionica – samo manjinski vlasnici, utemeljiti kad bi javni vlasnici dionica zbrojili svoje dionice u osnovnom kapitalu kako bi zbir svojih udjela osnivačkog kapitala podvrgli pravno obavezujućoj koordinaciji mogućeg utjecaja ili bi se na drugi način osigurala ravnoteža interesa. Uslov za pretpostavku da postoji takva većina ovdje je ispunjen Ugovorom o konzorciju između Savezne Republike Njemačke, Savezne zemlje i društva u kojem grad ima dionice. No senat zanemaruje zahtjev koordinacije mogućeg utjecaja, koji je u propisima o trgovačkim društvima priznat kao pretpostavka da postoji većina, iako bi „javna društva koja su vlasnici dionica“ ovisno o političkoj većini, mogla slijediti različite, možda čak i suprotstavljene interese u pogledu aerodroma. Nadalje, kada većina članova senata pretpostavlja

da ovlaštenja vezana uz utjecaj prema propisima o trgovačkim društvima sama po sebi, čak i kod zbira većinskih dionica iznad 50%, nisu primjerena da bi zamijenila obaveznost osnovnih prava za takva društva, ona upada u protivrječje: kada bi uistinu postojali deficiti po pitanju utjecaja, upravo zbog toga se dioničko društvo ne bi smjelo supsumirati pod izvršnu vlast (čl. 1 st. 3 Ustava). Osim toga, izvršna vlast je kao državna vlast uslovljena narodnom legitimacijom (čl. 20 st. 2 Ustava), što kod nedostatnih mogućnosti utjecaja državnih dioničara nije osigurano u dovoljnoj mjeri.

2. Većina u senatu proširuje domet slobode okupljanja, a time i prava na pristup okupljanju na „javne forume“ (misli se: otvorene za pristup javnost). Ona ih prema vanjskim okolnostima razgraničava od mjesta koja su javnosti raspoloživa samo u određene svrhe ili pretežno služe određenoj svrsi. Već po osnovu te definicije bi check-in šaltere velikog aerodroma trebalo izuzeti iz područja zaštite, budući da pretežno služe jednoj funkciji, naime za check-in putnika. Iako istovremeno nudi i mogućnosti kupnje putničkih potrepština, ipak apsolutno prevladava funkcija „aerodroma“. Senat za proširenje područja zaštite osnovnog prava u biti obrazlaže samo da „danas komunikacijsku funkciju javnih cesta, puteva i trgova“ sve češće preuzimaju ili dopunjuju javni forumi u smislu definicije većine članova senata.

Trenutno stvarne okolnosti ne opravdavaju takvu ocjenu. Na velikim željezničkim stanicama ili aerodromima već dugo postoje prolazi sa trgovinama 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. Trenutno 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 iz ove odluke. Obrazloženje odluke, osim toga, podstiče jedno razumijevanje prema kojem bi i forume isključivo privatnih vlasnika trebalo uključiti u područje zaštite slobode okupljanja u skladu sa širom definicijom većine članova Senata. Time bi u pogledu kolizije između osnovnog prava na vlasništvo i osnovnog prava na okupljanje unaprijed bilo odlučeno u korist područja zaštite čl. 8 Ustava.

3. Istina, Senat kod provjere srazmjernosti u vezi sa čl. 8 Ustava priznaje da je prostora za okupljanje o kojem se radi posebno osjetljiv. Međutim, zaključci do kojih po tom osnovu dolazi ne idu dovoljno daleko. Čak i neznatna smetnja u halama za odlazak velikog aerodroma može brzo prerasti u značajnu smetnju koja uveliko ometa poslovanje i koja bi se – u slučaju da je nužno zatvoriti određene prostore – zbog guste mreže u zračnom saobraćaju mogla negativno odraziti na brojne aerodrome i putnike na tim aerodromima. Putnici koji žele koristiti svoju slobodu kretanja i opću slobodu djelovanja, usljed 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 saobraćajnicama ili trgovima. Upravo zbog takve specifičnosti veliki aerodrom zahtijeva posebnu zaštitu. Senat je, stoga, imao razloga da utvrdi konkretna uputstva o specifičnim mogućnostima ograničavanja okupljanja na takvim mjestima (primjerice ograničenje broja učesnika na manje grupe i isključenje povorki kroz aerodromske zgrade). Također se moglo pojasniti ovlaštenje zakonodavca da kod tako osjetljivih „forum“ može uvesti restriktivnija pravila u propisima o javnim okupljanjima.

**99) 1 BvR 2135/09**  
**(Versammlungsrechtliche Auflagen)**  
**Uslovi iz propisa o javnom okupljanju**  
**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 70/2014 od 6. augusta 2014. godine**

**Rješenje od 26. juna 2014. godine**

**-1 BvR 2135/09-**

**Uslovi iz propisa o javnom okupljanju moraju biti ograničeni na nužno zadiranje u slobodu okupljanja**

U odluci koja je objavljena danas, Treće vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda je prihvatilo apelaciju protiv osuđujuće presude koja je izrečena apelantici i kojom joj se nalaže plaćanje novčane kazne od 250 € zbog povrede obaveze iz propisa o javnom okupljanju. Nadležna služba koja izdaje odobrenja za javna okupljanja za protest koji se održavao 1. maja je odobrila upotrebu razglasa samo za govore u vezi sa temom skupa i za upute snaga za održavanje reda. Apelantica je koristila razglas za povike poput "Drotovi napolje sa skupa!" i „Drotovi u civilu napolje sa skupa – i to odmah!“ Presuda Osnovnog suda kojom je osuđena na novčanu kaznu zbog povrede obaveza iz propisa o javnom okupljanju previda zaštićenu područje slobode okupljanja. Ta sloboda obuhvata i artikuliranje interesa povezanog sa skupom, naime, da na njemu učestvuju samo pristalice skupa i da se policija kreće izvan povorke protestanata.

**Činjenično stanje i tok postupka:**

Apelantica je 1. maja 2008. godine učestvovala na javnom skupu Njemačkog saveza sindikata (Deutscher Gewerkschaftsbund - DGB) u Münchenu o temi „1. maj - Dan rada“. Nadležna služba koja izdaje odobrenja za javna okupljanja je, između ostalog,

postavila uslov da je upotreba razglasa i megafona dopuštena samo za govore i objave u vezi sa temom skupa, te za upute snaga za održavanje reda. Apelantica je, dok se kretala u povorci, na dva mjesta koristila razglas na ručnim kolicima za uzvikivanje parola poput "Drotovi neka se udalji sa skupa!" i „Drotovi u civilu neka se udalje sa skupa – i to odmah!". Osnovni sud je apelanticu osudio zbog kršenja zakona o javnom okupljanju i nepoštivanja ograničavajućih uslova na novčanu kaznu od 250 €. Viši zemaljski sud je kao neosnovan odbacio apelanticin zahtjev da se dopusti žalba.

### **Bitni argumenti Vijeća:**

Osnovni sud je pobijanom odlukom povrijedio osnovno pravo apelantice na javno okupljanje iz čl. 8 st. 1 Ustava.

1. Povici preko razglasa zbog kojih je dosuđena novčana kazna nisu, kako što to smatra Osnovni sud, izuzeti iz područja zaštite slobode na okupljanje. Sadržajno su bili dovoljno povezani sa javnim okupljanjem, koje ulazi u zaštićeno područje čl. 8 st. 1 Ustava. Oni, istina, nisu bili neposredno povezani sa temom skupa i nisu su služili održavanju reda. Međutim, njima je artikuliran interes koji je povezan sa okupljanjem, a to je da se povorci pridruže samo osobe koje učestvuju na skupu, ali ne i policajci, koji ne učestvuju u procesu stvaranja javnog mnijenja. Za proteste je tipično da se na njima fizički manifestiraju zajednička uvjerenja. Onaj ko učestvuje na takvom skupu načelno ima pravo da se tokom protesta zalaže da na njemu učestvuju samo osobe koje ga podržavaju, a da se policija kreće izvan povorke.

2. Sankcionisanjem povika preko razglasa novčanom kaznom presuda Osnovnog suda zadire se područje zaštite osnovnog prava. Takvo zadiranje, na osnovu činjenica koje je utvrdio sud, nije bilo opravdano.

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

b) Izricanje novčane kazne apelantici u postupku pred Osnovnim sudom ne ispunjava taj kriterij. Zbog područja zaštite čl. 8 st. 1 Ustava sud se ne smije bez ikakvih ograničenja pozivati na obavezu koju je naložila služba nadležna za javna okupljanja.

Štaviše, sud je mogao takvu obavezu razumijevati kao usklađenu sa Ustavom samo ako je moguće tumačenje prema kojemu druge izjave, osim onih koje su strogo vezane za temu skupa, nisu iz njega isključene. Međutim, sud nije uzeo u obzir da i to ulazi u zaštićeno područje slobode na okupljanje. Čak štaviše, pobijana odluka za dotične izjave veže novčanu kaznu, bez obzira na činjenicu da li to predstavlja smetnju. Smetnja zbog upotrebe razglasa u konkretnom slučaju nije ni dokazana niti se vidi na drugi način. Povici apelantice 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. Sve u svemu, ne vidi se da je došlo do smetnji koje bi opravdale izricanje novčane kazne apelantici.

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

## **§ 16.**

# **Sloboda udruživanja**

## **(čl. 9 Ustava)**

## 100) BVerfGE 19, 303 (Dortmunder Hauptbahnhof) Glavna željeznička stanica Dortmund

1. Čl. 9 st. 3 Ustava osigurava članovima jedne koalicije pravo da uzimaju učešća na akcijama njihovog udruženja koje su zaštićene Ustavom.
2. Čl. 9 st. 3 Ustava štiti određeno jezgro koalicionog djelovanja u području predstavljanja zaposlenog personala.
3. Ustavnim pravom je zaštićeno provođenje kampanje pred izbore članova predstavništava zaposlenog personala, kako na radnom mjestu, tako i za vrijeme radnog vremena.

### Rješenje Drugog senata od 30. novembra 1965. - 2 BvR 54/62 -

Apelant je državni službenik, i to nadzornik pogona njemačke željeznice, glavne željezničke stanice Dortmund. On je član Njemačkog sindikata željezničara. U predizbornoj kampanji za izbor predstavničkog tijela zaposlenog personala, od 15/16. februara 1960, je u slobodno vrijeme, na zemljištu glavne željezničke stanice Dortmund, dijelio letke ovog sindikata, kojima je kritikovana politika Njemačkog saveza državnih službenika u odnosu na službenička primanja. Ovi su, u sred teških borbi za poboljšanje plata službenika, lakomisleno najavili da od njih odustaju. Zbog toga bi službenici koji su zaposleni pri saveznoj željeznici morali birati kandidate Njemačkog sindikata željezničara, a kandidatima u Njemačkom savezu državnih službenika (u nastavku: Sindikat službenika njemačke željeznice) bi morali otkazati povjerenje. Apelant je jedan od letaka na kojem je pisalo „Pogledajte kako radi vaše udruženje“ dao nadzorniku E (...), koji je bio zaposlen na glavnoj rampi, a koji je pripadao Sindikatu službenika njemačke željeznice. E je letak dostavio saveznom inspektoru željeznica W (...), mjesni predsjednik njegovog sindikata HW se nalazio u kontroli; on je pozvao apelanta na razgovor i prigovorio mu je da je dijeljenje letaka bilo nedopušteno prema pravilima službe.

Apelant je u disciplinskom postupku, koji je proveo rukovodilac službe glavne željezničke stanice Dortmund, kažnjen 25. aprila 1960. novčanom kaznom od 5 DM, jer je prekršio § 7 st. 2 rečenica 1 „Opštih uputstva za službu službenika savezne željeznice“ koja su donešena odlukom Glavne uprave njemačkih željeznica od 11. novembra 1954, izdanje 1958. – ADAB. Ova odredba glasi:

„Vršenje službe ne smije biti ugroženo ličnim suprostavljanjem, a posebno takvim, političke, religiozne ili sindikalne prirode.“

Čl. 9 st. 3 Ustava jamči koalicijama i njihovim članovima pravo da djeluju u

području predstavljanja zaposlenog personala. Ovdje spada i kampanja pred izbore predstavnika personala na radnom mjestu.

Čl. 9 st. 3 Ustava ne štiti samo pravo svih grupa i zanimanja, dakle, i državnih činovnika, da koaliraju, neg i koalicije kao takve i njihova prava da koaliranjem slijede ciljeve koji su imenovani u čl. 9 st. 3 Ustava, naime, očuvanje i podsticanje uslova poslovanja (BVerfGE 4, 96 [101 i dalje]; 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). Čl. 9 st. 3 Ustava, uz to, osigurava pojedincu pravo da učestvuje u specifičnim aktivnostima koalicije, u području koje je Ustavnim pravom zaštićeno za koaliciju (BVerfGE 17, 319 [333] i Wengler, Die Kampfmaßnahmen im Arbeitsrecht, 1960, s. 47 i dalje kao i § 91 BGB).

Osnovno pravo slobode koaliranja može zaštititi samo takve aktivnosti jednog udruženja, koje služe ciljevima imenovanim u čl. 9 st. 3 Ustava.

Ako djelatnost udruženja zaposlenih služi prvenstveno očuvanju i podsticanju uslova rada i ako zakon navođenjem uputstava i ovlaštenja izričito priznaje djelovanje sindikata pri predstavljanju zaposlenog personala, ili ga pretpostavlja kao neophodan uvjet za djelotvorno predstavljanje zaposlenog personala, onda i aktivnosti sindikata u području predstavljanja zaposlenog personala doprinose očuvanju i podsticanju uslova rada. Ovome se ne suprotstavlja činjenica da sindikati traže mogućnost da posredno, a ne neposredno – posredstvom savjeta zaposlenih i njihovog izbora – utječu na uslove rada. Čl. 9 st. 3 Ustava ne pravi razliku s obzirom na to, da li koalicije neposredno ili posredno nadziru i podstiču uslove rada i poslovanja.

Čl. 9 st. 3 Ustava jamči koalicijama pravo da u okvirima kolektivnih ugovora utvrde uslove rada i poslovanja (BVerfGE 4, 96 [106]; 18, 18 [26]). Sporno je da li ustavna garancija iz čl. 9 st. 3 Ustava štiti i djelovanje koalicija, koje i na drugi način, a ne samo zaključenjem kolektivnih ugovora, treba štiti i podsticati uslove rada i poslovanja. Savezni ustavni sud je ovo pitanje u pogledu koalicionog djelovanja u okviru predstavništava zaposlenog personala ostavio otvorenim u Rješenju od 14. aprila 1964. (BVerfGE 17, 319 [333]). Ono, za ovo područje, mora biti potvrdno odgovoreno.

Područje djelovanja koje je zaštićeno osnovnim pravom na slobodu koaliranja može biti određeno samo na osnovu specijalnih propisa čl. 9 st. 3 Ustava; čl. 2 st. 1 Ustava se pri tom mora izostaviti (usp. BVerfGE 6, 32 [37]; 9, 73 [77]; suprotno Nipperdey, na nav. mjestu, s. 108 i dalje; BAG, JZ 1964, 373 [374]). Pri utvrđivanju dometa čl. 9 st. 3 Ustava se, međutim, mora uzeti u obzir historijski razvoj (BVerfGE 4, 96 [101 i dalje, 106, 108]; 18, 18 [28 i dalje]). (...)

Slobodi koaliranja bi se oduzeo njen historijski smisao, kada članom 9 st. 3 Ustava ne bi bilo zaštićeno djelovanje koalicija pri izboru predstavnika u predstavništvima zaposlenog personala (usp. BVerfGE 4, 96 [102, 106]).

Pane li djelatnost koalicija za predstavljanje zaposlenih u područje koje je zaštićeno čl. 9 st. 3 Ustava, mora i kampanja koalicija pred izbore za predstavništva zaposlenog personala biti načelno zaštićena Ustavom. Zadatak je personalnih predstaništava da čuvaju i da podstiču uslove rada. Koalicijama se, s obzirom na ovo mora zajamčiti utječu na izbor predstavništava zaposlenog personala, kako bi mogli slijediti ciljeve koji su opisani u čl. 9 st. 3 Ustava. (...)

Izborna kampanja koja se provodi radi izbora predstavničkog tijela zaposlenog personala, ne može biti vođena pred vratima radnog mjesta ili izvan radnog mjesta u sferi privatnosti glasača. Zbog toga je Ustavnim pravom načelno zaštićena sindikalna kampanja za izbor predstavništava zaposlenog personala na radnom mjestu i za vrijeme radnog vremena.

Bio bi izgubljen smisao takve izborne kampanje ako bi nekoj koaliciji ili njenim članovima bilo zabranjeno da prakticiraju kritiku konkurirajućih koalicija. Izborna kampanja nije moguća bez iznošenja suprotstavljenih stavova. Ne može se spriječiti, i to mora biti prihvaćeno, da članovi drugih sindikata negativno reagiraju na takve iskaze.

Nadležnost je zakonodavaca da uobliči i da regulira pravo sindikata da djeluju u predstavništvima zaposlenog personala. Ni ovdje ne vrijedi ništa drugo, do nadležnost koalicija za utvrđivanje tarifa u kolektivnim ugovorima, koja je zaštićena čl. 9 st. 3 Ustava (usp. BVerfGE 4, 96 [107 i dalje]; 18, 18 [27]). Zakonodavac može kod takvog, detaljnijeg reguliranja voditi računa o zadacima javnih službi i njenim različitostima isto kao i o posebnostima pojedinačnih grana javnih službi (BVerfGE 17, 319 [334]). Može se odrediti, a da se ne ugrozi čl. 9 st. 3 Ustava, da su koalicione djelatnosti u području predstavljanja zaposlenog personala nedopuštene ako ugrožavaju obavljanje radnih zadataka i obaveza, kao i red na radnom mjestu. Isto tako je npr. dopušteno određenim osobama – npr. rukovodiocu službe, drugim namještenicima, već prema njihovoj funkciji, ili članovima savjeta zaposlenog personala – da propisuju ograničenja u području sindikalnih izbornih kampanja pred izbore za savjete zaposlenih; ovdje može ostati otvoreno pitanje, kako daleko smiju ići takva ograničenja. Čl. 9 st. 3 Ustava kod predstavništava zaposlenog personala štiti samo jezgro koalicionog djelovanja (usp. BVerfGE 4, 96 [106, 108]; 17, 319 [333 i dalje]; 18, 18 [27]). Ovo ključno područje će biti dotaknuto, a time i povrijeđen članom 9 st. 3 Ustava, ako se kampanji za izbor u predstavništva zaposlenog personala postave granice, koje po sebi nisu neophodne, koje dakle, nisu određene kako bi se zajamčili smisao i svrha slobodnih izbora za predstavništva zaposlenog personala (usp. § 21 PersVG), za ispunjenje radnih zadataka, za red na radnom mjestu ili dobrobit personala (usp. BVerfGE 18, 18 [27]). Generalna zabrana sindikalne kampanje za izbore u predstavništva zaposlenog personala u području rada ovim nije opravdana.

Na osnovno pravo slobode koaliranja, koje je zajamčeno za svakog i za sva zanimanja, se mogu pozvati i državni službenici (usp. § 91 BBG). Za provjeriti je, međutim, da li se

ovo osnovno pravo može u pogledu apelanta kao državnog službenika ograničiti preko dozvoljene mjere i da li je preko te mjere bilo ograničeno. Takva dodatna ograničenja osnovnog prava bi mogla biti opravdana čl. 33 st. 5 Ustava (...). Generalna zabrana djelovanja državnih službenika u korist neke koalicije ne spada u uobičajena načela profesionalnog činovništva, kao što takvu zabranu ne podstiče ni smisao ni svrha službeničkog odnosa. Prema čl. 33 st. 5 Ustava dopuštena su samo takva ograničenja osnovnog prava, koja mogu biti zahtijevana na osnovu smisla i svrhe konkretnog službenog odnosa državnog službenika i njegove obaveze na lojalnost (§ 2 BBG). Nije jasno da li se iz odnosa državnog službenika, u kojem se nalazi sam apelant, odnosa jednog nadzornika pogona njemačke željeznice, mogu u pogledu njegove sindikalne aktivnosti u navedenoj kampanji izvesti takva ograničenja (usp. također Bayerischer Dienststrafhof, Zeitschrift für Beamtenrecht, 1962, s. 396 [397]).

Ispostavilo se da generalna zabrana sindikalne kampanje u službenom području izbora za predstavništva zaposlenog personala, koja je usmjerena protiv drugih koalicija, ne može biti naprosto prenešena na jednog državnog službenika, a da istovremeno ne bude povrijeđen čl. 9 st. 3 rečenica 3 Ustava. Čl. 9 st. 3 Ustava je, međutim, povrijeđen i onda kada sud takvu zabranu izvede iz nekog opšteg propisa koji je po sebi u skladu sa Ustavom. Upravo to je učinila disciplinska komisija; njena odluka počiva na tumačenju koje previđa domete čl. 9 st. 3 Ustava. Rješenje komisije i disciplinska odluka, koja je potvrđena rješenjem, će se zbog toga ukinuti.

## **101) BVerfGE 42, 133** (Wahlwerbung) **Izborna kampanja**

(...)

2. Čl. 9 st. 3 Ustava ne štiti izbornu kampanju jedne koalicije u preduzeću, neposredno pred opšte političke izbore.

**Rješenje Prvog senata od 28. aprila 1976.**

**- 1 BvR 71/83 -**

Dijeljenje sindikalnog poziva za komunalne izbore nije obuhvaćeno posebnom ustavnopravnom zaštitom slobode koaliranja (čl. 9 st. 3 Ustava) na koju se apelant u prvoj liniji poziva.

Koalicije su, istina, slobodne da u okviru važećih zakona same određuju u kojim će okvirima podsticati uslove rad i poslovanja njihovih članova. Takva djelatnost podliježe, međutim, jasno istaknutoj ustavnopravnoj zaštiti čl. 9 st. 3 Ustava, samo ako predstavlja specifično koaliciono djelovanje (usp. BVerfGE 17, 319 [333]; 18,



18 [36]). Pri tom ustavna zaštita obuhvata i aktivnosti koje posredstvom tarifnih ugovora prevazilaze uslove rada i poslovanja (usp. BVerfGE 19, 303 [313 i dalje]). Ovdje se, međutim ne odlučuje, da li sve to, i u kojoj mjeri, kako to pretpostavlja apelant, važi i za političko djelovanje koalicija. Jer, politička kampanja neke koalicije koja se provodi pred opšte političke izbore nije zaštićena čl. 9 st. 3 Ustava.

Nespojiva je sa karakterom izbora za narodna predstavništva u saveznoj državi i saveznim zemljama, u okruzima i komunama (čl. 38 st. 1 rečenica 1, čl. 28 st. 1 rečenica 2 Ustava) pretpostavka da postoji posebna ustavnopravna zaštita izborne kampanje pojedinih grupa. Parlamentarna demokratija, kako je konstituira Ustav, pretpostavlja principijelnu jednakost svih političkih snaga, koje traže utjecaj na obrazovanje narodne volje posredstvom izbora, bilo da je nose grupe, bilo pojedinci.

Ovakva principijelna sloboda nalazi svoj ustavnopravni izraz u jednakoj zaštiti izborne kampanje pred svim opštim političkim izborima, kako je ona garantirana u čl. 38 st. 1 rečenica 1, čl. 28 st. 1 rečenica 1, čl. 28 st. 1 rečenica 2 i čl. 5 Ustava. Pretpostavka da postoji ustavnopravna zaštita izbornih kampanja pojedinih grupa, koja bi snagom javnog angažmana izlazila iz navedenih okvira, bi suprotno osnovnom principu parlamentarne demokratije, vodila privilegiranju ovih grupa. Zaštita specifičnog koalicionog djelovanja koja je zajamčena u čl. 9 st. 3 Ustava se ne može odnositi na izbornu kampanju koalicija pred opšte izbore. Konačno, ovo ne spada u samo „jezgro“ zaštićenog koalicionog djelovanja (usp. BVerfGE 4, 96 [108]; 19, 303 [321]; 28, 295 [303]). Izborna kampanja koalicija pred opšte političke izbore u ustavnopravnom smislu nije ni jače, ni slabije zaštićena od izbornih kampanja ostalih grupa.

## **102) BVerfGE 28, 295** (Mitgliederwerbung I) **Vrbovanje članova I**

1. Djelovanje koalicija i njihovih članova koje je zaštićeno Ustavnim pravom obuhvata i učlanjenje novih članova. Zakondavac može ovo pravo na djelovanje ograničiti, ako je ono po samoj stvari neophodno za zaštitu drugih pravnih dobara.
2. U skladu je sa čl. 9 st. 3 Ustava zabrana članovima personalnog savjeta koji su sindikalno organizirani da za vrijeme radnog vremena na svom radnom mjestu vrbuju nove članove za svoj sindikat.

**Rješenje Drugog senata od 26. maja 1970**  
**- 2 BvR 664/65 -**

## 103) BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz) Zakon o saglasnosti

Sa osnovnim pravima društava, njihovih osnivača i koalicija poslodavaca je u saglasnosti prišireno davanje saglasnosti radnika prema Zakonu o saglasnosti ([*Mitbestimmungsgesetz*] - MitbestG) od 4. maja 1976.

### Presuda Prvog senata od 1. marta 1979. (...) - 1 BvR 532, 533/77, 419/78 i 1 BvL 21/78 -

Ustavne tužbe i Rješenje o podensku zemaljskog suda smatraju, da je Zakon o saglasnosti nespojiv sa slobodom koaliranja koja je zajamčena u čl. 9 st. 3 ustava. Osnovno pravo jamči insitut autonomnog zaključenja kolektivnih ugovora kao takvog kao i njegove pretpostavke: slobodno obrazovanje, slobodu protivljenja i slobodno suprostavljanje koalicija i radnika i poslodavaca. (...)

Čl. 9 st. 3 Ustava bi u svom jezgru bio povrijeđen Zakonom o saglasnosti, jer on otvara utjecaj socijalno suprostavljenim snagama na radnička udruženja, čime bi se ugrožavalo postojanje i djelovanje radničkih koalicija – posebno njihova sposobnost i spremnost na borbu za radnike – kao što bi se stavila van snage i cjelina funkcije zajamčenog sistema kolektivnog ugovaranja.

Kako pokazuje doslovan tekst čl. 9 st. 3 Ustava, zajedno sa historijskim razvojem, sloboda koaliranja je u prvoj liniji pravo na slobodu. Ona jamči pravo na udruživanje zbog podsticanja uslova rada i poslovanja i slobodu da se zajednički radi na ostvarivanju ovih ciljeva (BVerfGE 4, 96 [106]; 38, 386 [393]); učesnici moraju samostalno i odgovorno, u načelu, oslobođeni od državnog uplitanja odlučivati o oba aspekta. Elementi ovog jamstva su sloboda osnivanja i pristupa, sloboda izlaska iz koalicija i sloboda odustajanja od članstva kao i zaštita koalicije kao takve (BVerfGE 4, 96 [101 i dalje]; 19, 303 [312, 319]; 28, 295 [304]) i njenog prava da posredstvom specifično koalicionog djelovanja slijedi ciljeve koji su imenovani u čl. 9 st. 3 Ustava (BVerfGE 19, 303 [312] sa daljim napomenama; 28, 295 [304]).

Ovdje spadaju zaključenja kolektivnih ugovora u kojima koalicije, u biti, bez državnog uplitanja i u sopstveno ime, reguliraju posebno uslove plaća i drugih materijalnih pretpostavki za rad u jednom području u kojem je država u širokoj mjeri uskratila sopstveno djelovanje (BVerfGE 44, 322 [340 sa daljim napomenama]; utoliko sloboda koaliranja služi smislenom uređenju radnog života (BVerfGE 4, 96 [107]; usp. također BVerfGE 18, 18 [27]). Koalicije se, kao partneri kolektivnih ugovora, moraju obrazovati slobodno, moraju biti oslobođene partnerstva i biti organizirane na osnovama koje prevazilaze konkretna preduzeća, kako bi zastupale prevashodno interese svojih članova na području radnog i socijalnog prava (BVerfGE 18, 18, [28])

i moraju važeće tarifno pravo priznati kao obavezno (BVerfGE, na nav. mjestu). čl. 9 st. 3 Ustava načelno prepušta koalicijama izbor sredstava koja smatraju pogodnim za dostizanje sopstvenih ciljeva (BVerfGE 18, 18 [29 i dalje, posebno 32]).

Za slobodu koaliranja je još više nego za opštu slobodu udruživanja, koja je zajamčena članom 9 st. 1 Ustava, potrebno zakonsko uobličavanje. Ono se ne sastoji samo od stvaranja pravnih instituta i kompleksa normi koje su potrebne za vršenje slobode zagarantirane osnovnim pravom. Značaj i broj djelatnosti koje koalicije obavljaju npr. u području privrednog i socijalnog ustrojstva čine raznovrsne zakonske odredbe neophodnim, kako bi se koalicije mogle osloboditi ograničenja; ovo tim prije, što se predmet ustavne garancije odnosi na privredne i socijalne uslove koji su promjenljivi, koji više nego što je to slučaj sa ostalim osnovnim pravima na slobodu moraju ostaviti otvorenom mogućnost modifikacije i razvoja.

Savezni ustavni sud je, dakle, u okviru stalne pravosudne prakse polazio od toga da čl. 9 st. 3 Ustava štiti slobodu koaliranja samo u njenom osnovnom jezgri (BVerfGE 19, 303 [321 i dalje]) sa daljim napomenama; 28, 295 [304]; 38, 281 [305]; 38, 386 [393]: Osnovno pravo ne jamči zaštićenim osobama i udruženjima u rangu osnovnog prava sadržajno neograničen i nesmanjiv prostor djelovanja (BVerfGE 38, 386 [393]); prevashodno je nadležnost zakonodavca da domete slobode koaliranja odredi tako što će definirati pojedinačna prava koalicija i pobliže ih regulirati. Pri tom on svaki put može voditi računa o potrebama slučaja koji se regulira. Području djelovanja koalicija mogu, međutim, biti stavljena samo takva ograničenja koja su, po samoj stvari, neophodna kako bi se zaštitila druga pravna dobra. Reguliranja koja na taj način ne mogu biti opravdana dotiču jezgro koalicionog djelovanja koje je zaštićeno članom 9 st. 3 Ustava (BVerfGE 19, 303 [321 i dalje]; 28, 295 [306]).

To važi i za garanciju tarifne autonomije. Ona je sveopća; ona ne obuhvata posebne forme koje su sadržane u ugovorenom sistemu kolektivnog ugovaranja koji je važio za tarifne zakoni iz vremena donošenja njemačkog Ustava. Ona prepušta zakonodavcu široku slobodu pri uobličavanju (BVerfGE 20, 312 [317]) i otvara mogućnost da se pretpostavke tarifne sposobnosti svaki put prilagode društvenoj stvarnosti, tako da koalicije mogu ispuniti njihove zadatke (BVerfG, na nav. mj. s. 318). U svakom slučaju, osnovno pravo na slobodu koaliranja zabranjuje da se sloboda koaliranja učini ovisnom o okolnostima koje ne zahtijevaju stvari po sebi, dakle, od zadataka koji su u uopštem interesu uređenja i zadovoljavanja života radnika (BVerfGE 18, 18, [27]). Zakonodavac ovdje nije spriječen da obrazuje sistem kolektivnog ugovaranja koji je primjeren samoj stvari; njegovo pravo na reguliranje nalazi sopstvene granice u ustavnopravnom jezgri slobode koaliranja: u garanciji jednog sistema kolektivnih ugovora, koji je zakonom reguliran i zaštićen, čije stranke moraju biti slobodno obrazovane koalicije u smislu čl. 9 st. 3 Ustava (BVerfGE 4, 96 [108]; usp. također BVerfGE 38, 281 [305 i dalje]).

§§ 7, 27, 29 i 31 MitbestG ne zadiru u jezgro slobode koaliranja koja je zaštićena čl. 9 st. 3 Ustava. Oni ne diraju u slobodu osnivanja i pristupa kao i u garanciju statusno

slobodnog djelovanja koalicija. Oni ne unose u sitem tarifnih ugovora nove forme podsticanja uslova rada i poslovanja koje bi bile u suprotnosti sa Ustavom. Ne može se, također, polaziti od toga da će one voditi prema nesposobnosti funkcioniranja autonomije kolektivnog ugovaranja.

Sposobnost da se obrazuju koalicije, i sloboda da im se pristupi ili da se ostane izvan koalicionih udruženja, nisu dodirnete osporavanim propisima. To jedanko važi za koalicije poslodavaca. (...)

Pitanje spojivosti osporavanog propisa koji se ispituje sa čl. 9 st. 3 Ustava može biti postavljeno samo s obzirom na jamstva koja osnovno pravo sadrži s obzirom na ugovoreni sistem kolektivnog ugovaranja.

On ostaje – pravno neizmjenjen. Čl 9 st. 3 Ustava ne zabranjuje da Zakon o saglasnosti (MitbestG) izgrađuje odredbe o poduzetništvu, kao nova forma za podsticanje uslova rada i privređivanja koja postoji pored tarifnog sistema.

Osnovno pravo sadrži, kako je već pokazano, garanciju postojanja sistema tarifnih ugovora i radničke borbe u svom konkretnom, sadašnjem obliku. Čl. 9 st. 3 Ustava se ne može protumačiti tako da on jamči tarifni sistem kao *isključivu* formu potpore uslovima rada i privređivanja. To bi bilo u suprotnosti sa osnovnom idejom i historijskim razvojem slobode koaliranja, koja pri tumačenju ima odgovarajući značaj.

Kao pravo koje jamči slobodu, čl. 9 st. 3 Ustava želi, da u prostoru koji je izuzet iz državnog reguliranja učesnici sami po sopstvenoj odgovornosti mogu određivati kako će podsticati uslove rada i privređivanja. Ne vidi se da je ovo moguće samo na putu tarifnih ugovora, jer takvo bi rješenje išlo prema ograničavanju zajamčene slobode. Smisleno uređivanje i ujednačavanje uslova rada, o čemu se i radi u čl. 9 st. 3 Ustava, može biti na različite načine postignuto: ne samo uobličavanjem koje, kao i tarifni sistem, počiva na osnovnim elementima suprotstavljenih interesa, konflikta i borbe, nego i takvim koji u prvi plan stavljaju usaglašavanje i zajednički rad, iako ne isključuju konflikte i njihovo rješavanje. I ovaj, drugi put bi trebao biti otvoren za uspostavljanje sklada. (...)

Tako se prije svega radi o očuvanju nezavisnost tarifnih partnera u sistemu paralelnog postojanja proširenih propisa i sistema tarifnih ugovora, u tom smislu da su oni u svojoj cjelokupnoj strukturi, upravo u odnosu na protivnike, neovisni, jer samo tako mogu djelotvorno i efektivno zastupati interese svojih članova na području radnog i socijalnog prava.

Zbog toga se prvo postavlja pitanje da li u paralelnom postojanju proširenog suodređivanja i sistema kolektivnog ugovaranja ostaje očuvana samostalnost ugovornih partnera u tom smislu da oni prema svojoj cjelokunjoj strukturi ostaju dovoljno neovisni, upravo u odnosu na protivnika, kako bi djelotvorno zastupali interese vlastitih članova u području socijalnog i radnog prava.

Ne može se sa sigurnošću odrediti, da li i u kojoj mjeri Zakon o saglasnosti otvara koalicije radnika utjecaju sindikata ili poslodavaca u cjelini. Takav utjecaj nije po sebi razumljiv kod poštivanja pravnog normiranja; on se, međutim, ne može potpuno isključiti. Ograničavanje nezavisnosti radničkih koalicija u smislu organiziranog protivljenja, koja iz ovog može uslijediti, ne zadire u jezgro zaštićenog područja iz čl. 9 st. 3 Ustava. Podsticanje nezavisnosti koalicija poslodavaca služi u prvom redu interesima njihovih članova, poduzetnika. Upravo su članovi predstavničkih organa učlanjenih poduzetnika obavezani ovim interesima. Jer, oni moraju čuvati interese poduzetnika neovisno o svojim funkcijama, ličnim konfliktima ili konfliktima interesa (usp. § 93 AktG, § 43 GmbHG, § 34 GenG); ovo vrijedi i za direktore koje predviđa § 33 Zakona o saglasnosti. Pravno uređenje raspolaže sredstvima kojima može sankcionirati kršenje ovih obaveza. Isto mora važiti i za zadatke koje imaju članovi predstavničkih organa u okviru sistema kolektivnog ugovaranja. Zbog toga se u okviru ustavnopravne provjere načelno mora polaziti od toga da se predstavnici poduzetnika koji suodlučuju u koalicijama poslodavaca i njihovim tijelima, moraju ponašati u skladu sa obavezama koje im zabranjuju da zastupaju interese suprostavljene strane; njoj se ne može pripisati protivpravno držanje učesnika. Svakako da u pojedinostima može biti sporno, šta odgovara ovakvoj pravnoj obavezi; također se ne može isključiti da na različita shvatanja utječu pogledi i mišljenja koja su pod utjecajem iskustva i životnog puta učesnika, tako da oni stoje bliže ili poslodavcima ili radnicima.

Uzme li se u obzir visok značaj poduzetnika koji suodlučuju u udruženjima radnika, jasno će oslabiti utjecaj radnika i sindikata koji polazi od učlanjenih poduzetnika prema udruženjima poslodavaca i od ovih prema savezu udruženja poslodavaca. Konačno, ne može se izgubiti iz vida da u udruženja poslodavaca ulaze i poduzetnici koji nemaju pravo suodlučivanja. U ovakvoj situaciji može mjera mogućeg utjecaja radnika u udruženjima poslodavaca i njihovim savezima ležati ispod bitne mjere utjecaja koja pripada radnicima u poduzećima koja suodlučuju. Mora se također uzeti u obzir da je u rukama radničkih koalicija slabljenje ili isključenje utjecaja radničke ili sindikalne strane posredstvom statutarne prava.

Utjecaj koji bi nakon ovoga ostao ne dovodi principijelno u pitanje konkurentnu nezavisnost radničkih koalicija i zbog toga je spojiv sa čl. 9 st. 3 Ustava.

## **104) BVerfGE 84, 212** **(Aussperrung)** **Isključenje**

1. Sloboda koaliranja (čl. 9 st. 3 Ustava) jednako važi i za radnike i za poslodavce. Ona štiti postojanje koalicija kao i njihovo djelovanje u pravcu očuvanja i podsticanja uslova rada i poslovanja. Ako realizacija koalicionih ciljeva zavisi od angažiranja određenih sredstava, onda i njih obuhvata zaštita osnovnog prava.

2. U sredstva koja su zaštićena čl. 9 st. 3 Ustava spadaju i mjere radničke borbe koje su usmjerene prema zaključenju kolektivnih ugovora. Kada su one, općenito, potrebne kako bi osigurale autonomiju kolektivnog ugovaranja koja funkcionira, obuhvaćene su slobodom koaliranja. Zaštita pod određenim uslovima obuhvata i isključenja sa suspendivnim učinkom, koja u odbrani djelimičnog ili potpunog štrajka služi uspostavljanju pregovaračkog pariteta.
3. Sloboda koaliranja može biti ograničena osnovnim pravima trećih i pravima drugih koja su u rangu Ustavnog prava. Izvan toga je potrebno uobličavanje posredstvom pravnog uređenja, ako je dotaknut uzajamni odnos ugovornih strana u sporazumima o kolektivnim ugovorima.

**Rješenje Prvog senata od 26. juna 1991.**

**- 1 BvR 1 779/85 -**

(...)

a) (...) Za odnos između države i građana važi teorija koju je razvio Savezni ustavni sud, prema kojoj zakonodavac u ključnim normativnim područjima sve najbitnije odluke mora sam donijeti (Wesentlichkeit-teorija, usp. npr. BVerfGE 49, 89 [126 i dalje] sa daljim napomenama). Država je obavezana da se pridržava zakona kada zahvata u sferu sloboda koja je zaštićena osnovnim pravima. Ona u ovim područjima smije djelovati ako je ovlaštena zakonom koji je dionio parlament. Domet ovog načela je za Wesentlichkeit-teoriju bliže određen posredstvom pravosuđa.

U predmetnom slučaju se, međutim, radi o nosiocima osnovnih prava jednakog ranga. Istina, Savezni ustavni sud je više puta potvrdio da je „nadležnost zakonodavca“ da slobodu koaliranja pobliže uobliči (BVerfGE 5, 290 [368 i dalje]; 57, 220 [245 i dalje], [...]). Iz toga ne slijede posljedice za odluke o sporovima između koalicija. Ako su zakonski osnovi nedovoljni, sudovi moraju pomoću opštepriznaih metoda iznalaženja prava izvoditi zakonske zapovijesti materijalnog prava iz opštih pravnih osnova koji su relevantni za predmetni pravni odnos. To važi i tamo gdje bi zakonski propis, npr. zbog ustavnopravne obaveze na zaštitu, bili neopodni (usp. BVerfGE 81, 242 [256]). Samo ovako mogu sudovi ispuniti obavezu koju im je odredio Ustav, da pravedno odluče svaki spor koji se pred njih iznosi. (...)

3. Oспоравана odluka ni sadržajno nje u suprotnosti sa čl. 9 st. 3 Ustava.

a) Osnovno pravo na slobodu koaliranja je zajamčeno bez ikakvih ograničenja. Time, međutim, nije isključeno svako ograničenje. Ono se može opravdati osnovnim pravima trećih i drugim pravima koja su u ustavnom rangu (usp. npr. BVerfGE 28, 243 [260 i dalje]; 30, 173 [193]; 57, 70 [98 i dalje]; stalna jurisdikcija). Osim toga, sloboda koaliranja se mora uobličiti posredstvom pravnog uređenja, ako je dotaknut uzajamni odnos stranaka kolektivnog ugovaranja koji na jednak način uživaju zaštitu

čl. 9 st. 3 Ustava. Da li je zakonodavac imao pravo da donese šire propise za zaštitu posebnih pravnih dobara (usp. BVerfGE 28, 295 [306]), nije potrebno detaljnije obrazlagati. U osporavanoj presudi su predviđena ograničavanja ovlaštenja na isključenje, koja se ne mogu opravdati zaštitom suprotstavljenih osnovnih prava radnika i njihovih organizacija iz čl. 9 st. 3 Ustava.

Slučaj ne daje povoda da se pobliže odrede granice jednom nedodirivom „jezgru“ slobode koaliranja (usp. BVerfGE 4, 96 [106]; 17, 319 [333 i dalje]; 38, 386 [393]; 58, 233 [247]). Ovdje zasigurno spada sposobnost pregovaranja oba socijalna protivnika, dakle, i radnika u slučaju rasprave o kolektivnom ugovoru. Ona međutim osporavanom presudom nije dovedena u pitanje kao ni njihova sposobnost da vode efektivnu borbu za radnike. Ograničenja koja su stavljena apelantici u pogledu njenog prava na isključenje ne povređuju ni bitni sadržaj slobode koaliranja (čl. 19 st. 2 Ustava), kao što ni ne zadiru na nesrazmjeran način u osnovno pravo (usp. BVerfGE 55, 159 [165]).

b) Budući da je Savezni sud za radne sporove sam razvio načela prema kojima ocjenjuje sporne mjere radničke borbe, Savezni ustavni sud mora ispitati, da li je zakonodavac morao donijeti takva načela, a da ne povrijedi osnovna prava apelantice (usp. BVerfGE 59, 231 [256 i dalje]. Ova granica je održana ako se očuva pregovaračka sposobnost radnika u pregovorima o kolektivnim ugovorima, uključujući sposobnost da se vodi djelotvorna radnička borba, i ako njihovo koaliciono djelovanje ne bude ograničeno više nego što je potrebno za zaštitu kolidirajućih osnovnih prava radnika. Osporavana presuda, mjerena na ovaj način, izdržava ustavnopravnu provjeru.

Ne može se iz perspektive Ustavnog prava osporiti temeljno shvaćanje Saveznog radnog suda da mjere radničke borbe služe uspostavljanju ravnoteže u tarifnim pregovorima (paritet u pregovorima) i da se moraju mjeriti s obzirom na ovaj cilj. Mjere radničke borbe su ovim principom ograničene samo u toliko što pomoću njih ne smije nastati premoć u pregovorima povodom kolektivnih ugovora. Takvo ograničenje je u skladu sa čl. 9 st. 3 Ustava. Autonomija u sklapanju kolektivnih ugovora zahtijeva izjednačavanje strukturne podređenosti pojedinačnih radnika pri zaključenju radnih ugovora kolektivnim djelovanjem, a time i uspostavljanje približno jednakih primanja i uslova rada. Ako radničke borbe vode do uneravnoteženja, ugoržava se funkcionalna sposobnost autonomije kolektivnog ugovaranja.

Prigovori koje je apelantica stavila principu pariteta u pregovorima nisu relevantni. Sposobnost poslodavaca da vode učinkovitu radničku borbu, se ne može dovesti u pitanje uređenjem radničke borbe koja se orijentira prema cilju uravnoteživanja pregovora partnera kolektivnih ugovora. Sve dok poslodavci nisu spriječeni da angažiraju potrebna sredstva za uspostavljanje ovakve ravnoteže, sloboda koaliranja neće biti povrijeđena. To se može uobličiti tako da premoć u pregovorima bude, po mogućnosti, spriječena. Čl. 9 st. 3 Ustava ne jamči neograničeno pravo da se angažiraju sve moguće forme borbe.

(...)

c) (...) Zaključak o isključenju je obuhvatio okruglo 130.000 radnika sa otprilike 4.300 štrajkača. Brojčani odnos je tako, otprilike, trideset prema jedan. (...) Po radnom danu je ovako trebalo otpasti dvaipo puta više radnih dana posredstvom isključenja, nego što je do sada otpalo za vrijeme dvije sedmice sindikalnog štrajka. To je savezni radni sud mogao uzeti kao povod, kako bi zaključak o isključenju stepenovao kao protivpravan, a da time istovremeno nesrazmjerno ne ograniči koaliciono djelovanje apelantice.

## **105) BVerfGE 92, 365**

(Kurzarbeitsgeld)

### **Dnevnica za rad za vrijeme radničke borbe**

1. § 116 st. 3 rečenica 1 Zakona o podsticanju rada je u skladu sa Ustavom. Dovede li ovaj propis do strukturnih nejednakosti, tako da se zbog njih više ne mogu izdejtstvovati uravnteženi uslovi rada i uslovi privređivanja i da oni posredstvom pravosuđa ne mogu više biti ujednačeni, onda zakonodavac mora donijeti mjere za očuvanje tarifne autonomije.
2. Osnovno pravo na slobodu koaliranja mora biti uobličeno unutar pravnog uređenja, jer njegov predmet predstavlja odnos između nosioca suprotstavljenih interesa. Zakonodavac ovim dobija široko područje za slobodno djelovanje. Pri ocjeni da li je poremećen paritet između tarifnih stranaka i kakav učinak ima jedan propis na odnose snaga, jeste prerogative njegove slobodne procjene.

**Presuda Prvog senata od 4. jula 1995. (...)**

**- 1 BvR /86 i 1,2,3,4/87 i 1 BvR 1421/86 -**

OBRAZLOŽENJE:

#### **A.**

Zahtjevi za kontrolu normi i ustavna tužba su usmjereni protiv novog reguliranja u Zakonu o podsticanju rada i obezbjeđenju isplata Saveznog biroa za rad za vrijeme radničke borbe.

#### **I.**

1. Propisi koji se provjeravaju reguliraju pretpostavke pod kojima se može izvršiti isplata primanja (redovna dnevnicna za rad) radnicima iste branše, u slučaju regionalno ograničene radničke borbe, ako oni zbog mjera radničke borbe privremeno ne bi bili zaposleni. § 116 st. 3 Zakona o podsticanju rada određuje da ova prava



moraju mirovati, ako za takve radnike, prema vrsti i obimu, bude postavljen isti zahtjev i rezultat radničke borbe, prema svim izgledima, bude preuzet u njihovom okrugu („princip participacije“). Stavovi 5 i 6 sadrže dodatne propise o proceduri.

a) Na osnovu pravnog položaja prije donošenja propisa koji se ovdje provjeravaju je redovna dnevnicica za rad u slučaju različitih radničkih borbi, na kojima je apelantica učestvovala, bio isplaćivan i za okruge u kojima se nije vodila borba. Zakonodavac je upravo u ovom vidio povredu neutralnosti Saveznog biroa za rad.

(...)

### C.

Zahtjevi za kontorlu normi i ustavna tužba su neosnovani. Propisi koji se provjeravaju trenutno ne povređuju apelanticu u pogledu samog jezgra slobode na koaliranje, a i u svemu ostalom su u skladu sa Ustavom; ovo, međutim, vrijedi samo djelimično, kod tumačenja koje je u skladu sa ustavom.

Član 9 st. 3 Ustava nije povrijeđen paragrafom 116 st. 3 rečenica 1 br. 2 Zakona o podsticanju rada u verziji Zakona o neutralnosti. Istina, propis ugrožava sindikalnu slobodu koaliranja. Ali, ona čuva granice koje su snagom Ustava povučene zakonodavčevom pravu na uobličavanje.

1. a) Osnovno pravo iz čl. 9 st. 3 je u prvom redu pravo na slobodu. Ono pojedincu jamči slobodu, da obrazuje udruženja za poboljšanje uslova rada i privređivanja i da zajednički sa drugim slijedi ove ciljeve. Osim toga, učesnici moraju biti u stanju da načelno sami odlučuju, neovisno o državnom uplivu. Pri tom je zaštićeno i pravo udruženja da specifično koalicionim djelovanjem slijede ciljeve koji su imenovani u čl. 9 st. 3 Ustava (usp. BVerfGE 50, 290 [367] sa daljim napomenama). Čl. 9 st. 3 Ustava načelno prepušta koalicijama izbor podobnih sredstava za dostizanje ovih ciljeva. Osnovno pravo štiti mjere radničke borbe kao koaliciono djelovanje koje je usmjereno prema zaključenju kolektivnih ugovora.

b) Osnovno pravo slobode koaliranja mora biti uobličeno posredstvom pravnog uređenja, zato što za predmet ima odnose između nosioca suprostavljenih interesa. Oba partnera kolektivnog ugovaranja uživaju zaštitu čl. 9 st. 3 Ustava na jednak način, ali stoje kao protivnici u postupku njegovog vršenja. Oni su također zaštićeni od državnog utjecaja kada zbog odbrane sopstvenih interesa angažiraju sredstva borbe sa snažim učinkom na protivnike i na zajednicu. Ovakva zaštita zahtijeva koordinirane regule koje jamče koegzistenciju uzajamno uslovljene pozicije osnovnih prava i pored uzajamnog suprostavljanja. Mogućnost angažiranja sredstava borbe podrazumijeva okvirne pravne uslove koji osiguravaju očuvanje zajamčenog smisla i svrhe ovog prava za zaštitu slobode, kao i njegovo udumljavanje u ustavnopravno uređenje (usp. BVerfGE 88, 103 [115]).

Kod ovakvog uobličavanja zakonodavac ima širok prostor slobodnog odlučivanja. Ustav mu ne propisuje kako će se suprostavljene pozicije osnovnih prava razgraničiti. On ne zahtijeva ni optimiranje uslova borbe. Načelno je prepušteno strankama kolektivnog ugovora da sopstvena sredstva borbe prilagode promjenljivim okolnostima kako bi bili na nivou protivnika i ostvarili svoje ciljeve. Na drugoj strani, zakonodavcu nije onemogućeno da izmijeni okvirne uslove radničkih borbi, bilo zbog opšteg dobra, bilo zbog uspostavljanja poremećenog pariteta (usp. BVerfGE 84, 212 [228 i dalje]).

c) Prostor slobodnog odlučivanja kojim raspolaže zakonodavac je ograničen objektivnim sadržajem čl. 9 st. 3 ustava. Tarifna autonomija mora ostati očuvana kao jedno područje u koje tarifne stranke načelno sopstvene nadležnosti mogu regulirati prema sopstvenoj odgovornosti i bez državnih uplitanja (usp. BVerfGE 50, 290 [367]). Njihova sposobnost da funkcioniraju ne smije biti ugrožena.

Koalicije moraju biti u stanju da ispune ciljeve koji su priznati Ustavnim pravom, da čuvaju i podstiču uslove rada i privređivanja njihovih članova, posebno zaključenjem tarifnih ugovora. Sistem tarifnog ugovaranja počiva na izjednačavanju strukturne podređenosti pojedinih radnika kod zaključivanja radnih ugovora posredstvom kolektivnog djelovanja, kako bi se omogućilo približno ujednačavanje primanja i uslova rada. Tarifna autonomija je prema tome sposobna da funkcionira samo dok između tarifnih stranaka postoji podjednaka ravnoteža snaga – paritet (usp. BVerfGE 84, 212 [229]). Nespojiv je sa čl. 9 st. 3 Ustava propis koji vodi do toga da nije više očuvana pregovaračka sposobnost jedne od tarifni stranaka u tarifnim sporovima, uključiv sposobnost da se vodi djelotvorna radnička borba, i koji oraničava njeno koaliciono djelovanje šire nego što je to potrebno, kako bi se ujednačile obostrano zaštićenih pozicija ljudskih prava (usp. BVerfGE 84, 212 [228 i dalje]).

Konkretna mjerila za procjenu ravnoteže snaga stranaka u tarifnim ugovorima se ne mogu izvesti iz čl. 9 st. 3 Ustava. (...)

d) Zakonodavčeva procjena je relevantna pri ocjeni pitanja, da li propis oduzima sindikatima sposobnost da vode djelotvornu radničku borbu. Borbena snaga jedne radničke koalicije zavisi od mnoštva nepreglednih faktora koji se u svom učinku ne mogu procijeniti. Ne mogu se, uz sve to, sagledati mogućnosti koje stoje na raspolaganju jednom sindikatu da se posebnom vrstom vođenja borbe prilagodi izmijenjenim okolnostima. U takvoj situaciji zakonodavac preuzima političku odgovornost za tačno razumijevanje i vrednovanje mjerodavnih faktora. Savezni ustavni sud se ne može sopstvenom procjenom staviti na njegovo mjesto. Granica neustavnosti je prekoračena tek onda kada se jasno vidi da je postojala pogrešna procjena ili da osporavana mjera od početka ide u pravcu ometanja ravnoteže snaga i pojačavanja uneravnoteženosti.

c) Nakandno se može pokazati da je procjena, od koje polazi zakonodavac u reguliranju mjera koje su relevantne za radničku borbu, a koju je on najprije

smatrao pouzdanom, pogrešna. Izvorno plauzibilne pretpostavke mogu biti osporene naknadnim razvojem, razložno utemeljna očekivanja mogu s obzirom na kompleksnu ovisnost pojedinih elemenata biti izigrana. Takav razvoj je potrebno korigirati u mjeri u kojoj se pokazuje da su nastupile strukturne nejednakosti koje ne dopuštaju daljnje ugovaranje neujednačenih uslova rada i poslovanja i koje ne mogu biti ujednačene u okvirima pravosuđa. Zakonodavac je ovdje obavezan da donese mjere radi zaštite slobode koaliranja (usp. BVerfGE 25, 1 [13]; 49, 89 [130]; 50, 290 [335]).

2. Ako se osporavani propis ispita s obzirom na navedena mjerila, on je u skladu sa ustavnim pravom.

a) U skladu je sa čl. 9 st. 3 Ustava princip reguliranja koji je izabrao zakonodavac.

On je donio propis jer je mislio da će isplatom redovnih dnevnica utjecati na radničku borbu i time podići borbenu snagu na neočekivan način; povrijeđena je neutralnost Saveznog biroa za rad isplatom dnevnica za rad radnicima izvan područja u kojem se vode borba za radnička prava, jer su oni, prema svim izgledima, mogli sopstvenim učesćem utjecati na željeni rezultat radničke borbe. Novo reguliranje počiva na principu, da rizika izostanka dnevnica, u slučaju radničke borbe, moraju preuzeti oni radnici koji nisu učestvovali u borbi, koji su na približno sličan način zaineresirani za rezultat koji će postići radnici koji štrajkuju, jer će štrajk najvjerojatnije biti i u njihovu korist.

To se ne može osporiti Ustavnim pravom. Participacija je jednoznačan kriterijum za prenošenje rizika izostanka dnevnice osigurane za slučaj nezaposlenosti na radnika čiji su interesi jednaki interesima njegovih kolega koji se neposredno nalaze u radničkoj borbi. Jasno je da se ovakva sličnost mora uzeti kao tačka koja opredjeljuje za odustajanje od isplate dnevnica za rad.

b) U stvarnosti je zakonodavac polazio od pretpostavke da je apelantici, s obzirom na snažnu uzajamnu ovisnost proizvodnje u metalnoj industriji, lako moguće da štrajkom u samo jednom tarifnom okrugu prouzrokuje dalekosežne smetnje u organizaciji proizvodnje u ostalim okruzima.

Ovakvu pretpostavku apelantica ne dovodi upitanje, a ona je, osim toga, dokumentirana radničkom borbom iz 1984. godine. Štrajk ovakvim vođenjem borbe postaje sredstvo pritiska na stranu poslodavaca. Poslodavci i njihovi regionalni savezi, koji su pogođeni sekundarnim učinkom štrajka pokušavaju pokrenuti poslodavce koji su neposredno pogođeni i njihove organizacije u mjeri u kojoj su oni izloženi ekonomskim opterećenjima koja su nastala obustavama proizvodnje. Dovoljno je plauzibilna i pretpostavka da zajednički pritisak koji dolazi od radnika „na čekanju“ slabi sindikate isplatom redovnih dnevnica.

c) Ne može se osporiti zakonodavčeva procjena da je ranijom verzijom § 116 Zakona o podsticanju rada, pomjeren paritet, tumačenjem koje je pronađeno

u odredbama pravosuđa socijalnih sudova, na osnovama pravosuđa radnih sudova, o preuzimanju rizika za plate. Takva vrednovanja kompleksnih činjeničnih stanja, zbog očuvanja opšteg dobra, donosi zakonodavac u funkciji sopstvene političke odgovornosti.

Ne postoje dovoljni razlozi zbog kojih bi funkcioniranje tarifne autonomije bilo ograničeno propisima čija se ustavnost provjerava na način koji opravdava ustavnopravne sumnje apelantice i podnosioca zahtjeva. (...)

Prema tome, nesigurno je i u stvarnom, i u pravnom smislu, da li će osporavani propis kod budućih radničkih borbi voditi do takvih nejednakosti u borbama tarifnih partnera, da pregovori na približno jednakim osnovama više nisu mogući. Ako do toga ne dođe, zakonodavac bi bio pozvan da donese odgovarajuće mjere za očuvanje tarifne autonomije. Sve dok se to ne dogodi, ostaje zadatak sudova da važeći propis protumače i primijenjuju u svjetlu čl. 9 st. 3 Ustava.

**106) 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13,  
2 BvR 1068/14,  
2 BvR 646/15  
(Streikverbot für Beamte)  
Zabrana štrajka za državne službenike**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 46/2018 od 12. juni 2018. godine

Presuda od 12. juna 2018. godine

-2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15-

**U skladu je sa Ustavom zabrana štrajka za državne službenike**

Zakonodavca treba posmatrati zabrana štrajka za državne službenice i službenike kao samostalno i osnovno načelo profesionalne državne službe. To je u skladu i sa načelom usklađenosti Ustava sa međunarodnim pravom, a posebno sa garancijama predviđenim Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sa ovim obrazloženjem je Drugi senat Saveznog ustavnog suda današnjom presudom odbio četiri apelacije podnesene protiv zabrane štrajka državnim službenicima.

**Činjenično stanje:**

Apelanti su trenutno ili su ranije bili zaposleni kao državni službenici, nastavno osoblje, u školama u tri različite savezne zemlje. U prošlosti su, za vrijeme dok su bili na dužnosti, sudjelovali na protestima, odnosno u sindikalnim štrajkovima. Takvo sudjelovanje su sankcionirali nadležni disciplinski organi. Kao obrazloženje navedeno je da sudjelovanje u štrajku predstavlja kršenje osnovnih pravila koje se odnose na obaveze državnih službenika. Državni službenici posebno ne smiju bez dozvole izostati sa njihove dužnosti. Apelantice i apelanti su se, u konačnici bezuspješno, obraćali nadležnim sudovima u glavnim postupcima protiv pojedinih disciplinskih odluka.

**Bitni argumenti Senata:**

Pobijani akti koji se osporavaju apelacijama su sa ustavne tačke neoborivi. U svakom slučaju se polazilo od utvrđene zabrane štrajka za njemačke državne službenice i službenike. Ne radi se o pogrešnom shvaćanju relevantnih ustavnopravnih zahtjeva.

1. Radi se o stvarnom području zaštite čl. 9 st. 3 Ustava. Tačno je da su državni

službenici isključeni iz postupka određivanja primanja putem kolektivnog pregovaranja. U konkretnom slučaju je, ipak odlučujuće, da su disciplinskim postupcima sankcionirana učešća u sindikalno vođenim aktivnostima koje se odnose na kolektivne pregovore, iako ne na njihove vlastite. Takvo sveobuhvatno razumijevanje čl. 9 st. 3 Ustava podrazumijeva, u smislu tumačenja usklađenog sa međunarodnim pravom, i vrednovanja Evropskog suda za ljudskih prava iz čl. 11 EKLJP, prema kojem dodatni element slobode udruživanja, u svakom slučaju, predstavlja i štrajk podrške.

2. Pobijane upravne i sudske odluke ugrožavaju osnovna prava iz čl. 9 st. 3 Ustava. Sloboda udruživanja se ograničava svim kraćenjima ustavnopravnih garancija. Disciplinsko sankcioniranje ponašanja apelanata i sudska potvrda kroz pobijane sudske odluke ograničavaju mogućnosti sudjelovanja u radničkoj borbi.

3. Narušavanje slobode udruživanja je, ipak, opravdano postojanjem značajnih i ustavnopravno zaštićenih dobara.

a) Zabrana štrajka državnim službenicima predstavlja samostalno osnovno načelo profesionalne državne službe u smislu čl. 33 st. 5 Ustava. Kako bi bila kvalificirana kao osnovno načelo ona ispunjava neophodne pretpostavke tradicionalnosti, s obzirom da se radi o tradicijskoj liniji koja je utemeljena u državnoj praksi Vajmarske Republike, kao i substancijalnosti, s obzirom da pokazuje usku sadržajnu povezanost sa ustavnopravnim osnovama profesionalne državne službe u Njemačkoj, naime, sa obavezom državnih službenika na lojalnost kao i sa principom alimentacije.

b) Zabrana štrajka predstavlja dio institucionalne garancije čl. 33 st. 5 Ustava i zakonodavac to mora uzeti u obzir. Pravo na štrajk bi, čak samo za dio državne službe, zadiralo u ustavno garantirane osnove strukturalnih načela i suštinski bi preoblikovalo razumijevanje i uređenje odnosa državnih službenika. Potisnulo bi osnovna načela alimentacije, obaveze na lojalnost, doživotne službe, kao i uređenje relevantnih prava i obaveza, uključujući plaćanje od strane zakonodavca, a u svakom slučaju bi zahtijevalo njihove temeljne izmjene. Npr. u slučaju priznavanja prava na štrajk, ne bi postojala mogućnost da se zakonom utvrde primanja. Ukoliko bi primanje, ili samo njegov dio, državni službenici mogli pobijati, postojeća mogućnost pojedinačnih državnih službenika da ustavnu alimentaciju provodu putem sudova više ne bi bila opravdana. Načelo alimentacije je, zajedno sa načelom doživotne službe, u službi neovisnosti državne službe i osigurava obavezu državnog službenika da se u potpunosti posveti službi.

c) Ustavom se ne zahtijeva izričita zakonska odredba kojom bi se zabranio štrajk

državnim službenicima. Odredbe koje su sadržane u zakonima o državnim službenicima saveznih zemalja, a koje se odnose na odsustvovanje sa dužnosti, kao i na zakonom određene osnovne obaveze državne službe o nesebičnoj službi u svrhe opće dobrobiti i nalogodavne vezanosti, u svakom slučaju, u svojoj ukupnosti predstavljaju dovoljnu konkretizaciju zabrane štrajka koja proizlazi iz čl. 33 st. 5 Ustava.

d) Ograničenje slobode udruživanja je ustavnopravno neosporivo kada se radi o državnim službenicima i službenicima koji vode radničku borbu. Zabrana štrajka za državne službenike, također, odražava osnovno načelo praktične uravnoteženosti. Odnos napetosti između slobode udruživanja i čl. 33 st. 5 Ustava se razrješava u korist postojanja zabrane štrajka za državne službenice i službenike. Zadiranje u čl. 9 st. 3 Ustava ne stoji izvan razumnog opterećenja po državne službenice i službenike. Zabrana štrajka ne vodi do potpunog uskraćivanja slobode udruživanja i ne oduzima joj učinkovitost. Zakonodavac je, također, donio i propise kojima se pridonosi kompenzaciji ograničenja čl. 9 st. 3 Ustava kod državnih službenica i službenika, konkretno kroz pravo učešća vrhovnih sindikalnih organizacija u pripremi zakonskih propisa kojima se reguliraju odnosi u državnoj službi. Još jedan kompenzacioni elementi proizlazi iz načela alimentacije državne službe koje ustavnopravno pojedinom državnom službeniku osigurava jednako pravo na izvršenje državne obaveze alimentiranja, a u slučaju da je to potrebno, i pravnim putem. U ovom uzajamnom sistemu međusobno povezanih prava i obaveza državnih službenika, proširenja ili ograničenja, s jedne strane, vode u pravilu ka promjenama u odnosima državne službe, s druge strane. Odnos državne službe ne dopušta „traženje dlake u jajetu“. Pravo na štrajk bi (za određene grupe državnih službenika) proizvelo lančanu reakciju u pogledu uređenja odnosa državne službe, što bi suštinski utjecalo i na osnovna načela državne službe i s njima povezane institute.

Usaglašeno povezivanje slobode udruživanja i tradicionalnih osnovnih načela državne službe, isto tako ne zahtijeva dominantno korištenje državnih ovlaštenja za ograničavanje zabrana štrajka na državne službenike po osnovu čl. 33 st. 4 Ustava. Protiv takve funkcionalne podjele prava na štrajk govore poteškoće sa razgraničenjima koje su s time povezane. Neovisno o tome, priznavanje prava na štrajk „državnim službenicima sa graničnih područja“ ne osigurava stabilnu upravu i ispunjavanje državnih obaveza izvan državne djelatnosti. Osim toga, u toj mjeri ograničeno pravo na štrajk bi stvorilo posebnu kategoriju „državnih službenika sa pravom na štrajk“ ili „državnih službenika po tarifnim ugovorima“, što bi bilo kršenje jasno koncipiranog dvodijelnog službeničkog prava u Njemačkoj. Dok bi u ključnim područjima državnog djelovanja i dalje važilo načelo alimentacije, ostalim državnim službenicima bi se otvorile mogućnosti da vlastite zahtjeve za uređivanjem uslova rada u postojećem statusu državnih službenika u određenim slučajevima provode mjerama radničkih borbi.

4. Zabrana štrajka za državne službenice i službenike u Njemačkoj je u skladu sa načelnom usklađenošću Ustava sa osnovnim načelima međunarodnog prava i stoga je u skladu i sa garancijama koje pruža Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

a) Čl. 11 st. 1 EKLJP garantira svakoj osobi da se slobodno i u miru sa drugima okuplja i da se slobodno sa drugima udružuje; ovo također obuhvata i pravo da se u cilju zaštite svojih interesa pristupa sindikalnim udruženjima, te da se osnivaju sindikalna udruženja. Evropski sud za ljudska prava je u skorijoj prošlosti detaljnije precizirao garancije čl. 11 st. 1 EKLJP kao i uslove za povredu ovog prava, kako su oni propisani čl. 11 st. 2 EKLJP. Ovakva praksa ima usmjeravajući i orijentirajući učinak, pri čemu se izvan područja primjene čl. 46 EKLJP moraju uzeti u obzir i konkretne okolnosti slučaja u smislu posebnog kontekstualiziranja. Imajući to u vidu, ne može se utvrditi da je postojeća pravna situacija u Njemačkoj suprotna Konvenciji, niti se može utvrditi kolizija između nacionalnog prava i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda. U skladu je sa konvencijskim vrednovanjima čl. 9 st. 3 Ustava kao i odluka Saveznog ustavnog suda koje su iz ovog proizišle i prema kojima njemačke državne službenice i službenici u skladu sa konvencijskim standardima bez izuzetka uživaju slobodu udruživanja, iako pravo na štrajk kao individualni izraz čl. 9 st. 3 Ustava ovaj krug osoba ne može uživati na osnovu kolidirajućeg ustavnog prava (čl. 33 st. 5 Ustava).

b) Nezavisno od toga da li zabrana štrajka za njemačke državne službenike predstavlja zadiranje u čl. 11 st. 1 EKLJP, ona je uvijek prema čl. 11 st. 2 rečenica 1 EKLJP u vezi sa čl. 11 st. 2 rečenica 2. EKLJP opravdana zbog posebnih okolnosti njemačkog sistema državne službe.

aa) Zabrana štrajka je, u smislu čl. 11 st. 2 rečenica 1 EKLJP, u Njemačkoj zakonom predviđena. Za to je neophodan osnov u nacionalnom pravu. Takav osnov postoji. Zakoni o državnim službenicima na nivou Savezne države i saveznih zemalja sadrže za sve državne službenice i službenike konkretna pravila koja se odnose na neovlašteno odsustvovanje sa dužnosti, odnosno koja se odnose na vezanost postupanja po nalogima. Neodobreno učešće u štrajkovima je nespojivo sa ovim pravilima. Inače, zabrana štrajka za državne službenike je već desetljećima sudskom praksom najviših sudova priznato dejstvo čl. 33 st. 5 Ustava.

Zabrana štrajka ispunjava i zahtjeve uspostavljene u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, sve dok je zadiranje u čl. 11 st. 1 EKLJP opravdano nužnom socijalnom, odnosno društvenom potrebom, i ograničenje mora biti srazmjerno. Kada se ograničenje odnosi na srž sindikalnog djelovanja, nacionalnom zakonodavcu



se mora priznati uže diskreciono ovlaštenje i teže se javnim interesom opravdava zadiranje u slobodu sindikalnog djelovanja. Ukoliko se, suprotno tome, ne zadire u srž, nego samo u sporedne aspekte sindikalnog djelovanja, tada je ovlaštenje na diskreciono odlučivanje šire i svako konkretno zadiranje će biti srazmjerno.

U tom kontekstu je zabrana štrajka za njemačke državne službenice i službenike i, konkretno, za nastavno osoblje u statusu državnih službenika, opravdana prema čl. 11 st. 2 rečenica 1 EKLJP. Apelantice su kao nastavno osoblje u statusu državnih službenika uzele učešće u štrajku koji je poveo Sindikat za obrazovanje i znanost (GEW). U njemu je zastupljeno nastavno osoblje, kako oni koji su državni službenici, tako i oni koji su namještenici. O kolektivnim ugovorima na osnovu zakonskih odredbi pregovara GEW sa kolektivnim sindikalnim organom saveznih zemalja, ali samo u odnosu na zaposleno nastavno osoblje. Zakonodavac na nivou Savezne države i saveznih zemalja, kao jedini nadležan za utvrđivanje radnih uslova za državne službenice i službenike, odlučuje da li će i u kojem obimu bi postignuti rezultati kolektivnog pregovaranja za zaposlenike u javnoj službi bili preneseni na državne službenice i službenike. Apelantice su svojim sudjelovanjem u štrajku djelomično željele postići ovakav prenos. Takvo postupanje ne ulazi u srž garancija iz čl. 11 st. 1 EKLJP. U konkretnom slučaju nije ni prekoračeno dodatno diskreciono ovlaštenje koje u tom smislu pripada zakonodavcu Savezne Republike Njemačke. Odlučujuće je da, u sistemu njemačkog službeničkog prava, sa statusom državnog službenika bivaju određena i prateća prava i obaveze, a proširenja ili ograničenja, s jedne strane, u pravilu i dovode do promjena u statusu državnih službenika, s druge strane. Posebno bi priznavanje prava na štrajk za državne službenike bilo nespojivo sa zadržavanjem osnovnih načela državne službe. To prije svega pogađa obavezu na lojalnost državnog službenika, načelo doživotne službe kao i načelo alimentacije, u čiju konkretizaciju ulaze zakonom uređena primanja. Priznanje prava na štrajk za državne službenike bi u osnovi izmijenilo i dovelo u pitanje sistem njemačkog prava državnih službenika, jednu nacionalnu posebnost Savezne Republike Njemačke.

Mora se uzeti u obzir da se balansiranje suprotstavljenih interesa, koje se mora provesti prema čl. 11 st. 2 rečenica 1 EKLJP, mora prilagoditi pravima i slobodama drugih, tako da u slučaju apelantica zabrana štrajka služi pravu na obrazovanje, a time i zaštiti ljudskih prava utemeljenih u čl. 2 Dodatnog protokola 1 uz EKLJP i drugim ugovorima međunarodnog prava. Daljnja pitanja za razmatranje su prethodno navedene kompenzacije za pravo na štrajk, naime učešće sindikata u zakonodavnom postupku i mogućnost sudskog preispitivanja alimentacije.

bb) U svemu ostalom se apelantice, kao službeničko nastavno osoblje, imaju uvrstiti u područje državnog upravljanja u smislu čl. 11 st. 2 rečenica 2 EKLJP. Prema čl.

11 st. 2 rečenica 2 EKLJP može biti ograničeno provođenje garancija iz čl. 11 st. 1 EKLJP za pripadnike oružanih snaga, policije ili državne uprave – u to se prema shvatanju Senata ubraja i nastavno osoblje koje čine državni službenici. Pri tome se strogo moraju tumačiti ograničenja koja navedenim grupama mogu biti nametnuta. U konkretnom postupku postoje okolnosti koje opravdavaju ograničenja u odnosu na nastavno osoblje u javnim školama budući da za njih država ima poseban interes u pogledu izvršenja zadataka kroz državne službenice i službenike. Školstvo i odgojno-obrazovni zadatak države imaju visok prioritet u Ustavu (čl. 7 Ustava) i ustavima saveznih zemalja.



## **§ 17.**

### **Tajnost pošte**

#### **(čl. 10 Ustava)**

## 107) BVerfGE 107, 299 (Fernmeldegeheimnis) Tajnost bežičnog komuniciranja

1. Javnopravne radio ustanove se kod dobijanja informacija i kod redakcijskog rada mogu zbog zaštite povjerenja pozvati na tajnost bežičnog komuniciranja iz čl. 10 Ustava, a zbog toga i na garanciju pravne zaštite iz čl. 19 st. 4 Ustava.
2. Sudske naredbe telekomunikacionim preduzećima da u okvirima krivičnog gonjenja dostave informacije o podacima koje drže u svrhu obračuna, ili su dobijeni postupkom traženja cilja, zadiru u tajnu bežičnogkomuniciranja.
3. Takva zadiranja u osnovna prava su opravdana samo ako su potrebna radi gonjenja zbog počinjenog krivičnog djela, ako postoji poseban značaj u pogedu konkretne sumnje i ako je prisutna dovoljno sigurna činjenična baza za pretpostavku da onaj, koji je pogođen naredbom, stoji u vezi za okrivljenim posredstvom telekomunikacionih uređaja.

### Presuda Prvog senata od 12. marta 2003. - 1 BvR 330/96, 1 BvR 348/99 -

OBRAZLOŽENJE:

#### A.

Ustavne tužbe se odnose na sudske nadredbe da se obznane telekomunikacioni podaci o vezama koje se odnose na telefonske razgovore u okvirima novinarske djelatnosti apelanta. (...)

2. Apelatnica pod 2 je novinarka koja je za vrijeme sudskih odluka, koje se ovdje osporavaju, radila za magazin STERN.

a) Ona je istraživala i izvještavala više puta o mogućem teroristi Hans-Joachim Kleinu. (...)

1998. godine je istražno tužiteljstvo dobilo informaciju da apelantica ponovo istražuje u slučaju Klein i da je s njim vjerovatno u kontaktu.

b) Osnovni sud je naredio dostavu podataka o uspostavljenim vezama za jedan priključak mobilnog telefona i za dva čvrsta telefonska priključka koja su upotrebljavali apelantica i njen suprug. (...)

Dostavljeni podaci su u septembru 1998. godine vodili hapšenju optuženog u Francuskoj. (...)

**C.**

Ustavne tužbe nemaju uspjeha u samoj stvari.

**I.**

Mjere ustavnopravne provjere su čl. 10, čl. 5 st. 1 i 2 kao i čl. 19 st. 4 Ustava.

Osporavaju se mjere nadzora telekomunikacija čija se pravna usklađenost prosuđuje prema čl. 10 Ustava (II). Pravo na informaciono samoodređenje koje slijedi iz čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava se ne može primijeniti uz čl. 10 st. 1 Ustava. Čl. 10 Ustava sadrži, s obzirom na bežični saobraćaj, jednu specijalnu garanciju. Ona istiskuje opšta jamstva (usp. BVerfGE 67, 157 [171]; 100, 313 [358]).

(...)

**II.**

Apelantica nije povrijeđena osporavanim odlukama u svom osnovnom pravu iz čl. 10 st. 1 Ustava.

1. Davanje informacija o podacima koji se odnose na uspostavljene telekomunikacione veze, kako su to naredili sudovi, svakako dotiče zaštićeno područje tajnosti bežičnog komuniciranja.

Tajnošću bežičnog komuniciranja nisu zaštićeni samo sadržaji komunikacija nego i bliže okolnosti telekomunikacija, koje su ovdje bile predmet davanja informacija prema § 12 FAG, § 100 a StPO. Istina, tajna bežičnog komuniciranja štiti u prvoj liniji sadržaje komuniciranja, ali obuhvata isto tako i okolnosti komuniciranja. (...)

1. Zadiranje u tajnost bežičnog komuniciranja koji leži u pribavljanju postojećih podataka koji se čuvaju u svrhu obračuna su prema čl. 10 st. 2 rečenica 1 Ustava opravdani.

a) Ograničenja tajnosti bežičnog komuniciranja smiju prema čl. 10 st. 2 rečenica 1 Ustava biti određena samo na osnovu zakona. Osporavane sudske presude se oslanjaju na § 12 FAG i u prvostepenom postupku uz ustavnu tužbu 1 BvR 348/99 dodatno na §§ 100 a, 100 b StPO. § 12 FAG je od 1. januara 2002 zamijenjen § 100 g i 100 h StPO. (...)

Zakon kojim se ograničava osnovno pravo je sa svoje strane od ključnog značaja za tajnost bežičnog komuniciranja tako da se zbog ograničavajućeg učinka na osnovna prava sam mora tumačiti u svjetlu osnovnog prava (usp. BVerfGE 67, 157 [172 i dalje]). Savezni ustavni sud zbog toga provjerava da li su stručni sudovi na odgovarajući način uvažavali utjecaj osnovnog prava na tumačenje i primjenu normi koje ograničavaju osnovno pravo kako bi vrednosni sadržaj osnovnog prava ostao

očuvan na razini primjene prava (usp. BVerfGE 18, 85 [92]; 99, 185 [195 i dalje]).  
(...)

aa) Naredba da se prema § 12 FAG i §§ 100 a, 100 b StPO dostavi informacija o uspostavljenim telefonskim vezama slijedi legitiman javni cilj otkrivanja i gonjenja teških krivičnih djela. Savezni ustavni sud je ponovo istakao neodložnu potrebu djelotvornog krivičnog gonjenja, koja naglašava javni interes da se, ako je moguće, sazna potpuna istina i naznačio je djelotvorno razjašnjenje teških krivičnih djela kao bitan zadatak pravnodržavne zajednice (usp. BVerfGE 29, 183 [194]; 77, 65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [338 i dalje]).

bb) Informiranje o telekomunikacionim podacima apelanata je bilo podobno za dostizanje zakonske svrhe. (...)

cc) Ne vidi se da je postojalo blaže sredstvo, koje bi na isti način bilo pogodno za pronalaženje mjesta boravka optuženog. (...)

dd) Oспоравне мјере су сразмјерне у ужем смислу. Тежина кршења слободe која је заштићена основним правом није у несразмјери са добробити заједнице којој служе ограничења основног права. Такође су уважени захтеви да се мора прибавити судска одлука. (...)

(2) Тешка задиранја у тајност бежићног комуницирања су сразмјерни у ужем смислу кад су супростављени интереси на одговарајући начин уважавни. Посебно је значај интереса за кривичним гонjenjem оvisан о тежини и значају кривичног djela које треба расвјетлити (usp. BVerfGE 100, 313 [375 i dalje, 392]). Zbog toga nije za ustavnopravne pretpostavke dovoljno da pregled podataka o telefonskim vezama općenito služi krivičnom gonjenju (usp. gore pod aa]). Pretpostavlja se prevashodno da je počinjeno krivično djelo od posebnog značaja, da postoji konkretna sumnja i dovoljno sigurna činjenična baza za pretpostavku da će osoba koja je pogođena naredbom djelovati kao prenosnik informacija. (...)

## **108) BVerfGE 113, 348** (Telekommunikationsüberwachung) **Nadzor nad telekomunikacijama**

(...)

3. O zahtjevu za određenošću i srazmjernošću zakonskih ovlaštenja u svrhu sprečavanja i preveniranja gonjenja počinoца krivičnih djela mjerama telekomunikacionog nadzora.

**Presuda Prvog senata od 27 jula 2005. (...)**  
**- 1 BvR 668/04 -**

OBRASLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba je usmjerena neposredno protiv § 33 a st. 1 br. 2 i 3 Zakona o javnoj sigurnosti i redu Niedersachsena (Nds. SOG), a time i protiv ovlašćivanja policije, da nadzorom i snimanjem telekomunikacija prikuplja osobne podatke zbog prevencije gonjenja i sprečavanja kazne koja ima poseban značaj.

(...)

**C.**

Osporavani propisi § 33 a st. 1 br. 2 i 3 Nds. SOG nisu u skladu sa Ustavom i zbog toga su ništavi.

**I.**

S obzirom na utuženo ograničenje slobode mjerilo ustavnopravne provjere je čl. 10 Ustava. (...)

3. Oспорavane norme nisu (...) u skladu sa Ustavom. One nisu dovoljno određene (a) i ne zadovoljavaju zahtjeve koje načelo srazmjernosti stavlja pred primjerenost jednog zakona koji ograničava osnovno pravo u smislu čl. 10 st. 1 rečenica 2 Ustava (b). Dalje, u zakonu nedostaju mjere za zaštitu jezgra uobličavanja privatnog života (c). (...)

a) § 33 a st. 1 br. 2 i 3 Nds. SOG ne odgovaraju pravnodržavnom zahtjevu prema kojem norme moraju biti određene i jasne.

aa) Osnov zahtjeva za određenošću normi je u predmetnom slučaju sam čl. 10 Ustava (usp. BVerfGE 110, 33 [52 i dalje]). Ovaj zahtjev treba osigurati da se pogođeni građanin mora prilagoditi mjerama koje ga opterećuju, da služba koja izvršava zakone može pronaći omjere djelovanja koji usmjeravaju njeno držanje i da sudovi mogu provesti pravnu kontrolu (usp. BVerfGE 110, 33 [52 i dalje]). Povod, cilj i granice zadiranja u osnovno pravo moraju u pogledu ovlaštenja biti utvrđeni u skladu sa specifičnim područjem, precizno i normativno jasno (usp. BVerfGE 100, 313 [359 i dalje, 372]; 110, 33 [53]).

(1) Pogođeni mora biti u stanju da na osnovu zakonskih propisa sopstvenu pravnu poziciju shvati tako da prema njoj može prilagoditi sopstveno ponašanje. (...) Norma mora sadržati elemente činjeničnog stanja koji ograničavaju radnje koje stvara standard predvidivosti i kontrole, uporediv sa uobičajenim zadacima odbrane od opasnosti i krivičnog gonjenja, kako to nalaže pravna državnost (usp. BVerfGE 110, 33 [56]).



cc) § 33 a st. 1 br. 2 i 3 Nds. SOG ne zadovoljava ove pretpostavke.

Propisi ne predviđa konkretan postupak, koji će se razumijevati u svom razvoju, kao ni njegovo planiranje (usp. BVerfGE 110, 33 [56, 57, 58]), ali ni konkretne pripreme radnje (...). Dovoljna je apstraktna mogućnost koja počiva na činjenicama, da će neko nekad, u budućnosti počinuti teška krivična djela.

Ovako široko ovlaštenje nije u skladu sa zahtjevom za određenošću. (...)

(3) Zahtjev da se sudski naredi provođenje mjera nadzora prema § 33 a st. 3 Nds. SOG ne ublažava deficite u pogledu određenosti. Načelno bi u pravnodržavnom smislu mogle vrijediti materijalne norme koje treba ispuniti, ako bi se posredstvom formaliziranog, sudski kontroliranog postupka vodilo računa o tome da presudni faktori odluka budu provjereni i da nejasni pravni pojmovi budu na odgovarajući način protumačeni i primijenjeni (usp. BVerfGE 110, 33 [67 i dalje]). Ovo međutim podrazumijeva da će sudija u zakonu moći pronaći odgovarajuća stajališta. Ovdje osporavane norme nude sudiji tako malo prostora za odluku o prognozi koliko nude i samoj policiji. Sudska provjera službenih zahtjeva, bez činjenične konkretizacije, ostaje u znaku nemogućnosti provjere prethodne istrage, kao što je to slučaj sa odlukama upravnih službi.

b) Ovlaštenje da se nadziru telekomunikacije radi prevencije u gonjenju i sprečavanju krivičnih djela koja su uzeta u obzir, osim navedenog, nisu u skladu sa zahtjevom za srazmjernošću u užem smislu. Istina, uzajamna ljudska vezanost i ukorijenjenost u društvu vode do toga da pojedinac mora prihvatiti ograničavanje njegovih osnovnih prava ako to opravdavaju opšti interesi zajednice. Pri tom na strani osnovnih prava igraju ulogu pretpostavke, broj i vrsta osnovnih prava, kao i intenzitet uskraćivanja osnovnih prava. U području telekomunikacionog nadzora je od značaja da li pogođene osobe ostaju anonimne, kakve informacije mogu biti obuhvaćene i kakve negativne posljedice prijete nosiocima osnovnih prava na osnovu nesrazmjernih mjera, odnosno, da li oni pred njima moraju strahovati bez posebnog razloga. Na strani ciljeva i vrijednosti koji opravdavaju zadiranje u osnovna prava je mjerodavan značaj ciljeva kojima služi nadzor telekomunikacija. Ovo, između ostalog, zavisi od toga koliko su značajna pravna dobra koja pomoću ovih mjera moraju biti zaštićena i koliko je vjerovatno da će nastupiti povreda jednog pravnog dobra (usp. BVerfGE 100, 313 [375 i dalje]).

bb) Nadzor nad telekomunikacijama na osnovu § 33 a st. 1 br. 2 i 3 Nds. SOG omogućuje ozbiljan napad na tajnost bežičnog komuniciranja. (...)

(2) Od značaja za osnovna prava su, nadalje, široka rasprostranjenost zadiranja u osnovna prava. Prisluškiivanje i snimanje razgovora i korištenje podataka o uspostavljenim vezama mogu pogoditi veliki broj osoba. Nisu obuhvaćeni samo potencijalni počinioči krivičnih djela, nego svi koji su sa njima u određenom vremenu imali telekomunikacione kontakte. Uz to, mogu biti prisluškivane osobe koje ne stoje

ni ukakvoj vezi sa krivičnim djelima koja vjerovatno treba prevenirati, kao što je to slučaj sa kontakt osobama ili pratnjom (§ 33 a st. 1 br. 3 Nds. SOG), ili treće osobe koje sa ovim nisu ni u kakvoj vezi (§ 33 a st. 2 rečenica 3 Nds. SOG).

(3) Osim toga, intenziviranju zadiranja u osnovno pravo doprinosi činjenica da je pogođeni izložen mjerama nadzora u situaciji navodnog povjerenja (usp. BVerfGE 34, 238 [247]; 107, 299 [321]). Posebno neznanje postoji kod kontakt osoba i pratnje ili kod ostalih osoba od kojih se ne može očekivati da u budućnosti počine neko krivično djelo.

Zadiranja takvog tipa nose, osim toga, visok rizik za prava pogođenih, jer oni protiv odgovarajućih mjera mogu koristiti pravna sredstva tek onda kada ova budu izvršena, i to samo ako o tome budu informirani ili ako to saznaju na neki drugi način (BVerfGE 107, 299 [321]). Kod prethodnih istražnih mjera se zbog nemogućnosti da se sazna kada i gdje će biti počinjeno krivično djelo u pravilu mora računati sa dužim vremenom do dobijanja informacija nego kod ostalih mjera nadzora. (...) U slučaju kasnije dojave će biti dotaknuta i garancija efektivne pravne zaštite iz čl. 19 st. 4 Ustava. Ne bude li protiv određene mjere u primjerenom roku dobijena pravna zaštita i ne budu li njene posljedice u datom slučaju brzo otklonjenje, dodatno se povećava težina ugrožavanja osnovnog prava.

(...)

cc) Predviđena zadiranja u osnovno pravo iz čl. 10 st. 1 Ustava nisu srazmjerna u užem smislu. Interesi zajedničkog dobra, koje štiti policija, nisu na taj način zaštićeni da bi opravdavali tako teška zadiranja.

(1) Prikupljanje podataka služi legitimnom javnom cilju, naime prevenciji i gonjenju krivičnih djela od posebnog društvenog značaja. Značaj ovog prikupljanja posebno ovisi o pravnom dobru kojeg štiti odgovarajuća norma i intenzitetu njegovog ugrožavanja. Pri tom pravno gonjenje, koje služi osiguravanju pravnog sklada, ima pored preveniranja krivičnog djela i samostalan značaj (usp. BVerfGE 107, 104 [118]).

Kada ovlaštenje za nadzor telekomunikacija služi gonjenju zbog već počinjenog krivičnog djela, ono mora počivati na konkretnoj sumnji da je djelo počinjeno, a u situaciji, u kojoj su pogođene treće osobe, na postojanju dovoljno sigurnih činjeničnih dokaza o njihovoj vezi sa osumnjičenim (tako o doušnicima u BVerfGE 107, 299 [321]). Načelno su slabi praktični izgledi da će se u pogledu budućih krivičnih djela, koja se naprosto mogu očekivati, saznati takve činjenice. Ako za ovlaštenje uz sve to – kao u slučaju § 33 a st. 1 br. 2 i 3 Nds. SOG – odgovarajuća norma nije određena i jasna u pogledu potrebne baze činjenica (...) toutječetakođer i na srazmjernost u užem smislu (usp. BVerfGE 110, 33 [55]). U takvim slučajevima se ne mogu pravna dobra koja opravdavaju zadiranje u osnovna prava, kao i vrsta njihovog ugrožavanja, dobiti iz samog zakona na način koji dopušta provjerljivu odluku koja po težini odgovara napadu na osnovno pravo.

Što je nepreciznije opisan cilj jednog ovlaštenja i zakonski zahtjev za činjeničnim pretpostavkama neke mjere, to je veći rizik da uslijedi neprimjerena mjera u pojedinačnom slučaju. Kako su od posebnog značaja pri donošenju odluke rang zaštićenog dobra i procjena intenziteta opasnosti koja mu prijete, to su potrebne odgovarajuća stajališta za tačno određivanje ugroženog dobra, ali i činjenične osnove za pretpostavku da postoje radnje koje ugrožavaju ovo zaštićeno dobro (usp. BVerfGE 110, 33 [55]; vidi dalje BVerfGE 100, 313 [329]). Nejasnoće o konkretnom pravnom dobru koje je ugroženo i o radnjama koje ga navodno ugrožavaju, sa sobom nose rizik da će pravnodržavna funkcija ograničavanja zahtjeva za odmjerenjem biti promašena u konkretnom slučaju.

Pravosuđe je za krivično gonjenje i za odbranu od opasnosti razvilo načela odmjerenja koja su značajna i u postupku istražnih radnji. Što je značajnije ugroženo pravno dobro i što ga više ugrožava svaka konkretna radnja, to se pred stepen vjerovatnosti, na osnovu kojeg se smije zaključiti da je zaprijećena ili da će uslijediti njegova povreda, smiju stavljati niži zahtjevi, i u toj mjeri smiju biti lošije fundirane činjenice koje upućuju na zaključak da je njegova povreda zaprijećena ili da će uslijediti (usp. BVerfGE 100, 313 [329]; usp. također 110, 33 [55, 60]). U svakom slučaju mora ostati zajamčeno da pretpostavka i zaključak imaju konkretno polazište u stvarnosti. Ako se radi o pravnom dobru od manjeg značaja onda sigurnost prognoziranja raste kako u pogledu stepena opasnosti tako i u pogledu njenog intenziteta.

U području pripremnih istaraga je stepen vjerovatnosti povrede pravnog dobra na osnovu nepostojanja blizine poznatih činjenica o konkretnom krivičnom djelu u pravilu niži nego kod mjera koje služe odbrani od opasnosti ili gonjenju konkretnih krivičnih djela. Ne oslanja li se zakonsko rješenje na planiranje ili na neke druge mjere pripremnih radnji (...) nego se zadovoljava činjenicama koje nisu pobliže određene, a opravdavaju pretpostavku da će se u budućnosti desiti krivično djelo, rastu zahtjevi za zaštitom pravnog dobra i u pogledu opasnosti od očekivanih mjera koje povređuju osnovno pravo. Težak napad na tajnu bežičnog komuniciranja može u slučaju tako širokog i otvorenog opisa pretpostavki za prevenciju gonjenja i za sprečavanje budućih krivičnih djela biti opravdan samo onda kada je, općenito i konkretno, izuzetno važan interes zajednice koji se mora zaštititi.

(2) Zakonodavac nije izišao u susret zahtjevima da se utvrdi rang zaštićenog pravnog dobra i da se opišu stvarni uslovi za procjenu njegove ugroženosti.

(...)

c) Ovlaštenje da se nadziru telekomunikacije radi brige za sprečavanje i prevenciju krivičnih djela koja se uzimaju u obzir može konačno počivati na nedovoljnim mjerama za zaštitu od napada na apsolutno zaštićeno jezgro privatnog uobličavanja života.

Ne može se isključiti mogućnost da će kod prikupljanja komunikacionih sadržaja (§ 33 a st. 2 rečenica 1 br. 1 Nds. SOG) biti pogođene lične informacije koji se odnose na zaštićeno područje sasvim ličnih podataka o uobličavanju sopstvenog života (uz ovo BVerfGE 109, 279 [311 i dalje]). Da li osobnu komunikaciju treba pridodati ovom jezgru zaštićenog područja, zavis od toga na koji način i u kojem intenzitetu ona, iz sebe same, dodiruje tuđu sferu ili interese zajednice (usp. BVerfGE 80, 367 [374]; 109, 279 [314]). U ovo područje ne dolaze komunikacioni sadržaji koji stoje u neposrednoj vezi prema konkretno kažnjivim djelima, kao što su informacije o planiranim ili izvještaji o počinjenim krivičnim djelima (usp. BVerfGE 80, 367 [375]; 109, 279 [319]).

Čl. 10 st. 1 Ustava jamči slobodan razvoj ličnosti posredstvom privatne razmjene informacija koja nije otvorena za javnost i time istovremeno štiti ljudsko dostojanstvo (usp. BVerfGE 67, 157 [171]; 110, 33 [53]). Zaštita je u svakom slučaju uobličena drukčije od one u osnovnom pravu iz čl. 13 Ustava koje jamči nepovredivost stana. Na osnovu posebno uskog odnosa ovog osnovnog prava prema ljudskom dostojanstvu, čl. 13 Ustava jamči apsolutnu zaštitu za ponašanje u stambenim prostorijama, kada se ovo predstavlja kao individualni razvoj u vezi sa samim jezgrom privatnog uobličavanja života (usp. BVerfGE 109, 279 [313 i dalje]). Svakom čovjeku je ovdje potreban prostorni supstrat u kojem on postoji sam za sebe i razvija se prema kriterijima koje je sam postavio, dakle, stan kojeg on prema potrebi može upotrebljavati kao „posljednje utočište“ za zaštitu sopstvenog dostojanstva (usp. BVerfGE 109, 279 [314]).

Građani u visoko presonaliziranim komunikacijama nisu na jednak način upućeni na telekomunikaciono komuniciranje kao što su upućeni na stan. S tim u vezi čl. 10 st. 1 Ustava ne normira, za razliku od čl. 13 Ustava, specifične pretpostavke zadiranja u ovo osnovno pravo, nego samo implicitno upućuje na opšte pravnodržavne zahtjeve. Nedodirivost ljudskog dostojanstva, kako je garantira čl. 1 st. 1 Ustava zahtijeva, i u zaštićenom području iz čl. 10 st. 1 Ustava, poduzimanje mjera za zaštitu individualnog razvoja u području privatnog uobličavanja života. Postoje li u konkretnom slučaju razlozi da se pretpostavi kako telekomunikacioni nadzor obuhvata sadržaje koji se pribrojavaju u ovo zaštićeno područje, ono se ne može opravdati i mora zbog toga izostati.

Kako se, ipak, kod određivanja telekomunikacionog nadzora ili kod njegovog provođenja ne može sa sigurnošću prognozirati, kakve će sadržaje imati prisluškivani razgovori, ne može se isključiti rizik da će mjerom prisluškivanja biti obuhvaćene komunikacije iz područja privatnog uobličavanja života. U ustavnopravnom smislu se ovaj rizik mora prihvatiti upravo u slučaju visoko rangiranog pravnog dobra koje je ugroženo i u situaciji koju karakteriziraju konkretni dokazi, na osnovu kojih se može zaključiti da postoji neposredna veza sa krivičnim djelom koje će u budućnosti

biti počinjeno. Uz ovo moraju ići mjere koje osiguravaju da komunikacioni sadržaji sasvim lične prirode neće biti memorirani i upotrijebljeni, nego da u slučaju da je izuzetno došlo do njihovog prikupljanja, odmah moraju biti obrisani. Međutim, u zakonu nedostaju upravo takvi propisi.

(...)

## **109) 1 BvR 229/16** (Vorratsdatenspeicherung) **Pohranjivanje podataka**

**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 42/2016 od 15. jula 2016. godine**

**Rješenje od 8. juna 2016. godine**

**-1 BvQ 42/15, BvR 229/16-**

### **Zahtjevi po hitnom postupku protiv Zakona o pohranjivanju podataka su bez uspjeha**

Danas objavljenom odlukom je Treće vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda odbilo dva zahtjeva za donošenje privremene mjere protiv Zakona o uvođenju obaveze pohranjivanja i najdužeg roka za čuvanje podataka o prometu podataka (Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten) od 10. decembra 2015. godine. Odluka Vijeća se zasniva na procjeni posljedica. Sa samim pohranjivanjem podataka još uvijek nije povezana nikakva ozbiljna negativna posljedica koja bi zahtijevala stavljanje van snage nekog zakona. Pored toga, zakonodavac je povlačenje podataka o prometu telekomunikacijama uslovio postojanjem kvalificiranih preduslova koji čine manje značajnim težinu negativnih posljedica koje mogu nastati provođenjem propisa u odnosu na negativne posljedice koje bi nastale po djelotvorno krivično gonjenje koje je u javnom interesu.

### **Činjenično stanje:**

Apelanti privatno i poslovno koriste različite telekomunikacijske usluge. Svojim zahtjevima za donošenje privremenih mjera apelanti su predložili da se stavi van snage pohranjivanje podataka o prometu telekomunikacijama koje je uvedeno radi javne sigurnosti. Apelanti pobijaju odredbe koje se nalaze u novim propisima od §§ 113a do 113g Zakona o telekomunikacijama (Telekommunikationsgesetz, TKG), u novom § 100g Uredbe o krivičnom postupku (Strafprozeßordnung, StPO) i u novim odredbama §§ 101a i 101b Uredbe o krivičnom postupku.

**Bitni argumenti Vijeća:**

Zahtjev za donošenje privremene mjere se odbija.

1. Savezni ustavni sud može određeno stanje privremeno urediti donošenjem privremene mjere kada se radi o otklanjanju teških posljedica, sprečavanju prijetećeg nasilja ili kada postoje drugi hitni razlozi važni za opće dobro (§ 32 st. 1 Zakona o Saveznom ustavnom sudu, Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG). Pri tome se principijelno ne razmatraju razlozi koji govore u prilog neustavnost pobijanog državnog akta, osim da se apelacija od samog početka pokaže nedopuštenom ili očito neosnovanom. Savezni ustavni sud mora kod neizvjesnog ishoda glavnog postupka ocijeniti sve posljedice.

2. Ukoliko se zahtijeva da se određeni zakon stavi van snage, tada se prilikom procjene posljedica moraju primijeniti posebno strogi standardi. Savezni ustavni sud može koristiti svoje ovlaštenje da obustavi izvršenje zakona koji je već stupio na snagu samo sa najvećom suzdržanošću, jer donošenje takve privremene mjere uvijek predstavlja značajno zadiranje u zakonodavčevu slobodu reguliranja. Utoliko je od presudnog značaja, da li su negativne posljedice ireverzibilne ili se samo teško mogu revidirati kako bi prevagnuo interes za suspenzijom.

3. Prema tim standardima zahtjevi za donošenjem privremenih mjera su morali biti odbijeni.

a) Istina, moguće je da sveobuhvatno i neselektivno pohranjivanje osjetljivih podataka o gotovo svakoj osobi može uzrokovati efekat značajnog zastrašivanja, jer nastaje osjećaj stalnog praćenja. Negativna posljedica koja se javlja po slobodu i privatnost pojedinca prilikom pohranjivanja podataka, a koja se odnosi na moguće nepopravljivo ugrožavanje, ipak nastaje i konkretizira se, tek preuzimanjem podataka. Takva teška posljedica još uvijek nije povezana sa samim pohranjivanjem podataka, da bi ono iziskivalo stavljanje zakona van snage. Ovo se odnosi i na pohranjivanje podataka koji imaju oznaku poslovne tajne.

Posebno teška posljedica koja bi zahtijevala suspenziju obaveze pohranjivanja ne proizilazi ni iz činjenica da se kod Short Message Service (SMS) podaci o prometu i sadržaju komunikacija ne mogu odvojiti. Prema jasnim odredbama § 113b st. 5 Zakona o telekomunikacijama, sadržaj komunikacija, podaci o korištenim internet stranicama i podaci o uslugama elektronske pošte se ne smiju pohranjivati na osnovu ovog propisa. Ukoliko to u ovom trenutku iz tehničkih razloga još uvijek nije moguće, time se ne opravdava postupanje izvan okvira koji je postavio zakon; naprotiv,

trebaju se stvoriti tehnički uslovi kako bi se obaveza pohranjivanja mogla izvršiti.

b) Prikupljanjem podataka o prometu prema § 100g st. 1 i 2 Uredbe o krivičnom postupku predstavlja teško i nepovratno zadiranje u ustavno pravo iz čl. 10 st. 1 Ustava. Zakonodavac je, ipak, u § 100g st. 2 Uredbe o krivičnom postupku povlačenje podataka o prometu telekomunikacija u smislu § 113b Zakona o telekomunikacijama učinio ovisnim o kvalificiranim pretpostavkama koje značaj negativnih posljedica, koje pojedincu i zajednici prijete provođenjem propisa, učinio prihvatljivim za prelazni period do odluke o u glavnom predmetu i manje važnom u odnosu na javni interes da se efektivno krivično goni.

Savezni ustavni sud je u svojoj odluci o zahtjevu za donošenje privremene mjere protiv zakona dopustio novo reguliranje nadzora nad telekomunikacijama od 21. decembra 2007. godine zbog javne potrebe učinkovitog gonjenja teških krivičnih djela koje bi služili procesuiranju taksativno određenih djela u smislu § 100a st. 2 Uredbe o krivičnom postupku, ako bi pored toga postojali i preduslovi iz § 100a st. 1 Uredbe o krivičnom postupku, naime da djelo i u pojedinačnom slučaju ima posebnu težinu ili bi istraživanje činjeničnog stanja ili pronalaženje mjesta na kojem se optuženi nalazi na drugi način bilo značajno otežano ili ne bi bilo izgledno. Ovi preduslovi proizlaze neposredno iz § 100g st. 2 rečenica 1 Uredbe o krivičnom postupku. Imajući u vidu ova ograničenja, javni interes za procesuiranje krivičnih djela ima u osnovi takav značaj da stavljanje van snage propisa kroz donošenje privremene mjere, uprkos postojećim teškim negativnim posljedicama, nije opravdano.

c) Ni u odnosu na odredbe kojima se reguliše postupak i to §§ 101a, 101b Uredbe o krivičnom postupku donošenje privremene mjere nije opravdano. Da li i na koji način Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava ili neko pravo Unije ima značaj za donošenje odluke o pobijanim propisima bit će odlučeno u glavnom postupku. Niti je suštinski pokazano, niti je očigledno da prava Unije već u hitnom postupku mogu obvezati na stavljanje van snage pobijanih propisa privremenom mjerom.

# **110) BVerfGE 125, 260** (Vorratsdatenspeicherung) **Pohranjivanje podataka**

**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 11/2010 od 2. marta 2010. godine**

**Presuda od 2. marta 2010. godine**

**-1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08-**

## **Normativno uređenje preventivnog pohranjivanja podataka nije u skladu sa Ustavom**

Apelacijama se pobijaju §§ 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama (Telekommunikationsgesetz - TKG) i § 100g Uredbe o krivičnom postupku (Strafprozeßordnung - StPO), u dijelu u kojem dopuštaju prikupljanje podataka pohranjenih u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama. Te odredbe su uvedene Zakonom o novom uređenju nadzora telekomunikacija od 21. decembra 2007. godine.

§ 113a Zakona o telekomunikacijama propisuje da su javni ponuđači telekomunikacijskih usluga obavezni da praktično sve podatke o saobraćaju telefonskih usluga (fiksna i mobilna telefonija, faks, SMS i MMS), e-mail usluga i internetskih usluga preventivno bez određenog povoda pohranjuju. Obaveza pohranjivanja uglavnom obuhvata sve podatke koji su potrebni kako bi se moglo rekonstruirati ko je, kada i koliko dugo komunicirao, odnosno pokušao komunicirati, s kime 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 obaveza pohranjivanja, podaci se moraju izbrisati u roku od mjesec dana.

§ 113b Zakona o telekomunikacijama propisuje u koje svrhe se ti podaci mogu koristiti. Ovaj propis predstavlja odredbu 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 saveznoj razini i u Saveznim zemljama. U rečenici 1 polurečenica 1 se nabrajaju moguće svrhe neposrednog korištenja podataka: procesuiranje krivičnih djela, otklanjanje ozbiljnih opasnosti po javnu sigurnost i izvršenje obavještajnih zadataka. Polurečenica 2 odobrava posredno korištenje podataka za informacije u skladu sa § 113 st. 1 Zakona o telekomunikacijama u vidu prava na informacije od ponuđača usluge radi identificiranja IP adresa. Prema tome, državne službe mogu,



ako su npr. preko prijave ili vlastite istrage već saznale za neku IP adresu, zatražiti informaciju kojem vlasniku priključka pripada ta IP adresa. Zakonodavac to dopušta, neovisno o ograničavajućim mjerilima, radi procesuiranja krivičnih djela i prekršaja, te suzbijanja opasnosti; nije predviđeno da za to mora postojati sudska naredba, kao što nisu predviđene ni obaveze informisanja.

§ 100g Uredbe o krivičnom postupku - kao konkretizacija § 113b rečenica 1 polurečenica 1 br. 1 Zakona o telekomunikacijama - propisuje neposredno korištenje preventivno pohranjenih podataka kod krivičnog procesuiranja. Općenito gledajući, ta odredba ide dalje i uređuje opći pristup podacima o telekomunikacijskom saobraćaju. 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 u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama i drugih podataka o saobraćaju. On dopušta i korištenje preventivno pohranjenih podataka, neovisno o zaključnom katalogu krivičnih djela, radi procesuiranja težih krivičnih djela, i osim toga, u skladu sa provjerom srazmjernosti u konkretnom slučaju i općenito radi procesuiranja krivičnih djela počinjenih pomoću telekomunikacijskih sredstava. Potrebna je prethodna sudska naredba, a Uredba o krivičnom postupku u međuvremenu predviđa obaveze informisanja i naknadnu pravnu zaštitu.

Pobijani propisi su doneseni u okviru implementacije Smjernice 2006/24/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća Evropske unije o preventivnom pohranjivanju podataka iz 2006. godine. U skladu sa tom Smjernicom, ponuđači telekomunikacijskih usluga moraju se obavezati da će evidentirane podatke iz § 113a Zakona o telekomunikacijama čuvati najmanje šest mjeseci, a najviše dvije godine i imati ih na raspolaganju radi procesuiranja težih krivičnih djela. Smjernica ne sadrži detaljnije odredbe o korištenju tih podataka, a i mjere zaštite podataka su uglavnom prepuštene državama članicama.

Na osnovu privremenih mjera Prvog senata Saveznog ustavnog suda (Saopštenje za javnost br. 37/2008 od 19. marta 2008. godine i br. 92/2008 od 6. novembra 2008. godine) podaci koji se pohranjuju u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama mogu se koristiti u svrhe krivičnog postupka prema § 113b rečenica 1 br. 1 Zakona o telekomunikacijama, prije svega samo u skladu sa mjerilima postavljenim privremenom mjerom, a podaci ponuđača telekomunikacijskih usluga koji su preventivno pohranjeni u smislu § 113a Zakona o telekomunikacijama radi suzbijanja opasnosti (§ 113b rečenica 1 br. 2. Zakona o telekomunikacijama) se mogu samo pod ograničenim uslovima prosljediti službi koja ih je zatražila.

Apelanti smatraju da je preventivnim pohranjivanjem podataka, prije svega,

povrijeđeno njihovo pravo na telekomunikacijsku tajnu i pravo na informaciono samoodređenje. Smatraju da je pohranjivanje podataka o svim telekomunikacijskim vezama bez povoda nesrazmjerno. Posebno ističu prigovor da se na osnovu pohranjenih podataka mogu izraditi lični profili neke osobe i profili kretanja. Jedna apelantica, koja nudi uslugu anonimiziranja na internetu, iznosi prigovor da troškovi povezani sa pohranjivanjem podataka nesrazmjerno negativno utječu na slobodu zanimanja ponuđača telekomunikacijskih usluga.

Prvi senat Saveznog ustavnog suda je odlučio da odredbe Zakona o telekomunikacijama i Uredbe o krivičnom postupku o preventivnom pohranjivanju podataka nisu spojive sa čl. 10 st. 1 Ustava. Obaveza pohranjivanja u predviđenom opsegu, doduše, nije a priori kao takva protivustavna. Ali način na koji je postavljena nije u skladu sa načelom srazmjernosti. Pobijani propisi ne osiguravaju ni dostatnu sigurnost podataka, niti ograničenje svrha u koje se ti podaci smiju koristiti. Također, ne udovoljavaju u svakom pogledu ustavnopravnim zahtjevima vezanim za transparentnost i zaštitu prava. Regulativa je stoga ukupno uzevši protivustavna i ništavna.

### **Bitni argumenti Suda:**

#### **O dopuštenosti:**

Apelacije nisu nedopuštene, ako su pobijani propisi doneseni u okviru implementacije Smjernice 2006/24/EZ. S obzirom da to nisu mogli ostvariti pred specijaliziranim sudovima – jer se njihove apelacije neposredno odnose na Zakon kojim se prenosi Smjernica – apelanti traže da Savezni ustavni sud pokrene postupak prethodnog pitanja pred Sudom Evropske unije kako bi on, u okviru postupka prethodnog odlučivanja, u skladu sa čl. 267 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije (raniji čl. 234 Ugovora o Evropskoj zajednici) Smjernicu proglasio ništavom i time otvorio put za provjeru pobijanih propisa prema mjerilima njemačkih osnovnih prava. U svakom slučaju, ako bi se krenulo tim putem, provjera pobijanih propisa prema mjerilima osnovnih prava Ustava, kako to zahtijevaju apelanti, ne bi unaprijed bila isključena.

#### **O osnovanosti:**

##### **1. Nema postupka prethodnog odlučivanja pred Sudom Evropske unije**

Upućivanje prethodnog pitanja Sudu Evropske unije ne dolazi u obzir, jer se ne radi o eventualnom primatu prava Zajednice. Valjanost Smjernice 2006/24/EZ i eventualni primat prava Zajednice u odnosu na njemačka osnovna prava nisu relevantni za odluku. Sadržaj Smjernice Saveznoj Republici Njemačkoj ostavlja širok prostor za

diskrecionu odluku. Odredbe Smjernice su u biti ograničene na obavezu pohranjivanja podataka i njen obim i ne uređuju pristup podacima i njihovo korištenje od strane službi država članica. Polazeći od tog sadržaja, Smjernica se može implementirati bez povreda osnovnih prava iz Ustava. Ustav ne zabranjuje takvo pohranjivanje u svim okolnostima.

## **2. Područje zaštite čl. 10 st. 1 Ustava**

Kada se radi o pohranjivanju podataka o pristupu internetu i ovlaštenja za informacije prema § 113b st. 1 rečenica 1 polurečenica 2 Zakona o telekomunikacijama, pobijani propisi zadiru u područje zaštite čl. 10 st. 1 Ustava (telekomunikacijska tajna). To nije u suprotnosti s činjenicom da se pohranjivanje odvija preko privatnih ponuđača usluga, jer ih državne službe koriste samo kao pomagače u ostvarivanju ovih zadataka.

## **3. Mogućnost pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom saobraćaju bez povoda**

Šestomjesečno pohranjivanje telekomunikacijskih podataka bez povoda za kvalificirano korištenje u okviru krivičnog postupka, suzbijanja opasnosti i obavještajnih zadataka, prema nalogu iz §§ 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama, nije samo po sebi nespojivo sa čl. 10 Ustava. Kod normativnog uređenja kod kojeg bi se vodilo dovoljno računa o posebnoj težini ovog zadiranja u osnovna prava, pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom saobraćaju 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 na adekvatan način zakonski razradili, vodeći računa o zadiranju u osnovna prava, mogli bi ispuniti zahtjeve srazmjernosti.

Međutim, kod takvog pohranjivanja radi se o posebno teškom zadiranju u osnovna prava, tako širokih razmjera kakvih u pravnom poretku do sada još nije bilo. Čak i kad pohranjivanje ne obuhvata sadržaje komunikacije, iz tih se podataka mogu izvući sadržajni zaključci koji sežu sve do intimne sfere. Na osnovu informacija o adresatima, podacima, vremenu i mjestu telefonskih razgovora, ako se prate tokom dužeg vremenskog perioda, njihovim kombiniranjem može se doći do detaljnih saznanja o društvenoj i političkoj pripadnosti, te ličnim interesima, sklonostima i slabostima. Zavisno o načinu korištenja telekomunikacija, takvo pohranjivanje podataka omogućava izradu izrazito informativnih ličnih profila i profila kretanja praktično svakog građanina. Time se povećava i rizik građana da budu izloženi daljnjim istragama, bez da su za to dali povoda. Osim toga, mogućnosti zloupotreba koje su povezane sa takvom kolekcijom podataka zaoštravaju njihovo zbog

inkriminirajuće dejstvo. Tim više što se pohranjivanje i korištenje podataka ne primjećuje, pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom saobraćaju bez povoda može potaknuti raširen osjećaj stalne prisмотрe koji se doživljava kao prijetnja, a što se može negativno odraziti na nesmetano ostvarivanje osnovnih prava u mnogim područjima.

Pa ipak takvo pohranjivanje, pod određenim kriterijima, može biti spojivo sa čl. 10 st. 1 Ustava. Za to je presudno da najprije predviđeno pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom saobraćaju ne provodi direktno država, već da se na to obavežu privatni ponuđači usluga. Podaci samim pohranjivanjem još nisu objedinjeni, već se čuvaju raspršeni kod brojnih zasebnih pravnih lica i ne stoje neposredno u cjelosti na raspolaganju državi. Šestomjesečno pohranjivanje telekomunikacijskih podataka ne predstavlja mjeru koja bi bila usmjerena na sveukupnu evidenciju svake komunikacije ili aktivnosti građana. Štaviše, 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 zbog toga je rekonstrukcija telekomunikacijskih veza od posebne važnosti za učinkovito krivično procesuiranje i suzbijanje opasnosti.

Preventivno pohranjivanje podataka o telekomunikacijskom saobraćaju bez povoda ustavnopravno je nesporno samo pod pretpostavkom da ostane iznimka. Da se ne smije u cjelosti evidentirati i registrirati šta građani rade tokom svog slobodnog vremena ulazi u ustavnopravni identitet Savezne Republike Njemačke za čije očuvanje se Njemačka mora zalagati, kako u evropskom tako i u međunarodnom kontekstu. Preventivnim pohranjivanjem podataka o telekomunikacijskom saobraćaju će se znatno smanjiti i prostor za dodatno arhiviranje podataka bez povoda preko Evropske unije.

#### **4. Srazmjernost normativnog uobličavanja regulative (mjerila)**

S obzirom na posebnu težinu preventivnog pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom saobraćaju, ono je spojivo sa čl. 10 st. 1 Ustava samo ako je njeno normativno uređenje u skladu sa 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 za sigurnost podataka:**

S obzirom na obim i potencijalnu informativnu vrijednost fonda podataka stvorenih takvim pohranjivanjem, sigurnost podataka je od velike važnosti za srazmjernost

pobijanih propisa. Neophodne su zakonske odredbe koje bi propisale visoku razinu sigurnosti te svakako bile normativno jasne i obavezujuće. Pri tome zakonodavac može povjeriti tehničku konkretizaciju postavljenog kriterija nekoj nadzornoj službi. Međutim, zakonodavac pri tome mora osigurati da odluka o vrsti i obimu sigurnosnih mjera ne bude prepuštena pojedinom telekomunikacijskom ponuđaču usluga bez kontrole.

### **Zahtjevi vezani za neposredno korištenje podataka:**

S obzirom na težinu pohranjivanja podataka, u obzir dolazi samo korištenje podataka za posebno važne zadatke vezane za zaštitu pravnih dobara.

Iz toga proizlazi da kod krivičnog procesuiranja, preuzimanje podataka pretpostavlja barem na određenim činjenicama utemeljenu osnovanu sumnju da je u pojedinačnom slučaju počinjeno teže krivično djelo. Zakonodavac mora zaključno definirati koja bi to krivična djela bila obuhvaćena, uz normiranje obaveze pohranjivanja podataka.

Iz načela srazmjernosti, kod suzbijanja opasnosti, proizlazi da je preuzimanje preventivno pohranjenih podataka o telekomunikacijskom saobraćaju dopušteno samo kod postojanja konkretne opasnosti po tjelesni integritet, život ili slobodu osobe, dostatno dokazane određenim činjenicama, ili opasnosti po očuvanje ili sigurnosti Savezne Republike ili neke Savezne zemlje ili otklanjanja neke opšte opasnosti. S obzirom da se radi i o jednom obliku preveniranja opasnosti, ti zahtjevi važe jednako i za korištenje podataka od strane obavještajnih službi. Korištenje podataka od strane obavještajnih službi bi na taj način, svakako, bilo isključeno u mnogim slučajevima. Međutim, to leži u prirodi zadataka prethodnog razjašnjavanja i utemeljuje ustavnopravno prihvatljiv povod zbog kojeg bi se ublažile pretpostavke za zadiranja ovakve vrste.

Kao posljedica načela srazmjernosti, sa ustavnopravnog stanovišta je uputno i da se, barem za uži krug telekomunikacijskih veza koje podliježu posebnoj povjerljivosti, načelno predvidi zabrana prosljeđivanja podataka. Pri tome se misli na veze sa telekomunikacijskim priključcima osoba, službi i organizacija iz socijalnog i crkvenog domena, 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 zaposlenici podliježu obavezi povjerljivosti.

### **Zahtjevi vezani za transparentnost pri prosljeđivanju podataka:**

Zakonodavac mora učinkovitim odredbama o transparentnosti suzbiti difuzne prijetnje, koje kao takve mogu sadržati neuočljivo pohranjenje i korištene podatke

o građanima, . U to se ubraja načelo otvorenosti kod prikupljanja i korištenja ličnih podataka. Korištenje podataka bez znanja dotične osobe je ustavnopravno dopušteno samo ako bi se u protivnome osujetila svrha istrage kojoj služi preuzimanje podataka. Zakonodavac to može načelno pretpostaviti kod otklanjanja opasnosti i obavljanja zadataka obavještajnih službi. Za razliku od toga, u okviru krivičnog postupka, u obzir dolazi i mogućnost otvorenog prikupljanja i korištenja podataka. Tajno korištenje podataka smije se predvidjeti samo ako je neophodno u konkretnom slučaju i ako postoji sudska naredba. U slučaju tajnog korištenja podataka zakonodavac mora predvidjeti barem obavezu naknadnog obavještavanja. Njome se mora osigurati da osobe na koje se odnosilo neposredno preuzimanje podataka barem naknadno o tome budu načelno obaviještene. Izuzeci ovome moraju biti podložni sudskoj kontroli.

### **Zahtjevi vezani za pravnu zaštitu i sankcije:**

Za prosljeđivanje i korištenje sačuvanih podataka načelno mora postojati sudska naredba. Ako neka osoba prije provođenja mjere nije imala priliku da se sudskim putem zaštiti od korištenja njenih podataka o telekomunikacijskom saobraćaju, naknadno joj se mora omogućiti sudska kontrola.

Srazmjerno uobličavanje, 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 ličnosti s obzirom na nematerijalnu prirodu tog prava zakržljala, to bi bilo u suprotnosti sa obavezom državne vlasti da pojedincu omogućiti slobodan razvoj ličnosti, te ga zaštititi od ugrožavanja njegove ličnosti putem trećih. Međutim, zakonodavac u tom pogledu raspolaže sa širokim diskrecionim prostorom. Utoliko može uzeti u obzir i da bi kod teških povreda prava ličnosti već i prema postojećem pravnom stanju mogla biti utemeljena, kako zabrana korištenja podataka po osnovu odmjeravanja, tako i odgovornost za nematerijalne štete, te na taj način najprije razmotriti da li se zbog posebne težine povrede prava ličnosti, koja u pravilu postoji kod neopravdanog prikupljanja ili korištenja predmetnih podataka, možda već dovoljno vodilo računa kod važećih pravnih propisa.

### **Zahtjevi vezani za posredno korištenje podataka radi identifikacije IP adresa:**

Manje stroga ustavnopravna mjerila vrijede za samo posredno korištenje preventivno pohranjenih podataka u vidu prava službi na informacije prema ponuđačima usluga u odnosu na vlasnika priključka određenih, već poznatih IP adresa. Tu je važno, s jedne strane, da pri tome samim nadležnim službama nisu poznati preventivno pohranjeni podaci. Nadležne službe u okviru takvih prava na informacije ne preuzimaju sami preventivno i bez povoda pohranjene podatke, već dobijaju samo informacije,

odnosno lične podatke vlasnika određenog priključka čiji je identitet utvrdio ponuđač usluge služeći se tim podacima. Samo na osnovu takvih informacija ne mogu se provesti sistemski istraživanja tokom dužeg perioda, niti se mogu izraditi lični 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 narediti uz znatno manje pretpostavke.

Međutim, i zasnivanje prava nadležnih službi na informacije radi identifikacije IP adresa ima znatnu težinu. Njima zakonodavac djeluje na uslove komuniciranja na internetu i ograničava obim njihove anonimnosti. Na osnovu njih se u kombinaciji sa sistemskim pohranjivanjem podataka o pristupu internetu s obzirom na prethodno ustanovljene IP adrese može u širokom obimu ustanoviti identitet korisnika interneta.

U okviru diskrecionog prostora koji mu s tim u vezi pripada, zakonodavac takve informacije može dopustiti, nezavisno o bliže određenim krivičnim djelima ili katalozima pravnih dobara, za procesuiranje krivičnih djela, za suzbijanje opasnosti i za obavljanje zadataka obavještajnih službi na osnovu općih tehničko-pravnih ovlaštenja da zadiru u prava. Međutim, sa obzirom na prag zadiranja, treba osigurati da se informacije ne smiju tražiti „naslijepo“, već samo na temelju dostatnih osnova sumnje ili konkretne opasnosti na osnovu činjenica povezanih s pojedinim slučajem. Za takve informacije ne treba predvidjeti sudsku naredbu, ali dotične osobe treba obavijestiti o pribavljanju takvih informacija. Zahtijevanje takvih informacija se ne smije dopustiti radi općenitog i neograničenog procesuiranja ili sprečavanja bilo kakvog prekršaja. Ukidanje anonimnosti na internetu zahtijeva, u najmanju ruku, ugrožavanje pravnog dobra kojem se i inače unutar pravnog poretka pridaje značajna težina. To ne isključuje u potpunosti odgovarajuće informacije radi procesuiranja ili sprečavanja prekršaja. No mora se raditi o prekršaju koji bi i u pojedinačnom slučaju imao značajnu težinu, a koji zakonodavac mora izričito navesti.

### **Odgovornost za normativno uobličavanje regulative:**

Garancija sigurnosti podataka koju nalaže Ustav, kao i normativno jasno razgraničenje namjene podataka koje udovoljava zahtjevu srazmjernosti, neodvojiv je sastavni dio naloga za obavezu pohranjivanja i stoga u skladu sa čl. 73 st. 1 br. 7 Ustava podliježe saveznom zakonodavcu. U to se, pored regulative o sigurnosti pohranjenih podataka, ubrajaju i odredbe o sigurnosti prosljeđivanja podatka te zaštita povjerljivih odnosa koju pri tome treba garantovati. Savezni nivo vlasti pri tome mora osigurati dovoljno precizno razgraničenje namjene podataka koji će se pohranjivati, a koje je u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima. Nasuprot tomu, odgovornost za donošenje regulative

o preuzimanju i pretraživanju podataka, za uspostavljanje transparentnosti, te za odredbe o pravnoj zaštiti ravna se prema stvarnim nadležnostima. Kada se radi o suzbijanju opasnosti i zadacima obavještajnih službi za to su uglavnom nadležne Savezne zemlje.

## **5. O pojedinim odredbama (primjena mjerila)**

Pobijani propisi ne ispunjavaju te zahtjeve. Istina, § 113a Zakona o telekomunikacijama nije protivustavan zbog toga što bi domet obaveze čuvanja a priori bio nesrazmjernan. 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 sa načelom srazmjernosti. §§ 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama i § 100g Uredbe o krivičnom postupku, u onom dijelu u kojem dopušta preuzimanje pohranjenih podataka u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama, stoga nisu spojivi sa čl. 10 st. 1 Ustava.

### **Sigurnost podataka:**

Nedostaje potrebno osiguranje posebno visokog standarda u pogledu sigurnosti podataka. Zakon uglavnom ukazuje samo na oprez koji je općenito potreban za područje telekomunikacija (§ 113a st. 10 Zakona o telekomunikacijama) i pri tome relativizira sigurnosne zahtjeve koji ostaju neodređeni radi općenitih razmatranja ekonomičnosti u pojedinačnom slučaju (§ 109 st. 2 rečenica 4 Zakona o telekomunikacijama). Pri tome je detaljnija konkretizacija mjera prepuštena pojedinim ponuđačima telekomunikacijskih usluga, koji svoje usluge nude u uslovima konkurencije i pritiska troškova. Onima koji su obavezni da pohranjuju podatke nisu na provediv način propisani ni instrumenti kojima bi se garantovala sigurnost podataka (odvojeno pohranjivanje, asimetrično kriptiranje, načelo „četiri oka“ povezano sa naprednim procedurama provjere autentičnosti za pristup ključevima, protokolisanje pristupa podacima i brisanje koje se ne može revidirati) koje su prikazali vještaci u predmetnom postupku, niti je uporediv nivo zaštite garantovan na neki drugi način. Osim toga, nedostaje uravnotežen sistem sankcija kod kojeg bi povrede vezane uz sigurnost podataka imale istu težinu kao i povrede obaveze pohranjivanja.

### **Neposredno korištenje podataka za potrebe krivičnog progona:**

S mjerilima razvijenim iz načela srazmjernosti nespojive su i odredbe o korištenju podataka za potrebe krivičnog progona. § 100g st. 1 rečenica 1 br. 1 Uredbe o krivičnom postupku ne garantuje da općenito i u pojedinačnom slučaju samo teža



krivična djela mogu biti povod za prikupljanje odgovarajućih podataka, već to dopušta generalno za krivična djela veće težine, neovisno o zaključnom katalogu. § 100g st. 1 rečenica 1 br. 2, rečenica 2 Uredbe o krivičnom postupku značajno zaostaje za ustavnopravnim mjerilima kada dopušta da je svako krivično djelo počinjeno pomoću telekomunikacija, nezavisno o njegovoj težini, prema odmjeravanju interesa u okviru provjere srazmjernosti, dovoljno kao mogući „okidač“ za preuzimanje i pretraživanje podataka. Tom odredbom bi podaci koji su prikupljeni u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama praktično bili iskoristivi kod svih krivičnih djela. S obzirom na sve veći značaj telekomunikacija u svakodnevnom životu, takvo korištenje podataka gubi karakter iznimke. Zakonodavac ovdje korištenje podataka nije ograničio samo na progon teških krivičnih djela, već znatno izlazi iz tog okvira, a time i iz okvira ciljeva pohranjivanja podataka zadanih propisima Evropske unije.

§ 100g Uredbe o krivičnom postupku nije u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima ni zato što dopušta preuzimanje i pretraživanje podataka ne samo u pojedinačnim slučajevima na osnovu sudske naredbe, već načelno i bez znanja dotične osobe (§ 100g st. 1 rečenica 1 Uredbe o krivičnom postupku).

Za razliku od toga, sudska kontrola pretraživanja i korištenja podataka, te odredbe o obavezama obavještavanja, uglavnom su garantovane na način koji je u skladu s ustavnopravnim zahtjevima. Za prikupljanje podataka koji se pohranjuju prema § 113a Zakona o telekomunikacijama u skladu sa § 100g st. 2 rečenica 1 te § 100b st. 1 rečenica 1 Uredbe o krivičnom postupku potrebna je sudska naredba. Nadalje, prema § 101 Uredbe o krivičnom postupku postoje različite obaveze obavještavanja, te mogućnost da se naknadno zatraži sudska provjera zakonitosti te mjere. Ne proizlazi da ti propisi općenito ne garantuju učinkovitu pravnu zaštitu. Sa ustavnopravnog stanovišta treba kritizirati nepostojanje sudske kontrole kod odustajanja od obavještavanja u smislu § 101 st. 4 Uredbe o krivičnom postupku.

### **Neposredno korištenja podataka radi suzbijanja opasnosti i zadataka obavještajnih službi**

§ 113b rečenica 1 br. 2 i 3 Zakona o telekomunikacijama ni po svojoj koncepciji ne udovoljava zahtjevima za dovoljno ograničavanje svrhe. Savezni zakonodavac tu se zadovoljio time da samo na uopšten način naznači oblasti zadataka kod kojih bi u skladu sa zakonima koje treba usvojiti, posebno onima koje donose savezne zemlje, preuzimanje i pretraživanje podataka bilo moguće. Time nije ispunio svoju odgovornost za potrebno ustavnopravno ograničenje svrhe korištenja. Štaviše, savezni zakonodavac je obavezom ponuđača podataka da preventivno pohranjuju sve podatke o telekomunikacijskom saobraćaju, što je istovremeno povezano sa

odobrenjem korištenja tih podataka od strane policije i obavještajnih službi u skladu sa njihovim ukupnim zadacima, stvorio otvoreni bazen podataka koji se može neograničeno koristiti u razne svrhe, kojima se može poslužiti zakonodavac na saveznom nivou i u saveznim zemljama na osnovu vlastitih odluka koje su ograničene samo ugrubo definisanim ciljevima. Raspoloživost takvog, po svojoj svrsi otvorenog bazena podataka, briše nužnu poveznicu između pohranjivanja i svrhe pohranjivanja, te je nespojiva sa Ustavom.

Konkretizacija korištenja podataka pohranjenih u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama je utoliko nesrazmjerna zato što kod prosljeđivanja podataka nije predviđena zaštita povjerljivih odnosa. Načelno je preporučljivo da postoji takva zaštita barem za jednu užu grupu telekomunikacijskih veza koje su upućene na posebnu povjerljivost.

### **Posredno korištenje podataka za informacije ponuđača usluga:**

§ 113b rečenica 1 polurečenica 2 Zakona o telekomunikacijama nije u cijelosti u skladu sa ustavnopravnim zahtjevima. Doduše, nije sporno da su prema tim propisima informacije dopuštene bez obzira na katalog krivičnih djela ili pravnih dobara. Naprotiv, nespojivost sa Ustavom se ogleda u tome što je takve informacije moguće koristiti bez daljnjih ograničenja i općenito kod progona prekršaja. Nedostaje i propisivanje obaveze obavještavanja nakon korištenja takvih informacija.

## **6. Spojivost sa čl. 12 Ustava**

Za razliku od toga, ne postoje ustavnopravne nedoumice po pitanju spojivosti pobijanih propisa sa čl. 12 st. 1 Ustava, u onom dijelu u kojem se u okviru ovog postupka odlučivalo o tome. Nametanje obaveze pohranjivanja u odnosu na pogođene ponuđače usluga u tipičnom slučaju ne predstavlja preveliko opterećenje. Obaveza pohranjivanja nije nesrazmjerna ni iz perspektive financijskog tereta za pravna lica koji nastaje uslijed obaveze pohranjivanja prema § 113a Zakona o telekomunikacijama i s time povezanih kasnijih obaveza, kao što je garancija sigurnosti podataka. Zakonodavac unutar svog šireg diskrecionog prostora nije ograničen na to da koristi usluge privatnih pravnih lica samo ako iz njihove poslovne djelatnosti mogu proizaći neposredne opasnosti ili ako su te opasnosti neposredno skrivila. Štaviše, dovoljna je činjenična i odgovorna povezanost između poslovne djelatnosti i nametnute obaveze. Stoga ne postoje načelne nedoumice vezane uz nastale troškove za obaveznike pohranjivanja podataka. Zakonodavac na taj način ukupne troškove povezane sa pohranjivanjem, u skladu sa privatizacijom sektora telekomunikacija, prebacuje na tržište. Kao što telekomunikacijska pravna lica 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 sa telekomunikacijama, te ih uračunati u svoje cijene.

## **7. Ništavost pobijanih propisa**

Povreda osnovnog prava na zaštitu telekomunikacijske tajne prema čl. 10 st. 1 Ustava vodi ništavosti §§ 113a i 113b Zakona o telekomunikacijama, te § 100g st. 1 rečenica 1 Uredbe o krivičnom postupku, ukoliko se prema tim odredbama smiju prikupljati podaci o saobraćaju u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama. Pobijane odredbe se stoga, zbog utvrđene povrede osnovnih prava, moraju proglasiti ništavima (usp. § 95 st. 1 rečenica 1 i § 95 st. 3 rečenica 1 Zakona o Saveznom ustavnom sudu).

Odluka je, u odnosu na pitanja vezana uz pravo Evropske unije, formalnu ustavnost i načelnu spojivost preventivnog pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom saobraćaju sa Ustavom, u konačnici donesena jednoglasno. U odnosu na ocjenu §§ 113a i 113b Zakona o telekomunikacijama kao protivustavnim odluka je u konačnici donesena sa 7 glasova „za“ i 1 glasom „protiv“, a u odnosu na daljnja pitanja povezana sa materijalnim pravom odluka je donesena sa 6 glasova „za“ i 2 glasa „protiv“, kao što se vidi iz izdvojenih mišljenja.

Senat je sa četiri glasa „za“ i četiri glasa „protiv“ odlučio da su propisi prema § 95 st. 3 rečenica 1 Zakona o Saveznom ustavnom sudu ništavi, a ne samo nespojivi sa Ustavom. U tom smislu, propisi se ne mogu primjenjivati dalje ni u ograničenom obimu, već preostaje zakonska posljedica proglašenja ništavosti.

### **Izdvojeno mišljenje sudije Schluckebier:**

1. Šestomjesečno pohranjivanje podataka o saobraćaju kod ponuđača usluge ne predstavlja zadiranje u osnovno pravo iz čl. 10 st. 1 Ustava od takvog značaja da bi se moglo smatrati „posebno teškim“ i time klasificirati jednako kao neposredno pristupanje javne vlasti sadržajima komunikacije. Podaci o saobraćaju ostaju u djelokrugu privatnih ponuđača koji ih prikupljaju iz poslovno-tehničkih razloga i od kojih korisnik telekomunikacijskih usluga na osnovu ugovornih odnosa može očekivati da će s njima u svom djelokrugu postupati strogo povjerljivo i zaštititi ih. Ako je garantovana sigurnost podataka u skladu sa najnovijim tehničkim dostignućima, nedostaje i objektivna osnova za pretpostavku da će takvo pohranjivanje izazvati bojazan kod građana. Pohranjivanje ne obuhvata telekomunikacijske sadržaje. Stoga, kod ocjene težine tog zadiranja treba ostati očuvana primjetna distanca u odnosu na

posebno teška zadiranja, kao što je akustični nadzor stambenih prostorija, nadzor telekomunikacijskih sadržaja ili tzv. on-line pretraga informaciono-tehnoloških sistema neposrednim pristupom državnih organa kod kojih postoji poseban rizik da će njima biti pogođena apsolutno zaštićena jezgra privatnog života. Poseban intenzitet zadiranja nije dat u odnosu na pohranjivanje podataka o saobraćaju kod ponuđača usluge, već prilikom preuzimanja i korištenja podataka o saobraćaju od strane državnih službi u pojedinačnom slučaju, u skladu sa postojećom pravnom osnovom koja, kao i sudska naredba za prikupljanje podataka o saobraćaju, podliježe striktnim zahtjevima srazmjernosti.

2. Pobijana regulativa načelno nije neprimjerena, prihvatljiva je za dotične osobe i time srazmjerna u užem smislu. Kod obaveze šestomjesečnog pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom saobraćaju, odredbama o svrsi korištenja i krivičnoprimnim odredbama o prikupljanju podataka, zakonodavac se pridržavao koncepcijskog okvira koji mu postavlja Ustav. Obaveza države da zaštiti svoje građane uključuje zadatak da poduzme primjerene mjere za sprečavanje povrede pravnih dobara ili da ih informiše i alocira odgovornost za povredu pravnih dobara. U tom smislu, garantovanje zaštite građana i njihovih osnovnih prava kao i osnova društvene zajednice te sprečavanje kao i rasvjetljavanje značajnih krivičnih djela istovremeno predstavlja preduslov za miran suživot i neopterećeno ostvarivanje osnovnih prava od strane građana. Učinkovito rasvjetljavanje krivičnih djela i učinkovito suzbijanje opasnosti, stoga, ne predstavljaju per se ugrožavanje slobode građana.

U odnosu napetosti između obaveze države na zaštitu pravnih dobara i interesa pojedinca na očuvanje prava garantovanih Ustavom, zadatak zakonodavca je da, prvenstveno, na apstraktan način postigne ravnotežu između tih suprotstavljenih interesa. Zakonodavac pri tome ima određenu slobodu kod procjene i oblikovanja propisa. Cilj zakonodavca tu je bio voditi računa o neizbježnim potrebama učinkovitog krivičnog pravosuđa baziranog na načelima pravne države, s obzirom na korjenite promjene komunikacijskih mogućnosti i komunikacijskog ponašanja ljudi tokom zadnjih godina. Taj cilj načelno pretpostavlja mogućnost utvrđivanja činjenica potrebnih za rasvjetljavanje krivičnih djela. Zakonodavac je pri tome pošao od toga da se upravo podaci o telekomunikacijskom saobraćaju, zbog tehničkog razvoja u smjeru flat rates često ili uopće ne pohranjuju ili su već izbrisani prije nego što se može izdejstvovati sudska naredba za davanje informacija ili se tek utvrde informacije potrebne za podnošenje zahtjeva za takvu naredbu. Činjenicu da su elektronska i digitalna komunikacijska sredstva prisutna u skoro svim sferama života, pa stoga u određenim područjima otežavaju krivično procesuiranje, kao i suzbijanje opasnosti, većina Senata, doduše, uzima u obzir kod provjere prikladnosti i nužnosti pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom saobraćaju, ali joj kod provjere

srazmjernosti u užem smislu, polazeći sa aspekta primjerenosti i prihvatljivosti, ne pridaje potrebnu težinu.

Većina Senata time istovremeno, praktično u cjelosti, sužava slobodu zakonodavca da kod ocjene i koncipiranja propisa na području krivičnog procesuiranja 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 demokratski legitimiranog zakonodavca. Presuda određuje da je šestomjesečni rok za pohranjivanje - dakle minimalni rok koji traži Smjernica EZ - na gornjoj granici i da se sa ustavnopravnog stanovišta u najboljem slučaju još može opravdati, propisuje zakonodavcu u smislu regulativne tehnike da odredbe o svrsi korištenja istovremeno moraju sadržavati pretpostavke za pristup podacima; ograničava ga na tehniku korištenja kataloga krivičnih djela u krivičnom pravu; isključuje mogućnost korištenja podataka o telekomunikacijskom saobraćaju i za rasvjetljavanje krivičnih djela - koja se teško daju rasvijetliti - počinjenih pomoću telekomunikacijskih sredstava te proširuje obaveze obavještavanja na već određen način. U skladu s time, zakonodavcu ne preostaje spomena vrijedna normativna sloboda unutar vlastite političke odgovornosti.

Senat zakonodavcu posebno zabranjuje mogućnost preuzimanja podataka o saobraćaju koji su pohranjeni u skladu sa § 113a Zakona o telekomunikacijama kod rasvjetljavanja krivičnih djela koja nisu navedena u trenutnom katalogu iz § 100a st. 2 Uredbe o krivičnom postupku, ali su u pojedinačnom slučaju od velikog značaja, kao i krivičnih djela počinjenih pomoću telekomunikacijskih sredstava (§ 100g st. 1 rečenica 1 br 1 i 2 Uredbe o krivičnom postupku). S obzirom na potonja krivična djela, kod odmjeravanja se ne uzima dovoljno u obzir da zakonodavac ovdje polazi od značajnih poteškoća kod rasvjetljavanja ove vrste krivičnih djela. Budući da je nadležnost zakonodavca osigurati učinkovito krivično procesuiranje i ne dopustiti da nastanu značajne praznine u zaštiti, ne može mu se zabraniti da i kod krivičnih djela koja nisu posebno teška, ali nanose štetu pravnim dobrima koja su značajna, omogući pristup podacima o saobraćaju, jer se prema njegovoj procjeni samo na taj način može isključiti nastajanje faktički većih pravnih praznina i to da rasvjetljavanje takvih krivičnih djela uglavnom „ide u prazno“. Ovome treba pridodati i to da je zakonodavac kod koncipiranja krivičnog ovlaštenja za pristup pošao od kriterija koje je Senat odobrio u svojoj presudi od 12. marta 2003. godine (BVerfGE 107, 299 ) 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, posebno kod rasvjetljavanja krivičnih djela, ali i kod suzbijanja opasnosti.

### **Izdvojeno mišljenje sudije Eichberger:**

Izdvojeno mišljenje se u biti priključuje kritici sudije Schluckebier vezanoj za ocjenu intenziteta mjere pohranjivanja podataka o telekomunikacijskom saobraćaju kojom se zadire u osnovno pravo iz čl. 10 st. 1 Ustava. Jer koncepcija zakonodavca na kojoj se zasnivaju §§ 113a, 113b Zakona o telekomunikacijama o postepenoj legislativnoj odgovornosti za nalog o pohranjivanju podataka s jedne strane, te preuzimanje i pretraživanje podataka s druge strane, načelno su u skladu sa Ustavom. To posebno važi za korištenje podataka koji se pohranjuju prema § 113a Zakona o telekomunikacijama u svrhu krivičnog procesuiranja u skladu sa čl. 100g Uredbe o krivičnom postupku. Zakonodavac ne mora srazmjernost odredbe o preuzimanju podataka procjenjivati isključivo polazeći od najvećeg stepena zadiranja, kojim bi obimni podaci bili raspoloživi sa 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 sudija.



**§ 18.**  
**Sloboda izbora zanimanja,**  
**zabrana prinudnog rada**  
**(čl. 12 Ustava)**



## 111) BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) Presuda o apotekama

1. U čl. 12 st. 1 Ustava nije proklamirana sloboda obavljanja zanimanja kao objektivni princip društvenog i privrednog uređenja, nego je pojedincu zajamčeno osnovno pravo da svaku dozvoljenu djelatnost obavlja kao vlastiti poziv, čak i onda kada ona ne odgovara tradicionalnoj ili pravno „fiksiranoj“ slici zanimanja.
2. Pojam „zanimanje“ iz čl. 12 st. 1 Ustava načelno obuhvata i pozive koji kao sadržaj imaju djelatnosti koje određuje država kao i „za državu vezana“ zanimanja. Ipak, za zanimanja koja predstavljaju „javnu službu“ čl. 33 Ustava donosi i omogućuje posebno reguliranje u širokom smislu.
3. Kada neka djelatnost može biti obavljena u formi samostalnog i nesamostalnog rada i obje forme imaju zaseban socijalni značaj, onda je i izbor jedne ili druge forme poslovna djelatnost, a prelaz sa jedne na drugu je izbor zanimanja u smislu čl. 12 st. 1 Ustava.
4. Sadržaj i obim zakonodavnih ovlaštenja koja pripadaju zakonodavcu prema čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava se, na putu tumačenja, koje vodi računa o osnovnom pravu i njegovom značaju u socijalnom životu, mogu odrediti na način koji je primjeren samoj stvari; pri tom se nije potrebno obzirirati na ograničenja bitnog sadržaja (čl. 19 st. 2 Ustava).
5. Zakonodavčevo ovlaštenje da donosi propise se prema čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava proteže na obavljanje zanimanja i na izbor zanimanja, ali ne u istom intenzitetu na oboje. Ono postoji u pogledu volje za obavljanje zanimanja i smije samo iz te perspektive zadirati u slobodu izbora zanimanja. Ono je sadržajno slobodnije, što više predstavlja čist propis o obavljanju zanimanja, ono je ograničenije, što više zadire u izbor zanimanja.
6. Osnovno pravo mora zaštititi slobodu individue, pridržavanje propisa mora osigurati odgovarajuću zaštitu interesa zajednice. Budući da je neophodno da se poštuju oba zahtjeva, pred zakonodavca se pri uplitanju u osnovno pravo stavljaju zahtjevi da pravi razliku, otprilike, prema slijedećim načelima:
  - a) Sloboda obavljanja zanimanja može biti ograničena ako to nalažu razumne procjene opšteg dobra; zaštita osnovnog prava se ograničava na odbranu od uslova koji su po sebi neustavni, zato što pretjerano opterećuju i obeshrabuju.

- b) Sloboda izbora zanimanja smije biti ograničena samo ako to čini neophodnim zaštita posebno važnih dobara zajednice. Ako je takvo uplitanje u osnovna prava nezaobilazno, zakonodavac mora svaki put izabrati onu formu uplitanja koja najmanje opterećuje osnovno pravo.
- c) Dođe li do uplitanja u slobodu izbora zanimanja posredstvom određivanja uslova za obavljanje zanimanja, mora se razlikovati između objektivnih i subjektivnih pretpostavki: za subjektivne pretpostavke (posebno školovanje i izobrazba) važi princip srazmjernosti u tom smislu da one ne smiju biti u nesrazmjeri sa ciljem urednog obavljanja poslovne djelatnosti. Posebno stroge pretpostavke se stavljaju pred dokaz o neophodnosti objektivnih pretpostavki dopuštenosti; općenito će samo odbrana jednog izuzetno važnog društvenog dobra od teških, dokazivih ili vrlo vjerovatnih prijetnji moći opravdati ovakve mjere.
- d) Donošenje propisa prema čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava mora uslijediti na onoj „stepenici“ koja nosi najmanje uplitanja u slobodu izbora zanimanja; sljedeću „stepenicu“ zakonodavac smije prekoračiti kada sa visokom vjerovatnošću može biti dokazano da zapriječene opasnosti ne mogu biti djelotvorno otklonjene (ustavnim) sredstvima sa prethodne „stepenice“.
7. Savezni ustavni sud provjerava da li je zakonodavac pri reguliranju uvažavao ograničenja koja slijede iz gorenavedenog; kada izbor zanimanja bude ograničen objektivnim pretpostavkama dopuštenosti, on može također provjeriti, da li je upravo takvo zadiranje bilo nužno za zaštitu jednog izuzetno značajnog dobra zajednice.
8. Na području apotekarskog prava ustavnim stanju odgovara jedino sloboda zapošljavanja, shvaćena kao nepostojanje objektivnih ograničenja za dopuštenost.

**Presuda Prvog senata od 11. juna 1958.**

**- 1 BvR 596/56 -**

Čl. 3 st. 1 Zakona o apotekama (ApothekenG) glasi:

„(1) Za novouspostavljenu apoteku se radna dozvola smije dati samo

- a) ako je uspostavljanje apoteke u javnom interesu zbog osiguranja opskrbe za građanstvo i
- b) ako se može pretpostaviti da je njena ekonomska osnova osigurana i da njome neće biti ugrožena ekonomska osnovica apoteka iz susjedstva tako što više neće biti zajamčene pretpostavke za uredan rad apoteka.“

Odobrenje se može dati pod uslovom da se apoteka, u interesu ravnopravne opskrbe lijekovima, uspostavi u određenom području.

Odlukom Vlade Oberbayerna od 29. novembra 1956. je odbijanje apelantovog zahtjeva, kako zbog čl. 3 st. 1, tako i zbog čl. 3 st. 1 slovo b ApothekenG, obrazloženo:

Nije u javnom interesu da se Traunreut sa svojih ca. 6000 stanovnika opskrbljava lijekovima i da se zbog toga uspostavi nova apoteka, kako je zatraženo. Za ovo je sasvim dovoljna jedna, postojeća apoteka. Iz razloga javnog zdravlja osnivanje novih apoteka se može odobriti samo tamo gdje se može računati sa opskrbom široko naseljenog prostora. Ekonomski loše fundirane apoteke su, prema dosadašnjem iskustvu, podložne prodaji medikamenata bez ljekarskog recepta, kao što se velikodušnije odnose prema zakonski nedopuštenom davanju opojnih sredstava.

Osim toga, ekonomske osnove novih apoteka bi bile ugrožene davanjem novih odobrenja, budući da broj od 7-8000 stanovnika po apoteci mora biti prihvaćen kao donja granica za osiguranje njihovog rada. Podnosioci zahtjeva moraju moraju u sopstvenom intetresu biti pošteđeni od osnivanja jedne apoteke koja nije sposobna da preživi.

Konačno, ustanovljavanjem novih apoteka bi ekonomske osnove postojećih apoteka bile novim odobrenjima toliko ugroženi, da više ne bi bili zajamčene pretpostavke za uredan rad apoteka.

(...)

#### IV.

Pitanje, da li je čl. 3 st. 1 ApothekenG u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava, pretpostavlja načelan stav o značaju ovog ustavnog propisa.

1. Čl. 12 st. 1 Ustava štiti slobodu građana u jednom području koje je posebno značajno za moderno društvo podijeljenog rada: on pojedincu jamči pravo da kao „poziv“ obavlja svaku djelatnost, za koju se smatra sposobnim, t.j. da je učini osnovicom sopstvenog života.

(...) pojam zanimanja se izlaže ekstenzivno. On ne obuhvata samo sva zanimanja koja se predstavljaju u određenim, čak tradicionalno ili pravno fiksiranim „slikama o zanimanju“, nego i netipične (dozvoljene) djelatnosti koje je pojedinac slobodno izabrao, a iz kojih se onda mogu pojaviti nove, čvrste slike o zanimanju (načelno jednako u BVerfGE 2, 89 [92]; 4, 250 [254 i dalje]). (...)

b) Procjeni li se zakonodavčeva mogućnost zahvatanja u područje koje je zaštićeno osnovnim pravom iz perspektive same ustavne odredbe, mogao bi doslovni tekst čl. 12 st 1 Ustava upućivati na to da zadiranja u osnovna prava mogu biti dopuštena samo kod obavljanja zanimanja, dok bi izbor zanimanja naprosto bio izuzet iz zakonskog reguliranja. Ovo, ipak, ne može biti smisao odredbe. Jer, pojmovi „izbor“ i „obavljanje“ zanimanja se ne mogu razdvojiti tako da svaki od njih označava

tačno određenu vremensku fazu radnog vijeka koja se sa drugim fazama ne preklapa; poimenično, pristup profesionalnoj djelatnosti predstavlja upravo početak *obavljanja zanimanja*, jednako kao i djelatnost izbora zanimanja koja se ispoljava u njoj – i najčešće *samo* u njoj; na jednak način su volja da se zadrži poziv, koja dolazi do izražaja u svakodnevnom obavljanju zanimanja, i konačno dobrovoljno okončanje vršenja zanimanja u osnovi akti izbora zanimanja. Oba pojma obuhvataju jedinstven kompleks „profesionalnog djelovanja“ iz različitih uglova (...).

Tako ne može biti tačno tumačenje koje naprosto sprečava zakonodavca da se uplete u slobodu izbora zanimanja; ono ne odgovara stvarnom životu i zbog toga ni pravno ne vodi do jednoznačnih rezultata. Zakonski propis koji se primarno predstavlja kao propis o vršenju zanimanja je u ustavnom smislu prihvatljiv kada posredno utječe na slobodu izbora zanimanja. To se, prije svega, događa kada su utvrđene pretpostavke za preuzimanje zanimanja, dakle, kada je utvrđen početak vršenja zanimanja, drugim riječima kada je početak vršenja zanimanja učinjen ovisnim o nekom odobrenju. Da zakonodavac propis o dodjeli odobrenja nije htio naprosto isključiti, dokazuje čl. 74 br. 19 Ustava koji utemeljuje nadležnost za donošenje zakona o „odobravanju“ određenih zanimanja. Također i historija nastanka pokazuje da se nastojalo spriječiti načelno davanje ovlaštenja za ograničavanje odobrenja, ali da se nisu općenito htjele proglasiti nedopuštenim mnogobrojna ograničenja postojećih odobrenja (...). Ustavotvorac ovdje nije, na kraju, dospio do punog stvarnog i pojmovnog razjašnjenja problema; konačno, on je izabrao formulaciju koja se oslanja na razliku između „izbora“ i „vršenja“ koje je uobičajeno u pravu o obavljanju zanatskih usluga (*Gewerberecht*), a u svemu ostalom je šire reguliranje, koje bi „dopiralo dalje“, svjesno prepustio zakonu (...).

Tako je čl. 12 st 1 Ustava jedinstveno osnovno pravo („sloboda zanimanja“) u tom smislu da ovlaštenja zakonodavca u pogledu svake od navedenih „faza“ poslovnog djelovanja ide jednako daleko. Jer mora se uvijek poštovati ustavna volja koja je došla do izražaja u tekstu čl. 12 st. 1 Ustava, da izbor zanimanja mora biti „slobodan“, a da se vršenje zanimanja može regulirati. Ovom odgovara samo jedno tumačenje, ono koje prihvata da ovlaštenje da se donose propisi ne obuhvata obje „faze“ u istom stvarnom intenzitetu, da je zakonodavstvo jače ograničeno što više zadire u slobodu izbora zanimanja.

Ovakvo tumačenje odgovara i temeljnom shvatanju Ustava kao i slici čovjeka koju on podrazumijeva (BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15 i dalje]; 6, 32 [40]). Izbor zanimanja bi trebao biti akt samoodređenja, slobodne volje pojedinca; on mora, ako je to moguće ostati nedotaknut od strane državne vlasti. Posredstvom obavljanja zanimanja pojedinac se upliće neposredno u socijalni život; ovdje mu se, u interesu cjeline i pojedinaca, mogu postaviti ograničenja.

Može se rezimirati slijedeće: Ovlaštenje na donošenje propisa se proteže na vršenje zanimanja i na izbor zanimanja. Ono je međutim centrirano na volju da se poziv obavlja i smije samo iz te perspektive svaki put zadirati u slobodu izbora zanimanja.

Ono je sadržajno slobodnije, što više predstavlja čist propis o obavljanju zanimanja, ono je ograničenije, što više zadire u izbor zanimanja.

c) Što se tiče sadržaja ovlaštenja za donošenje propisa, koje je ovdje određeno općenito, s obzirom na svoj domet, potrebno je prvo objasniti smisao pojma „regulirati“, posebno u pogledu na slobodu izbora zanimanja. On ne može značiti da zakonodavac u cjelini ima šire područje slobodnog odlučivanja nego što je to slučaj kod ostalih opštih pridržavanje zakona, da on obuhvatno regulira cjelokupno područje zanimanja, da smije konstitutivno određivati sadržaj osnovnog prava (...). Ovakvo shvatanje obezvređuje osnovno pravo, jer se njegov sadržaj prepušta u cjelini slobodnoj odluci zakonodavca koji je, sa svoje strane, vezan za osnovna prava (čl. 1 st. 3 Ustava). Ovo neće odgovarati upravo značenju ovog osnovnog prava, neće se uklapati sa posebnim (pleonastičkim) naglašavanjem „slobodnog“ izbora zanimanja iz čl. 12 st. 1 Ustav, kao što će biti u suprotnosti sa ukupnom tendencijom ustavnog dijela sa osnovnim pravima, koji (... BVerfGE 6, 32 [40 i dalje]) ne poznaje osnovna prava koja bi, kao u ranijem smislu, „radila naprazno“. Prevažodno važi načelo koje je razvijeno u odluci od 15 januara 1958. godine (BVerfGE 7, 198 [208 i dalje]), da zakonodavac, kada se kreće u prostoru koji je zaštićen osnovnim pravima, mora za polazište sopstvenog propisa uzeti značaj osnovnog prava u socijalnom uređenju. Ne određuje on slobodno sadržaj osnovnog prava, nego se, obrnuto, iz sadržaja osnovnog prava može pojaviti sadržajno ograničavanje njegovog zakonodavnog odlučivanja. Također se i u čl. 12 st. 1 Ustava nalazi jedna jasna materijalna vrednosna odluka Ustava koja se odnosi na važno, konkretno područje življenja; zakonodavac zbog toga ovdje nije toliko slobodan koliko je to npr. kod primjene opšteg načela jednakosti, koje predstavlja općenito pravno načelo koje važi za javnu vlast, čiji konkretan sadržaj zakonodavac određuje samo za određene životne odnose, i to uzmanjem u obzir gledišta pravde koja svaki put za njih važe.

Na drugoj strani „regulirati“ ne znači da zakonodavac nikako ne bi smio ograničiti osnovno pravo. Svaki propis, po sebi, sadrži granice koje je potrebno učiniti vidljivim. Ipak, izraz „regulirati“, kojeg je zakonodavac ovdje, umjesto izraza „ograničiti“ ili „razgraničiti“ očigledno izabrao svjesno, upućuje na to da je on mislio na unutrašnje granice, t.j. na granice koje slijede iz biti samog prava, prije nego na ograničenja kojima preko stvarnog sadržaja zakonodavac sam raspolaže, naime, kako bi njegovo prirodno područje važenja, koje slijedi iz racionalnog iznalaženja smisla, bilo izvana suženo.

d) Osnovno pravo treba zaštititi slobodu individue, osigurati zadovoljavajuću zaštitu interesa zajednice pridržavanjem propisa. Pravo na slobodu pojedinca djeluje, kako je pokazano, utoliko jače, što se više dovodi u pitanje njegovo pravo na slobodno zanimanje; zaštita zajednice je utoliko nužnija, što su veći nedostaci i opasnosti koji bi mogli uslijediti po zajednicu zbog potpuno slobodnog izbora zanimanja. Ako se hoće i jednom i drugom zahtjevu – u socijalnoj državi je oboje legitimno – izići u susret na što djelotvorniji način, onda se rješenje mora pronaći u brižljivoj procjeni

značaja onih interesa koji se uzajamno suprotstavljaju i koji se vjerovatno uzajamno isključuju. Ostane li se pri tom na stajalištu da je prema cjelini Ustava slobodna ljudska ličnost najviša vrijednost, da joj zbog toga i kod izbora zanimanja mora biti obezbijeđena što je moguća veća sloboda, slijedi da ova sloboda smije biti ograničena samo u mjeri u kojoj je to neophodno za osiguranje opšteg dobra.

Za zakonodavčeva uplitanja u zaštićeno područje osnovnog prava se zbog toga snagom Ustava uspostavlja zahtjev za diferenciranjem čiji se principi sažeto mogu predstaviti na slijedeći način:

Sloboda „*obavljanja zanimanja*“ može na putu reguliranja biti ograničena, ako to opravdavaju razumni interesi zajedničkog dobra. Sloboda izbora zanimanja, suprotno tome, smije biti ograničena samo ako to iziskuje zaštita posebno važnih („izuzetnih“) dobara zajednice, t.j: ako je u pitanju zaštita dobara kojima u slučaju pažljive procjene mora pripasti prednost u odnosu na slobodu pojedinca *i ako* ovakva zaštita ne može biti osigurana na drugi način, naime, sredstvima koja izbor zanimanja nikako ili slabije ograničavaju. Pokaže li se da je uplitanje u slobodu izbora zanimanja nezaobilazno, zakonodavac svaki put mora izabrati onu formu uplitanja koja najmanje ograničava osnovno pravo.

Pri vršenju prava na reguliranje se u izvjesnom smislu pred zakonodavca postavlja više „stepenica“:

Zakonodavac je najslobodniji kada donosi čist propis o vršenju koji nema utjecaja na slobodu izbora zanimanja nego određuje na koji način zaposleni moraju uobličavati sopstveni profesionalni rad. Ovdje se u širokoj mjeri mogu regulirati gledišta o svrhovitosti; prema njima se određuju uslovi koji se mogu postavljati zaposlenim kako bi se spriječilo nastupanje štete ili odbila opasnost od zajednice. Sama zamisao o podsticanju odgovarajućeg zanimanja, a time i o dostizanju većeg socijalnog uspjeha njegovih članova, može opravdati određene propise koji sužavaju slobodu obavljanja zanimanja. Zaštita osnovnog prava se ovdje ograničava na odbranu od zakonskih uslova koji su po sebi neustavni, jer pretjerano opterećuju i obeshrabruju; neovisno o ovim izuzecima ugrožavanje slobode zanimanja ovdje ne pogađa previše nosioca osnovnog prava, tako da on upravo zbog toga ne zaostaje u svom pozivu, pri čemu nije dodirnuo ni njegovo pravo da ga obavlja.

Propis koji bi, suprotno tome, preuzimanje djelatnosti iz područja jednog poziva učinio ovisnim o ispunjenju određenih pretpostavki i time dotakao slobodu izbora zanimanja, je opravdan samo ako bi se ovim trebalo zaštititi izuzetno važno dobro zajednice, koje ima primat nad slobodom pojedinca. Pri tom je očigledno da postoji (...) značajna razlika zavisno od toga da li se radi o „subjektivnim“ pretpostavkama, u prvom redu o izobrazbi, ili se radi o objektivnim uslovima odobravanja koja nemaju ništa sa ličnim kvalifikacijama pripravnika za određeno zanimanje, a na koje on ne može utjecati.

Reguliranje subjektivnih pretpostavki za obavljanje određenog zanimanja je dio pravnog uređivanja određene predstave o zanimanju; ono dopušta slobodan pristup pozivu samo određenim kandidatima koji su na određeni način – i to uglavnom formalno – kvalificirani. Takvo ograničavanje se legitimira iz same stvari; ono počiva na činjenici da većina zanimanja zahtijeva tehnička znanja i vještine (u najširem smislu) koji se mogu dobiti samo teoretskim i praktičnim obrazovanjem i da vršenje takvih zanimanja, bez odgovarajućeg obrazovanja, donosi nešto što bi on, po samoj stvari, načelno morao preuzeti na sebe, ako bi htio da uredno obavlja zanimanje. Ovakvo ograničavanje slobode se tako pokazuje kao adekvatno sredstvo za sprečavanje mogućih nedostataka i opasnosti; ono nije neopravdano zato što važi jednako za sve i što je svim pripravicima za neko zanimanje unaprijed poznato, tako da pojedinac već prije izbora zanimanja može procijeniti da li će mu biti moguće da ispuni zahtijevane uslove. Ovdje važi princip srazmjernosti u tom smislu da propisane subjektivne pretpostavke o željenim ciljevima ne smiju biti u nesrazmjeri sa urednim vršenjem djelatnosti koje se tiču poziva.

Drukčije stoje stvari kod postavljanja objektivnih uslova za dopuštanje određenog zanimanja. Njihovo ispunjenje je naprosto oduzeto iz sfere utjecaja samog pojedinca. Oni su u striktnoj suprotnosti sa smislom osnovnog prava, jer čak i onaj koji je ispunjenjem svih pretpostavki koje se od njega očekuju, upravo izvršio, i smio je izvršiti, realan izbor zanimanja, može unatoč tome biti isključen u postupku odobravanja određenog zanimanja. Ovakvo ograničenje slobode je u toliko teže i biće doživljeno kao teže opterećenje, što je izobrazba bila duža i specifičnija, što je, dakle, izbor ovog obrazovanja bio jednoznačnije povezan sa konkretnim zanimanjem.

Budući da se ovdje ne može vidjeti kakve neposredne nedostatke po zajednicu donosi to što zanimanje obavlja stručan i moralno kvalificiran kandidat, neće moći biti jasno pokazana uzajamna veza između ovakvih ograničavanja slobodnog izbora zanimanja i željenog uspjeha. Prema tome, vrlo je visok rizik da će doći do prodora motiva stranih stvarnom predmetu; prije svega se može pretpostaviti da će ograničenje pristupa zanimanju poslužiti zaštiti od konkurencije onih koji već obavljaju zanimanje – motiv koji prema opštem stavu nikako ne može opravdati uplitanje u osnovno pravo slobodnog izbora zanimanja. Izborom ovog najgrubljeg i najradikalnijeg sredstva za isključivanje stručno i moralno (presumptivno) potpuno podobnih kandidata može dovesti – neovisno o mogućim konfliktima sa principom jednakosti – do posebno osjetljive povrede prava na slobodu pojedinca. Iz ovoga se zaključuje da se moraju postaviti posebno strogi zahtjevi pred dokazivanje nužnosti ovakvog ograničavanja slobode; općenito će zahvatanja u slobodan izbor zanimanja moći biti legitimirana odbranom od dokazanih ili visoko vjerovatnih opasnosti koje prijete nekom izuzetno važnom dobru zajednice; nije dovoljno da kao cilj podsticanja posebnih interesa zajednice bude navedena briga za socijalni prestiž jednog poziva, koja bi se postigla ograničavanjem broja njegovih pripadnika, čak i ako bi takvi ciljevi, sve u svemu, mogli opravdati zakonodavne mjere.

Zakondavac svaki put mora donijeti propise na onoj „stepenici“ koja sa sobom donosi najneznatnije uplitanje u slobodu izbora zanimanja i smije stupiti na slijedeću „stepenicu“ tek kada se sa visokom vjerovatnošću može zaključiti da zapriječene opasnosti nisu mogle biti efektivno spriječene (ustavnopravnim) sredstvima prethodne „stepenice“.

(...)

5. Materijalne ustavne zapovijesti koje se u prvoj liniji odnose na samog zakonodavca predstavljaju ograničenja regulativnih ingerencija, koja slijede iz osnovnog prava. Savezni ustavni sud nadzire da li se one poštuju. Ako se radi o ograničavanju na „posljednoj stepenici“ (objektivne pretpostavke za odobravanje zanimanja) Savezni ustavni sud mora upravo zbog toga prvo provjeriti da li je ugroženo neko značajno dobro zajednice i da li zakonski propisi uopšte mogu poslužiti njegovoj odbrani. Dalje se mora provjeriti da li je upravo ovakvo uplitanje u osnovno pravo sasvim neophodno za zaštitu ovog dobra, drugim riječima, da li je zakonodavac mogao ovu zaštitu provesti reguliranjem na nekoj od prethodnih stepenica. (...)

Protiv provjere u navedenom pravcu se navodi prigovor, da ona prevazilazi nadležnosti jednog suda: jedan sud ne može presuđivati da li je određena zakonodavna mjera neophodna, jer on ne može znati da li postoje drukčija, jednako efektivna sredstva i da li takva sredstva zakonodavac može realizirati; to se može predvidjeti samo ako se znaju svi životni odnosi koje je potrebno regulirati, ali i političke mogućnosti zakonodavstva. Ovakvo shvatanje, koje nastoji da ovlašćenjima Saveznog ustavnog suda, iz praktičnih razloga, postavi uske granice, se povremeno podupire obrazloženjem da sudovi pretjeruju širokom provjerom zakonodavčeve sfere i da se time krši princip podjele vlasti.

Savezni ustavni sud ne može prihvatiti ovakvo shvatanje.

Sudu je povjerena zaštita osnovnih prava u odnosu na zakonodavca. Ako se za zakonodavca na osnovu tumačenja jednog osnovnog prava postave određene granice, sud mora biti u stanju da nadzire njihovo pridržavanje; on ne smije odustati od ovog zadatka ako ne želi da se osnovna prava, dobrim dijelom, praktično obezvrijede i da im se oduzme stvarni smisao koji je određen samim Ustavom.

Zahtjev koji se s tim u vezi često postavlja, da zakonodavac može birati između više jednako rangiranih sredstava, će upravo ovdje voditi do zaobilazanja problema o kojem se radi. On ima pred očima (normalan) slučaj jednog osnovnog prava koji ne sadrži stepenovana područja zaštite (kao npr. u BVerfGE 2, 266). Zakonodavac je ovdje svakako slobodan u izboru između više jednako podobnih mjera – unutar odgovarajućih granica – jer one pogađaju sva osnovna prava u svom nestepеноvanom sadržaju.

Ako se, međutim, radi o osnovnom pravu koje u svom području ujedno sadrži i slabiju i jaču pravnu zaštitu slobode, onda mora biti omogućena ustavnopravna provjera



onih pretpostavki koje omogućuju reguliranje na onom stepenu na kojem je sloboda najjače zaštićena; drugim riječima, mora biti omogućena provjera, da li su već na prethodnim stepenima bile dovoljne zakonske mjere, da li su dakle stvarna uplitanja u osnovno pravo bila „ustavno sasvim neophodna“. Ako se zakonodavcu htio prepustiti slobodan izbor između „jednako podobnih sredstava“, koja pripadaju različitim stepenima, to bi praktično moglo dovesti do toga da uplitanja koja naj snažnije ograničavaju osnovno pravo, a koja su zbog svog drastičnog učinka posebno podobna za dostizanje željenog cilja, budu najčešće izabrana i da se onda bez provjere moraju prihvatiti. Ovim više ne bi bila zajamčena učinkovita zaštita područja slobode koje član 12 st. 1 Ustava naglašeno želi zaštititi. (...)

Opasnosti od kojih strahuje zakonodavac u slučaju otvaranja novih apoteka, kako to slijedi iz prethodnih objašnjenja, se ne mogu učiniti toliko vjerovatnim da bi se osloncem na njih – i održanjem važećeg apotekarskog prava i prava o medikamentima – mogla poduprijeti najoštrija ograničenja slobodnog izbora zanimanja, naime, isključenje potpuno kvalificiranih kandidata iz područja samostalnog obavljanja apotekarskog poziva. (...)

Čl. 3 st. 1 ApothekenG je, kako je predstavljeno, u suprotnosti sa Ustavom. Odlukama Vlade Oberbayern, koje počivaju na ovim odredbama, je prema tome povrijeđeno osnovno pravo apelanta iz čl. 12 st. 1 Ustava i zbog toga se ukidaju. Istovremeno se presudom izriče ništavost čl. 3 st. 1 ApothekenG uključiv i rečenicu 2 koja stoji u nerazdvojivoj vezi sa st. 1 (§ 95 st. 2 i st. 3 rečenica 2 BVerfGG).

## **112) BVerfGE 41, 378** (Rechtsberatungsgesetz) **Zakon o pravnom savjetovanju**

§ 1 st. 1 rečenica 1 Prve uredbe o primjeni Zakona o pravnom savjetovanju nije u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava, jer iz nje slijedi mjesno ograničavanje dozvola za pravno savjetovanje, i zbog toga je ništava

**Rješenje Prvog senata od 25. februara 1976.**

**- 1 BvR 8, 275/74 -**

Prostorno ograničenje koje se izvodi iz § 1 Prve uredbe o primjeni Zakona o pravnom savjetovanju se mora razumjeti kao propis o vršenju zanimanja u smislu čl. 12 st. 1 Ustava. Takvi propisi su ustavnopravno dopušteni samo ako se striktno pridržavaju načela srazmjernosti. Prema tom načelu se uplitanja u slobodno obavljanje poziva moraju obrazložiti primjerenim i razumnim procjenama; upotrebjeno sredstvo mora biti, nadalje, podobno i potrebno za dostizanje željenog cilja; pri ukupnoj procjeni težine zadiranja i važnosti i nužnosti razloga koji ga opravdavaju, moraju biti osigurane granice podnošljivosti; što je osjetljivije ugrožavanje slobode zanimanja, to moraju biti snažniji interesi zajedničkog dobra u čiju svrhu se donose propisi (BVerfGE 30,

292 [315 i dalje] sa daljim uputama). Sporni propis u formi spomenutog tumačenja ne izlazi u susret navedenim zahtjevima.

### **113) BVerfGE 39, 210** (Mühlenstrukturgesetz) **Zakon o strukturi mlinova**

**Rješenje Prvog senata od 19. marta 1975**  
**- 1 BvR 8, 275/74 -**

Kod provjere propisa o vršenju zanimanja u području rada u privredi polazi se od toga da Ustav zakonodavcu u pogledu određivanja privrednopolitičkih ciljeva i mjera za njihovo dostizanje ostavlja slobodan prostor odlučivanja i djelovanja (BVerfGE 4, 5 [15 i dalje] – Investitionshilfe – ; 14, 263 [275] – Feldmühle – ; 30, 250 [262 i da lje]) i da zakonodavac odgovarajućim mjerama smije korigirati slobodno djelovanje socijalnih snaga (usp. BVerfGE 19, 101 [114] – Zweigstellensteuer – ; 21, 292 [299] – Rabattgesetz – ; 23, 50 [59 i dalje] – Nachtbackverbot – ). Ustavopravna provjera se najprije proteže na pitanje, da li je zakonodavac na korektan i zadovoljavajući način pribavio saznanja o stvarnoj situaciji koja je postojala za vrijeme donošenja zakona. Za procjenu opasnosti koje prijete zajednici zakonodavac ima širi prostor slobodne procjene. Čak i ako je u trenutku donošenja zakona mogućnost nastupanja negativnih posljedica po neko zajedničko dobro izgledala sasvim nerealno, zakonodavcu nije zabranjeno da blagovremeno provede preventivne mjere, ukoliko njegove predstava o negativnom razvoju koji bi mogao uslijediti u slučaju nedjelovanja u toj mjeri ne protivrječe privrednim zakonima ili praktičnom iskustvu, da ne mogu ukazati na razumne razloge za zakonodavne mjere (BVerfGE 25, 1 [17]; 38, 61 [87]). Pri tom je od načelnog značaja procjena odnosa koja je zakonodavcu u fazi pripreme zakona bila moguća (BVerfGE 25, 1 [12 i dalje]). Ukoliko je on iskoristio saznanja koja su mu stajala na raspolaganju, moraju se prihvatiti zablude o procjeni privrednog razvoja.

### **114) BVerfGE 11, 30** (Kassenarzt-Urteil) **Presuda o ljekarima pri osiguravajućem društvu**

Važeće pravo o ljekarima pri zajednicama za zdravstvena osiguranja prema kojem se na osnovu jednog proporcionalnog broja određuju mjesta za ljekare pri zajednicama osiguranja i svaki put slobodno mjesto se dodjeljuje jednom kandidatu, ograničava vršenje ljekarskog poziva u mjeri koja se približava propisu za ograničavanje izbora zanimanja. Prema kriterijumima koji su ovdje određeni (BVerfGE 7, 377 [407]) ovaj propis nije u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava.

**Presuda Prvog senata od 23. marta 1960.**  
**- 1 BvR 216/51 -**

(...)

Ako je, naime, djelatnost ljekara pri zajednicama zdravstvenog osiguranja samo poseban oblik vršenja poziva slobodno praktikirajućeg ljekara, ako dakle, dozvola da se pristupi osiguravajućem društvu nije dopuštanje da se obavlja poseban poziv „ljekar pri osiguravajućem društvu“ („*Kassenarzt*“) to se može raditi samo o jednom propisu unutar sfere zanimanja jedinstvenog poziva „slobodno praktikirajući ljekar“. On se mora posmatrati kao propis o obavljanju zanimanja u smislu čl. 12 st. 1 Ustava i odluke od 11. juna 1958. (BVerfGE 7, 377).

(...)

Ljekar u pravilu ne može (...) u ekonomskom smislu uspješno obavljati svoj poziv bez dozvole zajednice zdravstvenog osiguranja, tako da učinak sadašnjeg propisa, koji dozvolu čini ovisnom o šematskom odnosu na koji ljekar nema nikakav utjecaj, ima značenje „objektivne pretpostavke dopuštenosti“ u formi klauzule potrebnosti. Ona je zbog toga opravdana samo ako je zahtijevaju posebno važni interesi zajednice koji se ne mogu zaštititi na drugi način. Pri procjeni se na koncu mora odlučiti da li je ograničavanje slobode zanimanja pretjerano zato što nije neophodno za odbranu od opasnosti koje se sa izvjesnom sigurnošću mogu predvidjeti.

(...)

Kao rezultat se utvrđuje sljedeće: Važeći propis kojeg karakterizira zajedničko djelovanje elemenata: srazmjerni broj, mjesto ljekara pri zajednici zdravstvenog osiguranja, konkurs za dozvolu samo jednom ljekaru, vodi do dubokog zadiranja u slobodu vršenja zanimanja ljekara koji ne dobijaju dozvolu. Na drugoj strani, nije pokazano da upravo ovaj propis čin neophodnim važni javni interesi koji na drugi način nisu mogli biti zadovoljeni. On je zbog toga nespojiv sa čl. 12 st. 1 Ustava.

**115) BVerfGE 13, 97**  
**(Handwerksordnung)**  
**Uredba o zanatima**

1. Traženje dokaza o osposobljenosti za obavljanje zanata je u skladu sa Ustavom.
2. Opravdano je postavljanje subjektivnih uslova za obavljanje zanata samo radi zaštite važnih dobara zajednice. Nisu zaštićene samo opštepriznate vrijednosti zajednice nego i takve koje slijede iz posebnih privrednih, socijalnih i društvenopolitičkih ciljeva zakonodavca, kao što

su npr. održavanje radne sposobnosti i opstanka zanatske djelatnosti i osiguranje podmlatka za cjelokupnu zanatsku privredu.

3. Zakonodavac je ovlašten da utvrdi sliku zanimanja i da time suži slobodan izbor zanimanja u ovom području. On pri tom smije tipizirati i mora uzimati u obzir tendencije prema specijalizaciji samo u ograničenom obimu.
4. U skladu je sa zaštitom iz čl. 12 st. 1 Ustava kada se jednom kandidatu dodijeli izvanredno odobrenje za obavljanje djelatnosti prema § 7 st. 2, 8 HandwO, ako zahtjev da on dokaže svoju stručnu osposobljenost u formi položenog majstorskog ispita ne predstavlja pretjerano, nepodnošljivo opterećenje.

**Rješenje Prvog senata od 17. jula 1961.**

**- 1 BvL 44/55 -**

## **116) BVerfGE 19, 330** **(Sachkundenachweis)** **Dokaz stručnosti**

Nije u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava da se za preuzimanje trgovine na malo sa produktima svih vrsta (uz izuzetak robe koja je navedena u § 3 st. 3 rečenica 2 Zakona o trgovini na malo) zahtijeva dokaz stručnosti.

**Rješenje Prvog senata od 14. decembra 1965.**

**- 1 BvL 14/60 -**

(...)

Briga o opstanku i socijalnom ugledu jednog zanimanja može samo izuzetno opravdati uvođenje subjektivnih pretpostavki za odobrenje zanimanja. Savezni ustavni sud je ovo ustanovio za zanatstvo (BVerfGE 13, 97). Postoji visok interes zajednice da se održi zdrava i osposobljena zanatska djelatnost, prije svega zato što se u okviru zanatskih radnji obrazuje podmladak za sve privredne grane, posebno za industrijska preduzeća. Zakonodavac tako smije radi zaštite zanata prekoračiti stepenicu na kojoj se regulira vršenje zanimanja i zahtijevati tzv. veliki dokaz o osposobljenosti u formi majstorskog ispita. Usporedni odnosi ne postoje u trgovini na malo; na jednoj strani, ovdje se roba ne dorađuje i ne prerađuje; na drugoj strani, trgovina na malo ujedinjuje u sebi preduzeća različitih veličina, od pojedinačnih automata (kao u predmetnom postuku) do robnih kuća. Ne može se pronaći smisleno opravdanje za tvrdnju da postoji opšti interes zajednice da se održe trgovine na malo. I u pravnom životu se uočavaju vrlo različite pozicije i funkcije koje obje grane imaju u privrednom i socijalnom životu. U području zanatstva dokazi o osposobljenosti i majstorskom

ispitu odgovaraju starim tradicijama, dok je trgovina na malo bila do danas načelno slobodna od svih ograničenja posredstvom davanja dozvola za rad.

## **117) BVerfGE 86, 28** **(Sachverständigenbestellung)** **Javno imenovanje vještaka**

Javno imenovanje vještaka prema § 36 Uredbe o zanatima se smije učiniti ovisnim o opštoj potrebi za odgovarajućim znanjem na određenom stručnom području, ali ne o broju upravo prisutnih vještaka na tom području. Takva konkretna provjera potreba nije u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava.

### **Rješenje Provg senata od 25. marta 1991.** **- 1 BvR 298/86 -**

OBRAZLOŽENJE:

#### **A.**

Ustvna tužba se odnosi na pitanje da li javno imenovanje jednog vještaka prema § 36 Uredbe o zanatima ([*Gewerbeordnung*] GewO) smije biti odbijeno uz obrazloženje da je već prisutan dovoljan broj javno imenovanih vještaka.

#### **I.**

1. § 36 st. 1 rečenica 1 GewO predstavlja pravni osnov javnog imenovanja vještaka i zaklinjanja osoba koje rade ili hoće da rade kao vještaci:

„Javno imenovanje vještaka

(1) Osobe, koje rade ili žele da rade kao vještaci, mogu biti javno imenovane posredstvom i na osnovu diskrecione odluke službi koje imenuje zemaljska vlada za određena područja, ako dokažu da posjeduju specifična stručna znanja i ako ne postoji sumnja u njihovu podobnost (...).

(...) korporacije javnog prava su ovlaštene da u svrhu javnog imenovanja i zaklinjanja vještaka statutom reguliraju pretpostavke imenovanja kao i prava i obaveze vještaka. Mjerodavni Statut Industrijske i trgovačke komore Koblenz regulira pretpostavke javnog imenovanja, kako slijedi:

#### **§ 2**

(1) Za javno imenovanje mora postojati opšta potreba (...).“

2. Zakonski propisi, prema kojima nadležna služba po „sopstvenoj diskrecionoj ocjeni za određena područja“ može provoditi javna imenovanja, se u literaturi i pravosuđu razumijeva kao dvostruka provjera postojanja potrebe. Na prvom mjestu bi trebalo ispitati da li je vještak uopšte potreban na određenom području (apstraktna

provjera potrebe); nakon toga bi se na drugom mjestu, uzimanjem u obzir postojećih vještaka, odlučilo da li u tom području postoji potreba za novim javnim imenovanjima (konkretna provjera potrebe).

## II.

1. Apelant je zaposlen od januara 1960. kao vještak za motorna vozila (u stepenu inženjera) kod Njemačkog udruženja za nadzor motornih vozila (DEKRA). Njegova se djelatnost sastoji u samostalnom pripremanju saobraćajnih vještačenja za policiju, državna tužilaštva i sudove. Pismom od 22. septembra 1981. je od Industrijske i trgovačke komore ([*Industrie- und Handelskammer*] IHK) Koblenz zatražio javno imenovanje i zaklinjanje. Komora je pretpostavila da apelant želi biti priznat kao vještak za područje „procjene šteta na motornim vozilima“. Ovo je odbijeno jer nije postojala potreba za novim vještacima u ovom području, a drugi kandidati su već bili na listi čekanja.

## B.

Ustavna tužba je dopuštena i osnovana.

Osporavane odluke počivaju na § 36 GewO, ali ne tumače ove propise na način koji je u skladu sa Ustavom. Javno imenovanje za vještaka ne smije biti učinjeno ovisnim o broju postojećih vještaka. Kod tumačenja koje je u skladu sa ustavom takva provjera potreba nije pokrivena § 36 GewO. Ona je osim toga nesrazmjerna.

## I.

Odbijanje zahtjeva jednog vještaka da se obavi javno imenovanje, znači zadiranje u njegovu slobodu obavljanja zanimanja.

1. Zahtijeva li zakonodavac državno priznanje kvalifikacije za obavljanje nekog poziv, i time obezbjedi prednosti u pogledu poslovne konkurencije, onda se odbijanje takvog priznanja pokazuje kao zadiranje u slobodu vršenja zanimanja. Kao ograničenje slobode ne dolaze u obzir samo zabrane i zapovijesti; dovoljno je da konkurencija bude pod utjecajem državne mjere i da vršenje jedne djelatnosti ovim bude ometeno (usp. zadnju BVerfGE 82, 209 [233 i dalje]).

Osobe prema § 36 st. 1 GewO mogu biti javno imenovane kao vještaci samo ako dokažu da posjeduju specifična stručna znanja i ako ne postoji sumnja u njihovu podobnost. Time se vještaku u proceduri javnog imenovanja službeno potvrđuju one osobine koje odlučuju o njegovom stručnom uspjehu; stručna kompetentnost i osobni integritet. Iz toga slijedi bitno poboljšana konkurentnost u odnosu na one vještake koje ne mogu uputiti na državno priznanje njihovih kompetencija.

2. Intenzitet zadiranja u apelantovu slobodu zanimanja je značajan. On nije dovoljno vrednovan u osporavanim odlukama.

a) Svakako se valja usglasiti sa upravnim sudovima i poći od toga da se ne radi o ograničenju izbora zanimanja nego samo o propisu koji regulira vršenje zanimanja. Javno imenovani i zakleti vještaci se ne razlikuju od drugih vještaka po tome što pripadaju drugom, samostalnom zanimanju, nego samo na osnovu državne potvrde njihovih kvalifikacija kao vještaka. Bude li jedan vještak javno imenovan i zaklet, ne mijenja se slika njegovog zanimanja. Ni u konkretnoj socijalnoj situaciji se ne pojavljuju javno imenovani vještaci kao zasebna grupa zanimanja. O tome postoji saglasnost poslovnih udruženja i literature.

b) Ali, ova tvrdnja još uvijek ne objašnjava intenzitet zadiranja u osnovno pravo. Ograničenja slobodnog vršenja zanimanja su moguća u različito stepenovanim varijantama. Ona se mogu čak približiti zadiranjima u slobodu izbora zanimanja (BVerfGE 33, 125, 161); stalna pravosudna praksa). Ali, i onda kada ne idu tako daleko, mora se uzeti u obzir kako djeluju ograničenja i opterećenja, posebno, koliko se umanjuje mogućnost zarade i konkurentnost pripadnika određenog zanimanja.

Ako mjerimo prema navedenim kriterijumima § 36 GewO u formi tumačenja osporavane odluke, ne može se umanjiti učinak ograničavanja slobode spornom odredbom o vršenju zanimanja. Istina ona se još uvijek ne približava odredbi o ograničavanju izbora zanimanja, jer se njome ne odstranjuju ni ekonomski ni pravni temelji; ona, međutim, bitno prevazilazi propis o obavljanju zanimanja koji bi bio neutralan u pogledu konkurencije.

c) Intenzitet ograničavanja slobode zanimanja se ne mjeri samo s obzirom na njene ekonomske posljedice, nego i s obzirom na pravne pretpostavke na koje se ona oslanja. Nakon Apothekenurteils (BVerfGE 7, 377) Savezni ustavni sud razlikuje prema ličnim osobinama i sposobnostima pogođenog građanina (subjektivne osobine) ili prema objektivnim osobinama koje leže izvan njegove lične sfere. Ovakvo razlikovanje je bitno ne samo za uplitanje u slobodu izbora zanimanja nego i za druga ograničenja slobode zanimanja (usp. konačno BVerfGE 85, 360, 372 i dalje).

Prema tumačenju osporavane odluke i vladajućem mišljenju, § 36 GewO povezuje subjektivne i objektivne osobine. Javno imenovanje, prema jasnom tekstu propisa, pretpostavlja najprije da kandidati mogu dokazati posebnu stručnost i da nema nikakvih sumnji u pogledu njihove podobnosti. Obje pretpostavke se uračunavaju u ličnu sferu kandidata; subjektivne osobine odgovaraju kvalifikacijama o čijem se državnim priznanju ovdje radi. Ako osporavane odluke odobre da se preko toga javno imenovanje učini ovisnim o nekoj potrebi, onda one interpetiraju § 36 GewO u smislu jednog ograničenja prema objektivnim osobinama. Ovdje se postavlja pitanje da li je zakonski osnov za ovo dovoljno određen i da li odgovarajuća procjena opšteg dobra može opravdati tako intenzivno zadiranje u slobodu obavljanja zanimanja.

## II.

Čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava odobrava uplitanje u slobodu zanimanja samo na osnovu zakonske regule koja omogućuje da se jasno razaznaju obim i granice uplitanja.

Ovako postavljenom pridržavanju zakona podliježu mjere koje se odnose na slobodu izbora zanimanja kao i one koje samo dotiču vršenje zanimanja. Zakonodavac može prepustiti da se pojedini reguliraju statutom neke javnopravne korporacije, kako je to izričito predviđeno u § 36 st. 3 i 4 GewO. Ali, kod po sebi dopuštene autonomije zakonodavac mora sam odlučiti da li i u kojoj mjeri se moraju potisnuti pojedinačna prava na slobodu u korist zajedničkih interesa. Kakvi se zahtjevi stavljaju pred zakonske osnove, zavisi od intenziteta svakog zadiranja u osnovno pravo. Pri reguliranju obavljanja zanimanja dopuštena mjera zadiranja mora biti u zakonskim ograničenjima utoliko jasnije određena što su intenzivnije dotaknute trajne životne odluke pojedinaca i interesi zajednice (usp. BVerfGE 33, 125 [160]).

Subjektivne pretpostavke javnog imenovanja vještaka, koje najmanje opterećuju kanidate, su zadovoljavajuće regulirane u § 36 st. 1 GewO. Stručnost i podobnost su doduše neodređeni pravni pojmovi, ali njihova konkretizacija ne predstavlja posebnu poteškoću i još je olakšana dodatnim opisom činjeničnih stanja u § 2 Uredbe o vještacima ([*Sachverständigenordnung*] SO).

Suprotno subjektivnim pretpostavkama za obavljanje jednog zanimanja u § 36 GewO se ne spominje objektivna potreba. Ipak, § 2 st. 1 SO dodatno pojašnjava: „Za javno imenovanje mora postojati javna potreba.“ To se može razumijevati kao ograničenje u smislu obaveze na pridržavanje jedne apstraktne provjere da li postoji potreba koja se odnosi na stručno usmjerenje. Ovim bi se trebao uštedjeti angažman oko traženja, provjere i imenovanja vještaka kada se ne traži ekspertsko znanje vještaka. Ako se za jedno područje ne traže vještačenja ili ako ih bez većih poteškoća može napraviti vještak opšteg znanja, smisao propisa ne zahtijeva državno djelovanje.

Suprotno tome se iz § 36 GewO ne može izvesti zaključak da komore imaju pravo da u slučaju potrebe biraju jednog od više kvalificiranih kandidata. Da je zakonodavac htio prenijeti na državne službe ovlaštenje da obezbjeđuju prednost u tržišnoj konkurenciji, morao je bar predvidjeti kriterijume izbora i pravno određen postupak izbora. Takvi minimalni uslovi nisu potrebni čak ni kod zanimanja koji su vezana za državu (BVerfGE 73, 280 [295 i dalje]). Tako je moralo biti regulirano da li su mjerodavni vremenski redosljed zahtjeva, trajanje angažmana u zanimanju ili posebne karakteristike kvalifikacija. Procesnopravno je potrebno reguliranti na koji se način može ustanoviti konkretna potreba i kako se zainteresirani mogu informirati i konkurisati (...). Ni u kom se slučaju ne može prepustiti pojedinačnoj Industrijskoj i trgovačkoj komori, da prema slobodnoj procjeni odlučuje, da li broj javno imenovanih vještaka vidi kao nedovoljan i koji kvalificirani kandidati u datom slučaju trebaju biti privilegirani javnim imenovanjem.

### III.

Osim toga, osporavane odluke nisu u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava jer nesrazmjerno zadiru u slobodu obavljanja zanimanja.



1. Ograničenja obavljanja zanimanja moraju biti legitimiranja racionalnim interesima zajednice (BVerfGE 7, 377 [450 i dalje]; stalna sudska praksa). Budući da odbijanje javnog imenovanja kao vještak, zbog svog negativnog učinka na konkurenciju, predstavlja značajno uplitanje u osnovno pravo (usp, gore pod I. 2 b]) nije dovoljno da postoje beznačajni ili upravnotehnički razlozi. Cilj reguliranja mora imati upravo značajnu težinu.

Prema jedinstvenom mišljenju nije cilj reguliranja § 36 GewO da se ponudi efektivan pravni promet i funkcionalno izvršavanje prava svih službi, sudova i privatnih interesa u kompliciranim činjeničnim stanjima, kao ni provjera kompetentnih i vjerodostojnih stručnjaka; teška i dugotrajna istraživanja o dobrom glasu i podobnosti jednog vještaka bi se morala učiniti izlišnim posredstvom javnog imenovanja (usp. dokaze kod Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, § 36, randnr. 9, 10).

Ovakvoj svrsi reguliranja odgovaraju neposredno subjektivne pretpostavke za odobravanje zanimanja. One su ustavnopravno neproblematične i apelant ih ne osporava.

2. Iz načela srazmjernosti ne slijede nikakve sumnje u pogledu opšte provjere da li postoji potreba za specijaliziranim vještacima na određenom stručnom području. Ako to nije slučaj, nedostaje razlog za državno uplitanje. Kvalificirani stručnjaci neće biti pretjerano ograničeni nedjelovanjem nadležnih službi, jer oni svoja specijalizirana znanja ipak mogu ponuditi tako da neće biti izloženi konkurenciji javno imenovanih vještaka.

3. Suprotno tome, konkretna provjera da li postoji potreba zahvata nesrazmjerno snažno u slobodu obavljanja zanimanja. Ona vodi do zaštite od konkurencije povlaštenog dijela vještaka, koji nije obuhvaćen regulativnom svrhom § 36 GewO. Također nisu pogodne ni ostale procjene opšteg dobra za opravdanje ove forme uplitanja u slobodu obavljanja zanimanja. Argumenti koji se u mišljenjima i pravosuđu navode u smislu brojnog ograničavanja javno imenovanih vještaka nemaju potrebnu težinu.

a) Tako preglednost ponude treba poslužiti olakšavanju pronalaženja vještaka koji je najpodobniji. Ovaj argument maši problem izbora koji je zakondoavac htio riješiti. § 36 GewO ima za svrhu, da olakša izbor između kvalificiranih i nekvalificiranih vještaka. Za ovakvu svrhu je konkretna provjera potreba nepodesno sredstvo. (...)

U svemu ostalom, uspješna praksa privatnih udruženja da se priznaju dodatni vještaci, upućuje na to da javnost nije zainteresirana za smanjenje nego za proširenje ponude i mogućnosti izbora.

Možda je tačno da kod vještaka učestalost zahtijeva za vještačenjem ovisi o motivaciji za dodatnu izobrazbu. Ali prema § 36 GewO, stručna kvalifikacija mora biti dokazana već prilikom javnog imenovanja; vještak ne dobija sopstvene spoznaje i ne stiče iskustva tek svojom praksom, nego prvenstveno u pozivu od kojeg polazi. (...)

c) Kod svih mišljenja, koja su prikupljena, u prvom planu stoji argument da broj javno imenovanih vještaka mora biti reduciran na neophodnu mjeru kako bi bila moguća ekonomična praksa imenovanja, a time i učinkovita kontrola. Ni ovo gledište ne može opravdati potrebu za konketnom provjerom postojeće potrebe za vještacima.

Sprečavanje upravnih troškova nije po sebi dovoljan razlog za uplitanje u slobode koje su zaštićene osnovnim pravom. Osim toga, Savezni ustavni sud je više puta odlučio da je prema Ustavu nedopustivo ograničavanje slobode izbora zanimanja građana u interesu lakšeg državnog nadzora (usp. BVerfGE 41, 378 [397]; 65, 116 [129]).

## **118) BVerfGE 53, 135** **(Puffreisschokolade)** **Čokolada od presovane riže**

O zahtjevima koji se stavljaju pred reguliranje obavljanja zanimanja prema čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava na području prava koje regulira životne namirnice.

### **Rješenje Prvog senata od 16. januara 1980.** **- 1 BvR 249/79 -**

Predmet ustavne tužbe je pitanje, da li je spojivo sa Ustavom da se uvede apsolutna zabrana stavljanja u promet predmeta koji se mogu zamijeniti sa čokoladom.

Predmet prvostepenog postupka su predstavljali sezonski slatkiši, kao djeda-mraz, uskrсни-zec, koji se sastoje od presovane riže kod koje je kao vezivno sredstvo upotrebljavana glazura od sojinih masti, šećera u prahu i kakao-praha.

Ustavna tužba je osnovana.

1. § 14 br. 2 KakaoVO (Kakao-uredba) nije u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava jer ona predviđa apsolutnu zabranu prometa za životne namirnice koje su u njoj spomenute.

Propis regulira vršenje zanimanja. Ono smije uslijediti samo zakonom ili na osnovu zakona; ako se vršenje zanimanja regulira uredbom, ona mora počivati na jednom od ovlaštenja koje predviđa Ustav i u svom sadržaju mora biti pokrivena ovlaštenjem. Propis o obavljanju zanimanja koji je usklađen sa Ustavom materijalno pretpostavlja da je Uredba opravdana razumnim razlozima zajedničkog dobra, da su izabrana sredstva podobna i potrebna za dostizanje željenog cilja i da su ograničenja podnošljiva u donosu na pogođenog (BVerfGE 46, 120 [145]). § 14 br. 2 KakaoVO ispunjava ove pretpostavke samo jednim dijelom.

Ovlaštenje iz § 19 br. 4 slovo b LMBG na osnovu kojeg je donešen propis zadovoljava zahtjeve iz čl. 80 st. 1 rečenica 1 Ustava. (...)

U suprotnosti je, međutim, sa načelom potrebnosti propis koji donosi Uredba; ona je zbog toga nesrazmjerna.

Kod provjere pitanja da li su srazmjerna ograničenja koja sadrži propis koji regulira obavljanje zanimanja se mora voditi računa o slobodi uobličavanja koja pripada zakonodavcu, ali i organu – u okviru ovlaštenja – koji donosi uredbu za područje privrednog djelovanja. (...) § 14 br. 2 KakaoVO će se na osnovu Ustava samo onda osporavati, kada se pokaže da su realtivno široke granice slobodnog prostora uobličavanja prekoračene (usp. BVerfGE 46, 246 [257] sa daljim napomenama. Mora se moći jednoznačno utvrditi da za postizanje željenog cilja na raspolaganju stoje sredstva koja su manje rigorozna (BVerfGE 29, 210 [231] sa daljim uputama). To je ovdje slučaj.

Propisi o životnim namirnicama imaju zadatak da u interesu potrošača spriječe zamjenu životnih namirnica i da zaštite potrošače od zdravstvenih rizika. Ovo se jasno vidi iz propisa koje sadrže §§ 8 i dalje i 17 i dalje LMBG. § 14 br. 2 KakaoVO služi jedino zaštitu potrošača od zablude. Ova zaštita je, van svake sumnje, razuman razlog koji stoji u službi opšteg dobra i koji zbog toga može opravdati ograničenja u obavljanju zanimanja.

Za dostizanje ovog cilja nije podobna naredba da se proizvodi etiketiraju nego i zabrana njihovog stavljanja u promet. Zabrana stavljanja u promet je, međutim, jedno od najrigoroznijih sredstava za zaštitu potrošača od mogućih zamjena. Redovno se takva opasnost može otkloniti na jednako djelotvoran ali manje rigorozan način, naime, obavezivanjem na etiketiranje. Istina, tačno je da odluka potrošača da kupi jedan proizvod često ne počiva na studiranju etiketa na robu, nego je orijentirana i na njen vanjski izgled (BVerfGE 46, 246 [260]). Ovo, međutim, ne opravdava pretpostavku da je radi zaštite „površnog“ potrošača potrebna načelna zabrana stavljanja u promet životnih namirnica nabrojanih u § 14 br. 2 KakaoVO. Ne može se ni ostalim opcijama opravdati zabrana koja privilegira proizvode od čokolade pred konkurencijom. Istina, zakonodavac može donijeti mjere koje prevazilaze zaštitu potrošača u slučajevima moguće zamjene mliječnih proizvoda i proizvoda od margarina kako bi se zaštitila poljoprivreda (usp. BVerfGE 46, 246 [256 i dalje]). U jednom slučaju kakav je ovaj ne postoji razlog koji opravdava ograničenja koja bi prevazilazila potrebu da se isključi opasnost od zamjene. Zbog toga se mora ostati pri onim mjerama koje stoje u interesu dopuštene zaštite potrošača.

Da bi se dostigli ovakvi ciljevi u pravilu je dovoljno da se donese naredba o obavezi etiketiranja.

## 119) BVerfGE 95, 173 (Tabakwarnhinweis)

### Upozorenje na proizvodima od duhana

O pitanju da li je sa osnovnim pravom spojiva obaveza da se na proizvodima od duhana istakne upozorenje da su oni opasni po zdravlje.

**Rješenje Drugog senata od 22. januara 1997.  
- 2 BvR 1915/91 -**

OBRAZLOŽENJE:

Ustavne tužbe su neosnovane.

#### II.

Obaveza na upozoravanje se odnosi na proizvođače i trgovce proizvodima od duhana, pri stavljanju u promet njihovih proizvoda, ne pri učestvovanju u procesu iznošenja i širenja mišljenja. Zbog toga se obaveza na etiketiranje mora provjeravati prema slobodi zanimanja (čl. 12 st. 1 Ustava), a ne prema slobodi mišljenja (čl. 5 st. 1 Ustava). Apelanti se kao pravna lica privatnog prava mogu pozvati na povredu čl. 12 st. 1 Ustava (usp. BVerfGE 30, 292 [312]; 50, 290 [363]). Njihovo predstavljanje u javnosti, uključiv i reklame za sopstvene proizvode, pada u područje djelatnosti koja je u vezi sa zanimanjem, koju štiti čl. 12 st. 1 rečenica 1 Ustava (usp. BVerfGE 85, 248 [256] ...). Državne mjere koje pri tom ograničavaju slobodu zanimanja, predstavljaju uplitanja u slobodu vršenja zanimanja (usp. BVerfG, na nav. mj.). Povreda osnovnog prava ne leži u tome.

1. a) Osnovno pravo na slobodu mišljenja (čl. 5 st. 1 Ustava) može u svakom slučaju biti uzeto u obzir kod privredne reklame, ako reklama ima sadržaj ili navode koji vrednuju i obrazuju mišljenje u smislu stvaranja oderđenog stava (usp. BVerfGE 71, 162 [175]). Ovdje to nedostaje. Budući da proizvođači duhana moraju na svoju ambalažu nanositi upozorenja, država uzima ova pakovanja u obzir, a da pri tom ne ugrožava reklamu u svim njenim elementima. Zbog toga nije dotaknuto iznošenje ili obrazovanje mišljenja preduzeća, nego isključivo obavljanje zanimanja.

Nešto drukčije bi važilo za slučaj da upozorenja ne predstavljaju jasno iznošenje tuđeg mišljenja, nego da se mogu uračunati proizvođačima duhanskih proizvoda. Ako bi se nosiocu osnovnog prava nametnulo tuđe mišljenje kao vlastito, bila bi dotaknuta sloboda iznošenja mišljenja (čl. 5 st. 1 rečenica 1 Ustava). Prenese li se adresatima reklama utisak da proizvođači dobrovoljno podupiru prenošenje upozorenja, ako dakle ove izjave prenose kao vlastite stavove, može sloboda prenošenja mišljenja biti mjerilo za provjeru. Vidi li se, nasuprot tome, sasvim jasno, da se mišljenja koja su iznesena na pakovanju moraju pripisati nekom drugom, i ako je širenje ovog

upozorenja opšti preduslov za stavljanje u promet proizvoda od duhana, onda ovakva obaveza na etiketiranje regulira vršenje zanimanja.

b) Apelativno osnovno pravo na slobodu mišljenja neće biti dodiruto osporavanim propisom ako se provjera obavi na osnovu navedenih mjerila. Obaveza na isticanje upozorenja služi širenju tuđeg mišljenja, ona pogađa sve proizvođače koji cigarete stavljaju u promet i ne stvara utisak da proizvođači ovo mišljenje prenose kao svoje. Upozorenja se moraju vrednovati kao tuđe mišljenje koje se jasno vidi. Ona iznose stav ministara zdravlja Evropske zajednice, da pušenje izaziva rak kao i oboljenja srca i krvnih sudova. (...)

2. Prema tome, obaveza proizvođača da štampaju upozorenje pada u područje zaštićeno čl. 12 st. 1 Ustava.

a) Prema čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava za sva zadiranja u slobodu obavljanja zanimanja se potrebno pridržavati zakona koji moraju biti u skladu sa ustavnim zahtjevima u pogledu zakona koji ograničavaju osnovna prava. Zakonski osnovi su u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava tek kada mogu biti opravdani odgovarajućim potrebama za zaštitu zajedničkog dobra i kada odgovaraju načelu srazmjernosti (...).

b) Ove pretpostavke su ovdje ispunjene.

Uredba o etiketiranju proizvoda od duhana se, u pogledu upozoravanja, služi državnim autoritetom i zahtijeva posebno povjerenje koje se i pravno osigurava. Ovakvo korištenje suverenih prava je očigledno neproblematično, jer sadržaj upozorenja odgovara spoznajama prirodnih nauka, upozoravanje od opasnosti za zdravlje spada u područje državnih zadataka i mjera zadovoljava pretpostavke slobode izbora zanimanja.

Zakonski osnov Uredbe predstavlja § 21 st. 1 br. 1 LMBG, osnov za primjenu konkretno formuliranih obaveza je Uredba o etiketiranju proizvoda od duhana.

aa) Upozorenja služe zaštiti pušača od opasnosti po zdravlje. Opštepriznato je da je pušenje štetno po zdravlje.

Konačno, prema današnjem stanju medicinske spoznaje je sigurno, da pušenje izaziva rak kao i oboljenja srca i krvnih sudova i da time vodi do smrtnih oboljenja, kao što ugrožava zdravlje nepušača. (...)

bb) Skretanje pažnje na ovakve opasnosti spada u legitimne zadatke države. Državna zdravstvena politika smije u svakom slučaju upozoravati na opasnosti koje dolaze od pušenja kako bi konzumentima jasno predstavila da aktivno pušenje šteti pušaču, a pasivno pušenje i drugim osobama. Sama pisana forma ovog upozorenja podstiče adresate da još jednom razmisle s obzirom na moguća zdravstvena oštećenja. Ovakvo državno prosvjeđivanje služi, prema tome, zaštiti zdravlja naroda.

cc) Zakonodavac može također polaziti od toga da je ova mjera podobna za zaštitu zdravlja naroda. Procjena podobnosti je isključivo njegova nadležnost (usp. BVerfGE 25, 1 [12, 17]; 30, 292 [317]). Istina, konzumiranje cigareta je trenutno pojačano, unatoč svim upozorenjima. 1994. godine je konzum porastao za okruglo 3% na 131,1 mlrd. cigareta (usp. Harenberg, Lexikon der Gegenwart, Aktuell ´96, 1995, pod: Rauchen, s. 339). Ipak, zakonskoj procjeni, da se upozorenjem može spriječiti veći konzum proizvoda od duhana, se ništa ne može prigovoriti. Upozorenja su podobna da potrošača odvrate od nekritičkog konzuma duhana.

Konkretno uobličavanje upozorenja je, isto tako, u skladu sa zahtjevom podobnosti. Izjava o kauzalnoj vezi pušenja sa uzrokovanjem raka, drugih oboljenja i ugrožavanja zdravlja trećih je u skladu sa rezultatima istraživanja prirodnih nauka; ona ne tvrdi da je pušenje jedini uzrok, kao što ne ističe da je svaki nepušač osiguran od raka ili svakog drugog zdravstvenog rizika. Upravo upozorenja upućuju da prema opštem jezičkom razumijevanju pojma „uzroci“ na tipičnu i poopćivu kauzalnu vezu između pušenja i oštećenja zdravlja; oni prizivaju u svijest da odustajanje od pušenja smanjuje bitan zdravstveni rizik.

dd) Upozorenje je, također, potrebno. Blaža mogućnost za zaštitu od rizika pušenja nije navedena niti se vidi. (...)

U svemu ostalom bi došla u obzir zabrana reklamiranja kao mjera koja bi postojala pored državnog prosvjećivanja u zdravstvenim pitanjima i koja umjesti upozorenja bila pogodna da uspori neoprezan konzum duhana. Mogli bi se uzeti u obzir i dodatni uslovi koji bi se stavili pred njihovu prodaju (npr. zabrana prodaje na automatima i prodaja omladini). Oспоравани propis se u odnosu na ove alternative pojavljuje kao blaže sredstvo.

ee) Obaveza isticanja upozorenja očigledno ne dodiruje ni granice primjerenosti. Uplitanje u vršenje zanimanja ne utječe na obavljanje privredna djelatnosti industrije duhana, a konzumentima prenosi samo medicinske stavove koji mogu utjecati na njihovu odluku o kupovini. Spomenuto sredstvo ograničenja – obični jezički utjecaj posredstvom upozorenja – predstavlja jednu formu djelovanja koja ne dira u razmjenu dobara posredstvom ponude i potražnje i kupcu čini očiglednim samo jedan od razloga koji utječe na odluku i koji bi prema današnjim medicinskim spoznajama morao biti opštepoznat.

ff) Sa čl. 12 st. 1 Ustava je također spojivo uključivanje privatnih organizacija i finansija za provođenje državnih zadataka u području zdravstva (usp. BVerfGE 68, 155 [170]). Obaveza na isticanje upozorenja se opravdava iz posebnog položaja odgovornosti u kojem se nalaze proizvođači i prodavači proizvoda od duhana u odnosu na zaštitu od opasnosti konzumiranja duhana, koju su ovi proizvođači prouzrokovali.

**120) BVerfGE 33, 303**

(Numerus clausus)

**Numerus clausus (propisi o ograničenjima upisa na visokoškolske studije)**

1. O ustavnopravnoj ocjeni apsolutnih ograničenja za upis bruoša na neki smijer zbog manjka obrazovnih kapaciteta (ovdje: apsolutni numerus clausus za studij medicine).
2. Iz prava na slobodan izbor zanimanja i mjesta obrazovanja iz čl. 12 st. 1 rečenica 1 Ustava u vezi sa opštim načelom jednakosti i principom socijalne države slijedi pravo na upis na visoke studije. Ovo pravo se može ograničiti zakonom ili na osnovu zakona.
3. Apsolutna ograničenja upisa za bruoše određenog usmjerenja su ustavni samo
  - a) ako su određeni unutar granica nužnosti, pod pretpostavkom potpunog korištenja postojećih obrazovnih kapaciteta i
  - b) ako izbor i raspodjela kandidata uslijedi na osnovu pravednih kriterija sa šansom koja se otvara svakom kandidatu koji je po sebi zreo za visokoškolski studij i, po mogućnosti, uzimanjem u obzir individualnog izbora mjesta obrazovanja.
4. Bitnu odluku o pretpostavkama određivanja apsolutnog ograničenja upisa i o kriterijima izbora koji se primijenuju, donosi sam zakonodavac. Visoke škole mogu biti opunomoćene da reguliraju dalje pojedinosti unutar određenih granica.
5. § 17 hamburškog Zakona o univerzitetu od 25. aprila 1969. nije u skladu sa ustavom, jer zakonodavac sa svoje strane nije donio odluku koja bi se u slučaju apsolutnog ograničavanja upisa primijenjivala na vrstu i rang kriterija za izbor.

**Presuda Prvog senata od 18. jula 1972.****- 1 BvL 32/70 i 25/71 -**

U dva postupka zbog upisa studija medicine na Univerzitetima Hamburg i München, dva upravna suda zahtijevaju odluku Saveznog ustavnog suda o tome da li su određeni zemaljski propisi o ograničenjima upisa na visokoškolskim studijima (numerus clausus) u skladu sa Ustavom.

Predmet ustavnopravne provjere je samo apsolutni numerus clausus za bruoše određenog usmjerenja, koji je prouzrokovan iscrpljivanjem svih obrazovnih kapaciteta, dok se neće uzeti u obzir lokalna i strukturalna ograničenja koja samo otežavaju izbor određenog univerziteta ili samo dodiruju studente viših semestara. Od ovakvih

ograničenja se apsolutni numerus clausus razlikuje po posebno radikalnom učinku. Jer, on dovodi do toga da jedan, manji ili veći broj kandidata mora odgoditi početak studija na duže ili kraće vrijeme. Kod pojačane potražnje i odgovarajućeg vremena čekanja na mjesto, takvo ograničavanje upisa ne ugrožava samo izbor mjesta izobrazbe, nego može utjecati i na izbor zanimanja sve do odustajanja od prvobitnih namjera. Socijalno slabiji kandidati pri tom nemaju istu mogućnost, kao dobro stojeći kandidati, da premoste duže vrijeme čekanja ili da u inozemstvu pokušaju sa sopstvenom izobrazbom.

## I.

1. Kao mjerilo provjere ustavnopravne ocjene ograničavanja upisa, kako je to već prihvaćeno u pravosuđu i literaturi (...), je mjerodavno pravo svih Nijemaca da slobodno izaberu mjesto obrazovanja, kako je ono zajamčeno u čl. 12 st. 1 Ustava.

Prilikom unošenja ovog prava u Ustav kao i prilikom njegovog prvobitnog tumačenja je u prvom planu stajala zamisao da čl. 12 st. 1 Ustava pojedincu jamči odbrambeno pravo koje bi ga zaštitilo od ograničavanja slobode u obrazovnom sistemu. (...) Ovim je zaista i opisan važan djelimični aspekt zaštite osnovnim pravom koji se, po mogućnosti, mora uzeti u obzir kada kao posljedica iscrpljivanja svih obrazovnih kapaciteta postane neizbježno plansko premještanje kandidata na različite obrazovne ustanove.

U slučaju potpunog iscrpljivanja obrazovnih kapaciteta postaje značajan drugi bitan aspekt prava na slobodan izbor mjesta obrazovanja, koji počiva na uskoj ovisnosti sa pravom na slobodan izbor zanimanja koje je također zajamčeno u čl. 12 st. 1 Ustava. U pravilu je izobrazba prethodni stepen preuzimanja nekog poziva, oboje je integrirajući dio životnog postupka koji je nerazdvojan. S tim u vezi je ranije naglašavano u jurisdikciji Saveznog ustavnog suda uz čl. 12 st. 1 Ustava da upotrebljavani pojmovi izbora i obavljanja zanimanja nisu samo nerazdvojivi i da ne označavaju samo jedinstven kompleks profesionalnog rada kao osnove življenja, nego da pravno uređenje ovakvog djelovanja obuhvata i propise o ranijem obrazovanju za neki poziv (usp. BVerfGE 7, 377 [401], 406]). Iz ove uske uvezanosti je Savezni upravni sud tačno zaključio da ograničenja ne smiju služiti odvratanju od nekog poziva (JZ 1963, s. 657; usp također BVerwGE 6, 13 i 7, 282). Osim toga, ova uzajamna povezanost tjera na izvođenje dodatnog zaključka, naime, da pristup obrazovanju za određena zanimanja – kao kod ljekara – podrazumijeva određeno obrazovanje koje se mora ocjenjivati jednako strogo kao i pretostavke na osnovu kojih se odobrava obavljanje samog zanimanja.

Ustavnopravna zaštita u području obrazovanja se tako ne iscrpljuje u zaštitnoj funkciji od uplitanja javne vlasti, koja se trenutno pripisuje pravima za zaštitu sloboda. Savezni ustavni sud je više puta odlučio, da osnovna prava kao objektivne



norme statuiraju ustrojstvo vrijednosti koje, kao ustavnopravna odluka, važi u svim područjima prava, i da osnovna prava nisu samo odbrambena prava građana u odnosu na državu (BVerfGE 21, 362 [372] sa daljim uputstvima).

Što je moderna država jače orijentirana na socijalno osiguranje i kulturno podsticanje građana, to u odnosu između države i građana, pored izvornog postulata osiguranja slobode posredstvom osnovnih prava, sve više stupa komplementarni zahtjev da se upravo osnovnim pravim zajamči participativno djelovanje državnih organa. Ovakav razvoj se posebno jasno pokazuje u području obrazovanja koje se unatoč uskoj ovisnosti sa izborom zanimanja od njega neprimjetno odmiče: sloboda zanimanja se danas ostvaruje – uz izuzetak posebnog propisa čl. 33 Ustava kojem podliježu javne službe (usp. o tome BVerfGE 7, 377 [398]; 17, 371 [379 i dalje]) – pretežno u području privatnog sistema rada i zanimanja, i ovdje je usmjerena prije svega na osiguranje sopstvenog, samodefiniranog uobličavanja života, dakle na slobodu od prinuda i zabrana u vezi sa izborom i vršenjem zanimanja. Suprotno tome, slobodan izbor mjesta izobrazbe je usmjeren, prema svojoj prirodi, na slobodan pristup ustanovama; pravo na slobodu bi bilo bezvrijedno ako ga ne bi pratila stvarna pretpostavka da se na ovo ima pravo. Prema tome, nacrt okvirnog zakona o visokom školstvu polazi od prava svakog Nijemca da završi studij koji je izabrao ako može dokazati da za studij posjeduje potrebne prethodne kvalifikacije.

Zakonodavac ne može proizvoljno određivati uslove priznavanja ovog prava. Čak ako se načelno ostane pri tome da se u modernoj socijalnoj državi zakonodavcu prepuštaju neutužive odluke da li i u kojoj mjeri on u okviru uslužne državne uprave želi očuvati participativna prava, to se još uvijek mogu iz načela jednakosti u vezi sa čl. 12 st. 1 Ustava i principa socijalne državnosti – ako je država stvorila odgovarajuće obrazovne ustanove – izvesti prava na pristup ovim ustanovama. To posebno važi tamo gdje država – kao u području visokog školstva – za sebe uzima praktični, proizvoljno neprenosiv monopol i gdje je – kao u području obrazovanja za akademske pozive – učešće u državnom djelovanju istovremeno nužna pretpostavka za ostvarenje osnovnih prava. Ovdje u pravnoj i socijalnoj državi koja osigurava slobodu više ne može državnim organima biti prepuštena slobodna odluka da prema sopstvenom shvatanju dobra odredi krug povlaštenih i da jedan dio građana isključi iz privilegiranja, jer će to na kraju dovesti do preusmjeravanja zanimanja. Prevažodno iz toga slijedi da država nudi uslugu, naime, pravo svakom državljaninu koji je zreo za visokoškolski studij da principijelno ravnopravno učestvuje u životnoj šansi koja mu je ovim otvorena. Čl. 12 st. 1 Ustava u vezi sa čl. 3 st. 1 Ustava i principom socijalne države jamči, dakle, državljanima koji su ispunili subjektivne pretpostavke za upis, pravo da se upiše na visokoškolski studij njegovog izbora.

2. Prema raširenom mišljenju, ovakvo pravo upisa treba prema sopstvenoj prirodi, unaprijed i isključivo, biti ograničeno na *postojeće* mogućnosti obrazovanja. Suprotno tome, Upravni sud Hamburg u svom rješenju polazi od obaveze na *proširenje* obrazovnih kapaciteta i iz toga zaključuje, da će određivanje najmanje jednog

apsolutnog numers claususa za brucoše biti dozvoljeno ako istovremeno zakonom bude izričito priznato ispunjavanje ovih obaveza u određenom roku. U oba slučaja su nedovoljna gledišta koja su bitna u predmetnom slučaju za zaštitu osnovnih prava:

Problematika apsolutnog ograničenja upisa je karakterizirana nedovoljnim kapacitetima kako bi se svakom kandidatu koji ima pravo na upis dodijelilo njegovo mjesto za studij. Bude li se ustavnopravni pogled od početka sužavao na participaciju u postojećem, on će promašiti težište problema. Dok u normalnom slučaju socijalnodržavna garancija participacije, naime kod finansijskih privilegiranja, može u izvjesnoj mjeri ublažiti negativne posljedice ograničavanja na postojeća sredstva posredstvom preraspodjela, apsolutni numerus clausus vodi do ekstremnih nejednakosti, da jedan dio kandidata dobija sve, a drugi dio – bar za duži ili kraći period i za dalje životne odluke – ništa. Preraste li broj odbijenih, kao u slučaju medicinskih studija, mnogo više od polovice svih kandidata, prijeti opasnost da se pravo na upis koje je zajamčeno Ustavom nađe u praznom hodu. Zbog ovakvih učinaka se ne može osporiti da se apsolutni numerus clausus kreće ivicom ustavno dopuštenog. Budući da se ovim učincima može samo naknadno, posredstvom proširenja kapaciteta, izići u susret, mora se postaviti pitanje da li iz vrednosnih odluka osnovnih prava i iz uzimanja u obzir monopola izobrazbe slijedi objektivni, socijalnodržavni ustavni nalog da se moraju staviti na raspolaganje zadovoljavajući obrazovni kapaciteti za različita usmjerenja. Ovdje još uvijek ne treba biti odlučeno da li će se na ovo pitanje odgovoriti potvrdno, i da li se iz ovakvog ustavnog naloga, pod posebnim pretpostavkama, može izvesti utuživo individualno pravo građana na otvaranje slobodnih mjesta za studij. Jer, ustavnopravne konsekvence mogu doći u obzir tek kada ustavni nalog bude povrijeđen. Takva povreda se za područje studija medicine trenutno ne može utvrditi:

Iako pravo na participaciju nosi svaki put ograničenje, ono ipak stoji pod pridržavanjem mogućeg u smislu onoga što pojedinac može u razumnim okvirima zahtijevati od zajednice. To prije svega, u okvirima vlastite odgovornosti, mora odrediti zakonodavac koji kod upravljanja vlastitim budžetskim sredstvima mora uzeti u obzir i ostale interese zajednice i prema izričitom propisu čl. 109 st. 2 Ustava mora voditi računa o zahtjevima uravnoteživanja cjelokupne privrede. On odgovara i za odluku o obimu i prioritetima izgradnje visokih škola, pri čemu se mora uvažiti da dogradnja i izgradnja visokoškolskih ustanova prema čl. 91 a Ustava spada u područja koja zajedno provode savezna država i savezne zemlje. Pri donošenju takve odluke će se nadležni organi, s jedne strane, morati orijentirati prema jasnoj tendenciji iznalaženja slobodnih mjesta za studij, koja zbog teškog utvrđivanja stvarnih potreba može zadobiti formu nedopuštenog usmjeravanja zanimanja i provjere potreba, pri čemu bi značenje slobodnog samoodređenja kao konstitutivnog elementa slobodnog društva bilo skraćeno. Na drugoj strani, mogući ustavni nalog ne obavezuje, međutim, da se svakom kandidatu i u svako vrijeme stavi na raspolaganje mjesto za studij koje je on poželio i da se na taj način zahtjevnice investicije u području visokog školstva učine ovisnim isključivo o čestim fluktuacijama i različitim faktorima teško određivih

individualnih zahtjeva. To bi prevazilazilo pogešno shvatanje slobode, pri čemu bi se previdjelo da se individualna sloboda ne može trajno ostvariti ako je odvojena od sposobnosti funkcioniranja i uravnoteženosti cjeline, i da je sa idejom socijalne države nespojiva zamisao o neograničenom subjektivnom pravu na račun cjeline. Ustav je (...) odnos između individue i zajednice odlučio u smislu ljudske vezanosti za zajednicu; pojedinac se zbog toga mora pridržavati onih ograničavanja njegove slobode djelovanja koje je zakonodavac predvidio za održavanje i podsticanje zajedničkog života u opštepodnošljivim granicama, pretpostavljajući da će pri tom ostati zajamčena samostalnost osoba.

Ovakva razmišljanja zadobijaju pravo značenje tek u području garantiranja participacije. Ovdje bi bilo u suprotnosti sa zahtjevom socijalne pravde, koji se konkretizira u načelu jednakosti, kada bi se dopustilo da javna sredstva, koja samo u ograničenom obimu stoje na raspolaganju, budu stavljena na raspolaganje jednom privilegiranom dijelu stanovništva zapostavljajući ostale važne interese zajednice. Zakonodavcu zbog toga ne može biti zabranjeno da se orijentira prema nadolazećoj potrebi za stručnim snagama, ako već ne uspije da individualnu potražnju i opštedruštvene potrebe dovede u sklad posredstvom savjetovanja studenata.

Povreda Ustava nije na vidiku, ako se u obzir uzmu navedena mjerila. Obavezivanje na hitno preduzimanje nužnih mjera u okviru mogućeg, neće osporiti ni jedan od odgovornih u državnih organ. U § 2 Zakona o poticanju visokih škola je izričito predviđeno da savez i zemlje pri ispunjenju zajedničkih zadataka „dogradnje i izgradnje visokih znanstvenih škola“ moraju zajedno djelovati na stvaranju sistema uzajamno ovisnih smjerova, prema broju i veličini visokih škola, kako bi „bila zajamčena zadovoljavajuća i ujednačena ponuda istraživačkih i obrazovnih mjesta“. Što se tiče ispunjenja ove obaveze, prema opštem mišljenju se sadašnje stanje ne može svesti isključivo na objektivne poteškoće, nego i na to da pojačana potražnja, koja je nastala obrazovnom reklamom ne odgovara adekvatnim mjerama dogradnje visokih škola i reformi studija. Već je u prošlosti značajan dio sredstava koja su stajala na raspolaganju iskorišten za izgradnju posebno skupih postrojenja za studij medicine.

Nakon uočavanja poteškoća su poduzimani dodatni naponi na njihovom prevazilaženju, pri čemu valja uputiti na okvirno planiranje prema Zakonu o poticanju visokih škola. Uz ovo, za zemlje Hamburg i Bayern, važi da je udio studenata medicine u cjelini veći nego što je udio u stanovništvu Savezne Republike Njemačke.

3. Ako izričito zakonsko priznanje obaveze da se obrazovni kapaciteti *prošire* unutar odgovarajućeg roka, već prema prethodnim razmišljanjima, ne predstavlja petpostavku dopuštenosti apsolutnog numerus claususa, koja je određena ustavnim pravom, onda se mora hitno zahtijevati da se pristup trenutno postojećim obrazovnim ustanovama smije ograničiti pod strogim formalnopravnim i materijalnopravnim pretpostavkama.

a) Da se može ograničiti pravo kandidata koji raspolažu uslovima za upis na visoke škole, slijedi – ukoliko se ovo pravo oslanja na čl. 12 st. 1 Ustava – upravo iz pridržavanja propisa navedenog u st. 2. Ono obuhvata i pravo slobodnog izbora mjesta obrazovanja, kako to već pokazuje historija nastanka. (...)

Iz upravo rasvjetljene cjelovitosti čl. 12 st. 1 Ustava slijedi, također da se pridržavanje propisa ne odnosi samo na vršenje zanimanja nego se, prema svom osnovu, proteže na izbor zanimanja (tako već BVerfGE 7, 377 [402 i dalje]) i isto tako na izbor mjesta obrazovanja koje prethodi izboru zanimanja. Ako se pravo na studij shvati kao participaciono pravo, njegovo ograničenje slijedi upravo iz toga da participaciona prava – kako je upravo spomenuto – stoje pod rezervom mogućeg i da ih je neophodno regulirati.

b) Tako određena ograničenja u pravu na ograničavanje su ustavnopravno dopuštena samo u formi zakona ili na osnovu zakona. (...)

Ako se ovlaštenje za ovakva ograničavanja izvodi iz pridržavanja propisa u čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava, spomenuta formalna pretpostavka slijedi direktno iz ustavne odredbe. Ako tamo spomenuti propis o vršenju zanimanja mora imati zakonske osnove, onda to tek u punom obimu važi za takva ograničenja slobodnog izbora mjesta izobrazbe koja mogu utjecati na slobodu izbora zanimanja. Shvati li se pravo na upis na postojeće visoke škole kao participativno pravo, ništa drugo ne slijedi ni iz ovog konteksta. Pri tom može ostati otvoreno pitanje da li pravnodržavna načela pridržavanja zakona i zakonitosti državnog djelovanja vrijede u pravilu za upravu koja se upliće, a ne i za uslužnu upravu (usp. o tome BVerfGE 8, 155 [167 i dalje]). Jer, ovdje je pridržavanje zakona potrebno zbog toga što učešće u državnim uslugama predstavlja nužnu pretpostavku za ostvarivanje osnovnih prava. Ovdje zakonodavac mora, kao onaj od čije odluke zavisi obim uslužnih ponuda, sam preuzeti odgovornost kada, zbog nedovoljnog kapaciteta, ograniči krug povlašćenih pristajući tako na teže povrede zahtjeva za jednakim tretmanom.

c) Iz pethodnih razmišljanja u materijalnopravnom pogledu slijedi da se pred apsolutno ograničenje upisa moraju postaviti strogi zahtjevi. Prema tzv. teoriji stepenovanja Saveznog ustavnog suda (usp. BVerfGE 7, 377 [401 i dalje]; 30, 292 [315 i dalje]) je ovlaštenje na reguliranje prema čl. 12 st. 1 Ustava uže ograničeno što se više zadire u slobodu izbora zanimanja. Kako od izbora obrazovanja istovremeno ovisi i izbor kasnijeg zanimanja i budući da apsolutni numerus clausus koji počiva na nedostatku obrazovnih kapaciteta za određeno usmjerenje stoji u rangu objektivne pretpostavke dopuštenosti u smislu teorije stepenovanja (usp. BVerfGE 7, 377 [407 i dalje]), to je dopušteno njegovo određivanje, već prema opštim načelima koji su razvijeni uz čl. 12 st. 1 Ustava, samo radi odbrane od neposredne ili vjerovatne opasnosti po izuzetno važno dobro zajednice i pod pretpostavkom striktnog očuvanja načela srazmjernosti, pri čemu sporedne posljedice – odlazak u druga usmjerenja ili u inozemstvo – moraju također biti uvažena. Posmatra li se iz perspektive zamisli

o participativnim pravima koja se orijentiraju prema načelu jednakosti, postavljaju se još strožiji zahtjevi, jer vrsta graničavanja o kojoj se ovdje govori može značiti raspodjelu životnih šansi.

U pojedinostima je aposlutni numerus klausus za bruoše, prema dosadašnjem iskustvu, ustavan samo ako:

(1) je određen u granicama neophodnog, pod pretpostavkom potpunog iskorištavanja postojećih obrazovnih kapaciteta koji su stvoreni javnim sredstvima (vidi o tome pod II)

i ako

(2) se izbor i raspodijela obavi prema pravednim kriterijima, sa šansom svakog kandidata koji ispunjava pretpostavke visokoškolskog studija i, po mogućnosti, uzimanjem u obzir individualnog izbora mjesta izobrazbe (vidi o tome pod III).

(...)

## **121) BVerfGE 98, 169** **(Arbeitspflicht)** **Obavezni rad**

1. Ustav obavezuje zakonodavca da razvije djelotvoran koncept resocijalizacije i da prema njemu uskladi izvršenje zatvorskih kazni. Pri tom mu je otvoren širok prostor za slobodno uobličavanje.
2. a) Rad u zatvoru, koji je zatvoreniciima određen kao obavezni rad, samo onda predstavlja djelotvorno sredstvo resocijalizacije kada izvršeni rad zadobije primjereno priznanje. Ovakvo priznanje ne mora biti nužno finansijske prirode. Ono, međutim, mora biti podobno da u formi nadoknade koju on može osjetiti približi zatvoreniku važnost redovnog rada u budućem životu na slobodi, za koji on sam snosi odgovornost.
 

b) Zakonski koncept resocijalizacije posredstvom obaveznog rada za koji se dobija isključiva ili djelimična finansijska nadoknada, može doprinijeti resocijalizaciji koju zahtijeva Ustavno pravo, samo ako se zatvoreniku može učiniti razumljivim da visina obeštećenja koja mu pripada u minimalnom iznosu ima smisla kao rad za održavanje života.
3. Čl. 12 st. 3 Ustava ograničava dozvoljeni prinudni rad na ustanove i radna mjesta na kojima izvršni organi preuzimaju javnopravnu odgovornost za zatvorenike koji su im povjereni.

**Presuda Drugog senata od 1. jula 1998.**  
**- 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 i 2 BvL 17/94 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavne tužbe i postupak kontrole normi koje su povezane radi zajedničke odluke se odnose na obim radne obaveze u zatvoru, na određivanje novčane nadoknade za obavljanje dodijeljenog rada i na mjesto zatvorenika i čuvara u sistemu socijalnog osiguranja.

**C.**

**I.**

1. Ustav određuje da se izvršenje zatvorske kazne usmjeri na cilj resocijalizacije. Pojedinačni zatvorenik polaže na osnovu čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava pravo da se udovolji ovom cilju pri provođenju mjera koje ga opterećuju.

Za kaznju lišenja slobode, kod koje državna vlast široko regulira uslove individualnog vođenja života, zahtjev za resocijalizacijom ima posebnu težinu. Savezni ustavni sud je ovu odredbu izveo iz samorazumijevanja pravne zajednice koja u središte svoga uređenja stavlja ljudsko dostojanstvo i koju obavezuje princip socijalne države. Zatvoreniku se treba prenijeti sposobnost i volja da preuzme odgovornosti za vođenje života. On se u budućnosti treba potvrditi u uslovima slobodnog društva kao neko ko ne krši pravo, ko preuzima šanse i prevazilazi rizike. Resocijalizacija služi i zaštititi same zajednice. Ona ima neposredan vlastiti interes da počinitelj ne ponavlja krivična djela i da ponovo ošteti svoje sugrađane i zajednicu (usp. BVerfGE 35, 202 [235] – *Lebach*)...

2. Ustavna pravna odredba resocijalizacije obavezuje sve državne vlasti. Ona je najprije usmjerena na zakonodavstvo, koje ima zadatak da izvršenje zakonskih kazni normativno uobliči (usp. BVerfGE 33, 1 [10 i dalje]). Ona obavezuje zakonodavca da razvije djelotvorne koncepte resocijalizacije i da na tim premisama izgradi izvršenje kazne. Ustavna pravna odredba resocijalizacije je značajna i za upravu i pravosuđe kada oni tumače neodređene pravne pojmove i generalne klauzule ili kada zakonodavac izvršnim organima ostavlja prostor za slobodnu diskrecionu odluku u području pravnih posljedica.

3. Ustavnu pravnu odredbu resocijalizacije zakonodavac ne uspostavlja na osnovu određenog regulacionog koncepta; njemu je za razvoj djelotvornog koncepta otvoren širok prostor za slobodno uobličavanje. On može upotrebom svih spoznaja koje mu stoje na raspolaganju, naime, na područjima antropologije, kriminologije, socijalne terapije i ekonomije, doći do propisa koji – uzimanjem u obzir i troškova –

stoje u rangu hitnosti sa ostalim državnim zadacima (usp. BVerfGE 82, 60 [80]; 90, 107 [116]; 96, 288 [305 i dalje]).

4. Rad u kaznenoj ustanovi, koji je zatvoreniku određen kao obavezni rad, predstavlja učinkovito sredstvo resocijalizacije samo ako na primjeren način bude priznat. To priznanje ne mora biti nužno finansijskog tipa. Ono međutim mora biti podobno da zatvoreniku približi važnost redovnog rada za njegov budući život na slobodi u formi realne prednosti. Samo ako zatvorenik može u tim okvirima smisleno raditi, zakonodavac smije polaziti od toga da se obavezivanjem na rad onemogućuje dalja desocijalizacija zatvorenika i da se on u razvoju radnih sposobnosti i sopstvene ličnosti može osloniti na pozitivan odnos prema radu.

a) Ovdje se zahtjev koji slijedi iz odredbe o resocijalizaciji, da se rad primjereno prizna, postavlja samo za takve zatvorenike kojima je rad ili neko slično zanimanje određen ili dodijeljen ili su obavezani na pomoćnu djelatnost (obavezni rad). Posebi uslovi vrijede za zatvorenike kojima nije dodijeljen rad jer su dobili priliku za zanatsko obrazovanje, profesionalno doškolovanje ili da učestvuju u drugim mjerama doobrazovanja ili doškolovanja (usp. § 37 st. 3 StVollzG), ili da završe osnovnu školu (usp. § 38 StVollzG) ili su zaposleni u radnoterapeutske svrhe (usp. § 37 st. 5 StVollzG).

b) Rad u kaznenoj ustanovi priprema za život na slobodi tek onda ako je priznat u formi novčane nadoknade. Istina nagrada za izvršeni rad može uslijediti na različite načine. Priznanje nije samo monetarni koncept. Moderno društvo je upravo upućeno na drukčije forme priznanja dobrovoljnog rada ili rada koji je naređen. Priznanje, međutim, u cjelini mora biti primjereno. U kaznenoj ustanovi dolaze u obzir, pored ili umjesto plate u novcu, i prikupljanje staža socijalnog osiguranja ili pomoć za smanjenje dugova. Zakonodavac može prilikom uobličavanja izvršenja kazne i priprema za otpust razviti nove forme priznanja obaveznog rada – također uzmanjem u obzir i privatnih inicijativa. On, nadalje, nije spriječen da za primjereno priznanje rada predviti da će zatvorenik radeći – ako se to ne suprostavljaju generalnim ili specijalnim razlozima prevencije – skratiti sopstvenu kaznu („good time“) ili da će je na drugi način olakšati.

5. Zakonski koncept resocijalizacije posredstvom obaveznog rada, koji će biti isključivo ili većim dijelom finansijski nadoknađen, može doprinijeti resocijalizaciji koju nalaže Ustav ako se zatvoreniku visinom obeštećenja u najmanju ruku može učiniti jasnim da ima smisla rad kojim se ostvaruju uslovi za život. Zakonodavac svakako može uračunati tipične uslove kaznene ustanove, posebno njenu odvojenost od tržišta kada regulira šta je primjereno. Određenu ulogu, na pozadini svakog tržišta rada, igraju i troškovi zatvoreničkog rada za poduzetnike i za konkurenciju u drukčijim mogućnostima proizvodnje.

Zbog toga zakonodavac ovdje ima široko područje slobodnog odlučivanja.

b) Odluči li se zakonodavac za sistem finansijskog obeštećenja načelno mu nije onemogućeno da uvede i doprinos za pokrivanje zatvorskih troškova.

Utvrđivanju doprinosa za troškove zatvora (isplate za smještaj i za hranu) se načelno ne suprotstavlja zahtjev za primjerenim finansijskim obeštećenjem. Odredba o resocijalizaciji, u situaciji koja je tipična za zatvorenike, zahtijeva međutim ujednačavanje suprotstavljenih interesa države da se troškovi pokriju i privrednih interesa zatvorenika. Ovo osnažuje takvu zakonsku regulaciju kojom će se visina doprinosa za zatvor utvrditi tako da zatvoreniku ostane izvjesan iznos.

## II.

Unese li zakonodavac u njegov koncept resocijalizacije i predvidi li uz to da zatvorenik mora izvršiti određeni rad, onda prilikom obavezivanja na rad mora poštovati čl. 12 st. 3 Ustava. Ovlaštenje koje je sadržano u ovoj normi ograničava dozvoljeni prinudni rad na ustanove ili na radana mjesta na kojima zatvorska uprava zadržava javnopravnu odgovornost za zatvorenike koji su joj povjereni.

Ustavotvorac je prilikom određivanja ovlaštenja iz čl. 12 st. 3 Ustava polazio od uobičajenih formi rada u kaznenopopravnoj ustanovi. Dalje, moralo bi biti moguće da se kaznena ustanova smisleno uobliči pomoću zapošljavanja, a da se time doprinese i resocijalizaciji zatvorenika. Jer, ne bi trebalo oduzeti zakonske osnove mjerama koje se prakticiraju u tom području, a u prošlosti su se pokazale kao opravdane (usp. BVerfGE 74, 102 [115 i dalje] sa daljim napomenama o nastanku čl. 12 st. 1 i 3 Ustava; usp. također BVerfGE 83, 119 [126 i dalje]).

Iz uobičajene forme rada u zatvoru se može dobiti sadržaj onih izuzetaka koji su povodom zabrane prinudnog rada dopušteni članom 12 st. 3 Ustava. Njihovu pravnodržavnu tradiciju Ustav određuje zahtjevom da zatvorenici rade pod javnopravnom odgovornošću zatvorske uprave i da podliježu njihovom nadzoru. Uobičajenoj slici obaveznog rada ne odgovara „postvarenje” zatvorenika, njihovim prepuštajnjem trećim osobama u svrhu obavljanja rada. (...).

## 122) BVerfGE 102, 197 (Spielbankenkonzession) Koncesija za kockarnice

1. Vođenje javne kockarnice je obavljanje zanimanja u smislu čl. 12 st. 1 Ustava, sve dok ova djelatnost ne bude zakonom zabranjena i dok je otvorena privatnim poduzetnicima.
2. Ograničavanje pristupa ovom pozivu je dopušteno ako se njime slijede važni interesi zajednice i ako je očuvano načelo srazmjernosti.
3. Propisi baden-württemberškog prava o kockarnicama iz 1995. i 1996. povodom vlasništva nad javnim kockarnicama u Baden-Badenu i Konstanzu nisu u skladu sa osnovnim pravom na slobodu izbora zanimanja iz čl. 12 st. 1 Ustava i ništavi su, jer ne poštuju načelo srazmjernosti.



**Rješenje Prvog senata od 19. jula 2000.**  
**- 1 BvR 539/96 -**

OBRASLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba se odnosi na propise baden-württemberškog prava o kockarnicama povodom vlasništva nad javnim kockarnicama.

1. Pravo kockarnica u saveznoj Republici Njemačkoj spada u pravo javnog reda i sigurnosti u koje prema čl. 70 st. 1 Ustava spada u isključivu zakonodavnu nadležnost saveznih zemalja. (...)

Ko organizira javne igre na sreću bez službenog odobrenja ili u ovu svrhu stavlja na raspolaganje odgovarajuće ustanove biće kažnjen prema § 284 StGB na kaznu zatvora ili na novčanu kaznu.

2. U Saveznoj Republici Njemačkoj trenutno postoji 46 javnih kockarnica. Od njih su šest prijavljene kao državna preduzeća Bayern, 25 kao društva čiji osnivački kapital u potpunosti pripada konkretnoj saveznoj zemlji, a ostatak od 15 kockarnica se vodi u privatnom vlasništvu. (...)

I pored toga, privatnim kockarskim preduzećima zbog sužavanja tržišta posredstvom ograničavanja broja legalnih kockarnica, redovno ostaje značajna dobit, koja se procjenjuje na okruglo 20 % bruto-prometa. (...)

**II.**

Apelatni (...) vode – u formi GmbH & Co.KG – kockarnice u Baden-Badenu i Konstanzi. Pri tom se radi o jedinim javnim kockarnicama zemlje Baden - Württemberg u privatnom vlasništvu. Zakonom (ovdje označen kao ÄndG [*Änderungsgesetz*]) Zakon o izmjenama zakona) su zabranjene privatne kockarnice.

**C.**

Apelantova ustavna tužba je (...) dopuštena i osnovana. Oспоравани propisi nisu u skladu sa Ustavom.

**I.**

Ustavnopravno mjerilo provjere predstavlja osnovno pravo iz čl. 12 st. 1 Ustava (...)

Uplitanja u ovo pravo su dopuštena samo prema čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava koji važi i za mjere u pogledu slobode izbora zanimanja (usp. BVerfGE 7, 377 [399 i dalje]; 86, 28 [40]), i dopuštene su na osnovu zakonskog propisa koji je u skladu sa ustavnim zahtjevom u pogledu zakona koji ograničavaju osnovna prava. To je slučaj kada je sporna norma donešena u skladu sa raspodjelom nadležnosti, kada je

opravdana opštim dobrom o kojem vode računa vrsta spornog djelovanja i intenzitet uplitanja i kada odgovara načelu srazmjernosti (usp. BVerfGE 95, 193 [214]).

## II.

Zakon nije u skladu sa navedenim uslovima.

1. On ima za posljedicu da se za vođenje kockarnice u Baden-Badenu i Konstanzu prema § 1 st. 3 SpBG ([*Spielbankengesetz*] Zakon o kockarnicama) smije dodijeliti dozvola preduzećima u pravnoj formi privatnog prava čije udjele neposredno ili posredno drži zemlja Baden-Württemberg. (...)

a) Ovim je dotaknuta sloboda izbora zanimanja, a time i područje koje je zaštićeno čl. 12 st. 1 Ustava, od čega je s punim pravom polazio i zemaljski zakonodavac. Vođenje javne kockarnice je obavljanje zanimanja, sve dok je takva djelatnost zakonom dopuštena i pristupačna privatnim poduzetnicima (usp. također BVerwGE 96, 302). Ono je prema prirodi posla vezano za duži vremenski period i u tom smislu predstavlja trajno zanimanje. Rad u području kockarnica služi ostvarenju dobiti koja može biti iskorištena za stvaranje i održavanje osnova života. Ovim su ispunjene osobine ustavnopravnog pojma zanimanja. (...)

b) Sporni zakon (ÄndG) zahvata također u ovo područje. Poduzetnici koji (...) privatno rade, nemaju ubuduće šanse da dobiju odobrenje za vođenje kockarnica u Baden-Badenu i Konstanzu. S obzirom da pristup pozivu poduzetnika s kockarnicama nije učinjen ovisnim o kvalifikacijama ili drugim kriterijumima na koje bi kandidati mogli utjecati u svrhu dobijanja dozvole, to djeluje kao objektivna pretpostavka za odobravanje određenog zanimanja (usp. BVerfGE 7, 377 [406]; 11, 168 [183]).

Ovakve vrste ograničenja osnovnog prava su prema jurisdikciji Saveznog ustavnog suda općenito dopuštene, ako su neophodne radi odbrane nekog važnog dobra zajednice od očigledne ili visoko vjerovatne opasnosti (usp. BVerfGE 7, 377 [408]; 11, 168 [183]). Tako određena, visoka zaštita osnovnog prava važi, međutim, samo za zanimanja koja, prema načinu i mogućnosti, da se takvo zanimanje obavlja nisu karakterizirana posebnim osobinama. U slučaju poduzetnika s kockarnicama se ne radi o takvom zanimanju. Ono pokazuje specifičnosti koje utječu na provjeru osnovnog prava. Vođenje kockarnice je, po sebi, nepoželjna djelatnost, koju država odobrava kako bi onemogućila ilegalne igre na sreću, kako bi stvorila mogućnosti da se pod državnim nadzorom oslobodi kockarski nagon, a time i zaštitila prirodna kockarska strast od svake eksploatacije (usp. BVerfGE 28, 119 [148]). Pri tom je broj dozvoljenih kockarnica, trenutno, u bitnoj mjeri ograničen na ustavno nesporan način. (...)

Kada država smije zahvatati u pravo slobodnog izbora zanimanja poduzetnika s kockarnicama, pod pretpostavkom da je to nužno za zaštitu izuzetno važnih dobara zajednice i za odbranu od teških opasnosti koje joj prijete, ne vodi se dovoljno računa o upravo ovoj osobenosti „tržišta“ kockarnica. Ograničenost tržišta i specifičnost predmeta poslovnog djelovanja zahtijevaju da se državnom zakonodavcu ostavi širi

prostor reguliranja i uobličavanja. Zbog toga je dovoljno, a u interesu djelotvorne zaštite osnovnog prava je i neophodno, da se ograničavanje obavljanja ovog poziva učini ovisnim samo o namjeranim ograničenjima koja bi u pojedinačnom slučaju slijedila interes opšteg dobra. Ali i za takva ograničavanja je neophodno poštovanje načela srazmjernosti.

c) Prema ovim mjerilima nije moguće Ustavnim pravom opravdati ÄndG.

aa) Propis je u svakom slučaju donešen u skladu sa nadležnostima (usp. BVerfGE 28, 119 [144 i dalje]). On također služi važnim ciljevima zajednice. Prema obrazloženju uz Nacr ÄndG namjeravano je efektuiranje zaštite od opasnosti koje prijete narodu i učesnicima u javnim igrama na sreću, posredstvom stvaranja obuhvatne i intenzivne mogućnosti informacija, kontrole i utjecaja. (...)

Sa ÄndG se, prema obrazloženju zakona, osim toga, nastojalo iscrpiti, u što je moguće većoj mjeri, prihode kockarnica i to za potrebe javnog sektora, kako bi se dobit od igara upotrijebila, ako je moguće u cjelini, u korist zajednice. (...)

bb) Oспоравни propis ne zadovoljava, međutim, zahtjeve načela srazmjernosti.

(1) Propis je podoban za ostvarivanje spomenutih ciljeva u kockarnicama iz Baden-Badenu i Konstanze. (...)

Zakon međutim nije potreban za dostizanje cilja, da se prihodi kockarnica u Baden-Badenu i Konstanzi iskoriste kako bi bili upotrebljeni za opšte potrebe. Umjesto apsolutne zabrane pristupa poduzetnicima sa kockarnicama u privatnom vlasništvu, bilo je drukčijih sredstava koja su na isti način bila podobna za postizanje ovog cilja, ali bi vlasnike spomenutih preduzeća manje opterećivali (usp. BVerfGE 83, 1 [18]). Moguće bi npr. bilo da se odliv dobiti podigne do one mjere pod kojom bi se, pod pretpostavkom očuvanja nužnog udjela u bruto prometu od igara na sreću, prema načelima ekonomičnosti za privredni opstanak svake kockarnice, dostigla mjera koja obezbjeđuje pravednu raspodjelu, koju je zakonodavac htio uvesti. Na raspolaganju su stajala i druga sredstva koja bi donosila manja opterećenja. Tako je npr. moglo biti provjereno da li je željeni efekt iscrpljivanja prihoda sam ili u kombinaciji sa odlivom dobiti koja je kasnije ostvarena mogao biti dostignut propisom prema kojem bi dozvola za kockarnice bila licitirana najpovoljnijem kandidatu koji bi ponudio najbolje uslove – u datim slučaju s obzirom na dobit koja bi ovako bila usmjeravana.

S obzirom na zakonski cilj odbrane od opasnosti ne može se načelno dati saglasnost na potrebnost osporavanog propisa. Zakonodavcu je kod ograničavanja osnovnih prava ovakvog tipa, na što je zemaljska Valda tačno uputila, ostavljen na raspolaganje prostor slobodne procjene i prognoziranja. On ima na raspolaganju, posebno s obzirom na vrednovanje i izbor mjera koje se uzimaju u obzir za namjeravani propis, širok prostor diskrecionog odlučivanja koji se proteže i na kasniji učinak zakonskog normiranja. Kao posljedica ovakve diskrecione prerogative se mjere, koje zakonodavac smatra potrebnim za zaštitu važnog dobra zajednice, kao što je to odbrana od opasnosti koje

su povezane sa poslovanjem i posjetama javnim kockarnicama, mogu ustavnopravno osporavati ako se na osnovu činjenica koje su poznate zakonodavcu i prikupljenog iskustva može utvrditi da ograničenja, koja dolaze u obzir kao alternative, obećavaju isti učinak, a pogođenog utoliko manje opterećuju.

To ne može sa sigurnošću biti utvrđeno za rad kockarnica u Baden-Badenu i Konstanzi. (...)

(...) ne može se jednoznačno isključiti, da će kontrole kockarnica i prigušivanje kockarske strasti biti efektivnije ako kockarnice u Baden-Badenu i Konstanzi ubuduće budu vođene u državnom vlasništvu.

Ne može se dokazati, s obzirom na suprotna iskustva, tačnost očekivanja da će interne državne kontrole vlastitih kockarnica, pod pretpostavkom opšte kontrole budžeta i opštedruštvenih kontrolnih ingerencija i ovlaštenja, biti efektivnije od eksternih kontrola preduzeća u privatnom vlasništvu. Isto važi otprilike za pretpostavku da će uredbe o igrama na sreću u državnim kockarnicama biti bolje stavljene u službu odbrane od opasnosti nego u privatnim kockarnicama, tako što će npr. biti postavljene niže granice za ulog u igri ili će kockarnice biti podvrgnute strožijim personalnim ili vremenskim ograničenjima. Konačno, reklama za kockarnice u Baden-Badenu i Konstanzi bi u situaciji državnog vlasništva mogla biti jače orijentiran na suštinu, ako ne bi bila usmjerena samo prema ostvarenju većeg prometa nego i na informiranje o predmetu u pogledu načina funkcioniranja svake kockarnice, čime bi poslužila usmjeravanju kockarske strasti prema opštem dobru. U ovim okolnostima zemaljski zakonodavac može polaziti od toga da će osporavanim propisima poboljšati mjere za sprečavanje onih opasnosti koje obavezno idu sa vođenjem jedne kockarnice.

(3) Čl. 1 ÄndG nije, međutim, srazmjeran u užem smislu u mjeri u kojoj se oslanja na procjene politike uspostavljanja reda, zbog dalekosežnih posljedica po poduzetnike koji ne ispunjavaju zahtjeve iz § 1 st. 3 SpBG. Nije očuvana granica podnošljivosti prilikom opšteg upoređivanja težine uplitanja i značaja razloga koji ga opravdavaju (usp. o tome BVerfGE 75, 284 [298] sa daljim napomenama).

Zahvatanje u slobodan izbor zanimanja posredstvom ÄndG je teško. (...)

Težina i dubina zadiranja u osnovno pravo slijedi iz posljedica prema kojima vodi zakon. Ovaj propis za ubuduće sprečava svakog ko u Baden-Badenu i Konstanzi želi voditi javnu kockarnicu u privatnom vlasništvu da izaber i obavlja zanimanje poduzetnika sa kockarnicama, jer mu je već ovim oduzeta šansa da se kandidira za obavljanje ovog poziva, čak i ako bi to bilo u konkurenciji sa državnim preduzećem, ili preduzećem koje je sasvim ili djelimično vođeno u državnom vlasništvu. Neprimjereno je potpuno isključenje takve šanse, s obzirom na okolnost da su privatne kockarnice u Baden-Württembergu, vođene bez ikakvih primjedbi, moglo bi se reći uzorno, dakle, nisu postojale negativne okolnosti i nepravilnosti koje su izazivale opasnosti koje stoje u vezi sa poslovanjem kockarnice (...).

(...) težina uplitanja koja pogađa pojedince nije odmjerena u odnosu na željeno poboljšanje odbrane od opasnosti. Ovo poboljšanje nije toliko efektivno i ne obećava takav uspjeh da bi se ujednačilo sa težinom zadiranja u osnovno pravo tako da da bi time moglo bilo opravdano (...)

## **123) BVerfGE 115, 276** (Sportwetten) **Sportsko klađenje**

Državni monopol nad sportskim kladionicama je spojiv sa osnovnim pravom na slobodu zanimanja iz čl. 12 st. 1 Ustava samo ako je konsekventno usmjeren na savladavanje opasnosti koje dolaze od ovisnosti.

### **Presuda Prvog senata od 28. marta 2006.** **- 1 BvR 1054/01 -**

OBRAZLOŽENJE:

#### **A.**

Ustavna tužba se odnosi na organiziranje i prenošenje sportskog klađenja u kojem se organizator prema pojedinačnom učesniku obavezuje da u slučaju tačne prognoze nekog budućeg sportskog događaja isplati višestruk ulog sa utvrđenom dobitničkom kvotom.

(...)

#### **C.**

Ustavna tužba je djelimično osnovana.

#### **I.**

Bavarski Zakon o državnoj lutriji od 29. aprila 1999. nije u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava zato što na pozadini § 284 StGB omogućuje da Slobodna Država Bayern održava sportske kladionice i da izvršava Zakon preko državne lutrije ili pravnog lica privatnog prava, čiji je opšti osnivač Slobodna Država Bayern, iako istovremeno ne postoje odgovarajući zakonski propisi o materijalnom i strukturnom osiguranju radi dostizanja ciljeva koji se ovim hoće postići, a posebno usmjeravanja ponude prema ograničavanju i savladavanju ovisnosti i problematičnog držanja kockara.

1. Ustavnopravno mjerilo za provjeru je u prvoj linij osnovno pravo na slobodan izbor zanimanja iz čl. 12 st. 1 Ustava.

a) Čl 12 st. 1 Ustava pored slobodnog obavljanja zanimanja štiti i pravo da se

neko zanimanje slobodno izabere. Pod zanimanjem se razumijeva svaka djelatnost koja je usmjerena prema zaradi, koja je trajnog karaktera i služi stvaranju ili održavanju osnova života. Ovoj pretpostavci odgovaraju jednako organiziranje i posredovanje u sportskom kladenju, čime ova djelatnost kao zanimanje stoji pod zaštitom osnovnog prava na slobodu zanimanja iz čl. 12 st. 1 Ustava.

b) Sa kvalifikacijom zanimanja u smislu čl. 12 st. 1 Ustava nije u suprotnosti to što je ova djelatnost, prema shvatanju koje se zastupa u osporavanoj odluci, zakonski zabranjena i što je u Bayernu samo državi ostavljena mogućnost da nudi kladenje.

aa) Zaštita posredstvom osnovnog prava slobode zanimanja nije uskraćena za onu djelatnost koja načelno ispunjava osobine pojma zanimanje samom činjenicom da zakon zabranjuje vršenje ove djelatnosti. Ograničenje područja zaštite čl. 12 st. 1 Ustava je moguće, prevashodno u tom smislu, da ono obuhvata samo dozvoljenu djelatnost (usp. BVerfGE 7, 377 [397]) i dolazi u obzir u pogledu djelatnosti koje se prema svojoj suštini mogu posmatrati kao zabranjene, zato što na osnovu štetnosti po zajednicu naprosto ne mogu računati na zaštitu osnovnog prava na slobodu zanimanja. To nije slučaj kod privatno organiziranih kladionica i kladenja koje ne organizira Bayern, čak i ako se za isključivo državnu organizaciju kladenja navede kao obrazloženje, da je iskorištavanje prirodne strasti naroda da se kladi i kocka u privatne svrhe i u svrhe ostvarivanja dobiti socijalno nepoželjno. (...)

bb) Kod organiziranja i posredovanja u sportskom kladenju se, isto tako, ne radi o djelatnostima koje su pristupačne isključivo državnoj vlasti i samo su za nju rezervirane. Neovisno o pitanju da li na taj način čl. 12 st. 1 Ustava može biti isključen kao mjerilo provjere (usp. BVerfGE 41, 204 [218]), još uvijek ne slijedi iz monopoliziranja organizacije i provođenja lutrije i kladenja, prema (...) Zakonu o državnoj lutriji Bayerna, da odnosna djelatnost, kao takva, nije pristupačna privatnicima da se njome bave u smislu zanimanja. U prilog suprotnom rješenju govori opet Zakon o kladenju na konjskim trkama i o lutriji. On kladenje na konje privatnih konjičkih klubova i knjiških izdavača podvrgava zakonskom propisu, iako za njih nije predvidio neki javnopravni zadatak. (...)

Državni monopol na kladenje u Bayernu predstavlja uplitanje u apelantovu slobodu zanimanja i treba ga opravdati zato što isključuje organizaciju privatnog kladenja u privredne svrhe privatnih poduzetnika, kao i što isključuje posredovanje u opkladama.

(...)

3. Ovakvo uplitanje nije ustavnopravno opravdano u pogledu trenutno uobličene monopol na kladenje u Bayernu.

a) Uplitanja u osnovno pravo slobode zanimanja su prema čl. 12 st. 1 rečenica

2 Ustava, koji važi i za mjer koje se odnose na slobodu izbora zanimanja (usp. BVerfGE 7, 377 [399 i dalje]; 86, 28 [40]), dopuštene samo na osnovu zakonskog propisa koji je u skladu sa ustavnim zahtjevom u pogledu zakona koji ograničavaju osnovna prava. To je slučaj sa normama koje su donesene u skladu sa propisima o nadležnostima, koje vode računa o vrsti djelatnosti i razlozima opšteg dobra koji opravdavaju odgovarajući intenzitet uplitanja i koji su u skladu sa načelom srazmjernosti.

c) Državni monopol nad klađenjem koji postoji u Bayernu opravdavaju legitimni ciljevi opšteg dobra zajednice. Ipak, ne opravdavaju svi navedeni ciljevi, kojima se obrazlaže monopoliziranje klađenja, ograničenje slobode zanimanja.

aa) Glavna svrha uspostavljanja državnog monopola nad klađenjem i namjeravano ograničenje i uređenje opklada jeste odvratanje od zavisnosti o kocki i klađenju. Pri tom se radi o posebno važnom cilju opšteg dobra. Prema sadašnjem stanju znanosti smatra se nespornim da igre na sreću i klađenje vode do bolesne ovisnosti. (...) sprečavanje i odbrana od ovisnosti je u svakom slučaju važan cilj od opšteg dobra, jer ovisnost o kocki ne vodi samo do negativnih posljedica po pogođenog nego može pogoditi i njegovu porodicu i zajednicu. (...)

bb) Ostali legitimni ciljevi su zaštita igrača od prevara kojima ih mogu izložiti kladionička društva i šira zaštita potrošača koja ovdje stoji u uskoj vezi sa reklamom koja može djelovati zbunjujuće.

cc) Legitiman cilj državnog monopoliziranja klađenja je, osim toga, odbrana od opasnosti koje dolaze od kriminala koji slijedi iz klađenja ili je s njim povezan. Kako poseban potencijal na zaštiti ima sportsko klađenje, od njega i polazi tipična opasnost da će ovisnici finansirati sopstvenu ovisnost o kriminalnim djelima. Zbog visokog profita koji se stiće sportskim klađenjem nije isključeno uskakanje organiziranog kriminala. Posebna opasnost koja je povezana sa klađenjem u čvrstim kvotama postoji, konačno, u formi popratnog kriminala u sportskim prevarama.

dd) U odnosu na sve ovo kao razlozi za opravdanje državnog monopola u klađenju otpadaju fiskalni interesi. Jedan od ciljeva državnog monopola nad klađenjem je osiguranje da značajan dio prihoda od opklada bude upotrijebljen za potporne svrhe ili za poreske olakšice (...). Iscrpljivanje sredstava je, međutim, opravdano samo kao put za borbu protiv ovisnosti i kao posljedica iz javnog sistema monopola, ali ne i kao samostalan cilj (...).

d) Uspostavljanje državnog monopola nad klađenjem pomoću zakona, načelno predstavlja pogodno sredstvo za dostizanje legitimnog cilja. Jedno sredstvo je u ustavnopravnom smislu podobno kada uz njegovu pomoć može biti postignut željeni cilj, pri čemu je dovoljno da postoji mogućnost za dostizanje cilja. Samo je nadležnost zakonodavca da uzimanjem u obzir stvarnih zakonitosti odnosnog područja odluči koje mjere u interesu opšteg dobra želi primijeniti.

aa) Prema ovom mjerilu se načelno ništa ne može prigovoriti zakonodavčevoj pretpostavci da je uspostavljanje državnog monopola nad klađenjem podobno sredstvo da se otklone opasnosti koje su povezane sa klađenjem.

e) Zakonodavac, isto tako, smije polaziti od potrebnosti monopoliziranja klađenja.

aa) On pri procjeni potrebnosti raspolaže isto tako širokim prostorom slobodnog rasuđivanja i prognoze. Na osnovu takve prerogative mogu Ustavnim pravom biti osporavane mjere koje zakonodavac smatra potrebnim za zaštitu važnog dobra zajednice, kao što je odbrana od opasnosti koje su povezane sa organiziranjem i posredovanjem igara na sreću, samo ako se prema činjenicama koje su poznate zakonodavcu, i s obzirom na ranije iskustvo može utvrditi, da ograničenja koja dolaze u obzir kao alternative obećavaju isti učinak, da pogođenog, prema tome, manje opterećuju.

bb) Prema takvim mjerilima se ustavnopravno ne može ništa prigovoriti procjeni potrebnosti zakonodavčevog monopoliziranja opklada.

f) Državni monopol nad kladionicama uspostavljen u Bayernu predstavlja, međutim, s obzirom na svoju sadašnju zakonsku i stvarnu formu, nesrazmjerno uplitanje u slobodu zanimanja. Isključivanje građanina – pod prijetnjom kazne – koji je u području kladionica zainteresiran za odgovarajuću privrednu djelatnost je podnošljivo samo ako monopoliziranje klađenja u svom konkretnom obliku služi sprečavanju i odbrani od ovisnosti o kocki i od problematičnog ponašanja igrača.

Sportska kladionica ODDSET koja je otvorena u okviru monopoliziranog klađenja nije, međutim, konsekvantno orijentirana prema cilju ograničenja kockarske strasti i obuzdavanja kockarske ovisnosti. Zakon o državnoj lutriji ne sadrži odgovarajuće materijalnopravne propise i strukturalna osiguranja koja ovo jamče na odgovarajući način. Manjkavosti koje postoje u konkretnom obliku ODDSET-a ne predstavljaju samo deficit u pogledu običnog prava. U tome se prvenstveno pokazuje odgovarajući deficit samog reguliranja. (...)

2. Zakonodavac je ustavnopravno obavezan da područje sportskog klađenja ponovo regulira uzimanjem uobzir mogućnosti da ga samostalno pravopolitički uobliči. Ako zakonodavac želi da ostane pri državnom monopolu nad klađenjem, on to mora konsekvantno usmjeriti prema cilju savladavanja ovisnosti o klađenju i ograničavanju kladioničarske strasti. Pri tom se pred ustavnopravno uobličavanje monopola nad kladionicama postavljaju materijalnopravni i organizacionopravni zahtjevi. Obaveza je zakonodavca da ih provede ili pojedinačno ili u cjelini.

U sadržajne zahtjeve spada vrsta i način sportskog klađenja kao i navodi o ograničavanju njegove prodaje.



Reklama se radi održavanja cilja mora ograničiti na sprečavanje podsticanja i mora nuditi legalne mogućnosti koje će se odnositi na informaciju i objašnjenje o mogućnostima kladenja.

Pojedinačne odrebe se moraju usmjeriti prema zahtjevu da se ukloni ovisnost, a time i da se zaštite učesnici igara na sreću, između ostalog, i mjerama kakve su samoisključenje. Potrebne su mjere za odbranu od ovisnosti koje prevazilaze običnu raspodjelu informacionog materijala.

Putevi poslovanja se moraju izabrati tako da bude iskorištena mogućnost realizacije zaštite igrača i omladine. Povezivanje mogućnosti kladenja sa televizijskim prenosima sportskih događaja će posebno biti u suprotnosti sa ciljem uklanjanja ovisnost o igrama na sreću i pojačaće rizike koji su povezani sa kladenjem. Konačno, zakonodavac je u obavezi da uvođenjem kontrolnih instanci obezbijedi postojanje zadovoljavajućih distanci u odnosu na fiskalne interese države.

## **124) BVerfGE 105, 252** (Glykol) **Glikol**

1. Državne informacije koje se odnose na tržište ne ugrožavaju područje zaštite pogođenog kandidata iz čl. 12 st. 1 Ustava, ukoliko utjecaj na faktore koji su bitni za tržište uslijedi prema mjerilu pravnih zahtjeva tako da se ne izobliče tržišni odnosi. Pri tom su od ustavnopravnog značaja postojanje državnog zadatka i poštovanje nadležnosti kao i uvažavanje zahtjeva tačnosti informacija i njihove veze za stvarnošću.
2. Savezna vlada je na osnovu njenog zadatka da vodi državu ovlaštena da štiti informacije svuda gdje se pojavljuje njena odgovornost za cijelinu države, a može biti ostvarena uz pomoć informacija.

**Rješenje Provg senata od 26. juna 2002.**  
**- 1 BvR 558/91 -**

IZREKA:

Ustavne tužbe se odbijaju.

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavne tužbe koje su povezane radi zajedničke odluke se odnose na pitanje, da li su osnovna prava apelanata koji vode vinski podrum povrijeđena time što je Savezni

ministar za omladinu, porodicu i zdravlje izdao i objavio listu vina i drugih proizvoda – imenujući i ovaj podrum – u kojima je pronađen dietilenglikol (u nastavku DEG). (...).

### C.

Ustavne tužbe su neosnovane. Objavljivanje liste sa vinima koji sadrže DEG i osporavane sudske odluke ne povređuju apelatne u njihovom osnovnom pravu iz čl. 12 st. 1 rečenica 1, čl. 14 st. 1 rečenica 1, čl. 3 st. 1 i čl. 2 st. 1 Ustava.

### I.

Apelanti nisu ugorženi u svom osnovnom pravu iz čl. 12 st. 1 Ustava. (...)

U postojećem privrednom uređenju pravo na slobodu iz čl. 12 st. 1 Ustava se posebno odnosi na poslovno ponašanje pojedinih osoba ili preduzeća (usp. BVerfGE 32, 311 [317]). Osnovno pravo, međutim, ne štiti od širenja tačnih i kompetentnih informacija koje mogu biti od značaja za tržišnu konkurenciju, čak i ako njihovi sadržaji negativno utječu na pojedinačno pozicioniranje na tržištu. Savezna vlada se međutim mora pridržavati pravnih okvira prilikom rada sa informacijama. (...).

Garancija osnovnog prava ne obuhvata zaštitu od upliva na faktore koji utječu na konkurenciju. Osnovno pravo ne obuhvata pravo na uspjeh u konkurenciji i pravo na osiguranje budućih mogućnosti poslovanja (usp. BVerfGE 24, 236 [251]; 34, 252 [256]). Pozicije u konkurenciji, a time i promet i dobit podliježu prevashodno riziku tekućih promjena, ovisno o situaciji na tržištu.

b) Poduzetnik se na tržištu izlaže komunikaciji, a time i kritici povodom kvaliteta njegovih proizvoda. (...)

Čl. 12 st. 1 Ustava ne obezbjeđuje poduzetniku pravo da ga drugi predstavljaju samo onako kako bi on sam sebe želio vidjeti ili kako on vidi sebe i svoje proizvode. (...)

c) Osnov za sposobnost konkuriranja na tržištu predstavlja visoka mjera informacija učesnika na tržištu o faktorima koji su relevantni. Tek informiranost učesnika tržišta omogućuje odluku o uslovima tržišnog djelovanja koja je orijentirana prema vlastitim interesima, posebno o ponudi i potražnji dobara i usluga. Raspoloživost odgovarajućih informacija posredno služi i kvalitetu i raznolikosti proizvoda koji se nude na tržištu.

(...) U svakom slučaju, tržište kao ustanova ne garantira da će uvijek postojati određen ili čak visok nivo informiranosti. Informacije koje su raspoložive na tržištu u pravilu nisu potpune. Možda se takve informacije šire na selektivan način. Isto tako, nemaju sve informacije sa tržišta dobre pretpostavke da ih njihovi adresati preuzmu i obrade. Funkcioniranje tržišta će biti podstaknuto ako u takvim situacijama dodatne, u datom slučaju državne, informacije stvore protivtežu ili ako informativna nadmoć pojedinih učesnika na tržištu bude ujednačena. (...)

e) Državne informacije koje se odnose na tržište ne ugrožavaju područje zaštite osnovnog prava pogođenog konkurenta sve dok utjecaj na faktore koji su bitni za tržišnu konkurenciju ne kvari tržišne odnose i dok je državno informiranje u skladu sa pravnim zahtjevima. Ustavnopravno su bitni postojanje državnog zadatka i pridržavanje raspodjele nadležnosti (aa) kao i poštovanje zahtjeva da informacije budu tačne i da se odnose na stvarne događaje (bb).

(1) Ako Vlada ili uprava mogu obavljati svoj zadatak posredstvom javnih informacija, onda u dodjeli zadatka postoji ovlaštenje za rad sa informacijama.

Upravo je to slučaj sa vladom koja vodi državu. Ovaj zadatak je usmjeren prema zadobijanje političke legitimacije koja je važna u demokratiji i obuhvata sudjelovanje i ispunjenje konkretnih javnih zadataka izvan djelatnosti administracije. Vođenje države se ne obavlja samo sredstvima zakonodavstva i djelovanjem koje je usmjereno na izvršenje zakona, nego i stavljanjem informacija na raspolaganje javnosti. (...)

Vođenje države u ovom smislu ne obuhvata samo zadatak da blagovremenim javnim informacijama spriječi konflikte u državi i društvu, nego i da se na ovaj način suprotstavi novim izazovima koji nastupaju zakratko, da kompetetno i brzo reagira na krize kao i da pomogne građanima u orijentaciji. Aktualna krize u području agrara i životnih namirnica su konkretno pokazale koliko su važne vladine informacije za prevazilaženje napete situacije, zbog toga što su javno dostupne i štio počivaju na autoritetu vlade. Ako bi se vlada izvukla iz obaveze da građanima objašnjajima, savjetovajima i preporukama kako da se drže, omogući orijentaciju i da se na ovaj način ograniči na zakonodavnu inicijativu ili da čeka na administrativne mjere drugih državnih organa, nedostajao bi jedan važan element brzog i efektivnog savladavanja krize koji je usmjeren na neznatno ugrožavanje trećih. Čutanje vlade bi uostalom mnogi građani ocijenili kao zakazivanje. To može voditi do gubitka legitimacije.

(2) I kod rada sa informacijama se mora poštovati ustavna raspodjela nadležnosti. Na nivou savezne države nadležnost slijedi iz čl. 65 Ustava za odnos između Saveznog kancelara, saveznih ministara i Savezne vlade kao kolegijuma. Izvan toga se mora poštovati federalna raspodjela kompetencija između savezne države i saveznih zemalja (usp. BVerfGE 44, 125 [249]). Pri tom odluka o vezanoj nadležnosti zavisi od toga da li informacioni zadatak koji svaki put treba ispuniti pripada državi ili zemljama ili, pak, postoje paralelne nadležnosti.

Zadatak vođenja države i informacioni rad Savezne vlade, koji je sastavni dio vođenja, je izraz njene odgovornosti za cjelinu države. Za nadležnost Vlade da vodi državu ne postoji, za razliku od nadležnosti zakonodavca i uprave, izričita odredba u Ustavu. Ustav, međutim, prećutno polazi od odgovarajućih nadležnosti, tako npr. u normama o obrazovanju i zadacima Savezne vlade (čl. 62 i dalje Ustava) ili o obavezi savezne vlade da informira Bundestag i njegove komisije; isto vrijedi za obavezu Vlade i njenih članova da stoje na raspolaganju Bundestagu sa odgovorom na sva pitanja i da pribave informacije predstavnicima u parlamentu koje su im potrebne za vršenje

njihovog mandata (usp. o posljednjem BVerfGE 13, 123 [125 i dalje]; 57, 1 [5]; 67, 100 [129]). Savezna vlada je ovlaštena da informira u svim područjima u kojima joj pripada odgovornost za vođenje cijele države, a koja može biti ispunjena uz pomoć informiranja. Stajališta za takvu odgovornost se mogu dobiti iz ostalih propisa o nadležnostima, naprimjer onih o zakonodavstvu i to neovisno o svakoj zakonodavnoj inicijativi.

Savezna država ima pravo da vodi cijelu državu kada događaji zbog svog odnosa prema inozemstvu ili zbog značaja za više saveznih zemalja dobijaju vanregionalni karakter i ako informacijski rad Vlade na državnom teritoriju zahtijeva efektivno savladavanje problema. U takvim slučajevima može savezna vlada poduzeti konkretnu mjeru, predstaviti je parlamentu i javnosti i ako je potrebno za savladavanje problema smije objavljivati preporuke i upozorenja.

Sa ovakvim pravom Savezne vlade da radi na informiranju Ustav donosi u odnosu na savezne zemlje nešto drukčiju regulativu nego što je to propis u smislu čl. 30 Ustava. Nisu za rad na informiranju Savezne vlade mjerodavni čl. 83 i dalje. Djelatnost Vlade nije uprava u smislu ove norme. Savezna vlada nema pravo da izvršava zakone administrativnim mjerama. Zbog toga rad na informiranju Savezne vlade nije dodatknut propisima koji (zahtijevaju da upravne službe u okviru izvršavanja zakona informiraju i upozoravaju javnost (kako je to slučaj sa § 69 st. 4 Zakona o medikamentima [...] ili sa § 6 Zakona o sigurnosti aparata).

Kompetencija na informiranje Savezne vlade ne završava tamo gdje za savladavanje krize dodatno dolazi u obzir djelovanje državnih organa koji imaju povezane kompetencije, npr. jedne vlade savezne zemlje u okviru izvršavanja njenih vlastitih zadataka na vođenju savezne zemlje ili upravne kompetencije u okviru policijske odbrane od opasnosti. Ovaj cilj bi moglo biti promašen ako bi se informaciona djelatnost Savezne vlade koncentrirala na sve ostalo što je važno za savladavanje krize, ali ne i na upozoravanje da postoje okolnosti koje prikrivaju određene opasnosti. Kompletnost jedne informacije je važan element njene vjerodostojnosti. Informiranje posredstvom Savezne vlade, koje prevazilazi nadležnosti koje su primjerene problemu, i u datom slučaju, nadležnosti drugih organa, je neproblematično iz perspektive federalne raspodjele nadležnosti budući da ovakav rad na informiranju ne isključuje zemaljsku Vladu iz područja njene odgovornosti niti onemogućuje upravne službe da ispunjavaju njihove administrativne zadatke.

bb) Čl. 12 st. 1 Ustava ne pruža zaštitu pred prenošenjem informacija koje su sadržajno tačne i formulirane u skladu sa zahtjevom kompetentnosti kao i sa primjerenom suzdržanošću.

Sadržajna tačnost jedne informacije je načelna pretpostavka podsticanja preglednosti tržišta. Nosilac državne vlasti može biti ovlašten da pod posebnom pretpostavkom prenosi informacije i onda kada njihova tačnost nije definitivno razjašnjena. U takvim slučajevima zakonitost informacija zavisi od toga da li je činjenično stanje prije

iznošenja u javnost razjašnjeno dužnom pažnjom, uz upotrebu raspoloživih izvora informiranja, u datom slučaju i uz saslušanje pogođenih kao i pod pretpostavkom da se u datim okolnostima dostigne što veća pouzdanost. Ako i pored toga ostanu u stvarnom pogledu dileme, država ne može biti spriječena da širi informacije ako je u javnom interesu potrebno učesnike na tržištu informirati o okolnosti koja je za njih važna, npr. o riziku koji donosi upotreba nekog proizvoda. U takvim slučajevima je neophodno učesnike tržišta informirati o dilemama koje se odnose na tačnost informacije kako bi oni bili dovedeni u položaj da sami odluče kako će postupiti u pogledu postojeće neizvjesnosti. (...)

3. Prema ovim mjerilima je objavljivanje liste vina koja sadrže DEG nesporno. Objavljivaje liste sa nespornim navodima o vinima koja sadrže DEG ne ugrožava područje zaštite apelantovog osnovnog prava na slobodnan izbor zanimanja čak i ako bi to uticalo na šanse za prodaju vina koja sadrže DEG. Objavljivaenje liste nema kvalitet uplitanja. Vlada je poštovala pravne granice rada na informiranju. (...)

## **125) BVerfGE 141, 82-120**

**(Sozietätsverbot)**

### **Zabrana uspostavljanja partnerskih društava**

**Savezni ustavni sud**

**- Služba za odnose sa javnošću -**

**Saopštenje za javnost br. 6/2016 od 2. februara 2016. godine**

**Rješenje od 12. januara 2016. godine**

**-1 BvL 3/13-**

### **Neustavna je zabrana uspostavljanja partnerskih društava advokata sa ljekarima i farmaceutima**

§ 59a st. 1 rečenica 1 Savezne uredbe o advokaturi (Bundesrechtsanwaltsordnung – BRAO) je neustavan i ništav, jer advokatima zabranjuje da se sa ljekarima i farmaceutima povezuju u zajednička poslovna partnerska društva. Ovo je danas odlučio Prvi senat Saveznog ustavnog suda objavljivanjem rješenja u postupku konkretne kontrole normi po zahtjevu Saveznog suda. Nesrazmjerno je zadiranje u slobodu zanimanja (čl. 12 st. 1 Ustava). Naime, zakonodavac je dopustio udruživanje advokata sa drugim profesionalnim grupama – posebno sa patentnim advokatima, poreznim savjetnicima i računovođama – i to u jedno partnersko društvo. U poređenju s time, međuprofesionalna saradnja advokata sa ljekarima i farmaceutima ne nosi značajan dodatni rizik za održavanje profesionalnih dužnosti advokata, da bi se opravdao drugačiji tretman.

**Činjenično stanje i tok postupka:**

Oboje podnosioca zahtjeva u glavnom postupku su bili advokati, kao i po jedna liječnica i farmaceutkinja. Oni su osnovali partnersko društvo i za njega podnijeli zahtjev za upis u registar društava. Osnovni sud i Viši zemaljski sud su takav zahtjev odbili. Upis je protivan odredbi § 59a st. 1 rečenica 1 Savezne uredbe o advokaturi (BRAO) u kojoj nisu nabrojana zanimanja ljekara i farmaceuta. Savezni sud je postupak prekinuo i predmet podnio Saveznom ustavnom sudu na prethodnu odluku.

**Bitni argumenti Senata:**

1. Pitanje na koje se odnosi prethodna odluka treba biti ograničeno na bitan dio § 59a st. 1 rečenica 1 BRAO i on se treba ispitati. To zahtijeva ograničavanje u dva pravca: u odnosu na predmetna zanimanja i to na saradnju advokata sa ljekarima i farmaceutima i u odnosu na oblik saradnje i to na partnersko društvo.

2. § 49a stav 1 rečenica 1 BRAO nije u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava s obzirom da ta odredba onemogućuje udruživanje advokata sa ljekarima i farmaceutima radi obavljanja zanimanja u okviru partnerskog društva.

a) Istina zakonodavac zadiranjem u slobodu obavljanja zanimanja, njenim ograničavanjem, slijedi legitiman cilj. Ipak, odredbe trebaju osigurati poštivanje bitnih obaveza advokata u smislu § 43a BRAO. U to se ubrajaju i obaveza čuvanja tajne, zabrana zastupanja kod konflikta interesa kao i obaveza da se ne ulazi u udruženja koja bi ugrozila profesionalnu nezavisnost.

b) Iz načela srazmjernosti slijedi da zakon kojim se ograničavaju ustavna prava mora biti podoban, neophodan i proporcionalan, kako bi se postigao zakonodavni cilj. U tom smislu je zakon neophodan ukoliko zakonodavac ne može izabrati drugo, jednako djelotvorno sredstvo kojim se ustavna prava ne bi, ili bi se u manjoj mjeri, ograničavala. Zakon je podoban ukoliko se prilikom ukupne ocjene jačine zadiranja, težine i hitnosti razloga koji ga opravdavaju, čuvaju granice prihvatljivosti zakona.

aa) Za osiguranje obaveze čuvanja advokatske tajne, zabrana udruživanja sa ljekarima i farmaceutima u širokom spektru nije neophodna, a u svemu ostalom je neproporcionalan.

(1) Obaveza čuvanja advokatske tajne prema § 43a st. 2 BRAO se osigurava i krivičnopравnom zaštitom u smislu § 203 st. 1 br. 3 Krivičnog zakona (StGB). Zakonodavac u osnovi nije spriječen da zanimanja, za koje se čini da nisu u dovoljnoj

mjeri osigurala tajnost, isključi iz zajedničkog rada. Sljedstveno ovom pristupu, on takve nedostatke nije vezao samo za zanimanja koja su navedena u § 59a st. 1 BRAO-a, pa su stoga dozvoljena kao zanimanja koja se mogu obavljati u zajednici s drugim zanimanjima.

(2) Međutim, isključivanje ljekara i farmaceuta iz kruga zanimanja za koje nije dozvoljeno da se obavljaju u zajedničkoj praksi, a koja proizlazi iz gore navedene odredbe, nije neophodno da bi se klijentima osigurali interesi povjerljivosti. Dijeljenje informacija o klijentima sa partnerima koji nisu advokati redovno se očekuje kod društava u kojima je udruženo više zanimanja i stoga ne predstavlja povredu obaveze na čuvanje tajne. Također, takva zabrana obavljanja zajedničke prakse nije potrebna, barem ne u različitim oblastima, ni u odnosu na osiguranje obaveze čuvanja advokatske tajne prema trećim licima. Naime, ljekari kao i farmaceuti su, isto tako kao i advokati obavezani na čuvanje profesionalne tajne. Ova obaveza se odnosi sveobuhvatno na sve činjenice koje nisu općepoznate, a koje su nosiocu zanimanja povjerene kao ljekaru, odnosno farmaceutu, ili su mu na drugi način poznate; ona je prema § 203 st. 1 br. 1 StGB pod krivičnom odgovornošću.

(3) Ukoliko ljekar ili farmaceut prilikom obavljanja zanimanja, ili na drugi način, dođu do povjerljivih informacija, zapravo se za partnera koji nije advokat ne uspostavlja obaveza čuvanja tajne. Ukoliko se zabrana udruživanja za obavljanje zajedničkog zanimanja zasniva samo na tome, zahtjev proporcionalnosti u užem smislu ipak nije očuvan. Jer, za stručno savjetovanje, ali i za ekonomski uspjeh advokatske kancelarije, može biti od odlučujućeg značaja da se advokatske usluge pružaju u specijaliziranim područjima uz dugoročno udruživanje sa zanimanjima koja su za ovo pogodna. Dodatna povreda povjerljivosti koja bi sa ovim bila u vezi ne može u konačnici opravdati značajno zadiranje u slobodu obavljanja zanimanja. Posebno kod zanimanja pobrojanih u § 59a st. 1 BRAO-a zakonodavac nije obrazložio u čemu se sastoje dodatne prijetnje i stoga je zajednička praksa sa advokatima dozvoljena. Čak i u pogledu saradnje sa zanimanjima koja su prema ovim odredbama prihvatljiva za rad u zajedničkoj praksi, ne mogu se, ipak, isključiti situacije u kojima bi partner koji ne obavlja isto zanimanje pod određenim okolnostima došao do spoznaje koja, iako potpada pod obavezu čuvanja advokatske tajne, ne potpada pod njegovu obavezu čuvanja profesionalne tajne. Pri tome, prema § 30 rečenica 1 i § 33 Uredbe o zanimanju advokata (Breufsordnung für Rechtsanwälte - BORA) i partneri koji obavljaju druga zanimanja, kao i partnersko društvo, moraju poštovati pravo advokatskog zanimanja.

(4) Uvođenje zabrane udruživanja advokata sa ljekarima i farmaceutima radi zaštite advokatskog prava na odbijanje svjedočenja nije neophodno, u svakom slučaju je nesrazmjerno. Prema važećim procesnim pravilima, i ljekari i farmaceuti se

mogu pozivati na vlastito pravo da odbiju svjedočenje. Ukoliko bi u pojedinačnim slučajevima došlo do situacija u kojoj pravo na odbijanje svjedočenja partnera koji nije advokat ne bi bilo izjednačeno sa istim takvim pravom advokata, onda bi rizik koji je povezan sa smanjenom zaštitom povjerljivosti bio nizak i opet se ne bi razlikovao od onog koji zakonodavac prihvata u odnosu na zanimanja koja se mogu obavljati u zajedničkoj praksi.

(5) Zabrana oduzimanja predmeta u krivičnom postupku koja je, također, usmjerena na zaštitu povjerenja između klijenta i advokata, ne čini neophodnom zabranu partnerstva između ljekara i farmaceuta. Zaštita ovih zanimanja od oduzimanja predmeta ne zaostaje u zaštiti koju mogu uživati advokati. Štaviše, § 97 StPO vezuje zabranu oduzimanja predmeta za pravo na odbijanje svjedočenja u smislu § 53 st. 1 rečenica 1 br. 1 do 3b StPO i stoga se primjenjuje kako na advokate, tako i na ljekare i farmaceute.

(6) Kod istražnih radnji u represivnom dijelu krivičnog procesuiranja i u preventivnom dijelu otklanjanja opasnosti, kao i kod zaštite od krivičnih djela, ipak postoje razlike u nivou zaštite koje mogu utjecati na interes čuvanja tajne klijenata. Konkretno, u odnosu na zabranu prikupljanja dokaza prema § 160a str. 1 Uredbe o krivičnom postupku na advokate se primjenjuje apsolutna zabrana, dok se na ljekare i farmaceute, prema § 160a st. 2 u vezi sa § 53 st. 1 br. 3 StPO, primjenjuje relativna zabrana. Međutim, i na zanimanja za koja je prema § 59a st. 1 BRAO-a dozvoljeno udruživanje primjenjuje se samo relativna zaštita; utoliko zakonodavac prihvata ograničeno slabljenje interesa povjerljivosti klijenata u korist slobode obavljanja zanimanja.

bb) Zabrana udruživanja u zajedničku praksu advokata sa ljekarima i farmaceutima bi se mogla pokazati neophodnom radi osiguranja advokatske nezavisnosti; ali i ovdje više nije osigurana srazmjernost.

(1) Nikada se ne mogu u potpunosti isključiti svi utjecaji na profesionalnu nezavisnost pojedinačnih partnera prilikom saradnje različitih zanimanja, npr. zbog uzimanja u obzir potreba drugih, zbog izbjegavanja ili razrješenja konflikata interesa ili i zbog pojave određenih struktura moći. Zakonodavčeva pretpostavka da u tom smislu važi mogućnosti ugrožavanja nezavisnosti je plauzibilna i ne može se pobijati.

(2) Međutim, u poređenju sa dozvoljenim konstalacijama zajedničke prakse, u smislu § 59a BRAO-a, međuprofesionalna saradnja advokata sa ljekarima i farmaceutima ne predstavlja bitno pojačanu mogućnost ugrožavanja advokatske nezavisnosti, tako da se ova zabrana pokazuje nesrazmjernom. Istina je da u ovoj saradnji, za razliku



od saradnje kod zanimanja sa kojima je dozvoljeno obavljanje zajedničke prakse, nedostaje ekonomsko ili ekonomsko-pravno savjetovanje u najširem smislu; to međutim ne nudi razuman osnov za priznanje povećane potrebe za zaštitu advokatske nezavisnosti. Suprotno tome, drukčije područje rada ljekara i farmaceuta u osnovi govori u prilog tome da će oni, već zbog svoje profesionalne distance prema pravnim pitanjima, više respektirati nezavisnost partnera advokata.

Jača prijetnja po nezavisnost ne proizlazi ni iz oblika organiziranja o kojem je riječ. Obavljanje djelatnosti u partnerskom društvu ne oslobađa osobu koja obavlja tu djelatnost njenih profesionalnih obaveza (vidi § 6 st. 1 Zakona o partnerskim društvima, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz - PartGG). Osim toga, ovlaštenje pojedinačnog partnera na vođenje poslovanja, što se tiče njegovog obavljanja djelatnosti, ne može biti ograničeno u tom dijelu (vidi § 6 st. 2 PartGG). Povrh svega, bez obzira na oblik organiziranja društva, i dalje se primjenjuju gore navedene zaštite i advokatska uredba.

cc) Zabranu obavljanja djelatnosti u partnerskom društvu advokata sa ljekarima i farmaceutima također ne opravdava ni cilj da se izbjegnju konflikti interesa.

(1) Prema § 43a st. 4 BRAO i bliže određenim standardima iz § 3 BORA-e advokatima je zabranjeno da zastupaju stranke sa suprotstavljenim interesima. Krivičnopravna zaštita ove zabrane se ostvaruje u odlučnom dijelu kroz krivičnopravnu kažnjivost izdaje partnera u smislu § 356 StGB. Odgovarajuće odredbe nisu sadržane u uredbama o obavljanju ljekarskog i farmaceutskog zanimanja; oni ne mogu biti ni počinitelji krivičnog djela iz § 356 StGB. Odustajanje od sličnih odredbi se čini razumnim, jer ljekari i farmaceuti u stvari ne mogu doći u situaciju da djeluju u interesu svoje stranke suprotno interesu trećih lica. Ipak, § 43a st. 4 BRAO i § 3 BORA ne obavezuju linearno na zastupanje interesa svih zanimanja za koja je dozvoljeno obavljanje zajedničke prakse prema § 59a BRAO-a. Pri tome, još samo patentni advokati – kao i u vrlo uskim okvirima § 392 AO i poreski savjetnici, poreski zastupnici, revizori i ovlaštene računovođe – mogu biti krivično kažnjeni zbog izdaje stranke. Stoga preostaje jedini redovni način da partner advokat, u skladu sa § 30 rečenica 1 BORA-e svog partnera koji nije advokat, obaveže putem ugovora na pridržavanje advokatskog prava. Uz to dolazi i obaveza advokata, u smislu § 33 st. 2 BORA, da spriječi kršenje zabrane zastupanja djelovanjem zajedničke prakse kod postojanja sukobljenih interesa.

(2) Zakonodavac je u skladu sa ovako postavljenim, uskim okvirom u okviru kojeg se odobravaju zanimanja koja se u smislu § 59a st. 1 BRAO mogu obavljati u zajedničkoj praksi, pretpostavio da se ne može u potpunosti isključiti ugrožavanje sigurnosti

advokatske djelatnosti međuprofesionalnom saradnjom. S obzirom da se ponovno pokazuje da u partnerstvu ljekara i farmaceuta, u poređenju sa profesijama za koje je dozvoljeno obavljanje zajedničke prakse, ne postoji specifično veća opasnosti u odnosu na sigurno obavljanje advokatske djelatnosti, takva zabrana se i sa ove tačke gledišta pokazuje kao nesrazmjerno zadiranje u slobodu obavljanja zanimanja.

## **126) BVerfGE 145, 20-105 (Spielhallen) Kockarnice**

**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 27/2017 od 11. aprila 2017. godine**

**Rješenje od 07. marta 2017. godine**

**-1 BvR 1314/12, 1 BvR 1874/13, 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1630/12-**

### **Neuspješna apelacija protiv zemaljskih ograničenja za kockarnice**

Pooštreni uslovi za izdavanje dozvole i za rad kockarnica, koji su uvedeni Prvim izmjenama Ugovora o igrama na sreću i propisima saveznih zemalja u skladu su sa Ustavom. Ovo je, danas objavljenim rješenjem, odlučio Prvi senat Saveznog ustavnog suda, te je odbio apelacije četiri vlasnika kockarnica iz Berlina, Bavarske i Sarske.

### **Činjenično stanje:**

Nadležnost za donošenje zakona kojima se uređuje rad kockarnica je od reforme federalizma iz 2006. godine povjerena saveznim zemljama. Ugovor o igrama na sreću koji su savezne zemlje zaključile 2008. godine u početku nije imao specifična pravila za kockarnice usljed čega su se i dalje primjenjivali propisi Savezne vlade koji su regulirali pitanje kockarnica. Nakon što je promet od automata za igre na sreću izvan kasina značajno porastao, a istraživanja potvrdila postojanje značajne mogućnosti i opasnosti komercijalnih automata za igre na sreću, savezne zemlje su 2012. godine Prvim izmjenama Ugovora o igrama na sreću pooštrile zahtjeve za izdavanje dozvole za rad kockarnica. Radi reguliranja sektora kockarnica, posebno je uvedena zabrana povezivanja, prema kojem jedna kockarnica ne smije sa drugim kockarnicama biti smještena u zajedničkoj zgradi ili kompleksu zgrada. Pri tome je potrebno da među kockarnicama postoji minimalno rastojanje (zahtjev rastojanja). Kockarnice kojima je dozvola za rad izdata prije donošenja novih odredbi Ugovora o igrama na sreću i zakona koji se odnose na kockarnice na nivou saveznih zemalja, moraju za nastavak rada u određenom prelaznom periodu ispuniti pooštrene zahtjeve.

Još 2011. godine je savezna zemlja Berlin usvojila Zakon o kockarnicama koji je imao slične odredbe kao i Prve izmjene Ugovora o igrama na sreću; pored toga, tamo je propisano i minimalno rastojanje od ustanova namijenjenih djeci i omladini. Dozvoljeni broj aparata u kockarnicama je smanjen na osam; i dalje postoji obaveza stalnog prisustva nadzornog personala.

Četiri apelantice su vlasnice kockarnica u Berlinu, Bavarskoj i Sarskoj. Svojim apelacijama pobijaju propise saveznih zemalja kojima se regulira sektor kockarnica. U osnovi ukazuju na povredu njihova prava na obavljanje zanimanja (čl. 12 Ustava) i prava na jednakost (čl. 3 Ustava).

### **Bitni argumenti Senata:**

1. Apelacije su djelimično nedopuštene. Apelanti nisu u pokazale da su upravo oni u odgovarajućoj mjeri direktno pogođeni pobijanim propisima. Apelacije osim toga djelomično ne ispunjavaju zahtjeve supsidijarnosti i obrazloženosti.

2. U dopuštenom dijelu su apelacije neosnovane. Novi pobijani propisi su u skladu sa Ustavom.

a) Savezne zemlje posjeduju isključivu nadležnost da pravno reguliraju rad kockarnica, što obuhvata ovlaštenje da uređuju poslovno-pravne zahtjeve za poslovanjem i dozvolama za rad. Savezno zakonodavstvo po svojoj nadležnosti ne ostvaruje efekt blokade zemljskog prava da regulira zemljišno pravo i pravo javne skrbi.

b) Istina, pobijani propisi o odobrenju rada i izdavanju dozvole za rad kockarnica zadiru u osnovna prava apelantica. Međutim, zadiranje je opravdano.

aa) Zabrana povezivanja i zahtjevi za rastojanjem su u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava. Odredbe služe posebno važnom cilju koji je u funkciji dobrobiti zajednice i zaštite djece i omladine i odnosi se na sprečavanje i odbranu od stvaranja ovisnosti koja je povezana sa igrama na sreću u kockarnicama. Svrha zabrane povezivanja i zahtjeva za rastojanjem od drugih kockarnica je ograničavanje njihovog broja na jednom prostoru, a time i ograničenje ukupne ponude. Zahtjevi za rastojanjem od ustanova za djecu i omladinu služe pravovremenom sprečavanju kockarske ovisnosti i trebaju služiti suzbijanju efekta navikavanja. Ovakve procjene zakonodavca nisu očigledne pogrešne.

Zabrana povezivanja i zahtjevi za rastojanjem su u odnosu na kockarnice sa državnim učešćem dovoljno konsekventni i usmjereni su na postizanje legitimnog

cilja, sprečavanje ovisnosti o igrama na sreću i klađenju. Savezne zemlje predviđaju obuhvatne mjera za zaštitu igrača koje se odnose i na kockarnice; pri tom je broj kockarnica u saveznoj zemlji zakonom ograničen čime su one izdvojene iz svakodnevnog života. Međutim, savezne zemlje se moraju i u budućnosti starati da umanjene broja kockarnica ne bude osujećeno povećanjem broja automata za kockanje i broja lokacija kasina.

Zabrana povezivanja i zahtjevi za rastojanjem su ujedno i srazmjerni. Oni su pogodno sredstvo za postizanje legitimnog cilja koji je u javnom interesu postavio zakonodavac, što podstiče borbu protiv ovisnosti o igrama na sreću. Ne može se sa ustavno-pravnog stanovišta pobijati ocjena zakonodavaca saveznih zemalja o pogodnosti ovih zabrana. Stoga je vjerovatno da bi upravo višestruki kompleksi povećavali lako dostupne ponude i da bi doveli do pojačanog poticanja na kockanje. Zahtjevima za držanjem rastojanje se postiže smanjenje raspoloživih lokacija za kockarnice i ograničenje gustoće pozicioniranja kockarnica, što doprinosi ograničenju ukupne ponude kockarnica. Blaže, a jednako efikasno sredstvo, se ne vidi. Same mjere koje se tiču isključivo igrača i aparata nisu jednako učinkovita sredstva za borbu i sprečavanje ovisnosti o igrama na sreću. Zabrana ulaska maloljetnicima nema isti učinak kao i zahtjev za rastojanjem od dječijih i omladinskih ustanova, s obzirom da ne smanjuje u jednakoj mjeri efekt koji nastaje od reklama i navikavanja. Zabrana povezivanja i zahtjev za rastojanjem su srazmjerni. Pri odmjeravanju između ozbiljnosti zadiranja u prava i težine i hitnosti opravdanih razloga, zakonske odredbe čuvaju granicu razumnosti i ne opterećuju pogođene strane prekomjerno.

bb) Opravdano su zadiranja u slobodu obavljanja zanimanja koja dolaze zajedno sa smanjenjem maksimalnog broja automata u kockarnicama i sa obavezom na stalno prisustvo nadzornog osoblja.

Smanjenjem maksimalnog broja automata u kockarnicama zakonodavac slijedi cilj prevencije ovisnosti kroz smanjenje podražaja za prekomjernim kockanjem. Odredba je prikladna za ostvarenje ovog cilja, s obzirom da je zakonodavac savezne zemlje mogao poći od toga da su podražaji za daljnje igranje u kockarnicama manji ukoliko se tamo nalazi manji broj aparata. Smanjenje maksimalnog broja automata je bilo neophodno i ne opterećuje vlasnike kockarnica prekomjerno. Istina je da bi smanjenje maksimalnog broja kockarskih automata imalo negativan utjecaj po iskorištenost kockarnica. Međutim, određena profitabilnost nije zajamčena načelom srazmjernosti.

Obaveza na stalno prisustvo nadzornog osoblja koja treba da prepozna problematično ponašanje igrača i da omogući neposredno djelovanje po tom pitanju, također služi posebno bitnom cilju od javnog interesa i to prevenciji ovisnosti, pa je i ta odredba srazmjerna.

cc) Pobijani novi propisi ne rezultiraju u smislu čl. 3 st. 1 Ustava nejednakim tretmanom vlasnika kockarnica u odnosu na vlasnike kasina i gostionica u kojima su postavljeni uređaji za kockanje,. Istina je da se pobijanim propisima vlasnici kockarnica tretiraju nejednako u odnosu na vlasnike kasina i gostionica, s obzirom da kockarnice podliježu ograničenjima koja se ne odnose na rad aparata za igre u kasinima i kockarskih automata u gostionicama. Međutim, takav nejednak tretman je opravdan. Dovoljan razlog za nejednak tretman se nalazi u različitim rizičnim potencijalima i različitom pristupu mogućnosti igranja na sreću.

c) U skladu sa Ustavom su i prelazne odredbe koje apelanti pobijaju.

aa) Petogodišnji prijelazni rok za postojeće kockarnice zadire u slobodu obavljanja djelatnosti vlasnika kockarnica, ali je to sa ustavno-pravnog stajališta opravdano. To je u skladu sa načelom pridržavanja zakona, jer se najbitniji parametri odluke o izboru, u konkurenciji između postojećih kockarnica, mogu odrediti prema zakonima o kockarnicama. Petogodišnje prelazne odredbe su u skladu i sa čl. 12 Ustava u kojem je sadržano načelo zaštite povjerenja. Njime se u odnosu na prethodno zakonodavstvo, kao ni u odnosu na postojeće dozvole za kockarnice, ne ograničava pravo na amortizaciju investicija i aparata. Čak i posebno povjerenje u obuhvatne dispozicije povodom postojanosti važećeg prava u osnovi ne utemeljuje rezistentnost na odmjeravanje po načelu zaštite povjerenja. Očuvano je i osnovno načelo srazmjernosti. Interesi vlasnika kockarnica su određivanjem petogodišnjeg prelaznog roka u dovoljnoj mjeri uzeti u obzir, posebno zbog toga što su savezne zemlje ostavile mogućnost izuzeća u posebno teškim pojedinačnim slučajevima.

bb) Zadiranje u slobodu obavljanja zanimanja jednogodišnjom prelaznom odredbom za kockarnice, kojima su dozvole izdate poslije 28. oktobra 2011. godine, je također u skladu sa čl. 12 st. 1 Ustava. Razlika između jednogodišnjeg i petogodišnjeg prelaznog roka služi legitimnom cilju javnog interesa i u dovoljnoj mjeri uzima u obzir načelo vladavine prava u smislu legitimnih očekivanja. Zaštita povjerenja u kontinuitet zakonskih odredbi i dodijeljenih dozvola je otklonjena, najkasnije zaključkom Konferencije šefova vlada saveznih zemalja o izmjenama državnog Ugovora o igrama na sreću, ili je barem značajno smanjena. Obustava dodjela dozvola za rad u pogledu ovih razlikovanja je također u skladu sa Ustavom. S obzirom da vlasnici kockarnica na koje se odnosi jednogodišnji prelazni period u trenutku dodjele dozvole za rad nisu mogli očekivati da će stari propis dalje važiti, to je ova prelazna odredba srazmjerna. Zakonodavcu nije ni u smislu čl. 3 st. 1 Ustava zabranjeno da, u cilju što efektivnijeg sprečavanja ovisnosti o igrama na sreću, što bržim smanjenjem ponuda za kockanje, izabere tačan datum kao rok za izmjene kako bi se orijentirao prema perspektivama koje osiguravaju zaštitu povjerenja.

3. U odnosu na apelaciju jednog apelanta kojom se ukazuje na Zakon o minimalnim prijelaznim odredbama Berlina kao i na nove odredbe zakona o kockarnicama Berlina iz 2016. godine, Senat je postupak razdvojio; te će se o tome donijeti posebna odluka.

## **127) 2 BvR 2377/16** (Verpflichtung zur Übermittlung von IP-Adressen) **Obaveza za dostavljanje IP adresa**

**Savezni Ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 7/2019 od 29. januara 2019. godine**

**Rješenje od 20. decembra 2018. godine**

**-2 BvR 2377/16-**

Nije protivustavno to što je pružatelj e-mail usluga, u okviru zakonito određenog nadzora telekomunikacija, obavezan da istražnim organima dostavi adrese internet protokola (nadalje: IP-adrese) korisnika koji pristupaju svom račun, pa i onda kada je svoju uslugu, u cilju zaštite podataka, organizovao tako da ih ne protokoliše. Tako je odlučilo Treće vijeće Drugog senata danas objavljenom odlukom, a apelaciju jednog takvog pružatelja usluga nije uzelo u razmatranje. Kao obrazloženje je navedeno da dobro koje se i u svjetlu čl. 12 st. 1 Ustava u osnovi treba štiti, a to je da se ponudi poslovni model koji je prilagođen zaštiti podataka, ne može biti izuzeto od zakonskih odredbi koje su u službi ustavnopravnog zahtjeva funkcionalnog krivično-pravnog sistema.

### **Činjenično stanje:**

Apelant pruža e-mail usluge, a koja se reklamira sa posebno efikasnom zaštitom podataka klijenata i koja kao osnovne postulate postavlja sigurnost i štedljivost/ekonomičnost podataka. On prikuplja i čuva podatke samo u situacijama kada to tehnički razlozi zahtijevaju ili – kada je to prema njegovom mišljenju – zakonom predviđeno. Tužilaštvo u Stuttgart-u je provodilo istragu zbog sumnje na postupanje suprotno Zakonu o opojnim drogama i Zakonu o kontroli ratnog oružja. Osnovni sud je odlukom od 25. jula 2016. godine, a po zahtjevu tužilaštva, shodno tada važećim odredbama §§ 100a, 100b Uredbe o krivičnom postupku, naredio osiguranje, kopiranje i predaju svih podataka koji su se nalazili pohranjeni u elektronskoj formi na serverima pružatelja usluga, a odnose se na predmetni e-mail račun,

„kao i drugih podataka do kojih će se doći u vezi sa ovim računom u budućnosti“. Zemaljska kriminalistička policija je upoznala apelanta sanaredbom o nadzoru, kao i računom koji je trebalo da se nadzire. Potom je apelant uspostavio nadzor nad telekomunikacijama, ali je naglasio da se podaci o prometu korisnika ne „loguju“ i da takvi podaci, uključujući i IP-adrese, stoga ne mogu biti stavljani na raspolaganje, s obzirom da ne postoje. Nasuprot pretpostavci tužilaštva da se IP-adrese nalaze kod pružatelja usluga, apelant se usprotivio predočavajući svoju sistemsku strukturu. On je, iz sigurnosnih razloga, svoju internu mrežu strogo razdvajao od interneta preko tzv. NAT-postupka (Network Address Translation), pri čemu se informacije o adresama u paketima podataka automatski zamjenjuju drugim. IP-adrese klijenata se stoga već na vanjskim granicama sistema odbacuju i apelantu je onemogućeno da im pristupi. Osnovni sud je odlukom od 9. avgusta 2016. godine apelantu izrekao novčanu kaznu u visini od 500 eura, kao zamjenu sedam dana zatvora. Apelant je po osnovu odluke od 25. jula 2016. godine obavezan da ubuduće prikuplja podatke o prometu, a posebno o IP-adresama. Zemaljski sud je odlukom od 1. septembra 2016. godine žalbu apelanta odbio kao neosnovanu. U novembru 2016. godine je Zemaljska kriminalistička policija obavijestila apelanta da se nadzor nad priključkom može ugasiti. Novčana kazna je u konačnici plaćena.

Bitni argumenti Vijeća:

Apelacija je, u svakom slučaju, neosnovana u dijelu u kojem je usmjerena protiv pobijane odluke. Izricanje novčane kazne, ipak, zadire u slobodu obavljanja zanimanja apelanta, u smislu čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava. Međutim, stav Zemaljskog suda da je zadiranje u područje zaštite čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava opravdano prema kriterijima relevantnih zakonskih odredbi, ne dovodi do ustavnopravne dileme.

Čl. 12 st. 1 rečenica 2 Ustava su dozvoljena zadiranja u slobodu obavljanja zanimanja samo po osnovu zakonske odredbe kojom se mogu odrediti obim i granice zadiranja. Pri tome zakonodavac sam mora donijeti sve značajne odluke, ukoliko one podliježu zakonskom uređenju. Što je teže zadiranje u ustavom zaštićena područja, to zakonodavstvena volja mora biti jasnije izražena. Nakon toga nije izgledno da će doći do povrede ustavnih prava. Specijalizirani sudovi su na ustavnopravno prihvatljiv način tumačili propise o obavezama saradnje i zadržavanja koje imaju pružatelji telekomunikacijskih usluga. Ne kršeći Ustav, dozvoljeno im je bilo zaključiti da je apelant bio obavezan da svoju djelatnost organizuje na način da istražnim organima može na raspolaganje staviti predmetne eksterne IP-adrese nadziranog računara i to od trenutka naredbe. Naime, nadzor nad telekomunikacijama u smislu § 100a Uredbe o krivičnom postupku ne obuhvaća samo sadržaj komunikacija, nego i pojedinosti o okolnostima telekomunikacija, uključujući i IP-adrese koje su u pitanju.

1. Odredba § 100a Uredbe o krivičnom postupku – koja je u skladu sa Ustavom – ovlašćuje nadzor i snimanje telekomunikacija. S obzirom na „široko“ značenje pojma telekomunikacija, pristup e-mail komunikaciji, a u svakom slučaju u mjeri u kojoj se radi o prijenosu poruke sa uređaja pošiljatelja preko njegovog mail servera na mail server pružatelja e-mail usluga i o kasnijem preuzimanju poruke od strane primaoca, nesporno ulazi u polje primjene § 100a Uredbe o krivičnom postupku .

Zaštita tajnosti (bežične ili tele-) komunikacije u smislu čl. 10 st. 1 Ustava ne obuhvaća samo sadržaj komunikacija, nego i pojedinosti o okolnostima telekomunikacija. U tom smislu se i nadzor nad telekomunikacijama iz § 100a Uredbe o krivičnom postupku odnosi i na podatke o prometu u smislu § 3 br. 30 Zakona o telekomunikacijama, ukoliko su oni nastali u okviru nadziranih telekomunikacija. U tom smislu se i tražene IP-adrese imaju smatrati podacima o prometu. Oni se, prema tome, u § 96 st. 1 rečenica 1 Zakona o telekomunikacijama tretiraju kao brojevi sudjelujućih priključaka ili uređaja. Dinamične ili statične IP-adrese, sa kojima klijenti pružatelja e-mail usluga svojim uređajima za pristup internetu žele pristupiti e-mail računima, ulaze u osnovi u područje primjene § 100a Uredbe o krivičnom postupku.

Okolnost da nadzor nad prometom e-maila-ova u okviru naredbe donesene prema § 100a Uredbe o o krivičnom postupku obuhvaća i naznačene IP-adrese, ne znači nužno i da je apelant kao operater telekomunikacionog sistema obavezan da poduzima odgovarajuće mjere kako bi istražnim organima pružio upravo ove IP-adrese. § 100b st. 3 rečenica 2 stare verzije Uredbe o krivičnom postupku u tom pogledu upućuje na odredbe Zakona o telekomunikacijama i Uredbe o nadzoru telekomunikacija.

U skladu sa § 110 st. 1 rečenica 1 br.1 Zakona o telekomunikacijama, operateri javno dostupnih telekomunikacijskih usluga imaju obavezu da od trenutka otpočinjanja djelatnosti, o vlastitom trošku, održavaju tehnička sredstva za provedbu nadzora nad telekomunikacijama i da preduzmu odgovarajuće organizacijske mjere za njihovo provođenje bez odlaganja. Osnovni tehnički zahtjevi i ključna organizacijska pitanja za provođenje mjera nadzora su regulisani Uredbom o nadzoru telekomunikacija koja je donesena na osnovu ovlaštenja iz § 110 st. 2 Zakona o telekomunikacijama. Stoga i apelant ima obavezu zadržavanja, a to da se na posebne vrste telekomunikacija odnose izuzeci iz § 3 st. 2 Uredbe o nadzoru telekomunikacija niti je istaknuto, niti učinjeno vidljivim.

Obim podataka koji se imaju staviti na raspolaganje se određuje prema odredbama § 5 st. 1 i st. 2 u vezi sa § 7 st. 1 Uredbe o nadzoru telekomunikacija. U skladu sa § 5 st. 1 Uredbe o nadzoru telekomunikacija, telekomunikacije koje se nadziru – u širem smislu značenja pojma telekomunikacija iz § 100a Uredbe o krivičnom postupku



– obuhvaćaju sadržaj i podatke o detaljnijim okolnostima telekomunikacija. Prema stavu 2 ovog propisa, obavezano lice mora da stavi na raspolaganje potpunu kopiju telekomunikacija koje su se provodile preko njegovih telekomunikacionih sistema. Kao dio tih kopija nadzora, obavezano lice mora u konačnici, u skladu sa § 7 st. 1 rečenica 1 br. 2, 3 i 4 Uredbe o nadzoru telekomunikacija, na raspolaganje staviti i podatke o biranim pozivnim brojevima ili druge podatke u vezi sa adresiranjem. U skladu sa jezikom kojim se koristi Zakon o telekomunikacijama, IP-adrese koje se pojavljuju kod telekomunikacija, bez daljnjeg se imaju posmatrati pod značenjem pojma „druge podatke u vezi sa adresiranjem”, jer oni služe upravo za adresiranje, to jest za dostizanje i pronalaženje određenog cilja na internetu. Stoga IP-adrese nesporno potpadaju pod zakonsku definiciju § 3 br. 13 Zakona o telekomunikacijama, pri čemu se brojevima, u smislu Zakona o telekomunikacijama, smatraju slijedovi znakova koji u telekomunikacijskim mrežama služe u svrhu adresiranja.

U svakom slučaju je ustavnopravno prihvatljiva pretpostavka da su podaci dostupni kod apelanta u smislu § 7 st. 1 rečenica 1 Uredbe o nadzoru telekomunikacija, te da ih on mora predati kao dio potpune kopije nadziranih telekomunikacija koje su se odvijale preko njegovog telekomunikacionog sistema. Već iz strukture sistema koju je sam opisao proizlazi da apelant mora pohranjivati javne IP-adrese svojih klijenata i to najmanje za vrijeme trajanja komunikacija, jer u suprotnom uopće ne bi mogao izvršiti slanje preuzetih paketa podataka svojim klijentima. U svakom slučaju, ovi podaci se pojavljuju kod pristupa nadziranom e-mail računu, poznati su telekomunikacijskom sistemu apelanta u najmanju ruku privremeno i sistem ih koristi i za uspostavljanje uspješne komunikacije sa klijentom koji podnosi upit.

Nadgledanje – budućih – telekomunikacija u smislu § 100a Uredbe o krivičnom postupku – za razliku od prikupljanja podataka o prometu u smislu § 100g Uredbe o krivičnom postupku – također nije ograničeno na podatke o prometu, koji se smiju prikupljati uz dopuštenje pružatelja usluga u skladu sa § 96 st. 1 Zakona o telekomunikacijama.

To što apelant – trenutno - ne može pristupiti eksternim IP-adresama, ne sprečava navedeno. Naime, uzrok tome nije nedostatak podataka samih po sebi, nego samo činjenica da se apelant, iz razloga zaštite podataka, odlučio ove podatke sakriti od svojih internih sistema i da ih ne protokoliše. Uzrok tome je samo poslovni i sistemski model koji je apelant svjesno izabrao. Istina je da zahtjev apelanta da nudi poslovni model koji je optimiziran u odnosu na zaštitu podataka i stoga za mnoge korisnike atraktivan itekako u osnovi zaslužuje zaštitu prema čl. 12 st. 1 Ustava. Međutim, to ga ne može osloboditi od obaveza koje su u okviru razumnog tumačenja zahtjeva iz Zakona o telekomunikacijama i Uredbe o nadzoru telekomunikacijama, a koje ispunjavaju ustavnopravne zahtjeve funkcionalnog krivično-pravnog sistema.

Konačno, ovaj zaključak nije u suprotnosti ni sa činjenicom da se podaci koji se trebaju učiniti dostupnim, u okviru novoobjavljenije Uredbe o nadzoru telekomunikacija od 11. jula 2017. godine a koja uvodi novu odredbu u § 7 st. 1 rečenica 1 br. 9 Uredbe o nadzoru telekomunikacija, sada izričito odnose i na javne IP-adrese sudjelujućih korisnika koje su poznate telekomunikacionom sistemu obavezane strane. Naime, nova odredba ni u kojem slučaju ne dopušta donošenje nužno ustavnopravno obavezujućeg zaključka da su predmetne IP-adrese do sada bile izuzete iz obima podataka koji su se trebali učiniti dostupnim. Zapravo nova odredba § 7 st. 1 rečenica 1 br. 9 Uredbe o nadzoru telekomunikacija ima prevashodno pojašnjavajuću ulogu.

2. Suprotno stavu apelanta, odredba § 100g st. 1 Uredbe o krivičnom postupku ne potiskuje odredbu § 100a Uredbe o krivičnom postupku, u dijelu u kojem se govori o nadzoru budućih telekomunikacija (u stvarnom vremenu).

3. Također, u konkretnom slučaju sa ustavnopravnog stajališta nije problematično izricanje novčane kazne u visini od 500 eura.



## **§ 19.**

### **Nepovredivost stana (čl. 13 Ustava)**

**128) BVerfGE 38, 348****(Betriebsbetretungsrecht)****Pravo na ulazak i inspekciju poslovnih/pogonskih prostorija**

1. Pojam „stana“ u čl. 13 st. 1 Ustava se široko tumači; on obuhvata prostorije za rad, pogonske i poslovne prostorije.
2. Tumačenje pojmova „uplitanje i ograničavanje“ u čl. 13 st. 3 Ustava mora voditi računa o različitim potrebama zaštite, na jednoj strani, stanova, a na drugoj prostorija za rad, pogonskih i poslovnih prostorija.

**Rješenje Prvog senata od 13. oktobra 1971.****- 1 BvR 280/66 -**

(...) pravo na informiranje i pravo na inspekciju iz § 17 HandwO (*Handwerksordnung* - Uredba o obavljanju zanata). Propis glasi:

**§ 17:**

„(1) Zanatlije koji su upisane ili trebaju biti upisane u zanatski registar su obavezne da Zanatskoj komori daju potrebne informacije o vrsti i obimu pogona, o broju zaposlenih, obrazovanih i neobrazovanih osoba u radionici i o zanatskom ispitu vlasnika i rukovodioca pogona.

(2) Funkcioneri Zanatske komore imaju pravo da zbog ostvarenja ciljeva iz stava 1 stupe na zemljište i u poslovne prostorije nosioca obaveze na davanje informacija i da tamo provedu provjeru i izvrše inspekciju. Nosilac obaveze na davanje informacija je u obavezi da istrpi ove mjere. Osnovno pravo nepovredivosti stana (član 13 Ustava) se ovim ograničava. (...)”

Apelanti su vlasnici preduzeća za brzo čišćenje. Ustavnu tužbu pokreću direktno protiv propisa HdwO; zahtijevaju da se utvrdi da (...) je § 17 st. 2 HdwO (...) u suprotnosti sa čl. 13 Ustava.

Apelanti smatraju da je ustavna tužba dopuštena jer ih navedene odredbe pogađaju trenutno i neposredno; (...).

Ovakvo shvatanje zastupa i Savezni ministar pravosuđa, no Savezni ustavni sud nije u obavezi da ga slijedi.

3. Uže tumačenje pojma stan, kojeg zastupa Savezni ministar pravosuđa, je očigledno uslovljeno brigom da se unošenjem poslovnih prostorija i prostorija pogona u područje koje je zaštićeno čl. 13 Ustava neće moći održati mnogobrojna prava na ulazak i na inspekciju u okvirima privrednog, radnog i poreskog nadzora, jer ih više neće pokrivati odredbe o ograničenjima iz čl. 13 st. 3 Ustava. (...) Praktične poteškoće na koje ukazuje Savezni ministar pravosuđa mogu se, međutim, prevazići

diferenciranim tumačenjem, o čemu će kasnije biti riječi.

4. a) Unošenje poslovnih prostorija u područje zaštite čl. 13 Ustava najprije znači da „pretres“ takvih prostorija načelno mora odrediti sudija. (...)

Ovdje nije potrebno odlučivati na šta se u pojedinostima proteže ustavnopravni pojam „pretresa“ (usp. o tome BVerwGE 28, 285); jer prava o kojima se ovdje radi, prava na ulazak i inspekciju zanatskih pogona, ne predstavljaju pretresanje.

b) Principijelna nepovredivost stana je u čl. 13 st. 3 Ustava osigurana time što „uplitanja i ograničenja“ koji nisu „pretresi“ smiju biti poduzeti samo pod tačno određenim, tačno opisanim pretpostavkama. Kod stambenih prostorija u užem smislu strožije ograničenje dopuštenog uplitanja odgovara načelnom zahtjevu bezuslovnog poštovanja privatne sfere građanina. Predaleko ide pretpostavka Saveznog ministra pravosuđa da je granica pridržavanja iz st. 3 „prema samoj stvari, određena (samo) za stambene prostore“; (...). Istina, može se učiniti problematičnim da se uzimanjem u obzir poslovnih prostorija u područje važenja čl. 13 st. 3 Ustava daje zadovoljavajući ustavnopravni osnov pravu koje je u nizu zakona ovlastilo upravne službe da u svrhu kontrole ulaze u poslovne prostorije i da u njima poduzimaju inspekcije i kontrole različitog tipa. (...) Međutim, ako se na službe koje se bave privrednim, radnim i poreskim nadzorom prenese pravo da ulaze u poslovne prostorije i pogone kako bi tamo, u vezi sa obavezom vlasnika na davanje informacija, provjerili poslovne knjige i akte, ili bi pregledali robu i uređaje, ustavnopravni osnov za ovakve mjere bi se, prema uobičajenom shvatanju, mogao dobiti, proširenjem područja primjene st. 3, što je danas neprihvatljivo. Na drugoj strani se mora prihvatiti (...) da takva prava na ulazak i inspekciju predstavljaju neizostavan instrument moderne privredne kontrole; njihov značaj za djelotvorno i ravnomjerno izvršenje zakona raste sa prodorom javnopravnih elemenata u upravljanje privredom i vođenje privatnih preduzeća i sa korespondirajućim preciziranjem i intenziviranjem privrednog nadzora u najširem smislu.

(...)

c) U takvoj situaciji se čini da je potrebno i dopušteno tumačenje koje započinje upravo sa pojmovima „uplitanje i ograničenje“ i interpretira ih na način koji je u skladu sa ciljem zaštite osnovnog prava, koji odgovara jasnoj volji ustavotvorca, ali i na primjeren način uzima u obzir realne potrebe uprave u modernoj državi. Ovakvo tumačenje polazi od toga da je – kod principijelnog uvođenja poslovnih i pogonskih prostorija u područje zaštite čl. 13 Ustava – ipak potreba za zaštitom prostorija koje se u cjelini podvode pod „prostornu privatnu sferu“ različita po svojoj veličini. Poslovne i pogonske prostorije karakterizira prema njihovoj svrsi veća otvorenost „prema vani“; one su određene za socijalne kontakte, vlasnik ih na taj način odvaja od privatne sfere intimnosti u koju spada stan u užem smislu. Jačoj potrebi za otklanjanjem smetnji iz privatnog života i iz prostorne sfere u kojoj se on oblikuje, odgovara strožije tumačenje pojmova „uplitanje i ograničenje“, ako se odnose na

stan u užem smislu. Jer ovdje se u cjelini ostvaruje cilj zaštite osnovnog prava da se pojedincu osigura pravo da bude „ostavljen na miru“ (BVerfGE 27, 1 [6]). To jednako važi i u situaciji u kojoj se u ovim prostorijama obavlja zanimanje ili poslovna djelatnost.

Kod čisto poslovnih i pogonskih prostorija će se ovakva potreba za zaštitom umanjiti zbog cilja koji se mora ispuniti prema volji samog vlasnika. Djelatnosti koje vlasnik poduzima u ovim prostorijama nužno djeluju prema vani i zbog toga mogu biti dotaknuti interese drugih, kao i interese zajednice. Onda je tačno da službe koje imaju zadatak da štite ovakve interese, pod određenim uslovima, kontroliraju ove okolnosti na licu mjesta i da zbog toga smiju ući u prostorije. Ovakvo postupanje ne predstavlja kršenje kućnog reda. Vlasnik pogona, prema tome, neće ulazak u prostorije službenih lica, u pravilu, doživjeti kao povredu njegovog vlasničkog ili posjedovnog prava. Njegovo psihičko protivljenje može biti usmjereno protiv inspekcije i provjere koju on vidi kao bespotrebnu, opterećujuću i zbog toga kao obeshrabrujuću; običan ulazak u prostorije koje je on sam, posvećivanjem određenom cilju, otvorio prema vani, neće općenito dovesti do povrede njegove lične sfere koju štiti osnovno pravo.

(...)

Utoliko se može prihvatiti pravosudna praksa Saveznog upravnog suda (usp. isto tako BVerfGE 32, 54 [73]) prema kojem pojam pretresa karakterizira traganje državnih organa koje je usmjereno prema cilju i svrsi da se pronađu osobe ili stvari, ili da se rasvijetli neko činjenično stanje, kako bi se pronašao neki trag o tome što vlasnik stana, sam po sebi, ne bi htio pokazati ili izdati (...).

Pretraživanje jednog stana sa ciljem da se pronađu predmeti koji su podobni za pljenidbu i da se obavi pljenidba radi prinudnog izvršenja spada pojmovno u pretres u smislu čl. 13 st. 2 Ustava.

U svemu ostalom je tekst propisa jednoznačan i ne dopušta dalja tumačenja, do da su pretresi naporsto podvrgnuti pridržavanju odluke sudije, koja je ovdje statuirana. Ne diferencira se ni prema različitim formama pretresa ni prema različitim područjima primjene u bilo kojem smislu.

Također svrha zaštite propisa o osnovnom pravu govori u prilog doslovnog tumačenja. Istina, čini se da je opasnost zloupotrebe kod pretresa radi prinudnog izvršenja manja od opasnosti u drugim slučajevima. Međutim, ne može se polaziti od toga da takvi pretresi nisu obuhvaćeni ciljem zaštite samog propisa. Nasilni prodor državnih organa u jedan stan i njegov pretres redovno predstavlja teško zadiranje u osobnu sferu življenja pogođenog. Isto tako pojačana ustavnopravna zaštita stambenih prostorija u užem smislu – kao i kod elementarnog osnovnog prava slobode ličnosti (usp. čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava) – odgovara načelnoj zapovijesti da se bezuslovno poštuje privatna sfera građanina (BVerfGE 32, 54 [73]) i usko je ovisna o zaštiti razvoja ličnosti u čl. 2 st. 1 Ustava. Pojedincu se mora osigurati pravo da „bude

ostavljen na miru" (BVerfGE 27, 1 [6]) u prostorijama svoga stana (BVerfGE 32, 54 [75]). Uplitanje u osnovno pravo koje slijedi posredstvom pretresa treba, prema tome, uslijediti samo ako je neutralna sudska instanca prethodno provjerila da li su ispunjeni zakonski uslovi.

Za obrazloženje tumačenja koje se drži doslovnog teksta se može upotrijebiti i historija nastanka. (...)

Nepovredivost stana je osnovno pravo koje pojedincu treba zagarantirati „elementrani prostor življenja“ (BVerfGE 42, 212 [219]) u pogledu na njegovo ljudsko dostojanstvo i u interesu slobodnog razvoja (...). Svaki pretres – kao i sudskog izvršioca prema § 758 ZPO – već prema svojoj prirodi predstavlja teško zadiranje u životnu sferu pogođenog koja je zaštićena osnovnim pravom. Osnovno pravo iz čl. 13 ostvaruje prema tome najjači učinak kada se svaki pretres podredi odluci sudije.

U odnosu na ovakvo tumačenje teksta čl. 13 st. 2 Ustava, koje odgovara svrsi zaštite ovog propisa i slijedi načelo najefektivnijeg mogućeg pravnog učinka pri tumačenju jedne norme osnovnog prava, koje osim toga stoji u saglasnosti na historijom nastanka propisa, ne mogu se prihvatiti prigovori koji se uz ovo navode. (...)

Ne može se također prihvatiti pravno mišljenje koje se navodi u literaturi (...), da svaka mjera izvršenja koja se može svesti na sudsku spoznaju postaje jednaka onoj koju je odredio sudija. Ne može se iz sudske presude koja osuđuje na isplatu određene novčane sume izvesti zaključak da je potreban pretres, čak i ako izreka deklarira presudu izvršnom. Sudijsko utvrđivanje obaveze na vršenje ne povlači nužno pretresanje jednog stana kako bi se pronašli predmeti koji mogu biti zaplijenjeni. Dužnik se može pokoriti presudi – kako je to često slučaj – i dobrovoljno platiti. I povjerioci je slobodan da odluči šta će uraditi sa dobijenom presudom. Tek njegov zahtjev sudskom izvršiocu pokreće izvršni postupak. U tom postupku sudija više u pravilu neće biti uključen.

U odnosu na strogost jednog propisa u ustavnom rangu moraju nadalje otpasti svi prigovori koji polaze od toga da učešće sudije u izvršnom postupku predstavlja snažno dodatno opterećenje i da mora voditi do praznog hoda. (...)

Konačno, tačno je također, da ovlaštenja na pretres sudskog izvršioca do danas nisu vodila – koliko se vidi – prema pravnim zloupotrebama.

Svemu ovome se ne može priznati pravna relevancija s obzirom na – kako je pokazano – jednoznačnu ustavnu zapovijest iz čl. 13 st. 2 Ustava, da sudija mora odrediti pretres (ako ne postoji opasnost od odlaganja).

(...) čl. 13 st. 2 Ustava je pravo koje neposredno važi i neposredno se primijenjuje (...). § 758 ZPO se posredstvom čl. 13 st. 2 Ustava nadopunjuje u toliko što je za pretrese potreban sudski nalog ako ne postoji opasnost od odlaganja.



## 129) BVerfGE 14, 263 (Wohnungsdurchsuchung) Pretrës stana

1. a) Pojam „opasnost od odlaganja“ u čl. 13 st. 2 Ustava se mora tumačiti usko; sudski nalog da se izvrši pretrës predstavlja pravilo, pretrës bez sudskog naloga izuzetak.
 

b) „Opasnost od odlaganja“ mora biti utemeljena u činjenicama koje se odnose na pojedinca. Nije dovoljno postojanje čistih špekulacija, hipotetičkih razmišljanja ili pretpostavki koje se oslanjaju na svakodnevna kriminalistička iskustva i ne ovise o konkretnom slučaju.
2. Sudovi i službe gonjenja moraju, u okvirima mogućeg, donijeti stvarne i pravne mjere, kako bi pravilo nadležnosti suda, predviđeno u Ustavu, bilo očuvano u masi svakodnevnih slučajeva.
3. a) Tumačenje i primjena pojma „opasnost od odlaganja“ podliježe neograničenoj sudskoj kontroli. Sudovi su, u svakom slučaju, obavezni da vode računa o posebnoj situaciji u kojoj odluku donose drugi organi i o ograničenim mogućnostima njihove spoznaje.
 

b) Djelotvorna sudska provjera zadovoljenja pretpostavke da postoji „opasnosti od odlaganja“ podrazumijeva, da su u istražnim aktima u neposrednoj vremenskoj vezi sa mjerama pretrës predstavljene i rezultat i osnovi odluke.

### Presuda Drugog senata od 20. februara 2001.

- 2 BvR 1444/00 -

OBRAZLOŽENJE:

#### A.

Ustavna tužba se odnosi na pretresanje jednog stana zbog opasnosti od odlaganja (...).

#### I.

1. Čl. 13 st. 1 Ustava određuje da je stan nepovrediv. Time je pojedincu, s obzirom na njegovo ljudsko dostojanstvo i u interesu slobodnog razvoja ličnosti, zajamčen elementarni prostor življenja (BVerfGE 42, 121 [219]). On u svom prostoru stanovanja ima pravo da bude ostavljen na miru (BVerfGE 51, 97 [107]; 96, 27 [40]). Pretrës snažno zadire u ovako zaštićenu ličnu sferu življenja (BVerfGE 51, 97 [107]; 96, 27 [40]). Težini ovog zadiranja i ustavnopravnom značaju zaštite

prostorno određene privatne sfere odgovara sudsko pravo da se naloži pretres, kako je ono osigurano u čl. 13 st. 2, 1. polurečenica Ustava.

a) Pridržavanje suda cilja na preventivnu kontrolu mjera posredstvom neovisne i neutralne instance (BVerfGE 57, 346 [355 i dalje]; 76, 83 [91]). Ustav polazi od toga da sudija na osnovu njegove lične i stvarne neovisnosti i striktno podređenosti zakonu (čl. 97 Ustava) najbolje i najsigurnije može čuvati prava pogođenog (BVerfGE 77, 1 [51]). U krivičnopravnoj istrazi koju vodi javno tužilaštvo po sopstvenoj odgovornosti (§§ 158 i dalje StPO), sudija je – u skladu sa razdvajanjem optužbe i suda u njemačkom krivičnom postupku – neutralan, treći koji djeluje samo po zahtjevu tužilaštva (§ 162 StPO). Kod mjera, kakve su pretresi ili nalog za hapšenje, koje se u pravilu donose bez prethotnog saslušanja pogođenog, njegovo uključivanje treba da vodi računa o odgovarajućem uzimanju u obzir interesa svih stranaka (BVerfGE 9, 89 [97]).

Sudija mora u okviru vlastite odgovornosti ispitati mjeru koja se planira provesti; on mora voditi brigu o tome da se tačno poštuju pretpostavke pretresa koje slijede iz Ustava i običnog prava (BVerfGE 9, 89 [97]; 57, 346 [355 i dalje]). Kao kontrolni organ državne službe za krivično gonjenje obavezan je da osigura podesnom formulacijom rješenje o provođenju pretresa kako bi ovo u okvirima mogućnosti i podnošljivosti uplitanje u osnovno pravo ostalo pregledno i provjerljivo. Rješenje o pritvoru mora opisati djelo, tako da budu određeni vanjski okviri unutar kojih će se provesti prinudne mjere. Ovo pogođenog stavlja u poziciju da može sa svoje strani kontrolirati pretres i da može u okviru vlastitih pravnih mogućnosti spriječiti eventualna prekoračenja (BVerfGE 42, 212 [220 i dalje]). Sve u svemu obaveza na pridržavanje suda služi pojačanom osiguranju osnovnog prava iz čl. 13 st. 1 Ustava (BVerfGE 57, 346 [355]).

b) Čl. 13 Ustava obavezuje sve državne organe da se pobrinu kako bi pridržavanje suda, kao osiguranje osnovnog prava, u praksi bilo djelotvorno. Nedjelotvornosti se moraju suprotstaviti kako sudovi (...), tako i službe krivičnog gonjenja. Osim toga, organi države i zemalja, koji su nadležni za organizaciju sudova i za pravni položaj sudija koji tamo rade, su članom 13 Ustava obavezani da stvore pretpostavke za učinkovitu preventivnu sudsku kontrolu. U literaturi se prigovara da postoji tendencija ka ekscesivnim primjenama, dijelom ka zloupotrebi službi krivičnog gonjenja, posebno posredstvom policije, u slučaju potrebe za hitnim djelovanjem (usp. npr. Nelles, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980, s. 247 i dalje; Schäfer u: Löwe-Rosenberg, StPO, 24. izd, § 98, randnr. 35; Schnäble u: Gefahr im Verzug, Tagung der Neuen Richtervereinigung, 1989, s. 12; Dubbers, na nav. mj. s. 36 i dalje; Werkentin, na nav. mj. s. 26) i kritiziraju se manjkavosti sudske kontrole. Manjkavosti se, između ostalog, svode na to da istražni sudija, zbog nedovoljnog sudskog personala u osnovnim sudovima, stoji pod jakim pritiskom vremena, da on u slučaju kompliciranih postupaka ne može ostvariti potreban uvid u predmet i da mu često nedostaje stručno znanje u specijalnim područjima.

Ovakve manjkavosti ne mogu svaki put biti odstranjenje posredstvom nadležnog sudije. Njegova ustavnopravna obaveza da odvoji neophodno vrijeme kako bi provjerio jedan zahtjev za pretres i da pribavi saznanja o predmetu, kao i potrebno stručno znanje, može biti ispunjena samo ako su na odgovarajući način raspodijeljene obaveze, ako je njegov sud opremljen na zadovoljavajući način osobljem i stvarima, ako postoji mogućnosti doobrazovanja i usavršavanja, odnosno, ako ga je služba za krivično gonjenje u potpunosti informirala o predmetu.

2. Čl. 13, st. 2 2. polurečenica Ustava predviđa da pretres u slučaju opasnosti zbog odlaganja može biti naložen i od strane drugih organa koji su predviđeni u zakonu – u krivičnoprocesnom pretresu su to prema § 105 st. 1 rečenica 1, 2. polurečenica StPO državni tužioc i njihovi pomoćnici (§ 152 GVG).

a) Već se iz teksta i sitematike čl. 13 st. 2 Ustava vidi da sudski nalozi za provođenje pretresa moraju biti pravilo, a vansudski izuzetak.

aa) Pridržavanje suda kod „opasnosti zbog odlaganja“ se mora usko tumačiti, ne samo zbog karaktera izuzetka vansudskih naloga, nego prvenstveno zbog zaštitne funkcije koja osigurava osnovno pravo. Do istog zaključka vodi načelo da se mora dati prednost onom tumačenju norme koje najefektnije ostvaruje njeno dejstvo (BVerfGE 51, 97 [110]). Prihvatanje opasnosti od odlaganja utječe na značajno umanjivanje zaštite osnovnog prava iz čl. 13 st. 1 Ustava.

Ako pretres odrede službe krivičnog gonjenja, onda otpada preventivna kontrola jedne nezavisne i neutralne instance. Dok bi u slučaju sudskog određivanja pretresa, u pravilu, policija od tužilaštva zatražila provođenje pretresa, zatim bi javno tužilaštvo prema § 162 st. 1 StPO zatražilo nalog za pretres kod prvostepenog suda i, konačno, istražni sudija bi provjerio da li postoje pretpostavke za ovu mjeru, to se kod prihvatanja pretresa zbog opasnosti od odlaganja posredstvom policije, dopunska kontrola ograničava samo na javno tužilaštvo. Policija i javna tužilaštva nisu nezavisni i od njih se ne može – u pogledu zadatka provođenja istrage kod postojanja sumnje da je počnjeno krivično djelo – očekivati striktna neutralnost, kao od sudaca. Osim toga, prilikom provođenja pretresa zbog opasnosti od odlaganja nedostaje ograničeni učinak, u pravilu, pismenog sudskog naloga za pretres (BVerfGE 20, 162 [227]). U takvim slučajevima je kontrola posredstvom neovisnih i neutralnih sudija ograničena na represivnu funkciju koja ne može neutralizirati uplitanja u osnovno pravo, koja su se već desila.

bb) Istina, prilikom određivanja „opasnosti od odlaganja“ se ne smije izgubiti iz vida svrha razloga hitnosti koje predviđa sud. Ova kompetencija otvara mogućnost uplitanju vansudskim organima, ako bi bili ugroženi dokazi.

Opasnost od odlaganja se, dakle, mora uvijek prihvatiti kada bi prethodno pribavljanje sudskog naloga ugrozilo provođenje pretresa (BVerfGE 51, 97 [111]). U krivičnopravnim pretresima za pronalaženje dokaza (§§ 102, 2. alt, rečenica 1, 2. alt.

StPO) razlog hitnosti treba da dovede službe krivičnog gonjenja u položaj iz kojeg se sprečava gubitak dokaza.

To odgovara ustavnopravnom jamstvu pravnodržavnog uređenja pravosuđa, koje se, kod efektivnog osiguranja prava optuženog, proteže i na djelotvorno krivičnopravno gonjenje (BVerfGE 77, 65 [76 i dalje]). Prema tome, službe krivičnog gonjenja moraju biti u stanju da blagovremeno donesu odluku o tome da li se na osnovu okolnosti konkretnog slučaja može prihvatiti da postoji opasnost za dokaze tako da ova opasnost može biti djelotvorno uklonjena.

b) Ovakva koncepcija hitne nadležnosti u službi krivičnog gonjenja ima za posljedicu da ona sama odlučuje o pretpostavkama vlastite nadležnosti. To je kod opasnosti zbog odlaganja, prema prirodi stvari, nezaobilazno, ali utemeljuje nužnost stvarnih ili pravnih mjera koje osiguravaju da će ustavnopravna nadležnost sudije u praksi uvijek ostati zajamčena.

aa) Općenito, moraju i službe krivičnog gonjenja, i istražne sudije, i organizacije sudova osigurati da se u okvirima mogućeg osigura „raspodjela opterećenja“, kako je zahtjeva Ustav (BVerfGE 95, 1 [15]), naime, da se pravilo o nadležnosti sudova očuva u masi sličnih slučajeva.

bb) Konkretno, nisu dovoljne čiste špekulacije, hipotetička razmišljanja ili pretpostavke koje se oslanjaju na svakodnevna kriminalistička iskustva i ne ovise o konkretnom slučaju da bi se prihvatilo kako postoji opasnost od odlaganja. Opasnost od odlaganja mora biti obrazložena činjenicama koje se odnose na pojedinačni slučaj. Nije dovoljno da postoji mogućnost da će doći do gubitka nekog dokaza. Opasnost od odlaganja ne može, u pravnom smislu, nastati time što će službe krivičnog gonjenja same izvesti njihove stvarne pretpostavke. One ne smiju čekati sa podnošenjem zahtjeva istražnom sudiji dok stvarno ne nastupi opasnost po dokaze kako bi se na taj način zaobišlo pravilo o nadležnosti sudije. Na ovom mjestu završava njihovo diskreciono pravo da istražni postupak uobliče prema kriminalističkim i taktičkim procjenama (Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. izd, 1999. § 161, randnr. 7, § 163, randnr. 47).

Službe krivičnog gonjenja moraju redovno pokušavati da dobiju nalog instanciono i funkcionalno nadležnog sudije, prije nego što započnu sa pretresom. Samo u izvanrednim situacijama u kojima bi vremensko odlaganje zbog takvog pokušaja ugrozilo sam uspjeh pretresa, one smiju donijeti odluku o provođenju pretresa, a da prethodno ne zatraže sudsku odluku. Pretpostavka da postoji opasnost zbog odlaganja ne može biti utemeljena apstraktnim uputama da se sudska odluka nije mogla dobiti uobičajnim načinom, u određeno vrijeme, ili unutar jednog vremenskog perioda. Sa ovim korespondira ustavnopravna obaveza dostupnosti istražnog sudije, koja bi se mogla osigurati i uspostavljanjem službe za hitne slučajeve. (...)

**130) BVerfGE 109, 279**

(Lauschangriff)

**Akustički nadzor stambenog prostora**

1. Čl. 13 st. 3 Ustava u verziji Zakona o promjeni Ustava (član 13) od 26. marta 1998. (BGBl. I s. 610) je u skladu sa čl. 79 st. 3 Ustava.
2. U neprikosnovenost ljudskog dostojanstva, prema čl. 1 st. 1 Ustava, ulazi priznanje da postoji apsolutno zaštićeno područje privatnog uobličavanja života. U ovo područje ne smije zadirati akustični nadzor stambenih prostorija radi krivičnog gonjenja (čl. 13 st. 3 Ustava). Zbog toga nije potrebno da se prema principu srazmjernosti odlučuje između nepovredivosti stana (č. 13 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava) i interesa krivičnog gonjenja.
3. Ne povređuje svako akustično nadziranje stambenog prostora sadržaj ljudskog dostojanstva iz čl. 13 st. 1 Ustava.
4. Zakonsko ovlaštenje koje je usmjereno na nadzor stambenog prostora mora osigurati nedodirivost ljudskog dostojanstva, kao i činjenične pretpostavke čl. 13 st. 3 Ustava i odgovoriti ostalim ustavnim zahtjevima.
5. Ako akustički nadzor stambenih prostorija, koji se oslanja na ovakvo ovlaštenje, vodi prema pribavljanju informacija iz apsolutno zaštićenog jezgra uobličavanja života, ono mora biti prekinuto i snimci moraju biti obrisani; svaka upotreba ovakvih informacija je isključena.
6. Propisi o provođenju akustičnog nadzora iz Uredbe o krivičnom postupku ne zadovoljavaju u punom obimu ustavnopravne pretpostavke u pogledu zaštite ljudskog dostojanstva (č. 1 st. 1 Ustava), kao ni načela srazmjernosti, kojeg obuhvata princip pravne države, garantije efektivne pravne zaštite (čl. 19 st. 4 Ustava) i zahtjeva na sudsko saslušanje (čl. 103 st. 1 Ustava).

**Presuda Prvog senata od 3. marta 2004.****- 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavne tužbe su usmjerene neposredno protiv čl. 13 st. 3 do 6 Ustava, kao i protiv propisa Uredbe o krivičnom postupku koji omogućuju nadzor nad stanovima radi krivičnopravnog gonjenja. (...)

a) Apelanti pod 1b i 2 polažu pravo na ustavnu tužbu neposredno protiv zakonskih propisa koje osporavaju. (...)

Ustavna tužba se, izuzetno, može (...) uložiti neposredno protiv zakona koji se mora provesti, ako apelant ne može provesti sudski postupak, jer on ne postoji (usp. BVerfGE 67, 157 [170]) ili on nije dobio nikakva saznanja o provedbenim mjerama (BVerfGE 100, 313 [354]). U takvim slučajevima mu stoji na raspolaganju ustavna tužba neposredno protiv zakona kao i u onim slučajevima u kojim je povreda osnovnog prava uslijedila neposredno zakonom, bez posrednog izvršnog akta (usp. BVerfGE 30, 1 [16 i dalje]; 67, 157 [169 i dalje]; 100, 313 [354]). (...)

### C.

Ustavne tužbe su prihvatljive i djelimično osnovane. Istina, izmjena člana 13 st. 3 Ustava zadovoljava pretpostavke iz čl. 79 Ustava. Nasuprot tome, osporavani propisi Uredbe o krivičnom postupku nisu u punom obimu usklađene za Ustavom.

### I.

Čl. 13 st. 3 Ustava koji je unešen ustavnom promjenom je u skladu sa Ustavom. (...)

3. Zakonodavac koji je promjenio Ustav je poštovao materijalnopravne granice koje su Ustavom izuzete iz mogućih promjena Ustava.

a) Čl. 79 st. 3 Ustava zabranjuje ustavne promjene kojima bi se doticala načela definirana u čl. 1 i 20 Ustava. U njih se ubraja obaveza poštovanja i zaštite ljudskog dostojanstva (čl. 1 st. 1 Ustava), ali i priznanje neprikosновенosti i neprenosivosti ljudskih prava kao osnove svake ljudske zajednice, mira i pravde (čl. 1 st. 2 Ustava). U vezi sa uputom iz čl. 1 st. 3 Ustava na osnovna prava koja slijede, načelno su njihova jamstva izuzeta iz zakonodavnih ograničenja koja bi provodio zakonodavac, sve dok su neophodna za održavanje uređenja koje odgovara članu 1 st. 1 i 2 Ustava (usp. BVerfGE 84, 90 [121]).

Isto tako se moraju poštovati osnovni elementi principa pravne i socijalne države koji dolaze do izraza u čl. 20 st. 1 i 3 Ustava.

Čl. 79 st. 3 Ustava je propis koji se mora usko tumačiti, ali koji ne sprečava zakonodavca da u postupku promjene Ustava modificira pozitivnopravni izraz ovih načela kako bi ih približio stvarnosti (usp. BVerfGE 84, 90 [120 i dalje]; 94, 49 [120 i dalje]). Savezni ustavni sud respektira pravo zakonodavca da u postupku izmjene Ustava mijenja i pojedinačna osnovna prava, da ih ograničava ili čak ukida, sve dok ne dira u načela koja su postavljena u čl. 1 i 20 Ustava. Zakonodavcu nije zabranjeno da zbog približavanja stvarnosti modificira pozitivnopravni izraz ovih načela (usp. BVerfGE 94, 49 [103 i dalje]). To što ostaje u okviru pojedinačnih osnovnih prava u zajamčenom sadržaju čl. 1 st. 1 Ustava, svaki put se određuje samostalnim tumačenjem svake norme osnovnog prava.

Ustavne promjene se ne mjere prema garanciji bitnog sadržaja iz čl. 19 st. 2 Ustava. Ova garancija veže zakonodavca koji donosi obične zakone, ali ne i zakonodavca koji donosi zakone o promjeni Ustava. Istina, povreda garancije bitnog sadržaja u smislu čl. 19 st. 2 Ustava može u pojedinačnom slučaju istovremeno povrijediti sadržaj ljudskog dostojanstva koji je u jednom osnovnom pravu zaštićen čl. 79 st. 3 Ustava. Bitni sadržaj se, međutim, ne smije izjednačiti sa sadržajem ljudskog dostojanstva jednog osnovnog prava. Moguća usklađenost u pojedinačnom slučaju ne mijenja ništa u tome da je mjerilo za ograničenje osnovnog prava na putu ustavne promjene isključivo sadržaj ljudskog dostojanstva, zaštićen čl. 79 st. 3 Ustava, u jednom osnovnom pravu.

b) Čl. 13 st. 3 Ustava je usklađen sa garancijom ljudskog dostojanstva iz čl. 1 st. 1 Ustava. Parametri ljudskog dostojanstva se moraju bliže konkretizirati s obzirom na specifičnu situaciju u kojoj može doći do konflikta. Akustični nadzor stambenih prostorija u svrhu krivičnog gonjenja, generalno, ne povređuje sadržaj ljudskog dostojanstva iz čl. 13 st. 1 i čl. 2 st. 1 u vezi s čl. 1 st. 1 Ustava. Međutim, način na koji se provodi nadzor stambenih prostorija može voditi do situacije u kojoj je povrijeđeno ljudsko dostojanstvo. Ovom se suprostavlja čl. 12 st. 3 Ustava izričitim pravnim mjerama; uz ovo dolaze dalji uslovi koji se dobijaju tumačenjem Ustava.

Ustavnopravno ovlaštenje da se u čl. 13 st. 3 Ustava uvede akustički nadzor stambenog prostora ne protivrječi, prema tome, čl. 79 st. 3 Ustava, jer potreban zakonski propis može i mora osigurati da ljudsko dostojanstvo u konkretnom slučaju ne bude povrijeđeno. Ovlaštenje iz čl. 13 st. 3 Ustava obuhvata samo donošenje normi koje to jamče. (...)

Ljudsko dostojanstvo neće biti povrijeđeno već time što će neko postati adresatom mjere krivičnog gonjenja, ali hoće ako se vrstom upotrebijene mjere načelno dovede u pitanje kvalitet subjekta pogođenog. To će biti slučaj kada primjena javne vlasti dovede do gubitka poštovanja one vrijednosti koja svakom čovjeku pripada snagom sopstvene volje. Takve mjere ne smiju biti poduzimane ni u interesu krivičnopravne zaštite, ni u interesu iznalaženja istine.

Pri tome tajni postupak države ne vodi sam po sebi do povrede apsolutno zaštićenog prava na ugled. Postane li neko objekt nadzora, nije nužno zloupotrebijena i njegova ljudska vrijednost. Prilikom nadzora se, međutim, mora poštovati jedno nedodirljivo jezgro privatnosti (o njegovom garantiranju usp. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378 i dalje]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]). Ako država u njega prodre, ona će povrijediti slobodu razvoja u ekskluzivno ličnim nadležnostima, koja je zajamčena svakom čovjeku kao nedodirljiva. Čak ni pretežni interesi zajednice ne mogu opravdati zadiranje države u ovo, apsolutno zaštićeno jezgro privatnog uobličavanja života (usp. BVerfGE 34, 238 [245]).

(2) Zaštita ljudskog dostojanstva se konkretizira i u osnovnom pravu iz čl. 13 st. 1 Ustava. Nepovredivost stana stoji u uskoj vezi sa ljudskim dostojanstvom kao

i sa ustavnopravnim zahtjevom da se bezuslovno poštuje jedna sfera koja pripada građaninu za isključivo privatni – „eksluzivno lični“ – razvoj. Pojedincu upravu u njegovim prostorijama treba biti osigurano pravo da bude ostavljen na miru (usp. BVerfGE 75, 318 [328]; vidi također BVerfGE 51, 97 [110]).

Razvoj ličnosti, u jezgru privatnog uobličavanja života, obuhvata mogućnost da se izraze unutrašnji postupci, kao zapažanja i osjećaji, razmišljanja, pogledi i doživljaji potpuno lične prirode, i to bez straha da to državni organi nadziru. Zaštitom su obuhvaćeni ispoljavanje osjećanja, ispoljavanje nesvjesnih doživljaja kao i forme izražavanja seksualnosti. Mogućnost odgovarajućeg razvoja podrazumijeva da pojedinac raspolaže slobodnim prostorom koji je za ovo pogodan. Također, povjerljive komunikacije trebaju prostorni supstrat, posebno tamo gdje je zbog izrazito ličnog uobličavanja života pravno uređenje osiguralo posebnu zaštitu koja uživa povjerenje građana. To je u pravilu privatni stan koji za druge može ostati nedostupan. Raspolaže li pojedinac takvim prostorom, on može ostati sam sa sobom i slobodno se razvijati prema sopstvenim mjerilima. Privatni stan je kao „posljednji refugium“ sredstvo za očuvanje ljudskog dostojanstva. Ovo, istina, ne zahtijeva apsolutnu zaštitu prostorija privatnog stana, ali apsolutno štiti ponašanje u tim prostorijama, budući da se ono pojavljuje kao individualni razvoj u jezgru privatnog uobličavanja života.

(3) Ovakva zaštita ne smije biti relativirana tako što će prema načelu srazmjernosti biti upoređena sa interesima krivičnog gonjenja (usp. BVerfGE 34, 238 [245]; usp. također BVerfGE 75, 369 [380]; 93, 266 [293]). Istina, uvijek će postojati forme posebno teškog kriminala i odgovarajuće sumnje koje će efektivnost krivičnog gonjenja, kao interes zajednice, nekome učiniti važnijim od očuvanja ljudskog dostojanstva optuženog. Državi je, međutim, takvo vrednovanje zabranjeno članom 1 st. 1, članom 79 st. 3 Ustava.

bb) U suprotnosti je sa ljudskim dostojanstvom da se u postupku akustičnog nadzora stambenih prostorija naruši nedodirivo jezgro privatnog uobličavanja života zbog interesa krivičnog gonjenja.

Da li se neko činjenično stanje može podvesti pod nedodirivo jezgro, zavisi do toga da li je ono prema svom sadržaju izrazito ličnog karaktera, dakle, na koji način i u kojem intenzitetu on sam iz sebe dira u zaštićenu sferu drugih ili interese zajednice (usp. BVerfGE 80, 367 [374]). Mjerodavne su posebnosti svakog slučaja (usp. BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [374]).

Odlučujuće je da li postoje situacije u kojima je na osnovu konkretnih uputstava ili, kako je tipično, bez suprotnih činjeničnih dokaza pogođeno nedodirivo jezgro pojedinačnog slučaja, npr. u vezi sa posmatranjem ispoljavanja najintimnijih osjećanja ili formi izražavanja seksualnosti.

cc) Ovlaštenje na zakonsko uvođenje akustičkog nadzora nad prostorijama stana iz čl. 13 st. 3 Ustava nije u suprotnosti sa čl. 79 st. 3 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava,



pošto ono, zbog očuvanja ovih granica, omogućuje zakonsko reguliranje i mjere koje ga nadograđuju. (...).

Ispunjavanje ustavnopravnih pretpostavki je zakonodavac koji mijenja Ustav dodatno osigurao procesnim pravom, tako što je zatražio sudsko rješenje za provođenje mjera nadzora. On je pri tom predvidio da će, načelno, tročlano sudsko vijeće donositi rješenje, te da će ga vezati za vremenski rok. (...)

c) Čl. 13 st. 3 će se razmijevati tako da će njegovo zakonsko uobličavanje radi prikupljanja informacija pomoću akustičnog nadzora stanova morati biti isključeno svaki put kada bi istražne mjere prodrle u nedodirivo područje privatnog oćavanja života, koje je zaštićeno čl. 13 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 i čl. 2 st. 1 Ustava.

dd) Prema tome, potrebne su zakonske regule koje će primijenjujući princip normativne nedvosmislenosti osigurati da način provođenja akustičnog nadzora stana ne povrijedi ljudsko dostojanstvo.

(...)

(3) Kako bi se spriječila uplitanja u jezgro privatnog uobličavanja života biće izbjegavano prisluškivanje riječi koje su izgovorene u stanu, ako se neko sam nalazi u stanu, ili je isključivo sa osobama sa kojima je u posebnom odnosu povjerenja – kao što su to članovi porodice ili druge osobe od povjerenja – i ako ne postoje konkretni razlozi zbog kojih razgovori koji se očekuju, po svome sadržaju ukazivali na neposrednu vezu sa krivičnim djelom. Istina, ne dolaze svi razgovori koje pojedinac u stanu vodi sa svojim najbližima u najuže jezgro privatnog uobličavanja života. Ali pretpostavka govori u tom smislu, zbog interesa za efektivnom zaštitom ljudskog dostojanstva. Mjere prisluškivanja su isključene ako je vjerovatno da će njima biti obuhvaćeni apsolutno zaštićeni razgovori.

(...)

(5) Prisluškivanje privatnih stanova se mora ograničiti na situacije, kada je to načelno dopušteno, koje sa sigurnošću obuhvataju sadržaje koji su od krivičnog pravnog značaja. U datom slučaju će se primjerenom istragom, koja ostavlja nedirnutim zaštitu najužeg jezgra privatnog uobličavanja života osigurati da akustični nadzor stana bude ograničen na ponašanja u stanu koja su relevantna za postupak. Ne smije se, naprimjer, najprije uplitati u područje privatnog uobličavanja života, da bi se tek naknadno utvrdilo da li prikupljanje informacija pogađa ovaj prostor.

U pravilu će vremenski i prostorni „kružni nadzor“ biti nedopustiv već zbog visoke vjerovatnoće da će pri tom biti prisluškivani izuzetno lični razgovori. Ljudsko dostojanstvo će također biti povrijeđeno ako se nadzor protegne na duži vremenski period i tako je obuhvatan da cjelovito registirira sve pokrete i životne izraze pogođenog i mogu postati osnovom za uspostavljanje profila ličnosti (o ovim rizicima usp. BVerfGE 65, 1 [42 i dalje]).

(...)

Tako zaštita iz čl. 1 st. 1 Ustava može učiniti potrebnom da se prilikom prisluškivanja privatnih stanova odustane od automatskog snimanja razgovora kako bi se istražna mjera mogla prekinuti.

Nastupi li u okviru nadziranja nekog stana situacija u koju se uračunava nedodirivo jezgro privatnog uobličavanja života, nadzor mora biti prekinut. Snimci koji su napravljeni moraju biti uništeni. Zabranjena je predaja i korištenje zadobijenih informacija. (...)

## II.

Zakonsko ovlaštenje za provođenje aukustičnog nadzora stambenih prostorija iz § 100 c st. 1 br. 3, st. 2 i 3 StPO, kao i propisi o zabrani pribavljanja i korištenja dokaza iz § 100 d st. 3 StPO, ne vode na odgovarajući način računa o zahtjevima iz čl. 13 st. 1 i 3 Ustava kao i čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 1 st. 1 Ustava u pogledu zaštite nedodirivog područja privatnog uobličavanja života, koji se uostalom odnose i na uobličavanje kataloga kazni kao i na poštovanje načela srazmjernosti. Oni su samo djelimično u skladu sa Ustavom. (...)

Zakonodavac nije na odgovarajući način zakonski konkretizirao jezgro privatnog uobličavanja života. (...)

Zakondavac nije u § 100 d st. 3 StPO predvidio zadovoljavajuće mjere kako bi nadzor bio prekinut ako neočekivano nastupi situacija koja se uračunava u nedodirivo jezgro privatnog uobličavanja života. Nastavak nadzora je u takvim slučajevima protivpravan.

cc) Isto tako nedostaju odgovarajući propisi koji bi regulirali da će izostati korištenje ako se spoznaje dobiju pod pretpostavkom povrede jezgra privatnog uobličavanja života i da već u tom slučaju prikupljeni podaci moraju biti obrisani. (...)

b) Ako akustični nadzor ne pogađa apsolutno zaštićeno jezgro privatnog uobličavanja života njihova ustavnost podrazumijeva poštovanje načela srazmjernosti, koje je u čl. 13 st. 3 Ustava dijelom pobliže specificirano. Oспорavni propisi nisu sasvim u skladu sa ovim zahtjevom. Oni slijede legitiman cilj (aa) i podobni su za njegovo dostizanje (bb) kao što su i potrebni (cc). Zakonodavac je, međutim, u čl. 100 c st. 1 br. 3 StPO ograničenje upotrebljivosti akustičnog nadzora stambenih prostorija na posebno teška krivična djela, kako to predviđa čl. 13 st. 3 Ustava, uvažio samo djelimično (dd).

## IV.

Propis o obavezi na informiranje pogođenih koji je povodom, akutičnog nadozira stambenih prostorija propisan u § 101 StPO samo je djelimično u skladu sa čl. 19 st. 4 i 103 st. 1 Ustava. (...)

**131) BVerfGE 2 BvR 1801/06 od 5.5.2008.**  
**(Durchsuchung der Anwaltskanzlei)**  
**Pretnes advokatske kancelarije**

**Rješenje Trećeg vijeća Drugog senata od 5. maja 2008.**  
**- 2 BvR 1801/06 -**

OBRAZLOŽENJE:

Ustavna tužba se odnosi na pretnes prostorija u okviru krivičnog postupka jednog advokada koji je angažiran kao branilac u istom postupku.

(...)

**III.**

(...)

2. Pretres prostorija koje se koriste za obavljanje zanimanja, na težak način zadire u osnovno pravo iz čl. 13 st. 1 Ustava (BVerfGE 97, 228 [265]; stalna pravsudna praksa). Službe za krivično gonjenje moraju uzimati u obzir omjer – posrednog – ugrožavanja obavljanja zanimanja (BVerfGE 113, 29 [48 i dalje]), čak i ako takav pretnes ne dodiruje neposredno zaštićeno područje slobode zanimanja prema čl. 12 st. 1 Ustava (BVerfGE 97, 228 [253 i dalje]; 113, 29 [48]). Istaknuti značaj koji obavljanje zanimanja ima za jednog advokata, za pravosuđe i za očuvanje prava njegovog mandanta (usp. BVerfGE 44, 353 [372 i dalje]; 110, 226 [251 i dalje] zahtijeva brižljivo ispunjenje pretpostavki za uplitanje u osnovno pravo kao i za korištenje načela srazmjernosti, čak i kada pljenidba i pretnes koji je zbog nje izveden nije prema § 97 StPO generalno isključen kod advokata koji radi kao krivični branilac, ako je on sam okrivljen u krivičnom postupku (Meyer-Goßner, StPO, 50. Izdanje 2007, § 97 randnr. 4).

Ove pretpostavke se krše ako se ne mogu pronaći stvarni, plauzibilni razlozi za pretnes. U rješenju mora doći do izražaja da je istražni sudija ovu pretpostavku uplitanja u osnovno pravo brižljivo provjerio (usp. BVerfGE 103, 142 [151]). Zahtijeva se da se opiše ponašanje koje se stavlja na teret okrivljenom, a koje ispunjava pretpostavke jednog krivičnog djela. (...)

3. Oспоравано rješenje o pretnesu ne zadovoljava ove pretpostavke.

a) Nije bio potreban pretnes kancelarija i stana apelanta kako bi se osnažila sumnja da je počinjeno krivično djelo.

Izjave koje se stavljaju na teret apelantu potiču iz jednog dopisa u sudskom aktu koji je bio dostupan službama gonjenja. Nije bilo potrebno pribavljanje ličnih akata apelanta radi dokazivanja izjave koja mu se stavlja na teret, jer nije bilo nikakve

sumnje da sporne izjave dolaze uistinu od apelanta. Pronalaženje olakšavajućeg materijala u apelantovim aktima, također, ne može opravdati napad na osnovno pravo; jer, apelantu je bilo svakako moguće da takve materijale samostalno iznese u okviru vlastite odbrane. Rješenje o provođenju pretresa ne navodi da postoje razlozi zbog kojih bi se vjerovalo kako je apelant u svom privatnom stanu skrivao akte koji bi podupirali njegovu izjavu; oni se, inače, ni ne vide.

b) Iz osporavanog rješenja se ne vidi da su sudovi odmjerili dotaknuta osnovna prava prema težini krivičnog djela koje se stavlja na teret.

Pri tom bi postojao poseban povod da se raspravi značaj apelantove djelatnosti branioca, jer je krivično djelo za koje se protiv njega vodi istraga stajalo u uskoj vezi sa njegovom djelatnošću. Pretres je usmjeren ciljano na akte odbrane u slučaju mandanta N, jer se nastojala razjasniti pozadina apelantove izjave u ovom predmetu. Pitanje sadržajne tačnosti tvrdnji, koje je iznio apelant, a koje su mu stavljanje na teret, je istražni postupak koji se provodi protiv njegovog mandanta. Prava mandanta iz odnosa povjerenja prema advokatu su ovdje pogođena na poseban način. Provjera i obrazloženje su morali biti provedeni na posebno pažljiv način, budući da je postojala mogućnost da se istragom u pogledu vrijeđanja suda dobije pristup aktima odbrane koji su (...) oduzeti istražnim organima.

Pri tom se morao uzeti u obzir i neznatan dokazni značaj akata koji su se tražili za sam postupak istrage. Jer, dokazna snaga neistine iznešene u izjavi nije relevantna za krivično djelo iz § 185 StGB. Osnov prigovora vrijeđanja nije bilo utvrđivanje određenih činjenica pomoću apelanta, nego njegova pretpostavka da sud svjesno pogrešno predstavlja činjenično stanje na teret njegovog mandanta, što je služba istrage prihvatila.

Osporavano rješenje ne uzima u obzir ni jedan od navedenih razloga.

#### **IV.**

Osporavane odluke se prema § 95 st. 2 rečenica 1 BVerfGG ukidaju. Predmet se vraća Zemaljskom sudu koji će još odlučiti o troškovima žalbenog postupka. (...)

**132) 2 BvR 675/14**  
(Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes)  
**Uspostavljanje službe sudijskog dežurstva**

Savezni Ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 22/2019 od 29. marta 2019. godine

Rješenje od 12. marta 2019. godine

-2 BvR 675/14-

Iz čl. 13 Ustava proizlazi ustavnopravna obaveza sudova da osiguraju dostupnost istražnog sudije, pa i kroz uspostavljanje službe dežurstva. On mora biti neograničeno dostupan tokom dana, što znači između 6 sati i 21 sat. Takva služba dežurstva se tokom noći treba uspostaviti ukoliko za time postoji potreba koja nadilazi iznimne situacije. Ispitivanje postojanja takve potrebe poduzimaju predsjednici sudova u skladu sa njihovom sa dužnošću povezanim diskrecionim ovlaštenjima i vlastitog odgovornosti. Za vrstu i način utvrđivanja postojanja potrebe stoji im na raspolaganju vlastita procjena i prognoziranje. Sa ovim obrazloženjem je Drugi Senat sa danas objavljenom odlukom na osnovu ustavne tužbe optuženog ukinuo potvrđujuće sudske odluke u vezi sa od tužilaštva naređenim noćnim pretresom, te je predmet uputio Zemaljskom sudu na ponovno odlučivanje. Sudovi nisu ispitali da li iz prava na sudijsko odlučivanje (Richtervorbehalt) u smislu čl. 13. st. 2. Ustava proizlazi obaveza uspostavljanja dežurne službe istražnog sudije u relevantnom vremenskom periodu.

**Činjenično stanje:**

1. Apelanta su ranog subotnjeg jutra 14. septembra 2013. godine, pronašle službe spašavanja, koje su pretpostavile da je konzumirao opojna sredstva. Policijski službenici, koji su bili pozvani, su radi pronalaska ličnih dokumenata i dokaza o načinu konzumiranja sredstava ušli u stan koji je apelant dijelio sa sustanarom, sve to dok je apelant prebačen u bolnicu. Policijski službenici su u sobi apelanta, između ostalog, pronašli i proizvode kanabisa.

Policijski službenici su na osnovu ovog nalaza smatrali da postoji sumnja da je apelant počinio krivično djelo u vezi sa opojnim sredstvima. Zbog toga su telefonskim putem kontaktirali nadležnu dežurnu tužiteljicu koja je u 4:44 sati naložila pretres stana zbog oduzimanja opojnih sredstava. Iz istražnog spisa ne proizlazi da je prije toga pokušala stupiti u kontakt sa nadležnim istražnim sudijom. Prilikom pretresa

koji je nakon toga proveden u sobi apelanta i zajedničkim prostorija oduzeti su dokazni materijali.

Bez uspjeha su ostali apelantovi zahtjevi usmjereni na sudsko utvrđivanje protivpravnosti mjere pretresa i žalba uložena Zemaljskom sudu. Apelant je protiv toga i podnio apelaciju, koju je Senat uzeo u razmatranje u dijelu koji obuhvata drugi pretres koji je naložilo tužilaštvo. U odnosu na prvi pretres stana koji je sproveden na osnovu policijsko-pravne nadležnosti, apelant nije udovoljio zakonom propisane zahtjeve u pogledu obrazloženja.

2. U nadležnom Osnovnom sudu je 2013. godine subotom i drugim neradnim danima postojala služba sudskog dežurstva u formi pripravnosti u vremenskom periodu od 10 do 12 sati, a nedjeljom i praznicima u vremenskom periodu od 11 do 12 sati. Takvo dežurstvo je trajalo i nakon 12 sati ukoliko bi tužilaštvo ili policija prethodno najavili podnošenje hitnih zahtjeva. Osim toga, jedan dežurni sudija je bio raspoređen svim radnim danima izvan redovnog radnog vremena, ukoliko bi nakon policijske prethodne najave u posebnim situacijama postojala potreba da se donese sudska odluka o pritvoru. Osim toga, uspostavljena je i dežurna telefonska pripravnost sudija, koja je započinjala sa radom u zavisnosti od završetka radnog vremena (od ponedjeljka do četvrtka nakon 16:15 sati; petkom od 15 sati; subotom, nedjeljom i praznicima od 12 sati) i trajala do 21 sat. Telefonska dežurna služba je bila nadležna samo za hitne krivično-procesne mjere i odluke u pojedinačnim slučajevima u smislu § 56 Zakona o javnom redu i miru Savezne zemlje Mecklenburg – Zapadno pomorje i § 40 Zakona o Saveznoj policiji.

### **Bitni argumenti Senata:**

1. Čl. 13 st. 1 Ustava garantuje nepovredivost stana. Time se pojedincu u pogledu njegova ljudskog dostojanstva i u interesu slobodnog razvoja ličnosti osigurava osnovni životni prostor. U svojim stambenim prostorijama pojedinac ima pravo da ne bude uznemiravan. Pretresom se vrši teško zadiranje u ovu ustavom zaštićenu sferu života. Srazmjerno težini ovog zadiranja i ustavnopravnom značenju zaštite prostorne privatne sfere, čl. 13. st. 2 polurečenica 1 Ustava sadrži zahtjev da pretres, u osnovi, naređuje sudija. Preventivni zahtjev za sudijskim odlučivanjem služi pojačanoj zaštiti osnovnog prava na zaštitu stana i usmjeren je ka preventivnoj kontroli mjera koju vrši nezavisna i neutralna instanca. Istovremeno, iz čl. 13. Ustava proizlazi obaveza državnih organa da vode računa da se osigura efektivno provođenje sudijske kontrole i odlučivanja usmjerenih na zaštitu osnovnih prava.

Tekst i sistematika čl. 13 st. 2 Ustava potvrđuju da bi sudijska naredba za pretres

trebala biti pravilo, a nesudijska izuzetak. U skladu sa time se pojam „opasnost zbog odlaganja“, u smislu čl. 13 st. 2 Ustava, ima usko tumačiti. Organi krivičnog gonjenja moraju, prema tome, redovno pokušavati da pribave naredbu nadležnog sudije, prije nego što započnu sa pretresom. Samo u izuzetnim situacijama i to ukoliko bi i samo vremensko odugovlačenje zbog pokušaja pribavljanja sudijske naredbe ugrozilo uspjeh pretresa, mogu sami izdati naredbu radi postojanja opasnosti zbog odlaganja. Pretpostavka postojanja opasnosti zbog odlaganja ne može biti obrazložena samo apstraktnom naznakom da se sudijska odluka obično ne može pribaviti u određenom vremenskom trenutku zbog nedostupnosti nadležnog sudije. Opasnost zbog odlaganja postoji samo u onom slučaju u kojem sudijska dežurna služba u tom vremenskom periodu nije uspostavljena u skladu sa čl. 13 st. 2 Ustava, a čekanje na dostupnost sudije nije moguće. Tome odgovara ustavna obaveza sudova da osiguraju dostupnost istražnog sudije i kroz uspostavljanje službe dežurstva.

Jedan od zahtjeva neophodnosti praktične učinkovitosti sudijskog odlučivanja kroz odgovarajuću službu sudijskog dežurstva je neograničena dostupnost istražnog sudije tokom dana, čak i izvan uobičajenog radnog vremena. Dnevno vrijeme, pri tome, obuhvata vrijeme između 6 sati i 21 sat tokom cijele godine, što odgovara današnjim životnim navikama. Dežurna služba istražnog sudije se treba uspostaviti tokom noćnih sati, kada za time postoji potreba koja prevazilazi izuzetne slučajeve. Manja potreba tokom noćnih sati proizlazi već iz činjenice da su, usljed posebne zaštite noćnog mira, pretresi stana tokom noći dozvoljeni samo u izuzetnim slučajevima. Ustavna pravna osnova ove posebne zaštite noćnog mira nalazi se u čl. 13 st. 1 Ustava. Noćni pretresi su sa ustavnog stajališta samo iznimno dozvoljeni, s obzirom da se pretresom stana tokom ovog vremena u prava dotične osobe zadire nesrazmjernim intenzitetom nego tokom dnevnih sati. S obzirom da pretres stana tokom dana po sebi predstavlja teško zadiranje u ustavom zaštićenu životnu sferu stanara, to su kod noćnih pretresa stana dodatno pogođeni noćni mir i s njime povezana posebna privatnost.

O tome je zakonodavac načelno također vodio računa. U skladu sa § 104 st. 1 Uredbe o krivičnom postupku, stambene i poslovne prostorije kao i zaštićeni posjed, sa izuzetkom prostorija koje su navedene u § 104 st. 2 Uredbe o krivičnom postupku, smiju se pretresati tokom noćnih sati u smislu § 104 st. 3 Uredbe o krivičnom postupku samo prilikom gonjenja osobe koja je zatečena pri izvršenju krivičnog djela, kada postoji opasnost zbog odlaganja ili kod ponovnog hvatanja odbjeglog zatvorenika. Opasnost zbog odlaganja, kao najčešći izuzetak koji se javlja u praksi, postoji kada bi odlaganje pretresa do početka dana vjerovatno ugrozilo njegov uspjeh, jer bi npr. dokazi u međuvremenu mogli biti uništeni. Iz čl. 13 st. 1 Ustava neposredno proizlazi da je – unatoč odredbi iz § 104 st. 3 Uredbe o krivičnom postupku – sprovođenje

pretresa stana u periodu od 21 do 6 sati tokom cijele godine ograničeno. Stoga se za ovaj vremenski period može poći od nedvosmisleno manje potrebe za izdavanjem naredbi za pretres stanova. Navedeno opravdava da se i u skladu sa Ustavom uspostavljanje službe dežurstva istražnog sudije u vremenskom periodu od 21 do 6 sati smatra neophodnim samo ako je to potrebno, odnosno kada postoji potreba za izdavanjem naredbi za pretresanje tokom noćnih sati koja prevazilazi izuzetne slučajeve. Sve dok to nije slučaj, važi odnos pravila i izuzetka kako je predviđen u čl. 13 st. 2 Ustava i bez dostupnosti istražnog sudije tokom noći.

Odluku o tome da li i u kojoj mjeri postojati potreba za izdavanjem naredbi za noćno pretresanje, koja bi prevazilazila izuzetne slučajeve i usljed koje bi postojala potreba za uspostavljanjem službe dežurstva istražnog sudije tokom noći, donose predsjednici sudova po osnovu dužnosti koja je povezana sa diskrecionim ovlaštenjima i vlastitom odgovornošću. Za vrstu i način utvrđivanja postojanja potrebe koriste se vlastitom procjenom i prognoziranjem.

2. Pobijane odluke specijaliziranih sudova ne odgovaraju ovim mjerilima u dijelu u kojem su naredbu za pretres koju je dalo tužilaštvo posmatrali kao zakonitu.

Osnovni sud se nije bavio sudijskim odlučivanjem iz čl. 13 st. 2 Ustava i nije provjerio da li je dežurna tužiteljica bila ovlaštena da naredi pretres radi opasnosti zbog odlaganja. Svoju odluku od 30. januara 2014. godine je nedovoljno obrazložio pozivajući se samo na postojanje početnih osnova sumnje.

Zemaljski sud nije otklonio povredu Ustava. Istina, bavio se pitanjem da li je dežurna tužiteljica mogla pretpostaviti da ima ovlaštenje u vezi sa opasnošću zbog odlaganja. Međutim, prilikom tumačenja pojma opasnost zbog odlaganja nije poštovao ustavnopravne obaveze koje proizlaze iz čl. 13 st. 1 i st. 2 Ustava. Suprotno stavu koji zastupa, nije se moglo utvrditi da li je Osnovni sud postupio u skladu sa svojom obavezom iz čl. 13 st. 1 i st. 2. Ustava u smislu obaveze uspostavljanja službe dežurstva istražnog sudije.

Zemaljski sud je pitanje postojanja opasnosti zbog odlaganja cijenio isključivo na osnovu činjeničnih mogućnosti dežurne tužiteljice koja je postupala u tom predmetu i time samo na osnovu stvarne dostupnosti istražnog sudije Osnovnog suda. Samo je na osnovu toga utvrdio da li je dežurna tužiteljica mogla poći od pretpostavke da bi čekanje početka postojećeg sudijskog dežurstva moglo ugroziti svrhu pretresa. Da li je Osnovni sud bio obavezan da uspostavi službu dežurstva istražnog sudije u vremenskom periodu u kojem je tužiteljica postupala u ovom predmetu, nije smatrao mjerodavnim.



Međutim, upućivanje na stvarnu dostupnost službe dežurstva istražnog sudije je ustavnopravno prihvatljivo samo u situaciji kada konkretno uređenje odgovara zahtjevima čl. 13 st. 1 i 2 Ustava. Prema tome, naredbe za pretres koje bi izdali tužilaštvo ili ovlaštena službena lica koja provode istrage ne bi mogla biti opravdana pozivanjem na opasnost zbog odlaganja, ukoliko bi takve naredbe bile posljedica neuspostavljanja odgovarajuće službe dežurstva istražnog sudije kršeći time čl. 13 st. 1 i 2 Ustava. Istina, istražni organi se u ovakvim slučajevima ne mogu teretiti za povredu službene dužnosti; o tome se ovdje i ne radi. Jer, obaveza osiguranja preduslova za uspostavljanje stvarno učinkovite preventivne sudijske kontrole leži na svim državnim organima. Ova obaveza bi mogla biti potkopana kada bi se zakonitost mjera zadiranja u ustavno pravo iz čl. 13 st. 1 Ustava u krajnjem smislu moglo obrazložiti stanjem sudske organizacije koje je trajno protivno čl. 13 st. 2 Ustava. U situaciji u kojoj predsjednici sudova ne postupaju u skladu sa svojom obavezom uspostavljanja službe dežurstva istražnog sudije koja bi štitila odnos pravila i izuzetka iz čl. 13. st. 2. Ustava i ukoliko zbog toga istražni organi svoje naredbodavne ovlasti zasnivaju na opasnosti zbog odlaganja, onda to vodi protivpravnoj i protivustavnoj naredbi za pretres.

Uređenje vremenskih okvira službe dežurstva pri nadležnom Osnovnom sudu u 2013. godini nije odgovarala zahtjevima iz čl. 13 st. 1 i 2 Ustava. Na dan 14. septembra 2013. godine je – kao i tokom svih drugih subota – postojala dežurna sudijska služba pripravnosti u vremenskom periodu od 10 do 12 sati, na koji se nadovezivala služba telefonske pripravnosti do 21 sat. Nasuprot tome, u vremenskom periodu od 6 do 10 sati nije bio dostupan ni jedan istražni sudija. Nezavisno od konkretne potrebe, neograničena dostupnost istražnog sudije tokom dana, koja se bez izuzetaka mora osigurati i tokom subota, nedjelja i zakonskih praznika, na ovaj način nije bila osigurana. Istražni sudija je morao biti dostupan najmanje od 6 sati. Stoga početak dežurstva od 11 sati, koji je Zemaljski sud pogrešno uzeo kao početno vrijeme, sasvim sigurno ne bi bio prikladan za ispunjenje zahtjeva iz čl. 13 st. 1 i 2 Ustava.

Stoga se Zemaljski sud morao pozabaviti pitanjem da li bi naredba za pretres na osnovu opasnosti zbog odlaganja koju je izdala dežurna tužiteljica na dan 14. septembra 2013. godine u 4:44 sati bila opravdana u slučaju postojanja službe dežurstva istražnog sudije uspostavljene u skladu sa ustavnim zahtjevima. Pri tome je najprije trebalo provjeriti da li je tužilaštvo bez ugrožavanja svrhe pretresa moglo sačekati do hipotetičkih 6 sati ujutro, kao Ustavom najranije zahtijevano vrijeme dostupnosti istražnog sudije, kako bi zahtijevalo sudijsku naredbu za pretres. Ukoliko bi to Zemaljski sud porekao, jer bi iz njegove perspektive pribavljanje sudijske naredbe uvjetovalo vremensko odugovlačenje i ugrozilo uspjeh pretresa, tada bi se morao pozabaviti pitanjem da li je za rukovodstvo Osnovnog suda, s obzirom na potrebu izdavanja noćnih naredbi za pretres, postojala potreba za osiguranjem dostupnosti istražnog sudije u vrijeme izdavanja tužilačke naredbe za pretres.

**§ 20.**  
**Vlasništvo, razvlašćivanje,**  
**nasljedno pravo**  
**(čl. 14 Ustava)**

## 133) BVerfGE 38, 348 (Zweckentfremdung von Wohnraum) Mijenjanje namjene stambenih prostorija

Rješenje Drugog senata od 4. februara 1975.

- 2 BvL 5/74 -

(...) u postupku zbog ustavnopravne provjere čl. 6 § 1 st. 1 rečenica 1 i § 2 Zakona o poboljšanju prava o stanarinama i o organičenju rasta stanarina, kao i o reguliranju inženjerskih i arhitektonskih usluga ([*Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen*] MRVerbG) od 4. novembra 1971 (BGBl. I s. 1745) – izuzimanje i prilaganje predmeta po odluci Višeg zemaljskiog suda Frankfurt am Main od 21. januara 1974. - 2 Ws (B) 13/74.

IZREKA:

Čl. 6 st. 1 rečenica 1 i § 2 MRVerbG su u skladu sa Ustavom.

Propis glasi:

### „Član 6

Zabrana mijenjanja namjene stambenih prostorija.

#### § 1

(1) Zemaljska vlada se ovlašćuje da za opštine, u kojima je zbrinjavanje stanovništva odgovarajućim stambenim prostorijama posebno teško, pravnim uredbama određuje, da stambeni prostor smije biti preveden u druge svrhe, koje ne služe stanovanju, samo uz odobrenje službi koje će odrediti zemaljska vlada. U funkciji namjene stanovanja, u smislu rečenice 1, će se posmatrati stambene prostorije koje se upotrebljavaju za trajan smještaj stranaca, posebno iznajmljivanje soba u formi zanimanja ili uspostavljanje soba u mjesta za prenočište. Nije potrebno odobrenje za prevođenje stambenog prostora u sporedni prostor, posebno u kupatilo.“

(...)

Čl. 6 § 1 st. 1 rečenica 1 MRVerbG je u skladu i sa načelom zakonitosti rada uprave koje se izvodi iz principa pravne države (BVerfGE 6, 32 [43]).

Kada savezni zakonodavac (...) statuiru represivnu zabranu sa pridržavanjem mogućnosti oslobađanja od nje, on vodi računa o okolnosti da zabrana koja je, sve u svemu, opravdana stvarnim razlozima, u pojedinačnom slučaju može doći u konflikt sa načelima srazmjernosti i zabrane pretjerivanja, koja se iz principa pravne države izvode kao sveobuhvatne smjernice za sva državna djelovanja (usp. BVerfGE 23,

127 [133] sa daljim napomenama; BVerfGE 35, 382 [400 i dalje]). Čl 6 MRVerbG ne zahtijeva zbog toga zaštitu svakog stambenog prostora po svaku cijenu, nego otvara upravi mogućnost da vodi računa o načelu srazmjernosti posredstvom odobravanja u konkretnom slučaju.

Čl 6 § 1 st. 1 rečenica 1 MRVerbG nije u suprotnosti sa čl. 14 Ustava. Čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava daje zakonodavcu u nalog da odredi sadržaj i granice vlasništva i postavlja mu pri tom zadatak da ostvari socijalni model čiji normativni elementi slijede, na jednoj strani, iz priznavanja privatnog vlasništva posredstvom čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava, a na drugoj, iz obavezujućih iskaza čl. 14 st. 2 Ustava (BVerfGE 37, 132 [149] sa daljim upitama). U ustavnopravni sadržaj privatnog vlasništva načelno ulazi sloboda raspolaganja predmetom vlasništva (BVerfGE 26, 215 [222]). Represivna zabrana mijenjanja namjene, koja je predviđena kao mogućnost oslobađanja stambenog prostora, ugrožava ovakvo pravo raspolaganja. Opravdano je ovlaštenje da takva zabrana stupa na snagu, kako to predviđa čl 6 § 1 st. 1 rečenica 1 MRVerbG, nalogom koji je upućen zakonodavcu članom 14 st. 1 rečenica 2 Ustava.

Ustavnopravni zahtjev da se privatno vlasništvo iskorištava u skladu sa opštim dobrom (čl. 14 st. 2 Ustava) obuhvata obavezu na uzimanje u obzir interese onih sugrađana koji su upućeni na upotrebu predmeta u vlasništvu drugih (BVerfGE 37, 132 [140]). Navedena upućenost zasniva jedan socijalni odnos i posebnu socijalnu funkciju ovakvih predmeta. Veliki dio stanovništva, iznad svega u gradovima, nije u stanju da sopstvenim radom pribavi stambeni prostor i zbog toga je upućen na iznajmljivanje stambenog prostora.

Općenito usmjereno zbrinjavanje stanovništva stambenim prostorom pod primjerenim uslovima nesporedno je u službi stavljanja na raspolaganje stambenog prostora koji je neophodan pojedincima i porodicama. Kada je ovakvo zbrinjavanje dovedeno u pitanje, kako to pretpostavlja čl. 6 § 1 st. 1 rečenica 1 MRVerbG u svrhu uplitanja donosioca uredbe, onda to za većinu ljudi znači da oni nemaju odgovarajući stambeni prostor. Socijalni odnos, koji svakako pripada stambenom prostoru, još se značajnije pojačava. U takvoj situaciji je u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava pravedna i prema opštem dobru orijentirana mejra koja svrhu postojećih stambenih prostora održava tako što načelno zabranjuje mijenjanje njihove namjene. To posebno važi kada – kako je to ovdje slučaj – interesi vlasnika koji se moraju zaštititi bivaju na zadovoljavajući način sačuvani. Vlasnik zadržava dobit u visini ugovorene najamnine, troškova stana ili neke druge najamnine koja je mjesno uobičajena (usp. o tome BVerfGE 37, 132 [141 i dalje]) i on ima mogućnost da u posebnim slučajevima dobije i izuzetno odobrenje. U osnovi se ukida jedino mogućnost vlasnika da svaku šansu koja se nudi za povoljnije iskorištavanje sopstvenog vlasništva odmah i maksimalno iskoristi. Takva mogućnost, međutim nije zaštićena u ovakvom slučaju nezadovoljavajućih kapaciteta pri zbrinjavanju stanovništva.

## 134) BVerfGE 14, 263 (Feldmühle-Urteil) Presuda o vjetrenjačama

1. Prilikom korištenja ovlaštenja koje je dodijeljeno članom 14 st. 1 rečenica 2 Ustava, da se odrede sadržaj i granice vlasništva, zakonodavac mora uvažavati vrednosnu odluku Ustava u korist privatnog vlasništva kao i sve ostale ustavne norme, a posebno načelo jednakosti, osnovno pravo na slobodan razvoj ličnosti i princip pravne i socijalne državnosti.
2. Norme akcionarskog prava ne protivrječe Ustavu već zbog toga što ne isključuju zloupotrebu kada na raspolaganju stoje djelotvorne mogućnosti za odbranu od njih. Takva mogućnost postoji kod višestrukog pretvaranja, jer ona time što odgovara formalnim pretpostavkama nije pošteđena utuživanja zbog zloupotrebe.

### Presuda Prvog senata od 7. augusta 1962. - 1 BvL 16/60 -

#### IZREKA:

§ 15 Zakona o pretvaranju društava kapitala i rudarskih sindikata (*Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften – UmwG*) od 12. novembra 1956. (BGBl. I s. 844) je u skladu sa Ustavom, jer dopušta prenošenje imovine jednog akcionarskog društva na drugo akcionarsko društvo u čijim rukama se nalazi više od tri četvrtine osnivačkog kapitala.

Sud koji je podnio predmet na prethodnu odluku smatra da je izmjena većinskih udjela nespojiva sa čl. 14 st. 1 Ustava, zato što će biti izbrisano akcionarsko pravo manjinskih akcionara – koje je načelno neograničeno.

Pored članskih prava akcija jamči akcionaru i imovinska prava na učešće u dobiti, u datom slučaju, s obzirom na novije akcije i kvotu provođenja; ona je, prema tome, vlasništvo koje se posreduje pravom društava.

Ona, kao imovinsko pravo, uživa zaštitu čl. 14 Ustava (usp. BVerfGE 4, 7 [26]).

Sud koji je podnio zahtjev s pravom negira da § 15 UmwG sam po sebi predstavlja razvlašćivanje u smislu čl. 14 st. 3 Ustava ili da je dopušta. Razvlašćivanje mora uvijek polaziti od države ili od preduzeća na koja je prenešena državna prinuda. Kada zakonodavac glavnoj skupštini osnivača dodijeli generalno ovlaštenje da odluči o promjeni većinskog vlasništva, on time ne prenosi ovlaštenje na razvlašćivanje nego opunomoćuje glavnu skupštinu da preoblikuje privatnopravne odnose između akcionara.

Također, odluka Registarškog suda, da registruje promjenu, ne predstavlja državno

uplitanje u vlasništvo manjinskih akcionara; ona ne predstavlja pravnu mjeru kojom se uobličava, nego mjeru kojom se samo utvrđuje da registraciji ne stoji na putu nikakve pravne zapreke.

Prenošenje ovlaštenja na glavnu skupštinu ne predstavlja „razvlašćivanje posredstvom zakona“ budući da sam zakon ne zahvata neposredno u postojeća prava. On općenito razgraničiva ovlaštenja između većine i manjine u akcionarskom društvu za slučaj promjena; takvo donošenje zakona po sebi ne predstavlja razvlašćivanje.

Mjerilo za provjeru ustavnosti § 15 UmwG iz perspektive vlasništva predstavlja samo čl. 14 st. 1 Ustava.

Vlasništvo je isto kao i sloboda jedno elementarno osnovno pravo; njegovo priznanje predstavlja vrednosnu odluku Ustava koja je od posebnog značaja za socijalnu pravnu državu. Vlasništvo je najvažniji pravni institut za razgraničenje privatnih područja vlasništva. Zbog toga ga je potrebno uobličiti na poseban način, posredstvom pravnog uređenja. Prema tome, čl. 14 st. 1 Ustava sadrži u stavu 2 ovlaštenje zakonodavca da odredi sadržaj i granice vlasništva. Čini se prema čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava da zakonodavčevom ovlaštenju nisu postavljene nikakve granice. Po sebi se razmije, međutim, da se svaka zakonska odredba o sadržaju ili ograničenju mora poštovati kako u pogledu ustavnom zaštićenih vrijednosti u korist privatnog vlasništva u uobičajenom smislu (usp. BVerfGE 1, 264 [276]; 4, 219 [240]), tako i u pogledu usklađenosti sa svim ostalim ustavnim normama, dakle, posebno sa načelom jednakosti, osnovnim pravom na slobodni razvoj ličnosti i principima socijalne i pravne države.

Vlasništvo društva, koje je otjelotvoreno u aktima, nije u pogledu svog postojanja nužno osigurano od rizika većinskog odlučivanja.

Glavni slučaj primjene većinskih odnosa jednog akcionarskog društva na neko drugo akcionarsko društvo je promjena unutar jednog koncerna; vladajuće akcionarsko društvo koristi izmjene u pogledu većinskih udjela kako bi preuzelo preduzeće isključivanjem manjine.

Privredna i socijalnopolitička procjena koncerna je sporna. Spajanje privredne i finansijske moći nosi odgovarajuće opasnosti, ali istovremeno omogućuje racionalizaciju, a time i podizanje i pojeftinjenje proizvodnje koja je poželjna, a u situaciji konkurencije na internacionalnom planu, i neizbježna. Privredeno i poresko pravo priznaje koncerne iako ne regulira detaljno njihove pravne odnose. (...)

U principijenom dopuštanju koncerna se nalazi i principijelno priznanje njihove poslovne slobode. Ovim još uvijek nije kazano da je zakonodavac ovakvoj slobodi poduzetništva pri izgradnji unutrašnje strukture koncerna dao prednost u odnosu na pravo manjinskih akcionera na udjele u imovinskoj supstanciji, kao i na načelo jednakog tretmana. Ovdje se radi o pitanju, da li zakonodavac smije dati prednost „interesima koncerna“ pred interesima pojedinih akcionera – posmatrano u okvirima vlasničkih odnosa: interesima glavnih učesnika pred interesima manjinskih akcionera.

(...)

(...) ne može se utvrditi da zakonski propis stoji u suprotnosti sa Ustavom. Zakonodavac je mogao smatrati da zbog važnog razloga opšteg dobra zaštita vlasništva manjinskih akcionera mora ustuknuti pred interesima zajednice da se u koncernu omogući slobodno formiranje poduzetničke inicijative.

Pretpostavka za dopustivosti ovakvog zakonodavnog vrednovanja je da se sačuvaju opravdani interesi manjine koja je prisiljena da bude isključena. U ovo se ubraja, na jednoj strani, da joj stoje na raspolaganju djelotvorna pravna sredstva protiv zloupotrebe privredne moći; na drugoj strani, moraju postojati preventivne mjere prema kojima će oni u slučaju gubitka njihovih pravnih pozicija biti ekonomski potpuno obeštećeni. Ovi uslovi su, međutim, ispunjeni kod promjene većine. (...)

### **135) BVerfGE 21, 73** (Grundstückverkehrsgesetz) **Zakon o prometu zemljišta**

1. O ograničavanju zakonodavčevih ovlaštenja da odredi granice i sadržaj vlasništva (čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava).
2. § 9 st. 1 br. 1 Zakona o stavljanju u promet zemljišta je u skladu sa Ustavom.
3. Prema ovom propisu ne smije biti odbijeno odobrenje već zbog toga što pravni posao za kupca predstavlja ulog kapitala.

#### **Rješenje Prvog senata od 12. januara 1967.** **- 1 BvR 169/63 -**

Apelant – po zanimanju advokat – profesor i savjetnik za poduzetništvo – kupuje zemljište sa šumom od 34 ha po cijeni od 290.000 DM. Nadležna služba za poljoprivredu odbija dati odobrenje prema Zakonu o prometu zemljišta ([*Grundstückverkehrsgesetz*] - GrdstVG) od 28. jula 1961. (BGBl. I, s. 1091), jer kupac nije ni zemljoradnik, niti se bavi šumarstvom. Prodavač ima mogućnost da šumu proda bez odobrenja Državnoj šumskoj upravi Nordrhein-Westfalena.

Prema § 9 st. 1 br. 1 GrdstVG se odobrenje neće dati ako bi prodaja značila nezdravu dodjelu tla i zemljišta. Prema svome materijalnom sadržaju ovo činjenično stanje sadrži zakonsko ograničenje prava na prodaju i prava na kupovinu poljoprivrednog i šumskog zemljišta. Time se radi o normi koja određuje sadržaj pravnog instituta vlasništva. Propis spada u područje koje je zaštićeno čl. 14 Ustava i prema njemu će se procjenjivati.

Čl. 14 st. 1 rečenica 2 određuje da sadržaj i granice vlasništva mora odrediti zakonodavac. Takav zakon mora biti formalno i materijalno u skladu sa Ustavom (BVerfGE 14, 263 [278]).

Apelantovi napadi, usmjereni protiv formalnog uobličavnja § 9 st. 1 br. 1 GrdstVG su neosnovani.

To što se zakonodavac poslužio neodređenim pojmom ne može biti sporno u ustavnopravnom smislu (BVerfGE 3, 225 [243]; 13, 153 [161]). Može ostati otvoreno pitanje da li je bilo moguće da se opis činjeničnog stanja iz § 9 st. 1 br. 1 GrdstVG razdijeli na više specijalnih opisa. Zakondavac sam, prema sopstvenoj odluci, odlučuje da li će se prilikom utvrđivanja zakonskog opisa činjeničnog stanja poslužiti neodređenim pojmom koji pokriva krug činjenica ili će usko odrediti elemente opisa činjeničnog stanja. Savezni upravni sud može samo provjeriti da li je on pri tom prekorčio granice koje su mu propisane Ustavom. To se ovdje ne može potvrditi.

Iako je načelno dopuštena upotreba neodređenih pojmova, zakonodavac nije oslobođen obaveze da formuliра propis tako da on odgovara načelu jasno formuliranih i justiciabilnih pravnih normi. On u pogledu svojih pretpostavki i svoga sadržaja mora biti tako formuliran da osoba na koju se odnosi može raspozanti pravno stanje i da prema njemu može usmjeriti svoje držanje. Osim toga, načelo zakonitosti uprave određuje da zakonodavac sam normira sadržaj pojedinih ovlaštenja i obaveza koja čine pojam vlasništva; on ne smije diskrecionoj odluci upravne službe prepustiti normu koja je istovremeno materijalna osnova i mjerilo provjere predmetnog odobrenja. U pravu koje regulira promet zemljišta mora, dakle, zapreka za prodaju ili za kupovinu uslijediti iz samog zakona; ona ne smije biti određivana prema predstavi uprave ili sudova. § 9 st. 1 br. 1 GrdstVG još uvijek odgovara ovim zahtjevima.

Apelantu se mora priznati da tumačenje i primjena nepreciznog pojma „nezdrava dodjela tla i zemljišta“ pobuđuje sumnju s obzirom na pojedine mogućnosti. Međutim, istovremeno se u stvarnoj ovisnosti propisa i pojašenjenja u § 9 st. 2 GrdstVG može utvrditi dovoljno jasno cilj i sadržaj zakona kao što se mogu dobiti i objektivni kriteriji koji isključju mogućnost proizvoljne primjene pred upravnim službama i sudovima. (...)

§ 9 st. 1 br. 1 GrdstVG, ako se tačno protumači, odgovara i u materijalnom smislu Ustavu.

Zadatak koji je prenešen zakonodavcu sa čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava, da odredi sadržaj i granice vlasništva nije neograničen. On mora poštovati temeljne sadržaje garancije vlasništva iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava, i poštovati ostale ustavne norme (BVerfGE 14, 263 [278]; 18, 121 [132]).

Ustav, suprotno mišljenju apelanta, ne određuje da promet zemljišnim parcelama u saveznoj zemlji mora biti slobodan kao i promet sa svakim „kapitalom“. Činjenica



da se parcela i tlo ne može umnožavati i da je oboje neobnovljivo zabranjuje da se njihovo korištenje u potpunosti prepusti nepredvidivoj igri slobodnih snaga i volji pojedinca; pravedno društveno i pravno uređenje iziskuje upravo isticanje interesa zajednice u pogledu zemljišta u mnogo jačoj mjeri nego što je to slučaj sa ostalim imovinskim dobrima. Parcela i tlo se ne mogu ni u privrednom smislu ni u njihovom socijalnom značaju izjednačiti sa ostalim imovinskim dobrima. Netačno je također da je noćavni kapital diskriminiran u odnosu na kapital koji je investiran u zemljišne posjede i posjede šuma.

Sam je Ustav zakonodavcu ostavio srazmjerno širok prostor uobličavanja u svrhu određivanja sadržaja vlasništva u čl. 14 st. 2 Ustava. Prema ovome, vlasništvo ne stvara samo obaveze nego njegova upotreba „treba služiti i dobru zajednice“. Materijali jednoznačno pokazuju da je zakonodavac imao pred očima uređivanje zemljišta (ParlRat, 8. sjednica Komisije za načela, stenogramski protokol, s. 62 i dalje). Zahtjev za socijalno usklađenim korištenjem nije, međutim, samo uputstvo za konkretno držanje vlasnika nego je u prvoj liniji smjernica zakonodavcu da prilikom reguliranja sadržaja vlasništva poštuje zahtjeve opšteg dobra. U ovom leže razlozi da se odbije ustrojstvo vlasništva u kojem bi individualni interesi uživali bezuslovnu prednost u odnosu na interese zajednice. U okvirima ovakvog vrednosnog uređenja se nalazi § 9 st. 1 br. 1 GrdstVG kada prodaja zemljišta bude zlopupotrebljena u smislu gore navedene, nezdrave raspodjele. (...)

Iako je prema svemu navedenom § 9 st. 1 br. 1 GrdstVG u skladu sa Ustavom, ipak ne može biti odobreno tumačenje i primjena Saveznog suda iz osporavanog rješenja.

Savezni sud tačno polazi u svom pravosuđu od toga da se opis činjeničnog stanja iz § 9 st. 1 br. 1 GrdstVG mora usko tumačiti. On se bavi pitanjem da li potreba za poljoprivrednim ili šumskim zemljištem postoji kod drugih preduzeća; on međutim, odobrava kupovinu za one osobe koje nisu poljoprivrednici ili ne gazduju šumskim dobrima tek kada poljoprivrednici ili gazdinstva šumskim zemljištem nisu zainteresirani za kupovinu zemljišta. Savezni sud, međutim, ne primijenjuje ovakvo restriktivno tumačenje kada kupovina predstavlja „čist ulog u kapitalu“. Takva kupovina, prema njegovom mišljenju, predstavlja nezdravu raspodjelu zemljišta, „bez obzira na to da li u pojedinačnom slučaju prodano zemljište ostaje u vezi sa poboljšanjem agrarne strukture“. Da zakon zaista ima takav sadržaj, on ne bi bio u skladu sa čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava.

Zakonska vezivanja vlasništva moraju, s obzirom na područje koje se regulira, biti neophodna; ona ne smiju prevazilaziti cilj zaštite koji je u službi samog propisa. Ova bi granica bila prekoračena kada bi kupovina zemljišta bila zabranjena zbog toga što bi se kod kupovine radilo o ulaganju kapitala. Savezni sud, netačno, uzima motiv kupovine, ali ne – što je jedino bitno – i uticaje pravnog posla na agrarnu strukturu. Sam motiv kupovine ne predstavlja razlog koji opravdava vezivanje vlasništva. Cilj zaštite kojem služi pravo prometa zemljištem ne određuje takvo ograničenje.

## 136) BVerfGE 25, 112 (Niedersächsisches Deichgesetz) **Zakon o nasipima Savezne zemlje Niedersachsen**

O pitanju, pod kojim pretpostavkama zakonodavac smije zabraniti gradnju na zemljištu koje pripada nasipu.

**Rješenje Prvog sensta od 15. januara 1969.  
- 1 BvL 3/66 -**

§ 14 st. 1 Zakona o nasipima zemlje Niedersachsen (*Niedersächsisches Deichgesetz*, NDG) od 1. marta 1963. glasi:

- (1) Zabranjena je svaka upotreba nasipa (korištenje i gradnja), osim u svrhu održavanja nasipa od strane njegovog vlasnika. (...)
- (2) Niža služba za upravljanje nasipima može, radi oslobađanja od zabrane iz stava 1, odobriti izuzetke. Ona smije izgradnju ili proširivanje zgrada dopustiti samo u posebnim slučajevima javnog ili opšteg privrednog interesa uz saglasnost više službe za upravljanje nasipima, pod uslovom da ostane zajamčena sigurnost nasipa. (...).

Zabrana gradnje iz § 14 st. 1 rečenica 1 NDG predstavlja dopušteno određivanje sadržaja vlasništva u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava.

(...)

4. Pošto je funkcija nasipa da obezbijedi zaštitu od poplava, javni interesi moraju imati prednost u odnosu na privatne interese. Otud se u ustavnim okvirima nalaze takva ograničenja koja služe održavanju sigurnosti nasipa, a koja su potrebna kako bi se ljudi odbranili od opasnosti koje im prijete. Iz ove perspektive se ništa ne može prigovoriti zabrani da se u privatnim interesima gradi na nasipima. Upitno je međutim da li je opravdano da se izgradnja na nasipima generalno zabrani, ili se mora uzeti da je dovoljan propis koji se odnosi na pojedinačan slučaj.

(...)

Načelo srazmjernosti nije povrijeđeno. Zakonodavac ne može uzeti kao povod okolnosti koje raspozanje kao opasne da bi naprosto isključio ovlaštenja koja pripadaju vlasnicima. Sredstvo koje je angažirano za odbranu od opasnosti mora odgovarati vrsti opasnosti koja može zaprijetiti. Stvarna situacija prema tome višestruko utječe na primjereno zakonodavno rješenje.

Generalna zabrana gradnje je opravdana argumentom da je svaka građevinska upotreba nasipa koja ne služi njegovom održavanju potencijalno podobna da doprinese konkretnom ugrožavanju sigurnosti nasipa, a time i stanovništva zaštićenog područja.

Tome se ustavnopravno ne može ništa prigovoriti: svako građevinsko postrojenje, u ili na nasipu, koje ne služi njegovom održavanju ne predstavlja samo strano tijelo nego ugrožava i njegovu funkciju, vodi do ugrožavanja njegove postojanosti i ugrožava njegovu odbranu u ozbiljnom slučaju. To je iskustvena činjenica.

Ako je zakonodavac sa NDG imao pred očima katastrofu iz 1962. godine, pa je smatrao da je neophodno u vezi sa sadašnjim pravnim stanjem donijeti generalnu zabranu gradnje, onda to ne može biti posmatrano kao nepotrebno ili pogrešno vrednovanje opasnosti.

Ovdje se mora uzeti u obzir da zakonodavac nije naprosto isključio provjeru koja se orijentira na pojedinačan slučaj. § 14 st. 2 rečenica 2 NDG upravo omogućuje da se kod izgrađenih nasipa u izuzetnim slučajevima dodijeli posebna dozvola za gradnju.

## **137) BVerfGE 31, 229** (Schulbuchprivileg) **Privilegija školskih knjiga**

1. Autorsko pravo je, kao pravo korištenja, „vlasništvo“ u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava.
2. Čl 14 st. 1 rečenica 1 Ustava određuje načelno da se autoru uračuna ekonomska vrijednost zaštićenog djela. Ovim, međutim, nije ustavno osigurana svaka mogućnost korištenja koja se može zamisliti. Nadležnost je zakonodavca da u okviru sadržajnog uobličavanja autorskog prava utvrdi pravedna mjerila koja, prema prirodi i socijalnom značaju autorskog prava, osiguravaju njegovo korištenje i odgovarajuću upotrebljivost (čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava).
3. Interes zajednice da se uspostavi nesmetan pristup kulturnim dobrima opravdava da se zaštićena djela po njihovom objavljivanju smiju uzimati za crkvene, školske i nastavne potrebe u odgovarajuće zbirke bez odobrenja autora, ali ne i obavezu da autor u ovu svrhu mora bez nadoknade staviti svoja djela na raspolaganje (§ 46 Zakona o autorskom pravu).

**Rješenje Prvog senata od 7. jula 1971.**

**- 1 BvR 765/66 -**

IZREKA:

1. § 46 Zakona o autorskom pravu (*Gesetz über Urheberrecht – UrhG*) od 9. septembra 1965. (...) nije u saglasnosti sa čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava, pošto je umnožavanje i rasparčavanje dopušteno bez nadoknade, kada nakon objavljivanja u

neku zbirku budu preuzeti isječki autorskih djela, pisna djela ili muzička djela manjeg obima, pojedina djela slikarske umjetnosti ili pojedinačna fotografska djela, koja obuhvataju veći broj autora, i potom budu određeni samo za upotrebu u crkvama, školama ili u nastavi. (...)

Radi se o pitanju da li je ograničenje imovinske strane autorskog prava, koje je ostvareno osporavanom normom, u skladu sa Ustavom. To je tipično područje koje je zaštićeno vlasničkom garancijom iz čl. 14 Ustava. (...)

Garancije vlasništva, u smislu njegovog osiguranja i odbrane, zahtijeva da se imovinska prava autora na njegovom djelu posmatraju kao „vlasništvo“ u smislu čl. 14 Ustava i da se podrede njegovom području zaštite. Pri ustavnopravnoj ocjeni se svakako mora uzeti u obzir nerazdvojiva povezanost lično-duhovnog stvaralaštva (usp. § 2 st. 2 UrhG) sa ekonomskom upotrebljivošću, kao i posebna priroda i uobličavanje ovog imovinskog prava. (...)

Propis iz § 46 UrhG je ograničenje autorskog prava u smislu 6. odjeljka 1. dijela UrhG. On ne stoji u skladu sa garancijom vlasništva iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava.

Kako ne postoji apsolutan pojam vlasništva koji je zadan, a sadržaj i funkcija vlasništva se mogu i moraju prilagoditi društvenim i privrednim odnosima. Ustav je zakonodavcu prenio zadatak da odredi sadržaj i granice vlasništva (čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava). To važi također za imovinska prava autora; njih je potrebno uobličiti pravnim uređenjem, isto kao i vlasništvo nad stvarima. Zakonodavac koji je vezan Ustavom ne može postupati proizvoljno. On mora prilikom utvrđivanja prava i obaveza koja čine sadržaj prava, očuvati osnovni sadržaj zagaraniranog postupka i ostati u skladu sa svim ostalim ustavnim normama. Autorsko pravo je zaštićeno Ustavnim pravom samo u pogledu sadržaja koji iz ovoga slijedi (usp. BVerfGE 24, 367 [396]).

Čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava jamči najprije privatno vlasništvo kao pravni institut koji je u biti karakteriziran privatnom upotrebom i raspoloživošću objekta vlasništva (BVerfGE 24, 367 [389] i dalje); 26, 215 [222]). To za autorsko pravo znači slijedeće: u konstitutivne osobine autorovog prava kao vlasništva u ustavnom smislu spada načelno svrstavanje imovinskopravnih rezultata autorovog stvaralačkog rada nad djelom, u formi privatnopravnog normiranja, i autorova sloboda da ovim raspoláže na sopstvenu odgovornost.

Načelno svrstavanje imovinske strane autorovog prava nad djelom u slobodno rapolaganje ne znači, međutim, da je time obezbjeđeno svako moguće ustavnopravno korištenje. Garancija instituta podrazumijeva da je zajamčeno postojanje osnovnih normi na osnovu kojih se pravo može označiti kao „privatno vlasništvo“. U pojedinostima je nadležnost zakonodavca da u okvirima sadržajnog uobličavanja autorskog prava prema čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava utvrdi pravedne parametre koji osiguravaju upotrebu i primjereno korištenje u skladu sa prirodom i socijalnim značajem prava.

Propis koji je u skladu sa ovako postavljenim principijelnim zahtjevom je zakonodavac donio u obliku isključivog prava iz § 15 UrhG. Suprotno mišljenju apelanta, nije svako ozakonjeno ograničenje ovog prava, ili njegovo isključenje za određena činjenična stanja, uplitanje u ustavom zaštićena područja autorskog prava.

Prema § 15 UrhG autor, između ostalog, ima isključivo pravo da svoje djelo iskorištava u tjelesnoj formi; on o mogućnosti korištenja može načelno slobodno odlučivati, t.j. na putu ugovornog sporazumijevanja. Autorskom pravu su u §§ 45 i dalje UrhG u određenom smislu postavljene „granice“, koje su stepenovane i imaju različit intenzitet. U propisima o kojima se ovdje radi je korištenje djela bez prethodne saglasnosti vlasnika „dopušteno“ i to bez novčane naknade.

Ustavopravna provjera ovog zakonskog ograničenja mora polaziti od toga da zakonodavac ne mora obezbijediti zaštitu samo privatnih interesa, nego da mu je naloženo da u interesu opšteg dobra ustanovi potrebna ograničenja individualnim ovlaštenjima i pravima; on mora dovesti u pravednu ravnotežu područje pojedinca i interese zajednice. Ustavnost osporavanog propisa zavisi od toga – neovisno o ostalim podudarnostima sa Ustavom – da li se propisi mogu opravdati razlozima opšteg dobra. (...)

Ne postoje nikakve sumnje u pogledu isključenja prava na umnožavanje i rasparčavanje povodom zbirke koje su navedene u § 46 st. 1 UrhG. Sa publiciranjem zaštićeno djelo ne stoji na raspolaganju samo pojedincu, ono ulazi u socijalni prostor i može postati samostalan faktor koji suodređuje kulturnu i duhovnu sliku vremena. Otud je zajednici posebno važno da se u okvirima savremene nastave omladina upozna sa duhovnom baštinom.

Suprotno tome, propis neće biti ništa više ustavan ako zaštićena djela budu preuzeta u navedene zbirke bez ikakve nadoknade.

Zabrana prava na umnožavanje i korištenje za zbrke koje su navedene u § 46 st. 1 rečenica 1 UrhG, sužava autorovo pravo raspolaganja, budući da on ne može osporiti korištenje njegovog djela, kao što ne može dogovoriti uslove pod kojima bi se on mogao usaglasiti sa njegovim rasparčavanjem. Ovo ograničenje vodi prema bitnom ugrožavanju zaštićene ekonomske vrijednosti rada ako mogućnost slobodnog ugovaranja honorara ne bi bila zamijenjena zakonskim pravom na obeštećenje, ako bi, dakle, korištenje djela bilo besplatno.

Autor prema sadržaju garancije vlasništva ima načelno pravo na to da mu bude nadoknađena privredna vrijednost njegovog rada ako razlozi opšteg dobra ne dobiju prednost pred interesima vlasnika. Pri tom se mora uzeti u obzir da se radi o rezultatu duhovnog i ličnog rada, a ne o nezarađenom prirastu imovine. Otud isključenje prava na nadoknadu ne može biti opravdano uzimanjem u obzir svakog interesa zajednice; posebno, interesi zajednice nisu dovoljni sami po sebi za nesmetan pristup djelu

koje je zaštićeno autorskim pravom. U pogledu na intenzitet ograničavanja autorske pozicije mora postojati pojačan javni interes, kako bi ovakav propis mogao opstati pred Ustavom.

Takvi razlozi opšteg dobra ovdje ne postoje: (...).

## **138) BVerfGE 46, 325** (Zwangsversteigerung II) **Prinudna licitacija II**

O značaju garancije vlasništva za primjenu propisa o prinudnoj licitaciji u slučajevima u kojima najviša ponuda ostaje daleko ispod vrijednosti zemljišne parcele.

**Rješenje Prvog senata od 7. decembra 1977.**  
**- 1 BvR 734/77 -**

Ustavna tužba je usmjerena protiv prodaje izgrađenog zemljišta na putu prinudnog izvršenja daleko ispod njegove vrijednosti (od 95.000,00 DM) najboljem ponuđaču (za 10.500,00 DM), bez provjere odluke o prodaji, s obzirom na pitanje da li su ispunjene pretpostavke zaštite na licitaciji.

U predmetnom slučaju je povrijeđeno apelantovo osnovno pravo iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava, čija zaštita uključuje provođenje postupka, radi primjene zakonskog propisa, koji je uobličen prema zahtjevu pravne države.

(...) poseban značaj garancije vlasništva u socijalnoj pravnoj državi:

Njome se želi osigurati da vlasništvo ostane u rukama vlasnika (usp. BVerfGE 24, 367 [400]; 38, 175 [181]). Njoj snagom Ustava dolazi zadatak da nosiocu osnovnog prava obezbijedi slobodan prostor u imovinskopравnom području, kako bi se time pojedincu omogućio razvoj i samostalno uobličavanje života (usp. BVerfGE 31, 229 [239] s daljim uputama). Garancija ove funkcije ne utječe samo na oblikovanje materijalnog imovinskog prava nego djeluje i na pripadajuće procesno pravo. Prema tome, neposredno iz čl. 14 Ustava slijedi obaveza, da se prilikom uplitanja u ovo pravo zajamči efektivna pravna zaštita (usp. BVerfGE 24, 367 [401]; 35, 348 [361] i dalje; 37, 132 [141, 148]). Ovo uključuje pravo na „vođenje faire postupka“, što prema jurisdikciji Saveznog ustavnog suda spada u bitne elemente principa pravne države (usp. BVerfGE 38, 105 [111]; 40, 95 [99]; 46, 202). To vrijedi i za provođenje prinudnih licitacija u kojima država u interesu povjerioca zadire u vlasništvo dužnika koje je zaštićeno Ustavnim pravom. Takvo uplitanje se čini opravdanim ako služi poravnanju osnovanih novčanih potraživanja povjerioca. Istovremeno se, međutim, moraju očuvati interesi dužnika, kojem bar mora biti ostavljena mogućnost da potraži pravnu zaštitu kod nesrazmjernog uništavanja njegove osnovne imovine.

Iz ovoga u predmetnom slučaju slijedi zahtjev da se propisi o postupku provedu u skladu sa Ustavom na taj način što se odluka o cijeni neće donijeti odmah, na terminu licitacije, nego na kasnijem terminu, kako bi se apelantu u međuvremenu omogućilo da iskoristi mogućnost zaštite od izvršenja.

## **139) BVerfGE 52, 1** **(Kleingarten)** **Mala vrtlarstva**

1. O razgraničenju propisa koji određuju sadržaj i granice vlasništva u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava od razvlašćivanja prema čl. 14 st. 3 Ustava.
2. Pri ustavnopravnoj ocjeni propisa u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava se moraju uzeti u obzir promjene privrednih i društvenih odnosa.
3. Široko isključivanje prava na otkaz koje pripada privatnim zakupodavcima parcela za mala vrtlarstva u okviru reguliranog sistema prava malog vrtlarstva (isključivanje oročenih ugovora, vezivanje cijene) nije u skladu sa Ustavom.
4. Pridržavanje upravnih odobrenja koje je naloženo pravom malog vrtlarstva (Kleingartenrecht) ne odgovara pravnodržavnim zahtjevima Ustava.

### **Rješenje Prvog senata od 12. juna 1979.**

#### **- 1 BvL 19/76 -**

Predmet sudskog zahtjeva je pitanje, da li je u skladu sa Ustavom da ugovori o zakupu malih vrtlarskih parcela, koje zaključuju privatni zakupodavci, mogu biti otkazani samo pod vrlo ograničenim pretpostavkama.

Predmetnom slučaju prethodi pravni spor o upravnom odobravanju otkaza ugovora o uzimanju pod zakup male vrtlarske parcele.

(...)

Sistem prava malih vrtlara, kako je ovdje reguliran, nije u potpunosti usklađen sa Ustavom.

#### **I.**

Prema običnom pravu se polazi od slijedeće pravne situacije:

Ugovori o uzimanju u zakup parcele koje se koriste za malo vrtlarstvo se u prvom redu zaključuju prema Građanskom zakoniku.

Suprotno tome, raskidanje ugovornog odnosa iz ugovora o zakupu se odvija prema Uredbi o zaštiti od otkaza ([*Kündigungsschutzverordnung*] KschVO) iz 1944. i Zakonu o izmjenama ([*Änderungsgesetz*] KschÄndG) iz 1969. Ovi propisi sadrže opšti sistem prinudnih propisa koji su uzajamno povezani. Oni određuju prava i obaveze zakupca i zakupodavca za slučaj ukidanja ugovornog odnosa.

Ovaj sistem propisa uglavnom karakteriziraju slijedeća načela: Ugovori o zakupu su načelno neraskidivi (§ 1 st. 1 rečenica 1 KschVO); oni se smiju raskinuti samo iz enumerativno navedenih razloga (§ 1 st. 2 KschVO, § 2 st. 1 KschÄndG); u slučaju otkaza zakupodavac načelno mora platiti obeštećenje i u datom slučaju staviti na raspolaganje drugu zemljišnu parcelu (§ 3 KschVO, § 3 KschÄndG); vremenski ograničeni ugovori važe kao umanjeni vremenski neograničeni ugovori (§ 1 st. 1 rečenica 2 KschVO), eventualni otkaz podliježe odobrenju upravne službe (§ 1 at. 3 KschVO, § 2 st. 2 KschÄndG). (...)

## II.

(...)

1. Razvlašćivanje u smislu čl. 14 st. 3 Ustava predstavlja državno uplitanje u individualno vlasništvo. Ono je prema svojoj svrsi usmjereno na potpuno ili djelimično uskraćivanje konkretnih subjektivnih pravnih pozicija koje su zajamčene čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava (BVerfGE 38, 175 [180]; 45, 297 [326]).

U zakonskom ograničenju mogućnosti otkaza ugovora o uzimanju u zakup parcela za malo vrtlarstvo se ne može vidjeti da postoji razvlašćivanje donešeno upravnim aktom, na osnovu zakona. Ali, otpada i razvlašćivanje na osnovu zakona: zakonsko razvlašćenje je karakterizirano time da zakon sam i neposredno sa njegovim stupanjem na snagu i bez daljih izvršnih akata oduzima ili ograničava individualna prava koja su jednoj osobi ili krugu osoba pripadala prema do tad važećem pravu (BVerfGE 45, 297 [325]).

U odnosu na ovo Ustav pod određivanjem sadržaja u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 razumijeva da zakonodavac generalno i apstraktno utvrđuje prava i obaveze u pogledu takvih pravnih dobara koja se u smislu Ustava razumijevaju kao vlasništvo. Ono je usmjereno na normiranje objektivno-pravnih propisa koji određuju „sadržaj“ vlasničkih prava od stupanja na snagu zakona za ubuduće. Takvi propisi su uskladu sa Ustavom, ali ne zbog toga što su donešeni kao formalni zakoni; oni moraju prevashodno u materijalnom smislu biti u skladu sa Ustavom (BVerfGE 21, 73 [79]; 24, 367 [389]; 25, 112 [118]; 37, 132 [140]; 42, 263 [305]). Budu li prekoračena ovakva ograničenja, koja slijede iz samog Ustava, zakonski propis je nedjelotvoran i ne predstavlja razvlašćivanje u smislu čl. 14 st. 3 Ustava. Propisi u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava i razvlašćivanja u smislu čl. 14 st. 3 Ustava važe samo onda kada odgovaraju svakoj ustavnoj normi. Normativni sadržaj koji je u suprotnosti sa Ustavom ne može biti protumačena kao razvlašćivanje, kao što kršenje Ustava ne može biti „izliječeno“ određivanjem obeštećenja koje nije zakonom predviđeno.



2. Razgraniči li, međutim, Ustav jednoznačno propise o sadržaju i granicama vlasništva, on time ne isključuje mogućnost da će donošenjem novih propisa koji će važiti za budućnost u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava uslijediti oduzimanje ili umanjenje subjektivnih prava koja je pojedinac stekao na osnovu starog prava (usp. BVerfGE 25, 112 [121 i dalje]). Kod ovakvog utjecaja novih, objektivno-pravnih propisa na individualne pravne pozicije, razvlašćivanje može ležati u zakonu, tako da bi ono bilo dopušteno ako bi bile ispunjene pretpostavke čl. 14 st. 3 Ustava (usp. BVerfGE 31, 275 [284, 292 i dalje]; 45, 297 [330]).

Ovdje se, međutim, ne radi otome. (...)

U području važenja Ustava se ovim postavlja pitanje, da li Uredba o zaštiti od otkaza iz 1944. i Zakona o izmjeni iz 1969. odgovaraju zahtjevima koje Ustav postavlja pred propise iz čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava.

### III.

1. Zakonodavac prilikom ispunjenja naloga da odredi sadržaja i granice vlasništva, koji mu je dat članom 14 st. 2 Ustava, stoji pred zadatkom da ostvari socijalni model čiji normativni elementi slijede na jednoj strani iz ustavnog priznanja privatnog vlasništva preko čl. 14 st. 1 Ustava i na drugoj strani iz socijalne odredbe čl. 14 st. 2 Ustava. Korištenje vlasništva bi istovremeno trebalo služiti zaštiti zajedničkog dobra (BVerfGE 37, 132 [140]; 38, 348 [370]).

Zakonodavac mora prilikom reguliranja u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava na jednak način voditi računa o oba elementa ustavnog odnosa između zagwarantirane pravne pozicije i zahtjeva za socijalno pravednim ustrojstvom vlasništva; on mora zaštićene interese učesnika dovesti u pravednu ravnotežu i ujednačen odnos. Jednostrano privilegiranje ili obespravljenje nije u skladu sa ustavnom predstavom o privatnom vlasništvu koje je socijalno vezano (BVerfGE 37, 132 [140 i dalje]). Ovome odgovara vezivanje zakonodavca za ustavnopravno načelo srazmjernosti. Dobrobit zajednice nije samo razlog nego i granica koja vlasniku postavlja ograničenja. Da bi bila u skladu sa Ustavom ona mora, s obzirom na područje koje regulira, biti potrebna i u svojim polazištima primjerena samoj stvari. Ograničavanja vlasničkih ovlaštenja ne smiju ići dalje od same svrhe zaštite koja stoji u službi propisa (usp. BVerfGE 21, 150 [155]; 25, 112 [117 i dalje]; 37, 132 [141]).

U samoj stvari ovo ne znači da ista mjerila u svako vrijeme moraju imati isti značaj. Propisi koji su opravdani u ratnim stanjima ili stanjima nužde mogu pod izmijenjenim privrednim i pravnim okolnostima imati drukčiji ustavnopravni značaj. U svakom slučaju, ustavnopravna granacija zahtijeva očuvanje supstancije vlasništva (BVerfGE 42, 263 [295]) i poštovanje principa jednakosti iz čl. 3 st. 1 Ustava (BVerfGE 34, 139 [146]; 37, 132 [143]; 42, 263 [305]).

Predmetni propisi nisu u skladu sa ovim načelima. Kombinacija navednih elemenata

regulacije vodi prema opterećenju koje je pretjerano i nije u skladu sa ugovorenim opterećavanjem privatnih zakupodavaca.

2. Vlasništvo koje je zajamčeno čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava je u svom pravnom sadržaju karakterizirano privatnom upotrebljivošću i načelnim pravom raspolaganja vlasnika nad predmetom vlasništva (...). Ono mu mora biti od koristi, kao osnova za privatnu inicijativu i za samostalan privatni rad (BVerfGE 50, 290).

Ovako zagarantirana pravna pozicija nocioca osnovnog prava najprije je pogođena time što je otkazivanje ugovora o zakupu načelno zabranjeno i takva se zabrana izdiže na nivo principa. Predstavljanje pravne situacije prema običnom pravu je pokazalo da su zakonom opisana činjenična stanja postavljena tako usko da privatnom zajmodavcu male parcele koja se upotrebljava za vrtlarenje nije ostavljena šansa da slobodno raspoláže sopstvenim vlasništvom. Samo ako je ugrožena ekonomska egzistencija postoji mogućnost da se ugovor raskine, što opet podliježe bitnim ograničenjima i povezano je sa obavezom na obeštećenje. Privatni ugovor koji je zaključen na osnovu slobodno izraženih volja – čak i ako vrijedi samo za određen vremenski period – uživa skoro neograničenu zaštitu. Zajmodavac ne može – kako to pokazuje predmetni slučaj – računati sa okončanjem ugovora ni kada ponudi drugu parcelu i obeštećenje.

Pravo raspolaganja koje je zajamčeno osnovnim pravima obuhvata i slobodu vlasnika da može otuđiti svoje vlasništvo. Ovaj elementarni dio slobode djelovanja u području ustrojstva vlasništva u koji se smije uplitati samo pod otežanim pretpostavkama (BVerfGE 26, 215 [222]; 42, 263 [295]), je na isti način, u bitnom obimu, pogođen zakonskim propisima. (...)

Istina zakon ne zabranjuje izričito otuđenje; ali, ovu mogućnost nije moguće realizirati posredstvom zakonskog propisa na privredno smislen način. Takvo ograničenje dodiruje supstanciju vlasništva koje je zagarantirano osnovnim pravom. Za ustavnopravnu ocjenu ne može biti od bitnog značaja, da li se izričitom normom statuiraju zabrana otuđivanja ili se ona nužno pojavljuje iz neke druge norme kao njen praktičan rezultat.

Pravna pozicija zajmodavca koja je zagarantirana Ustavom je nadalje ograničena tako da on prije davanja otkaza mora dobiti odobrenje državne službe, pri čemu se mora provjeriti, da li raskidanje ugovora povređuje javni interes. (...)

3. Ovakav sistem propisa bi mogao biti održan ako bi ga opravdavali razlozi u smislu čl. 14 st. 2 Ustava pod uslovima poštovanja načela srazmjernosti. Takvi razlozi ovdje ne postoje.

a) Ustavnopravni postulat korištenja vlasništva, koje je orijentiran prema opštem interesu, obuhvata zahtjev da se uzimu u obzir interesi onih sugrađana koji su orijentirani na korištenje predmeta vlasništva. Omjer i obim vezivanja vlasnika koje je odredio Ustav, a zakonodavac realizirao, zavisi najprije od toga u kojoj mjeri objekt vlasništva stoji u socijalnom odnosu ili u socijalnoj funkciji (...). Što je pojedinac jače

upućen na korištenje tuđeg vlasništva, to je širi zakonodavčev prostor uobličavanja; on se sužava ako to nije slučaj ili je slučaj samo u ograničenom obimu (BVerfGE 42, 263 [294]). Čl. 14 st. 2 Ustava ovim ne opravdava pretjerano ograničavanje privatnopravnih ovlaštenja koje nije uslovljeno socijalnim interesima (BVerfGE 37, 132 [141]).

Savezni ustavni sud je već u ranijoj Odluci (BVerfGE 21, 73 [82 i dalje] utvrdio: „Činjenica da se parcela i tlo ne može umnožavati i da je oboje neobnovljivo zabranjuje da se njihovo korištenje u potpunosti prepusti nepredvidivoj igri slobodnih snaga i volji pojedinca; pravedno društveno i pravno uređenje iziskuju upravo isticanje interesa zajednice u pogledu zemljišta u mnogo jačoj mjeri nego što je to slučaj sa ostalim imovinskim dobrima.“ U bitnoj socijalnoj funkciji u smislu ovakvog pravosuđa stoji također parcela i tlo koje se koristi za malo vrtlarstvo. (...)

Dok je mali vrt prema prvobitnoj intenciji zakonodavca bio vrt za korištenje, usmjeren na trajno dobijanje povrtlarskih proizvoda, on je danas uglavnom vrt za stanovanje. Pri tom se ne smije previdjeti da je i korištenje slobodnog vremena malih povrtlara od značajnog javnog interesa. Zbog zdravstvenog stanja stanovništva, u funkciji uravnoteživanja nakon jednoobrazanog rada kojem su ljudi u industrijskom društvu najčešće izloženi, mali vrt može biti od visokog socijalnog značaja i može bitno doprinosti poboljšanju životnih uslova. Prikazana promjena strukture, međutim, pokazuje da je posjedovanje vrta za veliki broj malih vrtlara od ogromne vrijednosti, ali ne od egzistencijalnog značaja. Ovakva promjena socijalne funkcije ne može ostati izvan opažanja ustavnopravne legitimacije zaštite posredstvom otkaznog prava. Iako želje i interesi pojedinačnog zajmoprimca da posjeduje mali vrt mogu biti još uvijek tako visoki i opravdani, ipak se ne može govoriti o tome da je on na isti način upućen na korištenje tuđeg vlasništva, kao npr. jednog stana, koje predstavlja nezaobilaznu pretpostavku postojanja koja ne vrijedja ljudsko dostojanstvo i lično uobličavanje života. Iako je stan za podstanara od daleko većeg značaja nego vrtlarstvo za zakupca, važeće pravo ostavlja malim vrtlarima bitno jaču pravnu poziciju koja se ne može spojiti sa zahtjevom da se zaštićeni interesi obje stranke dovedu u pravednu ravnotežu i u ujednačen odnos. U svojoj sadašnjoj formi sistem propisa jednostrano štiti priznate interese zakupaca da se održi malo vrtlarstvo koje na idealan način služi interesima vrtlara, iako se pri tom ne uzimaju u obzir odgovarajući interesi zakupodavca; ovdje se prihvata da će ustavnopravno zagarantirana vlasnička supstancija biti ispražnjena i onda kada vlasnik zemljišta prepusti slobodne parcele zakupcu, čak i ako je on sam na njih upućen. Zaštićeni interesi zakupca ne zahtijevaju ovako široko ograničenje. Jednostrana nadmoć pravne pozicije zakupca nije u skladu sa ustavnopravnim načelom srazmjernosti. (...)

c) Nadalje se mora voditi računa da će učinci zaštite od otkaza biti bitno pojačani propisom o zakupu. (...)

Kako garancija danas pretežno služi odmoru i uobličavanju slobodnog vremena, teško je

opravdati zakupodavačevu obavezu da se malom vrtlaru stavi trajno na raspolaganje zemljište veličine npr. 300 m<sup>2</sup> po mjesečnoj cijeni od 2,50 DM. Čak i zakupci koji nadprosječno zarađuju dolaze pod zaštitu vezivanja visine zakupnine i pod zaštitu od otkaza. Ako zakupca koristi i druge institucije za uobličavanje slobodnog vremena, on mora platiti cijenu koja odgovara tržišnim uslovima. U najmanju ruku je sumnjivo vezivanje iznosa zakupnine i veza u kojoj ovo stoji prema opštim načelom jednakosti iz čl. 3 st. 1 Ustava; problem može ipak ostati otvoren u vezi sa pitanjem koje se ovdje raspravlja.

d) Prema svemu tome, sistem koji regulira pravo malih povrtlara u njegovom sadašnjem obliku, koji na jednoj strani ne dopušta oročenje trajanja ugovora, a na drugoj, usko ograničava mogućnost davanja otkaza i istovremeno vodi prema niskoj zakupnini, prevazilazi okvire dopuštenog ograničavanja sadržaja koji su određeni u članu 14 st. 1 i 2 Ustava. Kako će zakonodavac riješiti ustavnopravne sumnje koje se ovim povodom pojavljuju, ostaje predmetom njegove odluke. Ovo ne uključuje odluku, da li, u kojoj mjeri i pod kojim uslovima u slučaju neoročenih ugovora pored vlastitih potreba moraju kao razlog za otkaz biti priznati i interesi vlasnika da na drugi način koristi zemljište.

4. Prema § 1 st. 3 KSchVO i § 2 KschÄndG je za svaki otkaz potrebno odobrenje nadležne službe. Ovi propisi dodatno ograničavaju pravo na otkaz time što raskidanje ugovora može biti dodatno spriječeno odlukom nadležne službe, kada postoji razlog za otkaz. (...)

Prema službenom obrazloženju obaveza na dobijanje odobrenja za raskid ugovora od nadležne službe služi provjeri da li je, kada postoji razlog za otkaz, dotaknut „javni interes“. (...)

Obaveza na dobijanje odobrenja je u suprotnosti sa Ustavom. Prema načelu zakonitosti uprave i principu podjele vlasti je zadatak egzekutive da provodi zakone. Iz ovoga za zakonodavca slijedi nužnost da sam razgraniči pravnu sferu koja je otvorena državnim mjerama. Zakon mora sadržajno normirati djelovanje uprave i ne smije se ograničiti na postavljanje opštih načela. (BVerfGE 21, 73 [79]). Osim toga, princip pravne države zahtijeva da propisi koji su relevantni za osnovna prava moraju biti tako jasno formulirani s obzirom na svoje pretpostavke i svoj sadržaj da za pogođenog pravna situacija bude shvatljiva i da on svoje ponašanje može podesiti prema njoj (BVerfGE 21, 73 [70]). Ako zakonodavac smatra da je potrebno da se pred vršenje ovlaštenja iz osnovnih prava postavi određeni postupak za davanje odobrenja, onda mora iz samog propisa biti jasno kakve pretpostavke moraju biti ispunjene za dodjelu odobrenja i iz kakvih razloga odobrenje mora biti uskraćeno (BVerfGE 20, 150 [157 i dalje]; 21, 73 [79 i dalje]). Ovo, također, zahtijeva čl. 19 st. 4 Ustava. Sudska kontrola je moguća samo ako se sudovima pruže izvodiva pravna mjerila prema kojima oni trebaju odlučivati. Prema ovim načelima je pridržavanje odobrenja suprotno Ustavu, jer se iz zakona ne može jasno zaključiti kakvi javni interesi opravdavaju uskraćivanje odobrenja.

## 140) BVerfGE 58, 300 (Nassauskiesung) Nassau-Šljunkara

1. a) U sporu o zakonitosti mjere kojom se provodi razvlašćivanje, nadležni upravni sudovi moraju u cjelini ispitati njihovu zakonitost. U ovo se ubraja utvrđivanje da li zakon na osnovu kojeg je provedeno uplitanje sadrži propis o vrsti i razmjerima obeštećenja koje će se platiti.  
  
b) Redovni sudovi ispituju da li je pogođenom zajamčeno odgovarajuće obeštećenje koje odgovara (postojećem) zakonskom propisu (usp. BVerfGE 46, 268 [285]).
2. Ako pogođeni u jednoj sudskoj mjeri, koja je usmjerena protiv njega, vidi razvlaštenje, on može zahtijevati obeštećenje samo ako postoji zakonski osnov. Ako ga nema, on se mora potruditi da posredstvom nadležnih sudova ukine akt koji ga ugrožava.
3. Kod određivanja pravnog položaja vlasnika zemljišta prema čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava zajedno, u jednakom rangu, važe građansko pravo i javnopravni zakoni.
4. U skladu je sa Ustavom da je Zakon o gazdovanju vodama zbog osiguranje funkcionalnog upravljanja vodama – posebno javno zbrinjavanje vodom – podredio podzemnu vodu javnopravnom sistemu korištenja koji je odvojen od vlasništva nad zemljom.

**Rješenje Prvog senata od 15. jula 1981.  
- 1 BvL 77/78 -**

OBRAZLOŽENJE:

### A.

Predmet se odnosi na pitanje da li je u skladu sa Ustavom da vlasništvo nad zemljom ne daje pravo na korištenje podzemne vode, za što je prema Zakonu o gazdovanju vodama potrebna saglasnost nadležne službe.

(...)

### II.

Tužilac iz prvobitnog postupka vodi u sjevernom Münsterlandu bagere za vađenje pijeska. Zemljište na kojem stoji postrojenje je njegovo vlasništvo. Od 1936. preduzeće vadi pijesak do dubine podzemne vode na dvije granične parcele, koje je tužilac u ovu svrhu iznajmio od jednog zemljoradnika.

Površina eksploatacije leži u zaštićenoj zoni III A koja se nalazi u okviru postrojenja za eksploataciju voda koje je uspostavio grad. Područje zaštite voda je ustanovljeno uredbom od 24. oktobra 1973. nakon što je 6. februara 1968, najprije privremeno, stavljeno pod zaštitu.

Februara 1965. je tužilac zatražio da mu se radi nastavljanja eksploatacije pijeska dodijeli odobrenje prema Zakonu o gazdovanju vodama. Oktobra 1973. je nadležna služba odbila zahtjev uz obrzaloženje da udaljenost mjesta eksploatacije od bunarskih postrojenja na pojedinim mjestima iznosi samo 120 metara; onečišćavanje jezera na mjestu eksploatacije bi moglo utjecati na bunar i ugroziti javno snabdijevanje vodom. Prigovor tužioca je ostao bez uspjeha. Tužba za dodjelu dozvole nije podignuta.

Isto tako je ostao bez uspjeha zahtjev tužioca da mu se odobri obeštećenje. Na ovo je uslijedila tužba protiv zemlje Nordrhein-Westfalen, usmjerena na isplatu primjerenog obeštećenja, čija je visina ostavljena na procjenu sudu. On navodi da je odbijanje odobrenja za Naßau-šljunkaru uplitanje u rang razvlašćivanja, s obzirom na napravljeno i uhodano preduzeće kao i u pogledu vlasništva nad zemljom. Moguća prava na obeštećenje koja pripadaju vlasniku zemljišta su ranije prenešena na zakupca.

Zemaljski sud je tužbu u osnovi posmatrao kao opravdanu. Uložena žalba je ostala bez uspjeha.

2. Na zahtjev za reviziju, koji je uložila tužena zemlja, Savezni sud je postupak obustavio i zatražio mišljenje od Saveznog ustavnog suda, da li § 1 a st. 3, § 2 st. 1 i § 6 Zakona o gazdovanju vodama (...) u skladu sa čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava jer reguliraju sadržaj vlasništva nad zemljom u odnosu na podzemne vode.

(...)

3. b) Iz ove pravne konstelacije, povodom kompetencije za obeštećenje, u postupku pred redovnim sudovima prema čl. 14 st. 3 rečenica 4 Ustava, slijede slijedeće posljedice: vidi li građanin u mjeri koja je protiv njega usmjerena akt razvlašćenja, on ga može utužiti radi obeštećenja, samo ako je za ovo predviđen zakonski osnov. Ako ga nema, on se mora potruditi da ukine akt koji ga posredstvom nadležnih sudova ugrožava. On ne može, međutim, zahtijevati da mu se dodijeli obeštećenje koje nije predviđeno zakonom, pod pretpostavkom da odustaje od tužbe; zbog nepostojanja zakonskih osnova sudovi ne mogu odrediti obeštećenje.

Pogođeni ovdje nema pravo da izabere da li će se braniti protiv nezakonitog „razvlašćivanja“ zbog toga što nedostaje zakonski propis o obeštećenju ili će se neposredno zahtijevati obeštećenje. Ako ne ospori upravni akt, njegova tužba za obeštećenje će biti odbijena. Ko iskoristi svoju ustavnopravnu mogućnost da zaštiti svoje pravo na uspostavljanje ustavnog stanja, ne može zbog gubitka prava kojem je sam doprinijeo zahtijevati novčanu nadoknadu iz državne kase.

## II.

1. Prilikom provjere propisa prema mjerilima Ustava, mora se polaziti od toga da je zakonodavac u okviru čl. 14 Ustava na trostruk način donio propise koji su relevantni za vlasništvo.

Vlasništvo je, kao oblik podređivanja jednog pravnog dobra jednom nosiocu prava, neophodno pravno uobličiti kako bi bilo upotrebljivo u pravnom životu. U tom smislu je Ustav u čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava prenio na zakonodavca zadatak da odredi sadržaj i granice vlasništva. Takve norme utvrđuju u pravilu generalno i apstraktno prava i obaveze vlasnika, određuju dakle, „sadržaj“ vlasništva (BVerfGE 52, 1 [27]). Zakonodavac ovim na nivou objektivnog prava stvara pravna načela koja utemeljuju i uobličavaju pravnu poziciju vlasnika; one mogu biti privatnopravne i javnopravne prirode.

Nadalje, zakonodavac prema čl. 14 st. 3 rečenica 2 Ustava ima mogućnost da određenom ili odredivom krugu osoba posredstvom zakona oduzme vlasnička prava koja su na osnovu opštevažjećih zakona u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava zakonito stečena (legalno razvlašćenje ...).

Konačno, zakonodavac može – isto tako prema čl. 14 st. 3 rečenica 2 Ustava – ovlastiti egzekutivu da pojedincu oduzme konkretno vlasništvo. Razvlašćenje na osnovu zakona (administrativno razvlašćenje) zahtijeva izvršni akt nadležne službe koji – za razliku od legalnog razvlašćenja – može biti utuživan sredstvima koja predviđa zakon.

Različiti vlasnički propisi koji prema ovome dolaze u obzir podliježu, prema Ustavu, različitim pretpostavkama za odobrenje. To ne važi samo u odnosu na odredbe o sadržaju i razvlašćivanju. Također se obje forme razvlašćivanja, s obzirom na obuhvatnu i efektivnu pravnu zaštitu u postupku jamčenja ljudskih prava, ne mogu proizvoljno zamjenjivati (BVerfGE 24, 367 [401]; 45, 297 [331, 333]). Osim toga, njihovi učinci nisu identični, jer oduzimanje prava se događa u različitim vremenskim tačkama (usp. BVerfGE 45, 297 [326]).

Legalno i administrativno razvlašćenje se, suprotno shvatanju koje se zastupa u rješenju o podnošenju zahtjeva za prethodno odlučivanje, uzajamno isključuju: pravna pozicija koju je upravo zakonodavac oduzeo, ne može biti ponovo odstranjena upravnim aktom. Jedan te isti propis ne može na isti način prouzrokovati legalno razvlašćenje i istovremeno opunomoćiti egzekutivu da preduzme razvlašćivanje. To znači: ako je Zakon o gazdovanju vodama upravo sa stupanjem na snagu oduzeo ovlaštenje koje § 905 BGB daje sudovima, ne može u primjeni § 6 Zakona o gazdovanju vodama postojati razvlašćivanje prema ranijem propisu.

Određivanje sadržaja, legalna razvlašćivanja i administrativna razvlašćivanja su svaki put samostalni instituti koji su u Ustavu jasno odvojeni jedni od drugih. Ovim se, međutim, ne isključuje, da će novi objektivno-pravni propis, koji se u smislu čl.

14 st. 1 rečenica 2 Ustava donosi za budućnost, istovremeno prouzrokovati legalno razvlašćivanje jer on oduzima subjektivna prava koja je pojedinac izvršavao na osnovu starih prava (BVerfGE 45, 297 [332]; 52, 1 [28]).

Prema ovom sistemu osporavani propisi nisu norme koje razvlašćuju; one ne sadrže ovlaštenja za egzekutivne mjere, niti je statuirano razvlašćivanje posredstvom zakona; oni prevashodno reguliraju sadržaj i ograničenja vlasništva u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava.

(...)

3. (...) a) Osporavani propisi ne opunomoćuju samo egzekutivu da vlasniku zemljišta uskrati prava koja su zaštićena Ustavom. Oni reguliraju općenito odnos vlasništva nad zemljom prema podzemnim vodama i određuju pravnu poziciju pojedinačnog vlasnika zemljišta u ovom pravnom području. Prema objektivno-pravnom propisu Zakona o gazdovanju vodama, vlasniku zemljišne parcele (...) ne pripada pravo da u okviru korištenja zemljišta utječe na podzemne vode. Primjenom zakona se takvo pravo ne oduzima. (...)

b) Prema svome vremenskom području važenja javnopravno ustrojstvo vrijedi za slučajeve korištenja vode koji su se dogodili nakon stupanja na snagu Zakona o gazdovanju vodama. Ne sastoji se legalno razvlaštenje u odnosu na ranije pravo u tome da se (npr. kao kod pruskog Zakona o vodama) pravo na korištenje vode daje vlasniku zemljišne parcele. Zakon je samo za budućnost na nivou objektivnog prava cijele države ponovo odredio sadržaj vlasništva nad zemljom u odnosu na podzemne vode. Takva izmjena objektivnog prava ne vodi do oduzimanja konkretne pravne pozicije koja podliježe garanciji vlasništva iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava, a time ni do razvlašćenja.

### III.

Iz dalje provjere slijedi da osporavani propis na dopušten način određuje sadržaj i granice vlasništva nad zemljišnom parcelom.

1. Zakonodavac mora prilikom ispunjavanja naloga koji mu je dodijelio čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava, odrediti sadržaj i granice vlasništva (...). Pri ograničavanju vlasničkih ovlaštenja su zakonodavcu – kako je to Savezni ustavni sud više puta utvrdio – postavljena ograničenja.

U predmetnom slučaju je mjerodavno da li je garancija vlasništva povrijeđena zbog toga što je pravo na korištenje podzemne vode principijelno odvojeno od vlasništva nad parcelom i zbog toga može biti uređeno javnim pravom.

a) Prije svega, iz čl. 14 Ustava se ne može zaključiti da se podzemna voda načelno mora pripisati vlasniku zemljišne parcele zbog toga što između podzemne vode i vlasništva nad zemljom stoji prirodna veza. Zakonodavac prilikom stvaranja



ustrojstva dobara koje je primjereno Ustavu nije vezan za pojam vlasništva koji se pojavljuje iz „prirode stvari“ (usp. BVerfGE 31, 229 [248]).

Jamčenje vlasništva kao pravne ustanove (BVerfGE 20, 351 [355]; 24, 367 [389]) zabranjuje da se takva područja izuzmu iz privatnopravnog uređenja koje ulazi u elementarni sastojak djelovanja zaštićenog osnovnim pravom u području imovinskih prava, a time se ukida ili bitno umanjuje područje slobode koje je osigurano čl. 14 Ustava. Iz ovoga, međutim, ne slijedi da je svako pravno dobro snagom Ustava moralo biti podređeno privatnopravnoj vladavini (BVerfGE 24, 367 [389]). Neće biti dotaknuto jamstvo pravnog instituta ako dobra koja su neophodna za preživljavanje zajednice, radi osiguranja važnih interesa zajednice i radi odbrane od opasnosti, ne budu podređeni privatnopravnom nego javnopravnom uređenju (BVerfGE 24, 367 [389 i dalje]).

2. Prigovori koji su iznešeni protiv zakonskog reguliranja počivaju na netačnoj pretpostavci da podzemna voda snagom Ustava mora biti pravno podređena vlasništvu nad zemljištem.

a) Najprije je netačno shvatanje da propisi Zakona o gazdovanju vodama vode prema „ispražnjivanju supstancije vlasništva nad zemljištem“, jer ono se potčinjava „totalnom socijalnom vezivanju“. Vlasniku nad zemljišnom parcelom zbog toga ne nedostaju osobine privatne upotrebljivosti i načelno ovlaštenje da njime raspolaže (BVerfGE 37, 132 [140]; 50, 290 [339]; 52, 1 [31]), jer vlasnik smije utjecati na podzemnu vodu samo uz saglasnost nadležne službe. Oduvijek je vlasnikovo pravo na korištenje zemljišne parcele u prvom redu podrazumijevalo površinu parcele, dok je pravo da se eksploatiraju materijali koji se nalaze pod zemljom podlijevalo širokim ograničenjima. Čak je i pravo da se raspolaže vlastitom parcelom i da se ona koristi za različite namjene bilo podređeno ustavnopravnim ograničenjima (usp. npr. BVerfGE 21, 73 [83]; 25, 112 [117]). Mogućnost da se zemljišna parcela iskorištava ekonomski racionalno, u pravilu ne zavisi od mogućnosti da se podzemna voda tamo i eksploatira ili da vlasnik mora podzemnu vodu „odbraniti“. Iz ustavnopravne garancije vlasništva nad zemljišnom parcelom se ne može izvesti pravo na korištenje onih mogućnosti koje vlasniku stavljaju u izgled najbolje ekonomske prednosti.

b) Oспоравани propis je u skladu i sa zahtjevom za jednakim tretmanom iz čl. 3 st. 1 Ustava.

aa) Nije tačno da je povrijeđeno načelo jednakog opterećenja, jer ko je „slučajno“ pogođen zahvatanjem u privatnu pravnu sferu, mora nositi opterećenja koja su ovim povezana. Pogođenom se samo osporava pravo na korištenje, odbijanjem da mu se dodijeli odobrenje prema pravu o vodama – dakle jedno povlaštenje – na koje on nema pravo, ali mu se ni ne prenosi jedno opterećenje.

Prema tome, mjerodavno pitanje iz perspektive čl. 3 st. 1 Ustava glasi, da li je u odnosu na postrojenje za eksploataciju voda, koje se nalazi u neposrednoj blizini,

povrijeđeno načelo jednakosti, kada se vlasniku zemljišne parcele ospori pravo da upotrebljava podzemnu vodu, dok bi nekom drugom vlasniku, čija parcela ne leži u neposrednoj blizini postrojenja za eksploataciju voda, bilo odobreno ovakvo pravo, tako da bi on mogao na svojoj parceli vaditi pijesak. Na tako postavljeno pitanje može uslijediti samo negativan odgovor. Očigledno da u smislu načela jednakosti nije proizvoljno odobravanje da se koristi vodeno područje koje bi moglo imati za posljedicu ugrožavanje javnog zbrinjavanja vodom. To se načelno razlikuje od korištenja kod kojih se ne mogu očekivati nedostaci za zajednicu. Otud i ne postoji nejednak tretman koji nije u skladu sa Ustavom, ako bi dozvola u jednom slučaju bila odbijena, a u drugom dodijeljena. (...)

#### D.

(...)

Ne može se u smislu Ustavnog prava prigovoriti da Zakon o gazdovanju vodama daje – spomenutim starim korisnicima vlasništva – pravo na dobijanje odobrenje, kao ni na dodjelu obeštećenja.

Ne može se iz ustavnopravnih garancija u pogledu korištenja vlasništva, koje vrši tužilac, izvesti zaključak da ovakva ovlaštenja, nakon što su započeta moraju ostati neograničena za ostatak budućnosti ili da na putu razvlašćivanja moraju ponovo biti uvedena. Savezni ustavni sud je ponovo odlučio da zakonodavac, prilikom novog uređivanja jednog pravnog područja, ne stoji pred alternativom da konzervira stare pravne pozicije ili da odluči protiv obeštećenja. On može u okviru čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava, posredstvom primjerenog i podnošljivog prelaznog propisa, preobraziti individualne pravne pozicije ako to zahtijevaju razlozi opšteg dobra koji zaslužuju prednost pred opravdanim – garancijom postojanja – osiguranim povjerenjem na opstajanje jednog savjesno stečenog prava (...).

(...)

§ 17 st. 1 rečenica 1 Zakona o gazdovanju vodama daje korisnicima (...) mogućnost da bez dozvole ili odobrenja nastave korištenje pet godina po stupanju na snagu zakona. S obzirom da je Zakon o gospodarenju vodama stupio na snagu tek tridesetijedan mjesec po njegovom donošenju, pogođeni su imali na raspolaganju skoro osam godina kako bi se prilagodili novom pravnom stanju. Rok se još produžavao ako bi se po njegovom isteku podnosio zahtjev za dozvolu ili za odobrenje. U tom slučaju bi okončavalo pravo na slobodno korištenje tek sa pravosnažnom odlukom o podnesenom zahtjevu. Tako je tužilac u prvostepenom postupku mogao svoju Naßau-šljunkaru nastaviti da nesmetano koristi još sedam godina po donošenju Zakona o gazdovanju vodama. (...)

Prelazni propis je ovim, za Naßau-šljunkaru koja je započela sa radom u okviru važenja starog prava, propis koji je primjeren i koji dovoljno vodi računa o interesima

pogođenog. To važi također i kada nastupe posljedice po rad preduzeća. Njegova zaštita ne može ići dalje od zaštite koju uživa njegov ekonomski osnov.

## **141) BVerfGE 68, 361** (Eigenbedarf I) **Vlastite potrebe I**

1. U skladu je sa garancijom vlasništva iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava kada zakonodavac u § 564 b st. 2 br. 2 BGB učini zakupodavčevo pravo na otkaz iznajmljenog stana ovisnim o opravdanom interesu da se okonča zakupnički odnos (vlastite potrebe).
2. O utjecaju garancije vlasništva na procjenu vlastitih potreba.

### **Rješenje Prvog senata od 8. januara 1985.** **- 1 BvR 792, 501/83 -**

§ 564 b BGB regulira zaštitu od otkaza u zakupničkim odnosima povodom stambenih prostorija kao takozvanog jezgra socijalnog prava podstanara. On načelno dopušta zakupodavcu da otkaže ugovora o zakupu stana samo ako za ovo ima opravdan interes. (...)

#### **I.**

1. § 564 b BGB čini efektivnu upotrebu prava na redovan otkaz ovisnom o opravdanom ineresu za okončanje zakupničkog odnosa. Propis generalno i apstraktno regulira vlasničko pravo raspolaganja zakupljenim stanom i time određuje sadržaj i ograničenja vlasništva u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava (usp. BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 i dalje]). Zakonodavac prilikom ispunjenja naloga koji mu je dat u čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava stoji pred zadatkom ostvarivanja socijalnog modela čiji normativni elementi proizilaze, na jednoj strani, iz načelnog priznanja privatnog vlasništva u čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava i, na drugoj strani, iz čl. 14 st. 2 Ustava kao obaveznog mjerila (usp. BVerfGE 25, 112 [117]; 52, 1 [29]). Privanto vlasništvo u smislu Ustava se u pogledu pravnog sadržaja odlikuje privatnom upotrebljivošću i načelnim pravom na raspolaganje predmetom vlasništva (BVerfGE 31, 229 [240] sa daljim napomenama); njegova upotreba, međutim, „mora istovremeno služiti dobru zajednice“. Pretpostavlja se da je objekt vlasništva u socijalnom odnosu i u socijalnoj funkciji (BVerfGE 37, 132 [140]). Pri tom zakonodavčevo ovlaštenje da određuje sadržaj i ograničenje postaje šire što je objekt vlasništva vezaniji socijalnom funkcijom. Mjerodavno je gledište koje dolazi do izražaja u čl. 14 st. 2 Ustava, da korištenje i raspolaganje ne ostaje isključivo u sferi raspolaganja nego da dotiče i interese drugih koji su upućeni na korištenje objekta vlasništva (BVerfGE 50, 290 [340 i dalje]). Pod ovom petpostavkom ustavna zapovijest, koja je orijentirana prema

zaštiti opšteg dorba, da se u obzir uzimaju i osobe koje nisu vlasnici, obuhvata one osobe kojima je stambeni objekt potreban kako bi ga korsitili za osiguranje vlastite slobode i za odgovorno uobličavanje vlastitog života (usp. BVerfGE 37, 132 [140]). Čak i ako vlasništvo može biti podvrgnuto daljim ograničenjima, garancija postojanja iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava iziskuje da se u svakom slučaju sačuvaju odnosi koji vode uvrštavanju u vlasništvo i sama supstancija vlasništva (BVerfGE 42, 263 [295]; 50, 290 [341]).

Zadatak je zakonodavca da prilikom reguliranja, prema čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava, ispuni garanciju postojanja vlasništva iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava i da vodeći računa o socijalno pravednom uređenju vlasništva iz čl. 14. st. 2 Ustava, kao i o zaštićenim interesima svih stranaka uspostavi pravedno stanje koje će ih dovesti u uravnitežen odnos (BVerfGE 25, 112 [117 i dalje]). Na isti način na koji garancija vlasništva ne uzima u zaštitu zloupotrebu korištenja vlasništva, čl. 14 st. 2 Ustava ne može opravdati pretjerano ograničenje privatnopravnih ovlaštenja koje nije određeno socijalnim korištenjem vlasništva (BVerfGE 37, 132 [141]; usp također BVerfGE 58, 137 [148]). (...)

Ograničavanje slobodnog prava na otkaz koje pripada zakupodavcu stambenog prostora, pod uslovom opravdanih interesa, predstavlja dopušteno ograničavanje slobodnog prava na raspolaganje koje proističe iz vlasništva. Socijalno vezivanje vlasništva nad stambenim prostorom počiva na činjenici da ono nije neograničeno na raspolaganju i da se mora uzeti u obzir kao centralna tačka podstanarovog života. Najveći dio stanovništva ni danas, kao ni ranije, nije u stanju da za sebe, iz vlastitih izvora pribavi stambeni prostor i zbog toga je upućen na iznajmljene stanove (tako već u BVerfGE 38, 348 [370]).

U pogledu redovnih troškova koji nisu beznačajni, kao i s obzirom na lične, porodične privredne i socijalne posljedice koje za podstanara u pravilu nosi promjena stana (...) ograničavanje zaštite od otkaza se čini opravdanim za slučajeve u kojima zakupodavac ima opravdan interes da se okonča odnos podstanarstva. Podstanar koji se pridržava ugovora bi trebao ovim propisima biti zaštićen od proizvoljnog otkaza, a time i od gubitka stana (...). Ne može se ustavnopravno dovesti u pitanje isključenje proizvoljnog otkaza, otkaza koji nema stvarne razloge, jer takvo vršenje vlasničkih prava ne uživa ustavnopravnu zaštitu u pogledu socijalnog značaja stana za ljude koji su na njega upućeni. § 564 b BGB također ne vodi prema pretjeranom ograničenju privatnopravnih ovlaštenja koje ne iziskuje socijalna funkcija vlasništva. Propis ne dira ni u odnose potčinjavanja, ni u supstanciju vlasništva. Ovim se vodi računa i o zaštićenim interesima vlasnika; jer, omogućeno mu je da za sopstvene potrebe okonča zakupnički odnos. Budući da mu je § 564 b st. 4 BGB prenešeno pravo na davanje otkaza bez opravdanog interesa u području stanovanja i življenja, u kojem je on u posebno uskom odnosu stanovanja, zajedno s podstanarom, najjače i najneposrednije pogođen, zakonodavac je vodio računa o okolnosti da je upravo za njega – isto kao i za podstanara – stan centar egzistencije. Konačno § 564 b BGB ne

dira u pravo zakupodavca da okonča zakupnički odnos iz važnog razloga (§§ 553 i dalje BGB).

Utvrđuje se, na kraju, da je zakonodavac donošenjem § 564 b BGB na primjeren način uzeo u obzir interese zakupodavca i podstanara. Ne može se uočiti jednostrano privilegiranje ili zapostavljanje koje, kao takvo, ne bi bilo u skladu sa ustavnopravnom predstavom o socijalno vezanom privatnom vlasništvu (BVerfGE 37, 132 [141]).

## **142) BVerfGE 100, 226** **(Denkmalschutz)** **Zaštita spomenika**

1. Propisi o zaštiti spomenika koji određuju sadržaj i granice vlasništva nisu u skladu sa čl. 14 st. 1 Ustava ako ne isključuju nesrazmjerno opterećenje vlasnika i ne predviđaju mjere koje bi spriječile takva organičavanja vlasništva.
2. Nisu dopušteni propisi o uravnoteživanju koji u posebno teškim slučajevima trebaju očuvati načelo srazmjernosti, ako se ograničavaju samo na to da pogođenom osiguraju pravo na novčano obeštećenje. Garancija postojanja vlasništva iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava zahtijeva da, na prvom mjestu, budu poduzete mjere koje realno otklanjaju nesrazmjerna opterećenja vlasnika i u mjeri, u kojoj je to moguće, održavaju privatnu upotrebljivost vlasništva.
3. Kakogod zakonodavac na normativnoj ravni odredbama o sadržaju i granicama vlasništva regulira pretpostavke, vrstu i obim poravnavanja onih opterećenja koja su inače nesrazmjerna, uprava mora pri aktualiziranju vlasničkih ograničenja u datom slučaju odlučivati bar o razlogu potrebnog poravnanja. Zakonodavac za ovo mora odrediti pretpostavke.
4. § 13 st. 1 rečenica 2 Zakona o zaštiti i održavanju spomenika Rheinland-Pfalza nije u skladu sa čl. 14 st. 1 Ustava.

**Rješenje Prvog senata od 2. marta 1999.**  
**- 1 BvL 7/91 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Postupak se odnosi na pitanje, da li je u skladu sa garancijom vlasništva neuzimanje u obzir vlasničkih interesa prilikom donošenja odluke o odstranjivanju zgrade koja predstavlja spomenik, kako to zakonodavac predviđa.

**I.**

U Rheinland-Pfalzu su spomenici kulture „predmeti iz prošlih vremena“ za čijim održavanjem i zaštitom postoji javni kulturnohistorijski interes (§ 3 Zemaljskog zakona o zaštiti i održavanju spomenika kulture [*Landesgesetz zum Schutz und zur Pflege der Kulturdenkmäler*] DSchPflG). Uklanjanje spomenika kulture smije, međutim, biti odobreno samo u javnom interesu (§ 13 st. 1). Pri tom se ne uzimaju u obzir interesi vlasnika (...).

Savezna zemlja mora obešteti vlasnika ako on svoju parcelu, zbog mjere kojom se štiti spomenik, ne može upotrebljavati kao ranije, čime je ekonomska iskoristljivost u cjelini bitno ograničena (§ 31 st. 1 rečenica 1). Primjereno obeštećenje zakon predviđa i za slučajeve u kojima bi mjera za zaštitu spomenika „na bilo koji način djelovala kao razvlašćivanje“.

**II.**

1. Tužilac iz prvostepenog postupka, industrijski poduzetnik u formi akcionarskog društva (u nastavku: tužilac) vlasnik je vile koja je krajem prošlog stoljeća sagrađena kao direktorska stambena zgrada sa ukupnom korisnom površinom od ca. 950m<sup>2</sup>. (...)

1983. godine je vila formalno stavljena pod zaštitu. (...)

3. Istovremeno je, sa stavljanjem pod zaštitu, Niža služba za zaštitu spomenika, posebnom odlukom, odbila dodijeliti odobrenja za rušenje spomenika koji je pod zaštitom. Razlozi opšteg dobra koji bi mogli opravdati odobrenje, ne postoje. Pri donošenju odluke prema § 13 st. 1 DSchPflG nije moglo biti uzeto u obzir da se za zgradu ne može pronaći način korištenja i da je njeno dalje održavanje zbog visokih troškova manje vjerovatno.

Prigovor i tužba su ostali bez uspjeha.

Drugostepeni sud je izuzeo postupak prema čl. 100 st. 1 Ustava i podnio Saveznom ustavnom sudu pitanje, da li je § 13 st. 1 rečenica 2 DSchPflG od 23. marta 1978. (GVBl. s. 159) neustavan zato što se određuje da u slučaju br. 1 (paragrafa 13 st. 1 rečenica 1 DSchPflG) odobrenje smije biti dodijeljeno samo ako potrebe opšteg dobra nadilaze interese za zaštitom i održavanjem spomenika.

**C.**

Norma koja se provjerava nije u skladu sa čl. 14 st. 1 Ustava.

1. Kod § 13 st. 1 rečenica 2 DSchPflG se radi o odredbama o sadržaju i granicama vlasništva, koje se moraju procjenjivati s obzirom na čl. 14 st. 1 Ustava, a ne prema čl. 14 st. 3 Ustava. Sa razvlašćivanjem se država upliće u vlasništvo pojedinca. Ono je usmjereno na potpuno ili djelimično oduzimanje konkretne pravne

pozicije, što je radi ispunjenja određenih javnih zadataka zaštićeno čl. 14 rečenica 1 Ustava. (...).

Ovo se provodi, ili posredstvom zakona koji određenom krugu osoba oduzima vlasnička prava – legalno razvlašćivanje – ili izvršnim aktima upravnih službi, na osnovu zakonskih ovlaštenja za ovakvo uplitanje – administrativno razvlašćivanje – (usp. BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 i dalje]; stalna pravosudna praksa).

Ove pretpostavke nisu ispunjene. Ni norma koja se provjerava, na kojoj počiva obaveza odobravanja da se ukloni spomenik kulture, ni odbijanje odobrenja ne predstavljaju razvlašćivanje u smislu čl. 14 st. 3 Ustava. Propis ne oduzima konkretne vlasničke pozicije zbog ispunjavanja određenih javnih zadataka, nego generalno i apstraktno ograničava mogućnost korištenja parcele na kojoj je izgrađen spomenik; akt osporavanja aktualizira ovo ograničenje. § 13 st. 1 rečenica 2 DSchPflG, prema tome, određuje sadržaj i granice vlasništva u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava. Ovakva kvalifikacija norme je neovisna o intenzitetu opterećenja koja pogađaju nosioca prava. Ona zadržava svoju važnost čak i u slučajevima u kojima zakonska mjera, prema svom, učinku biva jednaka ili približno slična razvlašćivanju (usp. BVerfGE 83, 201 [211 i dalje]).

Budući da se ustavnost norme stavlja na provjeru na osnovu čl. 14 st. 1 u vezi sa čl. 2 Ustava, to za zahtjeve koji su postavljeni u čl. 14 st. 3 rečenica 2 Ustava ne važi, da zakoni o razvlašćivaju istovremeno moraju regulirati vrstu i omjer obeštećenja (Junktim-kaluzula), jednako kao ni propis o pravnom putu iz čl. 14 st. 3 rečenica 4 Ustava.

2. Zakonodavac mora prilikom određivanja sadržaja i ograničenja vlasništva u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava zaštićene interese vlasnika i potrebe opšteg dobra dovesti u pravednu ravnotežu i u ujednačen odnos. On pri tom mora djelovati u skladu sa svim ostalim ustavnim normama; on je posebno vezan ustavnopravnim načelom srazmjernosti i načelom jednakosti iz čl. 3 st. 1 Ustava. Opšte dobro nije samo osnov nego i granica za ograničenja koja se određuju vlasniku. Ograničenja vlasničkih ovlaštenja ne smiju ići dalje nego što je to potrebno za dostizanje zaštićenog cilja kojem služi propis. Samo jezgro garancije vlasništva pri tom ne smije biti uništeno. U njega svakako spada privatno korištenje, dakle, pripisivanje objekta vlasništva nekom nosiocu vlasništva kojem ono, kao osnovica privatne inicijative, može koristiti kao i načelno pravo raspolaganja predmetom vlasništva (...).

Zakonodavčevom ovlaštenju da regulira su povučene različite granice. Sve dok vlasništvo osigurava ličnu slobodu pojedinca u imovinskopravnom području, ono uživa posebno izraženu zaštitu (usp. BVerfGE 42, 263 [294]; 50, 290 [340]; 70, 191 [201]; 95, 64 [84]). U odnosu na ovo je zakonodavčeva sloboda uobličavanja veća, što je jači socijalni odnos objekta vlasništva (usp. BVerfGE 53, 257 [292]).

Ograničenja vlasničkih prava se u ovim okvirima kao produkt socijalne vezanosti

vlasništva (čl. 14 st. 2 Ustava) moraju načelno prihvatiti bez ikakvih obeštećenja, Prekorači li zakonodavac pri određivanju sadržaja i granica vlasništva opisane granice, takav zakonski propis ostaje bez dejstva (BVerfGE 52, 1 [27 i dalje]), ograničenja ili opterećenja koja se na ovo oslanjaju su protivpravna i mogu se odbiti na putu primarne pravne zaštite. Oni zbog Ustava ne vode do prava na obeštećenje (usp. BVerfGE 58, 300 [320]).

## II.

S obzirom na ova načela § 13 st. 1 rečenica 2 DSchPflG nije u skladu sa čl. 14 st. 1 Ustava.

1. Prava vlasnika su, u određenim situacijama, nesrazmjerno pogođena propisom koji ne predviđa uzimanje u obzir vlasničkih interesa – za razliku od drugih zemaljskih zakona koji štite spomenike.

a) Zaštita spomenika kulture je legitiman predmet zakonske regulative, održavanje spomenika je zadatak od opšteg dobra, visokog ranga, koji opravdava ograničavajuće propise u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava.

b) Predmet odobravanja iz § 13 st. 1 rečenica 2 DSchPflG je podoban i potreban, kako bi se ispunila svrha zakona. (...)

c) Primjena norme, također, ne vodi prema nesrazmjernom opterećenju vlasnika u užem smislu. Javnom interesu za održavanje zaštićenog spomenika se može izići u susret samo obavezivanjem vlasnika parcele i zgrade, čije vlasništvo podliježe pojačanoj socijalnoj vezanosti. Ono slijedi iz vezanosti za situaciju, ovdje iz položaja i sticanja zemljišne parcele (...)

Zabranom rušenja se postojeće korištenje jednog spomenika ne ograničava. S obzirom na visok rang zaštite spomenika u pogledu čl. 14 st. 2 rečenica 2 Ustava, vlasnik načelno mora prihvatiti da će mu biti zabranjeno rentabilno korištenje zemljišne parcele.

Čl 14 st. 1 Ustava ne štiti samo najrentabilnije korištenje vlasništva (usp. BVerfGE 91, 294 [310]).

d) Nešto drukčije stoje stvari kada za zaštićeni spomenik ne postoje nikakve mogućnosti smislenog korištenja. Do toga može doći kada zbog izmijenjenih okolnosti otpane prvobitna namjena, a druga, na koju se vlasnik može uputiti na podnošljiv način, nije ostvariva. Kod vlasnika koji prihvata zaštićeni spomenika koji ne može razumno upotrebljavati, time ga praktično ne može ni otuđiti, se privatna upotrebljivost skoro potpuno odstranjuje. Doda li se ovom zakonska obaveza na održavanje, iz prava nastaje opterećenje koje sam vlasnik mora snositi zbog javnog interesa, a da pri tom ne može uživati prednosti privatne upotrebe. Pravna pozicija pogođenog se ovim približava situaciji u kojoj ona više ne zaslužuje ime „vlasništvo“.



Odbijane saglasnosti na rušenje u tom slučaju nije više podnošljivo. Ako opšte dobro, prema mišljenju zakonodavca, zahtijeva zadržavanje zaštićenog spomenika kulture, što se može pretpostaviti za građevine visokog kulturnohistorijskog značaja, onda se to može postići samo na putu razvlašćivanja (§ 30 st. 1 br. 1 DSchPflG).

Kuda konkretno prolaze granice podnošljivosti i u kojem obimu je vlasnik na nepodnošljiv način pogođen normom koja je predmet provjere, može ostati otvoreno. § 13 st. 1 rečenica 2 DSchPflG je u suprotnosti sa Ustavom upravo zbog toga što norma ne isključuje nesrazmjerna opterećenja vlasnika i ne sadrži nikakve mjere za umanjenje ovakvih ograničenja vlasništva.

2. Ništa se ne mijenja na nesrazmjernosti zabrane rušenja u određenim grupama slučajeva iz § 31 st. 1 rečenica 2 DSchPflG. Prema ovoj, takozvanoj salvatorskoj klauzuli, savezna zemlja mora isplatiti primjereno obeštećenje ako mjera koja se oslanja na Zakon o zaštiti spomenika ne dira u dosadašnju upotrebu (rečenica 1), ipak („na poseban način“) djeluje kao razvlaštenje. Istina zakonodavac može učinke koji su nepodnošljivi spriječiti propisom koji određuje sadržaj vlasništva – iako ne neograničeno – pomoću mjera poravnjanja (a). § 31 st. 1 rečenica 2 DSchPflG ne može, međutim, ispuniti ovu funkciju, jer propis ne zadovoljava (c) uslove koji se stavljaju pred propis o poravnanju (b).

a) Odrebe o sadržaju i ograničavanju koje bi po sebi bile nepodnošljive, ali ih je zakonodavac povezao sa mjerama za poravnanje, mogu izuzetno biti u skladu sa čl. 14 st. 1 Ustava.

aa) Zakonodavcu načelno nije zabranjeno da provede mjere kojima se ograničava vlasništvo, ako ih u svrhu javnog interesa smatra neophodnim i ako se radi o posebno teškim opterećenjima, ako on kompenzacionim mjerama sprečava nesrazmjerna ili nejednaka opterećenja vlasnika i ako vodi računa o povjerenju koje mora zaštititi (usp. BVerfGE 55, 137 [149 i dalje]; 79, 174 [192]; 83, 201 [212 i dalje]). Ovakvim poravnanjem se u određenim slučajevima može pribaviti ustavnopravno dopuštenje za odredbe o sadržaju ili ograničenjima koja su, inače, nesrazmjerna ili suprotna zahtjevu jednakosti u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava.

bb) Propisi o poravnanju ne predstavljaju generalno sredstvo koje Ustav dopušta kako bi se nesrazmjerna ograničenja vlasništva dovela u sklad sa čl. 14 st. 1 Ustava. Norme koje određuju sadržaj i ograničenja vlasništva moraju načelno i bez propisa o poravnanju čuvati suspstanciju vlasništva i biti u skladu sa zahtjevom jednakosti (usp. BVerfGE 79, 174 [198] sa daljim napomenama). Međutim, tamo gdje zakon izuzetno vodi do nepodnošljivog opterećenja mogu propisi o poravnanju doći u obzir za očuvanje srazmjernosti i za poravnanje posebne štete koja je nastupila povredom načela jednakosti.

cc) Konačno, kompenzacione mjere ne mogu biti od veće pomoći u slučajevima u kojima se poravnanje ne može izvesti ni tehničkim, ni administrativnim ali, ni

finansijskim sredstvima, koja odgovaraju načelu srazmjernosti, a time udovoljavaju i zahtjevima iz čl. 14 st. 1 Ustava. Takva pozicija može u području, o kojem se ovdje radi, postojati kada npr. održavanju jednog spomenika u konkretnoj situaciji dolazi srazmjerno manji značaj, a interesi vlasnika su posebno važni i nisu čisto finansijske prirode. Za takve slučajeve posebno teških opterećenja, zakon mora u okviru dispenzivnog propisa dopuštati odstranjivanje zgrade koja je spomenik, kako bi bila u neograničenom skladu sa garancijom vlasništva.

b) Propisi o poravnanju u području čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava moraju biti u skladu sa slijedećim zahtjevima:

aa) Oni moraju imati zakonski osnov. Načelno je nadležnost zakonodavca da odredi sadržaj i ograničenja vlasništva. On je obavezan da sačuva ustavnopravne granice zakona koji određuju sadržaj, čak i ako donosi prinudni propis, ne smije se osloniti na to da će uprava ili sudovi povrede vlasničke garancije u datom slučaju osujetiti mjerama koje doprinose poravnanju ili novčanim davanjima. Ako trebaju biti utemeljeni zahtjevi za obeštećenjem, koji su usmjereni na kompenzaciju, to može bez daljnjeg biti provedeno samo posredstvom zakona, također, s obzirom na budžetsko pravo.

bb) Propisi o poravnanju, koji u slučajevima posebno teških opterećenja trebaju očuvati srazmjernost, nisu dovoljni ako se ograničavaju na osiguranje novčane isplate obeštećenja pogođenom. Garancija postojanja vlasništva iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava zahtijeva da u prvom redu budu ustanovljene mjere koje realno sprečavaju nesrazmjerno opterećivanje vlasništva i obezbjeđuju privatno korištenje vlasništva u što je moguće široj mjeri. Za ovo zakonodavcu stoje na raspolaganju, kao instrumenti, prelazne odredbe, propisi o izuzecima i oslobađanju od obaveza, kao i posebne administrativne i tehničke mjere. Ako u pojedinačnom slučaju poravnanje nije moguće, ili je moguće samo u nesrazmjernom odnosu, onda za ovaj slučaj može doći u obzir finansijsko poravnanje ili može biti određeno da se vlasniku prenese pravo da zahtijeva od države preuzimanje vlasništva po tržišnoj cijeni.

cc) Pošto zakonodavac mora na normativnom nivou, odredbama o sadržaju i ograničenjima vlasništva, regulirati i pretpostavke, način i obim poravnavanja opterećenja koja su, inače, nesrazmjerna, uprava mora prilikom aktualiziranja ograničenja vlasništva istovremeno odlučivati o razlozima koji su u datom slučaju potrebna za poravnanje (...).

Vlasnik mora pred upravnim sudovima utužiti upravni akt za koji smatra da ga u pogledu njegovog osnovnog prava iz čl. 14 st. 1 rečenica 1 Ustava nesrazmjerno opterećuje. Ako dopusti da stupi na pravnu snagu, on ne može više zahtijevati obeštećenje kao poravnanje u okviru čl. 14 st. 1 rečenica 2 ustava (usp. BVerfGE 58, 300 [324]). Pogođeni se otud mora odlučiti da li će akt koji ograničava njegovo vlasništvo prihvatiti ili utužiti. Ovakvu odluku on može smisleno donijeti ako zna da li će doći do poravnanja. Od pogođenog se ne može zahtijevati da dopusti stupanje na

pravnu snagu upravnog akta za koji smatra da je nespojiv sa ustavnom garancijom vlasništva, očekujući da naknadno, u drugom postupku, dođe do poravnanja. Upravni sudovi moraju, također, znati (...) da li će, i na koji način biti poravnano nepodnošljivo opterećenje, do kojeg će u suprotnom slučaju doći.

Zakonodavac će svoje materijalnopravne propise o poravnanju dopuniti propisima o upravnom postupku kako bi osigurao da sa upravnim aktom koji aktualizira ograničenje vlasništva bude istovremeno odlučeno o poravnanju koje će u datom slučaju biti zajamčeno vlasniku koji je opterećen; kod finansijskih kompenzacija se mora odlučiti bar o razlozima koji utemeljuju pravo na kompenzaciju.

c) Salvatorska klauzula iz § 31 rečenica 2 DSchPflG nije u skladu sa ovim pretpostavkama. Ona ne predviđa da protivustavno opterećivanje vlasništva u prvoj liniji treba biti spriječeno propisima o izuzecima i o oslobođanjima, kao i ostalim administrativnim i tehničkim mjerama, kao što ne regulira ni upravni postupak, tako da se na upravo izloženi način vodi računa o pravnoj zaštiti pogođenog. Već zbog toga ona ne nudi ustavnopravne razloge za poravnanja nesrazmjernih uplitanja prema § 13 st. 1 rečenica 2 DSchPflG. Nadležni sud će odlučiti da li za propis koji s obzirom na njegov tekst, zakonsku sistematiku i volju zakonodavca ne dolazi u obzir, ni kao osnov za obeštećenje radi razvlašćivanja u smislu čl. 14 st. 3 rečenica 2 i 3 Ustava, ni kao propis o poravnanju u okviru zakonskog određivanja sadržaja i ograničenja vlasništva u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava, uopšte ostaje bilo kakvo područje primjene. (...)

## **143) BVerfGE 93, 121** (Einheitswerte) **Jedinične vrijednosti**

1. Odredi li zakonodavac jedinstvenu poresku stopu za cjelokupnu imovinu koja se oporezuje, onda ravnomjerno oporezivanje može biti osigurano samo za poresku osnovicu koja se svaki put utvrđuje za privrednu jedinicu. Poreska osnova mora zbog toga biti pravedno odmjerena, prema prihodu privredne jedinice, i mora oslikavati njene vrijednosti u racionalnim relacijama.
2. Ustavnopravno ograničenje oporezivanja imovine porezom na prihode i imovinu se ograničava na poresko zahvatanje u finansijski prihod od imovine. Razlike koje se određuju jednakošću, moraju se orijentirati prema ovoj granici ukupnog opterećenja.
3. Porez na imovinu se, uz ostale poreze na prihod, smije obračunati samo ako poresko opterećenje planiranog prihoda kod tipizirajućeg posmatranja prihoda, priznatih rashoda i drugih opterećenja, ostane

u blizini polovine koja se dobija podjelom između privatnih i javnih prihoda.

4. Uzimanjem u obzir imovinskih poreskih opterećenja zakonodavac za područje poreza mora u svakom slučaju sačuvati ekonomske osnove ličnog načina života u odnosu na porez koji se ubire na planirani prihod.
5. Zaštita braka i porodice prema čl. 6 st. 1 Ustava zahtijeva od zakonodavca koji regulira porez na imovinu, da uvaži kontinuitet bračne i porodične zajednice, jer se poreski obaveznici po osnovu poreza na imovinu smiju u okviru njihovog braka ili porodice prilagoditi – povišenim – ekonomskim osnovama individualnog uobličavanja života.

**Rješenje Drugog senata od 22. juna 1995**  
**- 2 BvL 37/91 -**

**OBRAZLOŽENJE:**

Ukupno opterećenje koje nastaje oporezivanjem stečene, postojeće i korištene imovine će zakonodavac prilagoditi uzajamnim usklađivanjem, tako da ostane sačuvan jednak omjer opterećenja i da bude spriječeno prekomjerno opterećenje. Pri tom će se paziti da zakonodavac ne smije proizvoljno zahvatati u privatnu imovinu; pogođeni ima snagom Ustava pravo da se sačuva privatno korištenje stečene imovine i pravo raspolaganja stečenim imovinskim pozicijama (usp. BVerfGE 87, 153 [169]).

Jednakost svih ljudi pred zakonom (čl. 3 st. 1 Ustava) ne zahtijeva isti doprinos svakog građanina u finansiranju društvenih obaveza, nego zahtijeva da svaki građanin, zbog specifičnog usmjerenja današnjeg poreskog prava, već prema svojoj finansijskoj sposobnosti, bude na jednak način obavezan u pogledu finansiranja opštih državnih zadataka. Zakonodavac je donio načelnu odluku da pojedinca neće opterećivati u pogledu njegovog rada nego u pogledu privrednih dobara koja je on stekao. Ko ne iskoristi svoj talent kako bi radom ostvario dobit, načelno neće biti oporezovan. Ko, suprotno tome, svoju imovinu ne iskorištava, biće u svrhu oporezivanja tako tretiran, kao da je već ostvario prihod. (...)

3. Ustavnopravno ograničenje oporezivanja imovine porezom na prihode i na imovinu ograničava poresko zahvatanje u finansijski prihod od imovine. Diferenciranja koja su određena jednakošću se moraju orijentirati prema ovoj granici ukupnog opterećenja. Ona za Senat, koji je u ovom slučaju nadležan za porez na prihode i za porez na imovinu, obrazuju mjerila koja kao temelji služe njegovoj ustavnopravnoj provjeri:

- a) Porez na imovinu je povratni porez koji je usmjeren na postojeću imovinu – ona je u pravilu obrazovana upravo iz oporezovanih prihoda. On zadire u vlasničko raspolaganje i u pravo na korištenje imovine, a time i na slobodu djelovanja koja je

natkriljuje (čl. 2 st. 1 Ustava) upravo u njenom uobličanju kao lični razvoj u području imovinskih prava (čl. 14 Ustava). To znači da zaštićeno pravo slobode smije biti ograničeno samo onoliko koliko poreskom obavezniku ostaje sačuvano određeno jezgro rezultata njegovog rada u privredi, kao izraz privatnog korištenja stečenog i načelnog prava na raspolaganje stvorenim imovinskim pravnim pozicijama (usp. BVerfGE 87, 163 [169]). Pripisivanje imovinskih pravnih pozicija vlasniku i supstanca vlasništva moraju ostati očuvani (usp. BVerfGE 42, 263 [195]; 50, 290 [341]).

b) Prema takvim mjerilima pod uslovima današnjeg poreškog prava, koje je već opteretilo imovinu porezima na zaradu i prihod, a konkretni predmet imovine uglavnom indirektnim porezima, ostaje vrlo uzak prostor za dodatno oporezivanje imovine koja je višestruko opterećena. Porez na imovinu smije biti tako odmjeran da on u svom uzajamanom djelovanju sa ostalim poreskim opterećenjima ne dodiruje supstanciju imovine, porijekla imovine i da ga je iz mogućih prihoda (planiranih prihoda) koji se uobičajeno očekuju moguće platiti. U suprotnom će oporezivanje imovine voditi do postepene konfiskacije, koja će poreskog obaveznika opterećivati preko svake mjere i ugrožavati njegove imovinske odnose (usp. BVerfGE 14, 221 [241]; 82, 159 [190]; stalna pravosudna praksa).

**§ 21.**  
**Gubitak državljanstva, izručenje,**  
**pravo na azil**  
**(čl. 16 i 16 a Ustava)**

## 144) BVerfGE 113, 273 (Europäischer Haftbefehl) Evropska potjernica

1. Čl. 16 Ustava, sa zabranom gubitka državljanstva i izručenja, jamči kao osnovno pravo posebnu vezu građana sa slobodnim pravnim uređenjem, koje počiva na njima. Odnos građana prema slobodnoj demokratskoj zajednici podrazumijeva da on načelno može biti isključen iz ovakvog udruženja.
2. Zajednički rad ograničenog uzajamanog priznanja koji se prakticira na „Trećem stupu“ Evropske unije je put na kojim se, također pod pretpostavkom poštode iz persektive principa subsidijariteta (čl. 23 st. 1 Ustava), čuva nacionalni identitet i državnost u jedinstvenom evropskom pravnom prostoru.
3. Zakonodavac je prilikom donošenja provedbenog zakona uz Okvirno rješenje o evropskoj potjernici obavezan, da cilj okvirnog rješenja provede tako da ograničenje osnovnog prava na slobodu od izručenja bude srazmjerno. Zakonodavac, osim o poštovanju garancije bitnog sadržaja, posebno mora voditi računa o tome da zadiranje u područje koje je zaštićeno čl. 16 st. 2 Ustava uslijedi na način poštode. On pri tom mora paziti da zabrana izručenja očuva načela pravne sigurnosti i zaštite povjerenja za Nijemca koji je pogođen izručenjem.
4. Povjerenje progonjenog u vlastito pravno uređenje je posebno zaštićeno čl. 16 st. 2 Ustava u vezi sa principom pravne države za slučaj da radnja koja predstavlja osnov zahtjeva za isporučenje ima mjerodavan odnos prema tuzemstvu.

### Presuda Drugog senata od 18. jula 2005. - 2 BvR 2236/04 -

#### IZREKA:

Zakon o provođenju Okvirnog rješenja o evropskoj potjernici i o postupcima predaje između zemalja članica Evropske unije (Zakon o evropskoj potjernici [*Europäisches Haftbefehlsgesetz*] – EuHbG) od 21. jula 2004. (BGBl. I, s. 1748) je u suprotnosti sa čl. 2. st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3, čl. 16 st. 2 i čl. 19 st. 4 Ustava i zbog toga je ništav.

## 145) BVerfGE 74, 51 (Nachfluchtatbestände) Subjektivna djela u pribježištu

1. Osnovno pravo na azil iz čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava, s obzirom na sopstveni opis činjeničnog stanja, pretpostavlja da načelno postoji kauzalna veza između progona i bijega. Proširivanje na djela počinjena nakon bijega može doći u obzir samo ako ovo podstiče smisao i svrha prava na azil, zajamčena u skladu sa noramtivnom voljom ustavotvorca.
2. Azilant u pravilu može doći u obzir kao počinilac subjektivnih djela počinjenih nakon bijega, koja je nakon napuštanja domovine počinio sopstvenom odlukom (tzv. subjektivna djela u pribježištu), samo ako ona predstavljaju izraz i nastavak čvrstog uvjerenja koje je već postojalo u domovini i to se jasno može raspoznati.

### Rješenje Drugog senata od 26. novembra 1986. - 2 BvR 1058/85 -

Ustavna tužba se odnosi na pitanje uslova pod kojim subjektivna djela počinjena u pribježištu padaju u zaštićeno područje osnovnog prava na azil.

#### I.

Apelant (član egzil-organizacije Ghana Democratic Movement) se poziva na progon koji mu prijete po njegovom povratku u Ghanu, za djela koja je on sam, prema sopstvenoj odluci počinio za vrijeme boravka u Saveznoj Republici Njemačkoj (tzv. subjektivna djela u pribježištu). U takvim okolnostima izuzetno može doći u obzir priznavanje prava na azil, i to samo u posebnim okolnostima koje podliježu posebno strogim mjerilima (BVerfGE 9, 174 [181]; 38, 398 [402]; 64, 46 [59 i dalje]), jer osnovno pravo na azil iz čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava prema sopstvenom sadržaju ne obuhvata (zaprijećeni) politički progon koji je prouzrokovan subjektivnim djelima počinjenim u pribježištu.

1. Smisao propisa da „politički progonjeni uživaju pravo na azil“ se ne može dobiti iz kratke i lapidarne formulacije, (...) smislen sadržaj prvenstevno slijedi iz opšteg pregleda koji uzima u obzir tradiciju regulative i historiju nastanka.

Propis iz čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava se sadržajno oslanja na međunarodnopravni institut prava na azil. Njime je trebalo biti uobličeno, kao individualno subjektivno (i utuživo) osnovno pravo, ono što je u to vrijeme shvaćano kao azil i kao jamčenje azila. Iz toga nije trebao biti stvoren nezavisan novi pravni institut nego je prevashodno postojeći i poznati institut prava na azil, koji je ukorijenjen u internacionalnom pravu,



trebao konkretnim povodom slobodnog državnog odlučivanja postati osnovnim pravom azilanta (usp. BVerfGE 54, 341 [356]; također BVerwGE 67, 184 [185]).

a) Za ovakav pravni institut azila, kako je on u svoje vrijeme bio poznat i prakticiran, je načelno pretpostavljena kauzalna ovisnost između (zapriječenog) progona i bijega. (...)

c) Djelo koje je na taj način bliže opisano u čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava nije u protivrječnosti sa humanitarnom intencijom koja je imanentna garantiranju prava na azil (usp. BVerfGE 54, 341 [360]), nego joj se prilagođava. Ova humanitarna intencija je usmjerena na jamčenje prihvata i zaštite onih koji se nalaze u bezizlaznom položaju. To je očigledno slučaj kod politički progonjenih, koji zbog sopstvene slobode, života, tjelesnog integriteta moraju bježati iz domovine ili mjesta boravka. Suprotno tome, kod djela počinjenih u pribježištu ne postoji takav bezizlazan položaj u trenutku njegovog nastanka.

Generalno proširivanje činjeničnih pretpostavki na djela koja su počinjena u pribježištu bi samo prividno odgovaralo humanitarnom cilju zajamčenog prava na azil. Pravo na azil bi time bilo izopačeno u pravo na useljenje koje bi svakom stajalo na raspolaganju. Stranac ili lice bez državljanstva bi moglo izdejsstvovati dobijanje boravka u Saveznoj Republici Njemačkoj, koje je zajamčeno osnovnim pravom, posredstvom nerizične provokacije sa sigurnog mjesta. Humanitarna intencija zajamčenog prava na azil takvim proširenjem ne bi bila potvrđena ili utvrđena, nego ispražnjena.

2. Ovakvo tumačenje pokazuje da osnovno pravo na azil iz čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava u pogledu opisa činjeničnog stanja načelno pretpostavlja kauzalitet između progona i bijega. Ono u principu vodi prema pružanju pribježišta i pružanju zaštite politički progonjenim. Protezanje na djela počinjena u pribježištu može doći u obzir samo ako se ono prema smislu i svrsi jamčenja azila zahtijeva noramtivnom voljom ustavotvorca.

a) Pod tim okolnostima se za tzv. objektivna djela počinjena u pribježištu, koja su u domovini prouzrokovana postupcima ili događajima koji su nezavisni od osobe azilanta, mogu uzeti u obzir kao djela koja su relevantna za azil.

b) Kod subjektivnih djela počinjenih u pribježištu, koja je azilant nakon napuštanja domovine počinio sopstvenom odlukom (tzv. subjektivna djela u pribježištu), se suprotno prethodnom, zahtijeva poseban oprez. (...)

(...) pravo na azil može u pravilu biti uzeto u obzir samo ako predstavlja izraz i nastavak čvrstog uvjerenja koje je već postojalo u domovini i to se jasno može raspoznati, a ovim se pojavljuje kao nužna posljedica trajnog uobličavanja života, koja formira i prema vani ističe njegov identitet.

Za grupu slučajeva političkog djelovanja u egzilu i za pripadnost emigrantskoj organizaciji, o kojoj se ovdje radi, slijedi da takvo djelovanje za dobijanje azila načelno ne može biti relevantno.

c) Pri svemu tome se ne smije previdjeti da pravo na azil u smislu čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava ne predstavlja jedini pravni osnov za boravak stranaca na području Njemačke ili za njihovu zaštitu od protjerivanja. Ako neko nema pravo na azil, time nije isključena mogućnost da mu – npr. prema propisima Zakona o strancima koji dopuštaju široke mogućnosti diskrecionog odlučivanja – bude priznat boravišni status u Njemačkoj. Upravo u slučajevima u kojima se – neovisno o nepostojanju prava na azil – približava odobravanju sigurnog boravka u Saveznoj Republici Njemačkoj iz političkih ili drugih razloga, ovakve mogućnosti ostaju otvorene. I u odnosu na protjerivanje u državu u kojoj mu prijete progon iz političkih razloga – ili u treću državu koja će ga isporučiti takvoj državi – za svakog stranca postoji zaštita prema čl. 33 Konvencije o pravnom položaju izbjeglica – Ženevska konvencija o izbjeglicama – od 28. jula 1951. (BGBl. 1953 II, s. 559), § 14 Zakona o strancima od 28. aprila 1965. (BGBl. I, s. 353), moguće, također, i čl. 3 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda – Evropska konvencija o ljudskim pravima – od 4. novembra 1950. (BGBl. 1952 II, s. 686). Ovakve pravne obaveze, djelimično utemeljene zakonima, djelimično, međunarodnim konvencijama se moraju poštovati, čak i u slučajevima djela počinjenih u pribježištu koja nisu relevantna za dodjelu azila.

## **146) BVerfGE 80, 315**

(Tamilen)

### **Tamili**

1. Politički progon u smislu čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava je u načelu državni progon.
2. Progon je politički kada se pojedincu ciljano priređuju povrede prava, koje ga prema intenzitetu zahvatanja izdvajaju iz mirnog života u državi kao cjelini, a u vezi su sa njegovim političkim ubjeđenjem, njegovim religioznom opredjeljenjem ili sa karakteristikama koje su neodvojive od njega i čine ga drukčijim.
3. Također, državno gonjenje za djela koja po sebi predstavljaju provođenje političkog ubjeđenja, može načelno predstavljati politički progon, čak i onda kada država na tom putu brani pravno dobro sopstvenog postojanja ili svoj politički identitet. Potreban je poseban razlog da bi se ona izuzela iz područja političkog progona.
4. Efektivna državna vlast nad određenim područjem u smislu djelotvorne suverene nadmoći jeste osnovna pretpostavka za postojanje progona koji polazi od države i koji se može uračunati državi. Otud ne postoji mogućnost političkog progona sve dok država u otvorenom građanskom ratu preuzima ulogu vojne strane koja se bori u građanskom ratu, ali

više ne postoji kao nadmoćna efektivna snaga reda. Isto važi i za krizne situacije koje određuje gerila-građanski rat.

U svim takvim slučajevima postoji politički progon ako državne snage vode borbu na način koji je usmjeren prema fizičkom uništenju osoba koje stoje na suprotnoj strani ili im se mogu uračunati osobine koje odlučuju o dodjeli azila, iako se one više ne žele ili ne mogu suprotstavljati, ili više ne učestvuju u vojnim događajima, konačno ako njihovo djelovanje ciljanim fizičkim uništenjem ili razaranjima etničkog, kulturnog ili religioznog identiteta uništava dio naroda koji se određuje prema osobinama koje su bitne za azil.

5. a) Ko je pogođen isključivo regionalnim političkim progonom, tek je politički progongen u smislu čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava kada u cijeloj zemlji bude doveden u bezizlazan položaj. To je slučaj kada on u drugim dijelovima svoje zemlje ne može pronaći utočište koje je prihvatljivo (unutrašnja izbjeglička alternativa).

b) Unutrašnja izbjeglička perspektiva pretpostavlja da je azilant na područjima koja dolaze u obzir dovoljno siguran pred političkim progonom i da mu tamo ne prijete nikakve nevolje i opasnosti koje bi prema intenzitetu ili težini bile jednake ugrožavanju pravnog dobra koje je u rangu osnova za politički azil, ukoliko ovakvo egzistencijalno ugrožavanje na mjestu porijekla ne postoji u takvom obliku.

**Rješenje Drugog senata od 10. jula 1989.**

**- 2 BvR 502, 1000, 961/86 -**

## **147) BVerfGE 81, 142** (Terroristische Betätigung im Exil) **Terorističke aktivnosti u egzilu**

1. Mučenje je bitno za dodjelu azila samo ako je provedeno zbog osobina koje su relevantne za azil ili su s obzirom na ove osobine primijenjene u oštrijoj formi.
2. Azil ne može zahtijevati ko nastoji da nastavi terorističke aktivnosti koje su preduzete u domovini, odnosno, kako bi ih podupirao iz Savezne Republike Njemačke u formama koje su ovdje moguće.

**Rješenje Drugog senata od 20. decembra 1989.**

**- 2 BvR 958/86 -**

Ustavna tužba se odnosi na pitanje, da li azil uživa počinitelj krivičnog djela koji je u svojoj domovini podupirao terorističke aktivnosti, tamo je izložen policijskom ili

vojnom mučenju, a u Saveznoj Republici Njemačkoj nastavio podupirati terorističke aktivnosti.

Ustavni sud je upravo odlučio da državne mjere samoodbrane mogu utemeljiti pravo na azil. Politički progon u smislu čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava se ne može osporiti već zbog toga što država suzbija separatističke ili političko-revolucionarne aktivnosti sa krivičnopravnim sankcijama kako bi odbranila pravno dobro sopstvenog opstanka ili sopstvenog političkog identiteta. Da bi takve mjere istovremeno zadobile karakter *političkog* progona, potrebni su dodatni kriteriji koji se oslanjaju na objektivne okolnosti.

Jedan takav kriterij je naprije zaštita pravnog dobra. Državno gonjenje kriminala, dakle krivičnih djela, koja su usmjerena protiv pravnih dobara drugih građana, nije „politički progon“ čak i onda kada su krivična djela počinjena zbog političkog ubjeđenja. Politički progon ne postoji ni onda kada objektivne okolnosti pokazuju da gonjenje zbog djela koje je usmjereno na političko pravno dobro ne predstavlja delikt iz ubjeđenja nego sadrži dodatnu kriminalnu komponentu čije je kažnjavanje u državnoj praksi uobičajeno. Ali, ovdje će se moći potvrditi politički progon, kada je pogođeni podvrgnut tretmanu koji je jači od kazni koje su uobičajene pri kažnjavanju – ne političkih – krivičnih djela sličnog stepena opasnosti u zemlji progona (usp. o prethodnom BVerfGE 80, 315 [336 i dalje]). (...)

Istina, neljudski tretman, kao ni mučenje, nisu prema doslovnom propisu čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava od značaja za pravo na azil. Budu li međutim uzeti u obzir, ili zbog osobina relevantnih za azil primijenjene u oštrijoj formi, budu li dakle prema raspoznatljivom sudovanju orijentirane na političku komponentu djela koje se stavlja na teret pogođenom, oslanjajući se na njegovo političko ubjeđenje i zbog toga će biti bitni za azil. One ga pogađaju zbog napada na jedno političko dobro i time zbog opasnosti koja se na taj način pokazuje po državno jedinstvo i za političke osnove države.

Čak i ako bi, prema navedenom, politički karakter zaprijećenog progona trebao biti potvrđen, zahtjev za dodjelom azila bi mogao zapeti na sljedećoj granici stavljanja u izgled azila u čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava. Ona je postavljena tamo gdje je azilant svoje političko ubjeđenje ostvarivao korištenjem terorističkih sredstava. Takav oblik političke borbe Savezna Republika Njemačka, u skladu sa internacionalnim uređenjem koje i ona nosi, ne odobrava. Državne mjere za odbranu od terorizma nisu politički progon zato što važe za aktivne teroriste, za one učesnike u krivičnopravnom smislu koji poduzimaju pripremne mjere za potporu terorističkih aktivnosti, a da pri tom ne učestvuju u takvim aktivnostima. Svakako da i u takvim slučajevima može postojati progon koji je relevantan za dodjelu azila, ako dodatne okolnosti – npr. poseban intezitet mjere gonjenja – govore u korist takvog izuzetka (usp. o prethodnom BVerfGE na nav. mj. s. 339 i dalje).

Neovisno o tome važi: Izvan prava na azil leže terorističke aktivnosti za koje se samo traži novo mjesto borbe kako bi se ona sa ovog mjesta nastavila ili podupirala. Prema

tome, azil ne može dobiti ko nastoji da u domovini nastavi terorističke aktivnosti ili da ih u mogućim formama podupire iz Savezne Republike Njemačke; on ne traži zaštitu i mir, što pravo na azil želi zajamčiti. Pravo na azil prema osnovnoj zamisli treba da zajamči utočište onom ko se zbog političkog progona (koji mu prijete) nalazi u položaju koji je za njega bezizgledan (BVerfGE 74, 51 [64]). Politička borba koja ugrožava život ili egzistenciju mora imati kraj, ko bježi od političkog progona mora pronaći zaštitu u mirnom državnom uređenju iz kojeg ga je izmjestila država progona.

## **148) BVerfGE 94, 49** **(Sicherer Drittstaat)** **Sigurna treća država**

1. a) Sa Zakonom o promjeni Ustava od 28. juna 1993. zakonodavac je stvorio osnove za zajednički evropski propis o obezbjeđenju zaštite za izbjeglice, sa ciljem raspodjele opterećenja između država koje u tome učestvuju.
  - b) Zakonodavac, koji je primijenio Ustav, je pravno slobodan u pogledu uobličavanja i izmjena osnovnih prava i postavlja Saveznom ustavnom sudu mjerilo, sve dok nisu dodirnete granice čl. 79 st. 3 Ustava. Osnovno pravo na azil ne ulazi u garancije iz čl. 1 st. 1 Ustava. Samostalno se određuje šta je sadržaj njegovog jamstva i kakve posljedice iz ovoga slijede za njemačku državnu vlast.
2. Čl. 16 a st. 2 Ustava ograničava personalno područje primjene osnovnog prava na azil koje sada ostaje zajamčeno kao i ranije. Ko doputuje iz sigurne zemlje u smislu čl. 16 a st. 2 rečenica 1 Ustava, nema potrebe za zaštitom stava 1 u Saveznoj Republici Njemačkoj, jer je mogao u trećoj zemlji pronaći zaštitu od političkog progona.
3. Sve države članice Evropskih zajednica su neposredno prema Ustavu sigurne treće države.
4. a) Zakonsko određenje sigurne treće države (čl. 16 a st. 2 rečenica 2 Ustava) koje iziskuje osiguranje primjene Ženevske konvencije o zaštiti izbjeglica (*Genfer Flüchtlingskonvention* – GFK) i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (*Europäische Menschenrechtskonvention* – EMRK) pretpostavlja da je država pristupila objema konvencijama i da prema svome pravnom uređenju ne smije stranca protjerati u državu koja je navodno država progona u smislu čl. 33 GFK ili u kojoj mu je zapriječeno mučenje ili neljudska i ponižavajuća kazna ili tretman u smislu čl. 3 EMRK.
  - b) Prilikom određivanja država kao sigurnih država zakonodavcu za pribavljanje činjeničnih osnova stoji na raspolaganju slobodan prostor

za izbor sredstava spoznaje. Zakonodavčeva procjena se mora pokazati kao prihvatljiva.

5. a) Stranac koji treba biti vraćen ili prebačen u treću državu, načelno ne može od Savezne Republike Njemačke zahtijevati zaštitu pred političkim progonom ili ostalim teškim ugrožavanjima u zemlji njegovog porijekla, obrazlažući da on u odnosnoj državi nije siguran jer se tamo u njegovom slučaju – unatoč normativnom uvjerenju – ne ispunjavaju obaveze iz Ženevske konvencije o zaštiti izbjeglica i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Prema tome, za njega u skladu sa konceptom koji slijedi normativno uvjerenje iz čl. 16 a st. 2 Ustava dolaze u obzir materijalne pravne pozicije na koje se stranac, inače, može pozvati kako bi se suprostavio progonu (posebno § 51, st. 1, § 53 AuslG).
  - b) Savezna Republika Njemačka je u svakom slučaju obavezna da obezbijedi zaštitu kada postoje zapreke protjerivanju iz § 51 st. 1 ili § 53 AuslG koje se ogledaju u okolnostima koje prema vlastitom tipu ne mogu unaprijed, u okviru koncepta normativnog uvjerenja, snagom Ustava ili zakona, biti uzete u obzir, a time od samog početka leže izvan granica koje su postavljene provođenju takvog koncepta.
  - c) Stranac može provjeriti da li izuzetno postoje razlozi koji onemogućuju vraćanje ili neodložno isporučenje u treću državu ako se na osnovu određenih činjenica vidi da on nije pogođen posebnim slučajem koji je obuhvaćen konceptom normativnog uvjerenja. Pred ovakvo objašnjenje se postavljaju strogi zahtjevi.
6. a) Čl. 16 a st. 2 rečenica 3 Ustava se ne obraća samo zakonodavcu nego neposredno i državnim službama i sudovima: sredstva pravnog lijeka ne trebaju djelovati na odgađanje; zahtjevi koji se postavljaju pred nadležne sudove, sa ciljem da se izvršenje ovih mjera privremeno izuzme, trebaju ostati bez uspjeha.
  - b) Ovakav učinak isključenja iz čl. 16 st. 2 rečenica 3 Ustava ne prekoračuje granice koje su postavljene konceptu normativnog uvjerenja.

**Presuda Drugog senata od 14. maja 1996.  
- 2 BvR 1938, 2315/93 -**

OBRAZLOŽENJE:

**II.**

Novo reguliranje osnovnog prava na azil u čl. 16 a Ustava ne prelazi zapreke iz čl. 79 st. 3 Ustava. Zakonodavac koji je izmijenio Ustav je, također, uvažio zahtjeve iz čl. 79 st. 1 rečenica 1 Ustava.

1. a) Čl. 79 st. 3 Ustava zabranjuje izmjene Ustava kojima bi se diralo u načela iz čl. 1 i 20 Ustava. U ovo ne spada samo načelo poštovanja i zaštite ljudskog dostojanstva koje je položeno u čl. 1 st. 1 Ustava. Od značaja su, također, priznanje nepovredivosti i neprikosновенosti ljudskih prava kao osnova ljudske zajednice, mira i pravde, koje sadrži čl. 1 st. 2 Ustava; u vezi sa upućivanjem na slijedeća osnovna prava koja su sadržana u čl. 1 st. 3 Ustava su njihova jamstva izuzeta od ograničavanja, jer su neophodna za održavanje uređenja koje odgovara čl. 1 st. 1 i 2 Ustava. Isto važi za uvažavanje osnovnih elemenata principa pravne i socijalne države, koji dolaze do izražaja u čl. 20 st. 1 i 3 Ustava. Pri svemu tome, čl. 79 st. 3 Ustava zahtijeva samo da se ne dira u spomenuta načela. On, međutim, sprečava zakonodavca koji mijenja Ustav, da zbog potreba pravednijeg odnosa prema stvarima modificira pozitivnopravni oblik ovih načela (usp. BVerfGE 84, 90 [120 i dalje]).

b) Kako načelno svaka ustavna odredba stoji na dispoziciji zakonodavcu koji mijenja Ustav, isto važi i za azil (čl. 79 st. 1 rečenica 1, st. 2 Ustava). Granica koju je zakonodavcu povukao član 79 st. 3 Ustava, prema kojoj načela koja su sadržana u čl. 1 i 20 Ustava ne smiju biti dotaknuta, nije povrijeđena time što se strancima ne nudi zaštita pred političkim progonom tako što bi im se garantiralo jedno osnovno pravo. U svakom slučaju, Savezni ustavni sud je zbog određivanja pojma politički progonjenih u čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava (stara verzija) utvrdio da osnovno pravo na azil počiva na određenom uvjerenju da se poštuje nepovredivost ljudskog dostojanstva, da ni jedna država nema pravo da tijelo, život ili ličnu slobodu ugrožava ili povređuje iz neposredno političkih razloga, ili onih koji se odnose na religioznu pripadnost ili na neprenosive osobine (usp. BVerfGE 80, 315 [333]); usp. također već BVerfGE 54, 341 [357]; 76, 143 [157 i dalje]). Iz ovoga se ne može izvesti zaključak da pravo na azil spada u jamstva iz čl. 1 st. 1 Ustava. Samostalno se određuje šta je sadržaj njegovog jamstva i kakve posljedice iz ovoga slijede za njemačku vlast.

(...)

c) Čl. 16 a st. 2 rečenica 3 Ustava sadrži poseban propis za postupak okončanja boravka po ulasku iz neke sigurne treće zemlje. Može ostati otvoreno pitanje da li načela koja su položena u čl. 20 Ustava proglašavaju nepovredivom individualnu pravnu zaštitu iz principa pravne države, koja je konkretizirana u čl. 19 st. 4 Ustava (usp. BVerfGE 30, 1 [39 i dalje]). Čl. 16 a st. 2 rečenica 3 Ustava u svakom slučaju ne dira u takvo načelo. To posebno važi s obzirom na činjenicu da će stranac, istina, bez prethodne provjere posredstvom druge kontrolne instance, biti vraćen u sigurnu treću državu, ali uz normativno uvjerenje da je ovom prethodilo osiguranje primjene Ženevske konvencije o zaštiti izbjeglica i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u trećoj državi.

2. Unošenjem čl. 16 a st. 2 rečenica 3 u tekst Ustava je odgovoreno zahtjevu iz čl. 79 st. 3 Ustava da se učini vidljivom ustavna promjena u samom tekstu Ustava – ovdje modifikacija čl. 19 st. 4 Ustava posredstvom čl. 16 a st. 2 rečenica 3 Ustava.

(...)

**§ 22.**  
**Osnovna prava pravnih**  
**osoba iz EU**  
**( čl. 19 III GG)**



**149) BVerfGE 129, 78**  
(Anwendungserweiterung)  
**Proširenje primjene**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 56/2011 od 09. septembra 2011. godine

Rješenje od 19. jula 2011. godine

-1 BvR 1916/09-

**U vezi sa zaštitom osnovnih prava pravnih osoba iz EU i prava distribucije u skladu sa Zakonom o autorskim pravima (kopije dizajnerskog namještaja)**

Prema njemačkom Zakonu o autorskim pravima (Urheberrechtsgesetz - UrhG), isključivo autor ima pravo na distribuciju svoga djela. U § 17 st. 1 Zakona o autorskim pravima 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 evropske Smjernice o autorskim pravima 2001/29/EZ. Prema opštem mišljenju koje je do sad preovladavalo, pojam distribucije je obuhvatao 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 autorskim pravima sadrži zabranu komercijalnog korištenja protivzakonito proizvedenih replika.

Apelant, 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 i na osnovu licence koristi autorska prava za njegova djela. Tužena strana u prvobitnom sudskom postupku, proizvođač cigara, u umjetničkom i izložbenom paviljonu je uredio lounge za cigare koji je opremio replikama namještaja Le Corbusiera. Apelant je podnio tužbu za odustajanje, te dobio spor pred Zemaljskim sudom i Višim zemaljskim sudom.

Savezni sud je, suprotno tome, odbacio tužbu uz obrazloženje da postavljanje namještaja ne predstavlja povredu prava na distribuciju kao ni prava na korištenje autorskih djela. On je svoju odluku temeljio na presudi Evropskog suda, koji je u paralelno vođenom postupku po zahtjevu za prethodno odlučivanje njemačkog Saveznog suda odlučio da se o distribuciji u smislu čl. 4 st. 1 Smjernice o autorskim pravima radi samo kod prenosa vlasništva. U skladu s time – tako navodi Savezni sud – nije došlo do povrede prava na distribuciju ukoliko se replike namještaja, zaštićenog autorskim pravom, stave javnosti na raspolaganje samo radi korištenja. Smjernica o autorskim pravima je obavezujuća regulativa u smislu najvišeg stepena zaštite, a sud države članice ne smije izaći iz tog okvira.

Apelant smatra da je time povrijeđeno njegovo pravo vlasništva kako je ustavom zagaranirano. Osim toga, ističe prigovor povrede prava na zakonitog sudiju, jer je Savezni sud unaprijed trebao pokrenuti postupak prethodnog odlučivanja pred Evropskim sudom u vezi sa pitanjem da li ustupanje radi korištenja umjetnički oblikovanih predmeta uopće ulazi u područje primjene Smjernice o autorskim pravima i da li je Smjernicom uspostavljen najviši stepen zaštite.

Prvi senat Saveznog ustavnog suda odbio je apelaciju kao neosnovanu. Apelant je kao strana pravna osoba sa sjedištem u EU, istina, nositelj osnovnih prava iz Ustava. Međutim, u spornom predmetu njegova ustavna prava nisu povrijeđena.

### **Odluka u biti počiva na sljedećim argumentima:**

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

U skladu sa čl. 19 st. 3 Ustava, osnovna prava se primjenjuju i na domaće pravne osobe, ukoliko su po svojoj prirodi na njih primjenjiva. Premda se kod pravnih osoba iz država članica EU ne radi o „domaćim“ pravnim osobama u smislu Ustava, proširenje zaštite primjenom tog osnovnog prava na ovakve pravne osobe u skladu je sa ugovornim obavezama preuzetim „evropskim ugovorima“, koje do izražaja dolaze posebno u pogledu evropskih osnovnih sloboda i opće zabrane diskriminacije zbog državljanstva. One obavezuju države članice i sve njihove organe i službe na pozicioniranje pravnih osoba iz drugih država članica jednako kao i domaćih, čak i u pogledu mogućnosti stjecanja pravne zaštite. Propisi evropskog prava ne zamjenjuju čl. 19 st. 3 Ustava, već potiču proširenje zaštite osnovnih prava na druge pravne subjekte zajedničkog tržišta EU. Pretpostavka za takvo izjednačavanje je zadovoljavajuća povezanost pravne osobe s tom državom, a ona je u pravilu ispunjena kada pravna osoba posluje u Njemačkoj i može podići tužbu ili biti tužena pred specijaliziranim sudovima.

2. Savezni ustavni sud je, nadalje, morao razjasniti da li i u kojoj mjeri specijalizirani sudovi kod primjene njemačkog prava, koje je u cjelosti ili djelomično usklađeno sa evropskim pravom, polaze od mjerila koja postavlja Ustav i *acquis communautaire*, te do koje mjere Savezni ustavni sud mora provjeriti usklađenost tumačenja specijaliziranih sudova sa Ustavom. Civilni sudovi pri tumačenju propisa o autorskim pravima moraju voditi računa o zaštiti prava vlasništva, u skladu sa Ustavom, ukoliko evropsko pravo ostavlja slobodan prostor za interpretaciju. Ako sudovi očitito smatraju da je preko prava EU provedena potpuna harmonizacija, bez da su

pokrenuli postupak prethodnog odlučivanja pred Evropskim sudom, to podliježe provjeri Saveznog ustavnog suda koji, pri tome, nije ograničen samo na kontrolu proizvoljnosti. Ukoliko država članica nema slobodan prostor za tumačenje, sudovi moraju provjeriti da li je evropsko pravo koje se primjenjuje u konkretnoj situaciji spojivo sa osnovnim pravima iz propisa EU, te da li je potrebno pokrenuti postupak prethodnog odlučivanja pred Evropskim sudom.

Prema tim kriterijima pobijanom odlukom nije povrijeđeno autorsko pravo apelanta na kontrolu distribucije replika namještaja koje je obuhvaćeno članom 14 st. 1 Ustava. Sa stanovišta Ustava se ne može ništa prigovoriti pretpostavci njemačkog Saveznog suda da Smjernica o autorskim pravima po tumačenju Evropskog suda ne ostavlja prostora da se puko ustupanje plagijata namještaja radi korištenja uvrsti u zaštitu autorskih prava. Evropski sud u paralelnom postupku nije spomenuo eventualni slobodan prostor u pogledu primjene, a proširenje pojma distribucije izričito je prepustio evropskom zakonodavcu. Savezni sud je stoga mogao poći od toga da mu presuda Evropski sud ne ostavlja slobodan prostor za ustavno usklađeno tumačenje čl. 17 njemačkog Zakona o autorskim pravima.

3. Pobijanom odlukom apelantu nije uskraćeno pravo na zakonitog sudiju (čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava). Prema sudskoj praksi Evropskog suda, nacionalni sud zadnje instance mora ispuniti svoju obavezu postavljanja prethodnog pitanja Evropskom sudu ako se u postupku koji je u toku pojavi pitanje vezano uz evropsko pravo, osim ako sud nije ustanovio da to pitanje nije relevantno za odluku, da je ono već bilo predmet tumačenja pred Evropskim sudom ili da je ispravna primjena evropskog prava toliko očita da nema prostora za razumnu sumnju. Savezni sud provjerava samo da li je primjena tih pravila očigledno neodrživa.

Kako je Savezni sud pitanja koja je smatrao relevantnim za odluku u paralelnom postupku uputio Evropskom sudu, on čak ni u slučaju osporavanja nije načelno previdio svoju obavezu pokretanja postupka prethodnog odlučivanja. Iz pobijane odluke je očito prihvatljivo uvjerenje da čl. 4 st. 1 Smjernice o autorskim pravima sadrži u cjelosti harmonizirane odredbe o pravu distribucije te da je Evropski sud unije konačno i opsežno razjasnio kako treba protumačiti pojam „distribucija“ iz Smjernice.

**150) 2 BvR 1596/10 i 2 BvR 2346/10**  
 (Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen  
 Richtervorbehalt)  
**Zabranjena korištenja dokaza zbog povrede obaveze  
 pribavljanja sudske naredbe**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 21/2011 od 15. marta 2011. godine

Rješenje od 24. februara 2011. godine

-2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10-

**O pitanju zabrane korištenja dokaza zbog povrede obaveze pribavljanja  
 sudske naredbe za uzimanje krvi**

Naredbu za uzimanje krvnog uzorka radi utvrđivanja koncentracije alkohola u krvi prema § 81a st. 2 Uredbe o krivičnom postupku mora izdati sudija (Richtervorbehalt), a samo u slučaju da bi to ugrozilo uspjeh istrage (neposredna opasnost zbog odlaganja) takvu naredbu smije izdati tužilaštvo ili policijski službenik koji provodi istragu.

Apelanti su, u dva povezana postupka, zbog alkoholiziranog stanja u saobraćaju osuđeni na plaćanje novčane kazne. Osuđujuće presude su se zasnivale na rezultatima uzorka i pretrage krvi, za koje su naredbe na licu mjesta dali policijski službenici koji su provodili istrage i koje su pokazale da je koncentracija alkohola u krvi bila u području apsolutne nesposobnosti za upravljanje vozilom. U prvom je postupku policijski službenik u vozilu ophodnje u nedjelju poslijepodne najprije od dežurnog službenika u policijskoj stanici zatražio da izdejtstvuje sudska naredbu. Kada mu je javljeno da sudiju nisu uspjeli kontaktirati putem telefona, policijski službenik je sam na licu mjesta naložio vađenje krvi. Nije razjašnjeno da li se stvarno pokušalo doći do sudije, jer ta radnja nije bila dokumentirana u spis. U drugom postupku policija je u nedjelju oko 4:30, nakon bezuspješnog pokušaja da se dođe do dežurnog tužioca, dala nalog za vađenje krvi. Sud je utvrdio da pri nadležnom osnovnom sudu nije postojalo noćno dežurstvo, odnosno dežurni sudija.

Apelanti su u svojim apelacijama protiv osuđujućih presuda iznijeli prigovore povrede njihovih osnovnih prava na efikasnu pravnu zaštitu, te na fer postupak koji je u skladu sa zahtjevom pravne države, kao i prava na tjelesni integritet. Uzimanje krvnog uzorka bez sudske naredbe u njihovom slučaju je dovelo do zabrane korištenja dokaza, to jeste rezultat analize krvi se nije smio koristiti kao dokaz kod donošenja osuđujuće presude.

Prvo vijeće Drugog senata Saveznog ustavnog suda nije prihvatilo apelacije, jer nisu bile ispunjene pretpostavke za prihvaćanje, a prije svega, nije došlo do povrede osnovnih prava apelanata.

### **Bitni argumenti Suda:**

1. Odbijanje zabrane korištenja dokaza specijaliziranih sudova ne predstavlja povredu prava apelanata na efikasnu pravnu zaštitu iz čl. 19 st. 4 Ustava. Prema ustaljenoj praksi krivičnih sudova koja nije proizvoljna, krivičnom procesnom pravu je strano načelo da svaka povreda propisa o pribavljanju dokaza za sobom povlači zabranu korištenja tih dokaza u krivičnom postupku. Štaviše, važi 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 nadređenih bitnih razloga nakon odmjeravanja suprotstavljenih interesa u pojedinačnom slučaju, posebno kod proizvoljne pretpostavke da se radilo o opasnosti zbog odlaganja ili ako je došlo do neke posebno teške proceduralne greške.

Polazeći od toga, sa ustavnopravnog stanovišta se ne može prigovoriti tumačenju, prema kojem u skladu sa sudskom praksom krivičnih sudova, nedostatak dokumentacije sam po sebi ne vodi do zabrane korištenja dokaza. Isto važi i za nepostojanje noćnog sudskog dežurstva, odnosno dežurnog sudije. U takvom slučaju krivični sudovi mogu ukazati na to da policijski službenici na terenu nisu samovoljno ili ciljano zaobišli pribavljanje sudske naredbe. I nedostupnost dežurnog tužioca ne vodi do ustavnopravne uputne zabrane korištenja dokaza. S obzirom da prema § 81a Uredbe o krivičnom postupku tužilaštvo, ali i policijski službenici koji provode istragu, imaju ovlasti da izdaju naredbu za vađenje krvi kod opasnosti zbog odlaganja, rezultat analize se može koristiti kao dokaz na sudu nezavisno o zakonskom pitanju da li je i eventualno pod kojim pretpostavkama nadležnost u hitnim slučajevima prvenstveno trebalo imati tužilaštvo.

2. Odbijanje zabrane korištenja dokaza ne predstavlja ni povredu prava na fer postupak u skladu sa zahtjevom pravne države. O takvoj bi se povredi radilo samo ako bi se se iz presjeka cjelokupnog procesnog prava pokazalo da nisu uslijedile nužne pravnodržavne posljedice ili da se odustalo od neprikosnovanih zahtjeva pravne države. Zakonska obaveza pribavljanja sudske naredbe iz § 81a st. 2 Uredbe o krivičnom postupku se zasniva na odluci zakonodavca, a ne na imperativnoj ustavnopravnoj odredbi. Ona ne ulazi u neprikosnovene elemente pravne države i ne predstavlja tako teško zadiranje u osnovno pravo na tjelesni integritet iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 Ustava, da bi prema Ustavu trebalo zahtijevati pribavljanje sudske

naredbe. Povreda pribavljanja sudske naredbe u predstojećem krivičnom postupku samo u pojedinačnom slučaju može biti od ustavnopravnog značaja, naime kada bi se radilo o proizvoljnom tumačenju i primjeni mjerodavnih procesnih odredbi krivično-procesnih prava kojim se ignoriše načelo fer postupka. No, za to u predmetnim postupcima ne postoji osnova.



## **§ 23.**

### **Barijera bitnog sadržaja, garancija pravnog puta (čl. 19 III i IV Ustava)**



## **151) BVerfGE 21, 326** **(Sozialversicherungsträger)** **Ustanova socijalnog osiguranja**

1. Osnovna prava načelno ne važe za pravna lica javnog prava, jer one obavljaju javne zadatke; zbog toga im ne stoji na raspolaganju ustavna tužba kao sredstvo pravnog lijeka.

### **Rješenje Prvog senata od 2. maja 1967.** **- 1 BvR 578/63 -**

u postupku ustavne tužbe Zemaljskog zavoda za osiguranje Westfalen.

Apelant je (...) pravno sposobna ustanova javnog prava koja spada u područje takozvane posredne državne uprave. Njena sposobnost da se pozove na osnovna prava se prema tome određuje prema čl. 19 st. 3 Ustava.

Prema čl. 19 st. 3 Ustava osnovna prava važe samo za domaća pravna lica pod pretpostavkom da se ona, s obzirom na svoju suštinu, na njih mogu primijeniti. Doslovnom tekstu propisa se približava shvatanje da se može polaziti od načelne sposobnosti pravnih lica, da se pozivaju na osnovna prava i da se potom, u konkretnom slučaju, provjerava da li osnovna prava čija se povreda utužuje ustavnom tužbom, prema svojoj suštini, mogu biti primijenjena na svakog konkretnog apelanta. Tako je Savezni ustavni sud, prilikom provjere da li su domaća pravna lica privatnog prava sposobna da se pozovu na osnovna prava, postupao općenito i u mnogobrojnim slučajevima je osnovna prava proglasio primijenjivim, između ostalog, i ovdje utužena osnovna prava iz čl. 3 st. 1 Ustava i čl. 14 Ustava (usp. BVerfGE 3, 383 [390]; 4, 7 [12 i 17]).

Ovakav postupak i rezultati koji su pri tom dobijeni ne mogu bezuslovno biti prenešeni na domaća pravna lica. Iako čl. 19 st. 3 Ustava govori samo o „pravnim licima“, on ne zahtijeva jednakost pravnih lica javnog i privatnog prava. „Suština osnovnih prava“, na koju se dolazi prema sadržaju odredbe, vodi upravo do načelnog razlikovanja ovih kategorija.

Vrednosni sistem osnovnih prava polazi od dostojanstva i slobode pojedinca čovjeka kao fizičkog lica. Osnovna prava u prvoj liniji štite sferu slobode pojedinca pred uplitanjem državne vlasti i istovremeno mu osiguravaju pretpostavke za aktivno sudjelovanje i formiranje zajednice. Čl. 19 st. 3 Ustava se tumači i primijenjuje polazeći od ove centralne predstave. Ona opravdava uzimanje u obzir pravnih osoba u područje zaštite osnovnih prava samo ako je njihovo obrazovanje i djelovanje izraz slobodnog razvoja fizičkih lica, posebno kada ovo čini smislenim i neophodnim „prodor“ prema ljudima koji se nalaze iza pravnog lica.

Prema tome, postoje načelni prigovori protiv proširivanja sposobnosti pozivanja na osnovna prava pravnih lica javnog prava u području obavljanja javnih zadataka. S obzirom da se osnovna prava odnose na odnos pojedinca prema javnoj vlasti, to je s ovim nespojivo da se sama država učini nosiocem ili korisnikom osnovnih prava; ona ne može istovremeno biti adresat i nositi ovlaštenja iz osnovnih prava (usp. BVerfGE 15, 256 [262]).

To ne važi samo onda kada se država pojavljuje kao vlast – savezne države ili jedne savezne zemlje – nego, načelno, svaki put kada se, radi ostvarenja sopstvenih zadataka posluži samostalnom pravnom tvorevinom. (...)

Ako pri tom osnovna prava, zajedno sa ustavnom tužbom kao postojećim sredstvom pravnog lijeka koje je stvoreno radi njihove odbrane, načelno nije moguće primijeniti na pravna lica javnog prava, zato što ona obavljaju javne zadatke, onda mora važiti nešto drugo za pogođene nosioce osnovnog prava koji izuzetno moraju biti uvršteni u životno područje koje je zaštićeno osnovnim pravom. Zbog toga je Savezni ustavni sud priznao da se univerziteti i fakulteti mogu pozvati na zaštitu osnovnog prava iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava i to neovisno o njihovoj pravnoj sposobnosti (usp. BVerfGE 15, 256 [262]); kod ovog osnovnog prava već sam tekst približava mogućnost proširenja primjene osnovnog prava na one institucije kojima je povjerena znanost, istraživanje i poduka. Na odgovarajući način se može utemeljiti dodjela određenih osnovnih prava crkvama i drugim vjerskim zajednicama koje imaju status ustanove javnog prava.

## **152) BVerfGE 31, 314** **(2. Rundfunkentscheidung)** **2. Odluka o radio stanicama**

**Presuda Drugog senata od 27. jula 1971. na osnovu usmene rasprave od 18. maja 1971.**  
**- 2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68 -**

(...) Savezni ustavni sud je priznao sposobnost fakulteta i univerziteta da se pozovu na osnovna prava iz čl. 5 st. 3 rečenica 1 Ustava (BVerfGE 15, 256 [262]). Isto važi za javnopravne radio-stanice. One su državne ustanove koje brane osnovna prava u jednom području u kojem su nezavisne od države. Kako bi se omogućila realizacija osnovnog prava na slobodu radija, radio-stanice su samoupravne ustanove javnog prava koje su stvorene zakonom; njihova organizacija je po svom tipu takva, da je nemoguć dominantan utjecaj države na ustanovu. Donošenje takvih zakona i organizacija radijskih ustanova, koja je nezavisna od države, se neposredno podstiče članom 5 st. 1 Ustava (BVerfGE 12, 205 i dalje). Radio ustanove mogu tako ustavnom tužbom utuživati povredu osnovnog prava na slobodu radija.

## **153) BVerfGE 10, 264** **(Vorschuss für Gerichtskosten)** **Uplata akontacije za sudske troškove**

U skladu je sa Ustavom propis po kojem u postupku pred upravnim sudom za podnosioca zahtjeva može biti određena uplata akontacije za sudske troškove sa posljedicom da neplaćanje akontacije važi kao povlačenje zahtjeva.

**Rješenje Prvog senata od 12. januara 1960.**  
**- 1 BvL 17/59 -**

Značaj čl. 19 st. 4 Ustava se sastoji prevashodno u odstranjivanju „samovolje“ izvršne vlasti u odnosu prema građanima; ni jedan akt egzekutive koji zahvata u prava građanina ne može biti izuzet od sudske provjere. Pravni put, t.j. put do suda, nije neograničeno „otvoren“. Kada čl. 19 st. 4 Ustava zajamči građaninu obuhvatnu pravnu zaštitu u odnosu prema javnoj vlasti, time se ne stavljaju van snage sva procesnopravna načela koja pravno ili stvarno otežavaju pristup sudovima; većina ovih načela treba zajamčiti pravnu sigurnost i redovan tok pravosuđa, čime se u širem smislu izlazi u susret upravo pravnoj zaštiti građana. Zbog toga nije nikada osporeno da čl. 19 st. 4 Ustava jamči pravni put samo u okvirima važećih procesnih uredbi, da se ovim pozivanje sudova smije učiniti ovisnim o određenim formalnim pretpostavkama, kao što je pridržavanje određenih rokova, uredno zastupanje itd. (BVerfGE 9, 194 [199 i dalje]). Tek kada bi takvim normama put do suda bio otežan na način koji obeshrabruje i koji se više ne može opravdati stvarnim razlozima, on ne bi bio u skladu sa čl. 19 st. 4 rečenica 1 Ustava.

Razumije se da sve ovo, sada kao i ranije, dopušta da država ustanovljava troškove koji će nastati za uzimanje u obzir njenih sudova; isto tako se ne mogu iznijeti ustavnopravni prigovori u pogledu današnje forme prava siromašnih, konkretno, ni onda kada bi se njegova provjera učinila ovisnom o provjeri izgleda na uspjeh (BVerfGE 7, 53 [55 i dalje]; 9, 256 [257]).

## **154) BVerfGE 24, 33** **(AKU-Urteil)** **Presuda „AKU“**

(...)

3. Zakonodavstvo ne spada u „javnu vlast“ u smislu čl. 19 st. 4 Ustava.

**Presuda Drugog senata od 25. juna 1968.**  
**- 2 BvR 251/63 -**

Zakonodavstvo ne spada u „javnu vlast“ u smislu čl. 19 st. 4 Ustava.

Do stupanja na snagu Ustava je prema svenjemačkoj pravnoj i ustavnoj tradiciji bilo po sebi razumljivo da se građanin ne može obratiti sudu tužbom koja bi bila neposredno usmjerena protiv zakona. Ovo načelo je uslijedilo iz uzajamnog odnosa tri državne vlasti.

Da je Ustav htio prekinuti sa ovom tradicijom i da je sa čl. 14 st. 4 Ustava htio uvesti tužbu koju je građanin mogao podizati direktno protiv zakona koje je donosio parlament, to bi moralo jednoznačno doći do izražaja. Prema čl. 20 st. 3 i 97 st. 1 Ustava je zakon osnov sudskih odluka. Da je on, suprotno tome, trebao postati njihovim predmetom, to bi moralo jednoznačno uslijediti iz odredbe koja dopušta takvu tužbu. Čl. 19 st. 4 Ustava ne sadrži takav jednoznačan propis. Prevažadno je ustavnopravna provjera zakona u pogledu njihove ustavnosti bliže regulirana u čl. 93 st. 1 br. 2 i čl. 100 st. 1 Ustava. Ovi propisi moraju biti posmatrani kao definitivni i to nezavisno od garancije pravnog puta iz čl. 19 st. 4 Ustava koja je specijalno određena da služi zaštiti prava pojedinaca. Ne može se prihvatiti da, pored ustavnopravne provjere koja je vezana za određene pretpostavke i koja u slučaju apstraktne kontrole normi može biti inicirana samo preko određenih podnosilaca zahtjeva, svaki građanin može pozvati sud da provjeri neki zakon na osnovu tvrdnje da on krši njegova prava, prvenstveno osnovna prava. Konačno, odluka redovnog suda bi u slučaju tužbe koja je usmjerena direktno protiv zakona morala biti opšteobavezujuća; sud bi morao biti u stanju da u datom slučaju utvrdi ništavost zakona. Sudska odluka, čiji je predmet vađenje nekog zakona, se ne bi mogla zbog specifičnosti takvog postupka ograničiti na odluku sa snagom inter partes niti bi se mogla zadovoljiti utvrđivanjem da inače važeći zakon povređuje tužioca u njegovim pravima i da se u odnosu na njega ne bi smio primijeniti. Čl. 19 st. 4 Ustava očigledno služi zaštiti individualnih prava; iz propisa se ne može zaključiti da je na pojedinačnog građanina prenešeno pravo da povodom povrede njegovih prava mora uslijediti opšteobavezujuća odluka redovnog suda o vađenju nekog zakona, kako je to na osnovu izričitog propisa iz čl. 98 st. 4 bavarskog Ustava iz 1956. bilo moguće u postupku podizanja popularnih tužbi, dakle, Ustava koji je već važio za vrijeme rada Parlamentarnog savjeta.

**155) BVerfGE 35, 382**  
**(Ausländerausweisung)**  
**Izgon stranaca**

1. § 10 st. 1 br. 11 Zakona o strancima je u skladu sa principom pravne države.

2. Pravna zaštita koja je zajamčena u čl. 19 st. 4 Ustava važi u punom obimu i za strance.
3. Zahtjevi koji se postavljaju pred javni interes za neodložnim izvršenjem rješenja o izgonu u pogledu ustavne garancije pravne zaštite ne smiju biti manje strogi od zahtjeva koji se stavljaju pred razloge izгона; upravo mora postojati javni interes za hitnim izvršenjem.
4. Prilikom odmjeravanja između javnog interesa za neodložnim izvršenjem i privatnog interesa stranca za daljim boravkom u zemlji se mora uzeti u obzir da neodložno izvršenje rješenja o izgonu može spriječiti stranca da prati sudski postupak glavnoj raspravi.
5. Budu li neodložnim izvršenjem izгона prije sudske provjere stvorene gotove činjenice, postoji obaveza žalbenih upravnih instanci i upravnih sudova da ubrzaju glavni postupak, ako je to moguće. U suprotnom može određivanje neodložnog izvršenja, koje je na početku opravdano, postati protivustavno.
6. Čl. 6 st. 1 u vezi sa čl. 3 st. 2 Ustava zahtijeva da se javnom interesu za neodložnim izvršenjem izгона suprotstave interesi njemačkih bračnih partnera.

**Rješenje Prvog senata od 18. jula 1973.  
- 1 BvR 23, 155/73 -**

Ustavne tužbe koje su povezane radi zjedničke odluke se odnose na zaštitu stranaca osnovnim pravima kod neodložnog izvršenja jednog rješenja o izgonu i njegovoj provjeri prema postupku po § 80 st. 3 VwGO.

Apelanti su arapski studenti; njihov progon stoji u vezi sa državnim mjerama protiv Arapa i palestinske organizacije, koje su prouzrokovane atentatom palestinskih terorista na izraelski olimpijski tim od 4/5. septembra 1972. u Münchenu.

Ustavne tužbe su osnovane.

Osporavanim odlukama su povrijeđena osnovna prava apelanata iz čl. 2 st. 1 u vezi sa principom pravne države i čl. 19 st. 4 Ustava, u slučaju apelanta pod 2), također, njegovo osnovno pravo iz čl. 6 st. 1 Ustava.

**II.**

1. Po sebi se razumije da zakonodavac kod ovakvog reguliranja mora uvažavati princip pravne države (usp. BVerfGE 17, 306 [313 i dalje]; 19, 342 [348 i dalje]). Ovaj princip najprije zahtijeva da državni zahvati koji opterećuju pojedinca moraju počivati na zadovoljavajuće jasnim zakonskim osnovama i da se pri tom, na primjeren način, uzme u obzir načelo srazmjernosti. Ovdje ne treba odlučivati da li su svi propisi

Zakona o strancima ([*Ausländergesetz*] AuslG) u skladu sa ovim zahtjevima. Odredbe na koje se pozivaja osporavano rješenje o izgonu i odredba o neodložnom izvršenju se ne mogu osporavati iz ove perspektive. Ovo važi, suprotno shvatanju apelanta, i za § 10 st. 1 br. 11 AuslG. Tačan je navod Savezne vlade da se sadržaj i smisao ove odredbe, posebno tumačenje pravno neodređenog pojma „značajni interesi Savezne Republike“, mogu utvrditi na zadovoljavajući način iz uzajamne ovisnosti sa razlozima za izgon koji su nabrojani u § 10 st. 1 br. 1 do 10 AuslG. (...)

2. Kako izgon nije obavezan u slučaju da su ispunjene činjenične pretpostavke iz § 10 st. 1 AuslG, nego je odluka prepuštena službi za strance, to se ovdje primijenjeni zakonski propisi, kako je Savezna vlada tačno primijetila, u pojedinačnom slučaju mogu primijeniti u skladu sa načelom srazmjernosti u kojem se na poseban način realizira princip pravne države (BVerfGE 17, 306 [314]).

Prema ovom načelu, koje stoji u rangu Ustava (stalna jurisdikcija usp. BVerfGE 19, 342 [348 i dalje]; 23, 127 [133] sa daljim napomenama), su zadiranja u sferu slobode dopuštena samo ako su neophodna za zaštitu javnog interesa; izabrana sredstva moraju biti u razumnom odnosu prema željenom cilju. Prema tome, prilikom primjene pretpostavki iz § 10 st. 1 AuslG mora se konkretnim pojedinačnim propisima svaki put odmjeriti javni interes u odnosu na privatne potrebe pogođenog stranca, t.j. u odnosu na posljedice izгона koje će nastupiti po njegovu ekonomsku, profesionalnu, ličnu egzistenciju, posebno po brak sa ženom koja ga neće ili ne može pratiti u inozemstvo, kao i po druge socijalne odnose.

### III.

Opšti zahtjev za primjerenom pravnom zaštitom od pravnih povreda posredstvom javne vlasti, koji slijedi upravo iz principa pravne države, će biti ispunjen pozitivnom ustavnom normom čl. 19 st. 4 Ustava. Ona u punom obimu važi i za strance.

1. Obuhvatna i efektivna pravna zaštita koja je ovdje zajamčena (usp. BVerfGE 10, 264 [267]; 25, 352 [365]; 35, 263 [274]) postaje iluzorna kada upravne službe izvrše nepopravive mjere prije nego što ih sudovi provjere. Odgađajući učinak prigovora i upravnih tužbi, što je kao pravilo propisano u § 80 st. 1 VwGO, predstavlja adekvatan izraz ustavnopravne garancije pravne zaštite i „fundamentalno načelo javno-pravnog procesa“ (BVerfGE 35, 263 [272]). Na drugoj strani čl. 19 st. 4 Ustava ne jamči naprosto suspenzivni učinak pravnih lijekova (usp. BVerfGE 11, 232 [233]; 35, 263 [274]). Pretežni javni interesi mogu privremeno opravdati obustavljanje pravne zaštite nosioca osnovnog prava kako bi se neodgodive mjere blagovremeno počele provoditi u interesu opšteg dobra. Međutim, to mora ostati izuzetak. Sa Ustavom ne bi bili spojivi pravna praksa koja izvrće odnos pravilo-izuzetak, kada npr. upravne akte ovakve vrste proglašava za neodložno izvršive, i pravosuđe koje odobrava takvu praksu.

Otud je za neodložno izvršenje upravnog akta potrebno postojanje posebnog javnog

interesa koji prevazilazi i onaj interes koji opravdava sam upravni akt. Istina, ne može se uopšteno, nego samo u pojedinačnom slučaju, odrediti kada pravo na pojedinačnu pravnu zaštitu mora zaostati za javnim interesom i kada je egzekutivi preko čl. 19 st. 4 Ustava zabranjeno da vlastite mjere podvrgne prethodnoj sudskoj provjeri. Ali, najmanje što slijedi iz svrhe garantiranja pravne zaštite i ustavnog načela srazmjernosti je slijedeće: pravo na pravnu zaštitu građanina je utoliko jače i utoliko manje smije biti potisnuto, što je teže opterećenje koje mora nositi i što je upravne mjere teže naknadno korigirati.

2.        Obrazloženje osporavane odluke ne pokazuje da su upravni sudovi u spomenutom obimu izišli u susret svojoj obavezi na provjeru. (...)

(...) zahtjevi koji se stavljaju pred javne interese, a koji su relevantni i za neodložno izvršenje, u pogledu ustavne garancije pravne zaštite ne smiju ništa manje biti strogi nego što su zahtjevi koji opravdavaju sam izgon; neophodno je, prije svega, da postoji javni interes da dođe do neodložnog izvršenja. Mora postojati osnovana bojazan da će se opasnost koju uzrokuje stranac, a koja se otklanja izgonom, realizirati u periodu do donošenja sudske odluke o zakonitosti rješenja o izgonu; za izgon nije dovoljna opšta sumnja da su ugroženi opšti interesi Savezne Republike Njemačke.

3.        U pogledu zaštite osnovnih prava se, konačno, iz osporavanih odluka ne može zaljučiti da su teške i nepopravive štete, koje će uslijediti po apelanta iz neodložnog izvršenja rješenja o izgonu vrednovane u svom cjelokupnom dometu.

(...)

c)        U pogledu na zaštitu osnovnog prava se uz čl. 19 st. 4 Ustava uočava da neodložno izvršenje rješenja o izgonu, u pogledu njegove pravne odbrane, ugrožava stranca u slučajevima kakav je je ovaj, posebno ga sprečava da na glavnom pretresu lično koristi svoja procesualna prava u usmenoj raspravi pred upravnim sudom (...)

#### IV.

Konačno, osporavane odluke u slučaju apelanta pod 2), koji je oženjen njemačkom državljanicom, ne uzimaju na odgovarajući način u obzir obim zaštićenog područja osnovnog prava iz čl. 6 st. 1 Ustava, koji stoji na raspolaganju supružnicima. Istina upravni sud je priznao da je apelantov brak neodložnim izvršenjem izložen teškim opterećenjima; on, međutim, bez daljeg obrazloženja, polazi od toga da se od supruge, bez obzira na njene ostale veze, može zahtijevati da pođe za apelantom u inozemstvo i to prije definitivne odluke o njegovom daljem boravku u Saveznoj Republici Njemačkoj. Ovo ne odgovara današnjem shvatanju značaja ustavne garancije iz čl. 6 st. 1 Ustava koja u vezi sa čl. 3 st. 2 Ustava jamči zaštitu porodice kao zajednice života ravnopravnih partnera. (...) Izgon stranog bračnog partnera prisiljava njemačkog partnera da napusti svoju domovinu kako bi održao brak ili da prihvati razdvojenu bračnu zajednicu kako bi ostao kod kuće. Ovakvo prisiljavanje može ugroziti postojeći brak. Iz toga ne slijedi da brak sa njemačkim partnerom štiti

stranog državljanina od izгона. Međutim, moraju se prilikom odmjeravanja interesi njemačkog bračnog partnera po službenoj dužnosti suprostaviti javnom interesu da dođe do neodložnog izvršenja izгона.

## **156) BVerfGE 37, 150** **(Sofortiger Strafvollzug)** **Neodložno izvršenje kazne**

(...)

2. Istina, nije u suprotnosti sa čl. 19 st. 4 Ustava kada zakonodavac u području krivičnog postupka i izvršenja krivičnih kazni neodložno izvršenje predvidi kao pravilo, a odustajanje od izvršenja kao izuzetak. Međutim, mora ostati zajamčeno da pogođeni može zahtijevati sudsku odluku o tome, da li u konkretnom pojedinačnom slučaju javni interes za nedložnim izvršenjem preteže nad odustajanjem od izvršenja do provjere zakonitosti mjere.

### **Rješenje Drugog senata od 24. aprila 1974. prema § 24 BVerfGG** **- 2 BvR 236, 245, 308/74 -**

Čl. 19 st. 4 Ustava ne jamči samo formalno pravo i teorijsku mogućnost da se pokrene sudski postupak, nego daje građanima pravo na djelotvornu pravosudnu kontrolu. Iz ovakve ustavne garancije istovremeno slijedi ustavnopravni zahtjev da se, koliko je moguće, neodložnim izvršenjem državne mjere u rangu zatvorske kazne, spriječi stvaranje činjenica koje se ne mogu poništiti, čak i ako bi se sudskom presudom pokazalo da su nezakonite (usp. BVerfGE 35, 263 [274]); 35, 382 [401 i dalje]).

Nije u suprotnosti sa čl. 19 st. 4 Ustava kada zakonodavac u krivičnom postupku ili u postupku izvršenja krivičnih presuda – suprotno propisu koji važi za utuživanje upravnih akata u upravnom postupku (§ 80 VwGO) – predvidi neodložno izvršenje kao pravilo, a odustajanje od izvršenja kao izuzetak, zato što je zbog zaštite javnih interesa načelno odredio da je neodložno izvršenje određene mjere. Međutim, mora ostati zajamčeno da pogođeni može zahtijevati sudsku odluku o tome, da li u konkretnom pojedinačnom slučaju javni interes za nedložnim izvršenjem preteže nad odustajanjem od izvršenja do provjere zakonitosti mjere. Prilikom takvog odmjeravanja, pravo na pravnu zaštitu pojedinca dobija sve više na značaju što je teže opterećenje koje mu je određeno i što mjera egzekutive postaje teže izmjenjiva (BVerfGE 35, 382 [402]).



## **157) BVerfGE 84, 34** (Gerichtliche Prüfungskontrolle) **Sudska kontrola ispita**

1. Prema čl. 12 st. 1 Ustava postupak za provođenje ispita mora biti tako uobličen da se osnovno pravo na slobodu obavljanja zanimanja efektivno zaštiti. Ispitanici moraju zbog toga imati pravo da djelotvorno ulažu prigovore zaključenim ocjenama. Suprotno tome, nije neophodno otvaranje druge upravne instance sa potpuno novim ocjenjivanjem spornih ispitnih rezultata.
2. Pravosudna praksa upravnih sudova u pogledu diskrecionog prava državnih službi za provođenje ispita je u skladu sa čl. 19 st. 4 Ustava samo ako se radi o vrednovanjima koja su specifična za ispit. Suprotno tome, stručne razlike u mišljenjima koje postoje između ispitanika i ispitivača ne ostaju, generalno, izvan sudske kontrole.
3. Za provjeru zanatskih ispita slijedi iz čl. 12 st. 1 Ustava da rješenje koje je plauzabilno i utemeljeno u odgovarajućoj argumentaciji ne može biti ocijenjeno kao pogrešno.

### **Rješenje Prvog senata od 17. aprila 1991.** **- 1 BvR 419/81 i 213/83 -**

Apelanti osporavaju odluke povodom provedenih ispita koje smatraju pogrešnim. Prije svega, prigovaraju da su ove samo ograničeno provjerene u kontradiktornom postupku i u procesima pred upravnim sudovima.

(...)

Počiva li osporavana upravna odluka na upotrebi neodređenih pojmova, za njihovu konkretizaciju su načelno nadležni sudovi koji neograničeno provjeravaju kako upravne službe primijenjuju pravo; za tumačenje i primjenu nedređenih pravnih pojmova ne važe propisi o ograničenoj kontroli diskrecionih odluka uprave (usp. BVerfGE 7, 129 [154]) 64, 261 [279]).

Međutim, neodređeni pojmovi mogu zbog kompleksnosti i posebne dinamike regulirane materije biti tako magloviti, a njihova konkretizacija u okviru upravne djelatnosti tako teška, da se sudska kontrola konfrontira sa granicom funkcionalnosti pravosuđa. Moguće je da se u takvim slučajevima službi koja primijenjuje pravo prizna ogranični prostor slobode diskrecionog odlučivanja, a da se ne povrijede pravnodržavna načela (usp. BVerfGE 54, 173 [197]; 61, 82 [114]; 83, 130 [148]; [...]). Ovo pravo se ovdje mora detaljnije objasniti. Za ocjenu znanja u ispitnom postupku koji omogućuje pristup obrazovanju za odgovarajuće zanimanje, kako je to slučaj sa osporanim odlukama, važe odgovarajuće osobenosti.

2. Državni ispiti koji ograničavaju pristup akademskim zanimanjima, s obzirom na jednake šanse svih kandidata, zahtijevaju teške odluke koje moraju biti donešene u ovisnosti o postupku provjere znanja (čl. 3 st. 1 Ustava), i ne smiju se u upravnom postupku, koji slijedi, donositi izolirano za pojedinačne kandidate (a). Iz toga slijedi ispitnopravna sloboda odlučivanja (b). Ona je, međutim, ograničena na specifično ispitna vrednovanja, ne proteže se, dakle, na sva stručna pitanja koja predstavljaju prdmet ispita (c).

a) Ocjena rezultata ispita koji dopušta pristup zanimanju predstavlja pravno vezanu odluku ispitivača. Ona je kao uplitanje u slobodu izbora zanimanja prema čl. 12 st. 1 Ustava dopuštena samo na osnovu zakona i u okviru srazmjernosti.

Unatoč ogromnom praktičnom značaju odluka o provjeri znanja, kriterijumi ocjenjivanja su u zakonu samo neprecizno opisani. (...)

Ograničenu snagu imaju imaju zadane veličine ovih propisa.

Uz ovo (...) dolazi slijedeće: Ispitivači moraju pri sopstvenoj ocjeni polaziti od procjena i iskustava koje su razvili u toku njihove ispitivačke prakse i koju, općenito, primijenjuju u sličnim ispitnim situacijama. Definicije ocjena u uredbama o provođenju ispita to čak izričito zahtijevaju, kada se orijentiraju prema prosječnim rezultatima. Ali, i granica prolaznosti, dakle mjerilo za nedovoljne ispitne rezultate, se ne može odrediti kruto i bez obzira na prosječne rezultate. (...)

Iz toga slijedi da ispitne ocjene ne smiju biti posmatrane izolirano nego da moraju nastati pod utjecajem u sistemu ovisnosti ličnog iskustva i ispitivačevih predstava. U postupku pred upravnim sudom pojedinačnog kandidata sud ne može otkriti kriterijume vrednovanja – također, uz pomoć vještaka – koji su bili mjerodavni za grupu sličnih ispitanika kako bi ih primijenio na istu situaciju koja se može rekonstruirati samo u osnovnim crtama. Morali bi biti razvijeni vlastiti kriterijumi provjere znanja kako bi se stavili na mjesto onih koje je razvio sam ispitivač.

b) Pri tom se ne radi samo o praktičnim poteškoćama primjene prava, nego prevashodno o ustavnopravnom problemu. Prema načelu jednakih šansi, koje prožima pravo o ispitnom postupku (BVerfGE 37, 342 [352 i dalje]; 79, 212 [218]) moraju za približno jednake ispitanike važiti približno jednaki ispitni uslovi i kriterijumi ocjenjivanja. Sa ovim načelom bi bilo nespojivo kada bi pojedini kandidati u upravnompravnim procesu zadobili šansu da se njihovi rezultati vrednuju neovisno o uporednim okvirima. Bio bi teško povrijeđen zahtjev da se jednako ocjenjuju svi približno jednaki kandidati. To se može dostići samo ako službi nadležnoj za ispite prilikom specifičnih vrednovanja ispitnih rezultata ostane slobodan prostor odlučivanja, a sudska kontrola u toj mjeri bude ograničena. (...)

c) Granice pravnog prostora slobodnog vrednovanja slijede iz njegove ustavnopravne legitimacije. One istovremeno određuju obim kontrole upravnih sudova koja je određena članom 19 st. 4 Ustava. Službi nadležnoj za ispite se prepušta

kompetencija posljednje odluke samo u pogledu vrednovanja specifičnosti ispita – one su višestruko isprepletene sa stručnim procjenama. Ali, i odgovor na pitanja o vrednovanju nije izuzet od svake moguće kontrole. Prostor slobodnog vrednovanja podliježe ograničenjima čije se pridržavanje može sudski provjeravati s obzirom na čl. 19 st. 4 ustava. Kontrola koja je preostala sudu mora prilikom ispita za obavljanje zanimanja u pogledu efektivne zaštite obavljanja zanimanja biti svrhovita, podobna i primjerena (BVerfGE 60, 253 [269]).

Prema ustaljenoj pravosudnoj praksi upravnih sudova, koju slijede i osporavane presude, prekoračena je granica slobodnog vrednovanja i neophodna je sudska korektura kada služba za provođenje ispita počinji grešku u postupku, previdi pravo koje je morala primijeniti, polazi od netačnog činjeničnog stanja, povrijedi opšteprihvaćene omjere ocjenjivanja ili se rukovodi razlozima koji nisu primjereni samoj stvari. (...)

Tako ne treba postojati opštevažeće načelo vrednovanja koje zabranjuje da se tačna shvatanja ocjenjuju kao netačna, a ona koja se mogu braniti kao neodbranjiva (BVerwG, Buchholz 421.0 Nr. 121 s. 195; Sebass, na nav. mj, s. 527). Kontrola proizvoljnosti, koja još uvijek ostaje, ograničava se na ekstremne slučajeve u kojima je moguće ocjenjivanje kao odmjeravanje koje je specifično za svaki fah. Granica proizvoljnosti je prekoračena samo kada neka procjena počiva na „pogrešnoj ocjeni koja je toliko eklatantna i leži izvan svakog razumnog okvira“ i dodiruje „znanstvenostručna gledišta“, tako „ da se njihov rezultat mora pokazati sudij kao potpuno neodrživ“ (...).

Tako široko uzeta sudska kontrola neće biti u skladu sa čl. 19 st. 4 Ustava kada se radi o ispitima koji ograničavaju pristup zanimanju. (...)

Proizvoljna procjena se mora pretpostaviti već onda kada se ona stručnjacima pokazuje kao neodrživa. Sud to, istina, može redovno procjenjivati uz pomoć vještaka, ali praktične poteškoće nisu po sebi dovoljan razlog kako bi se ograničila pravna zaštita koja je zajamčena čl. 19 st. 4 Ustava.

## **158) BVerfGE 104, 220** **(Abschiebehft)** **Pritvor radi izгона**

Gubitak slobode smještanjem u pritvor (ovdje pritvor radi izгона) indicira postojanje interesa za rehabilitacijom, koji zasniva obuhvatnu potrebu za pravnom zaštitom pri utvrđivanju protivpravnosti, čak i onda kada je mjera okončana. Garancija pravne zaštite ovdje u trenutku okončanja mjere ne može konkretan razvoj postupka učiniti ovisnim o tome da li pravna zaštita na tipičan način može biti zahtijevana još prije okončanja pritvora (dopuna uz BVerfGE 96, 27).

**Rješenje Drugog senata od 5. decembra 2001.**  
**- 2 BvR 627/99, 2 BvR 1337/00, 2 BvR 1777/00 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavne tužbe koje su povezane radi donošenja zajedničke odluke se odnose na pitanje da li žalbe kao pravna sredstva, koja ne odlažu izvršenje ali su uložne prije određivanja pritvora radi izгона, ostaju otvorene iako je pritvor upravo okonačan (slučajevi tzv. procesualnog preticanja). (...)

**C.**

Ustavne tužbe su osnovane.

**I.**

1. Čl. 19 st. 4 Ustava sadrži osnovno pravo na efektivnu i, po mogućnosti, zaokruženu sudsku zaštitu protiv akata javne vlasti (usp. BVerfGE 8, 274 [326]; 67, 43 [58]; 96, 27 [39] stalna sudska praksa). Efektivnost pravne zaštite koja je zajamčena u čl. 19 st. 4 Ustava se u prvom redu osigurava procesnim uredbama. One reguliraju mjere na osnovu kojih pojedinac stvarno može na djelotvoran način zaštititi vlastita prava i ne mora snositi posljedica državnih uplitanja bez sudske provjere (usp. BVerfGE 94, 166 [213]; 96, 27 [39]). Pri tom čl. 19 st. 4 Ustava ne zahtijeva prolaz kroz sve instance (...). Ako procesno pravo otvara neku daljnju instancu, onda čl. 19 st. 4 Ustava jamči u tim okvirima efektivnu pravnu zaštitu u smislu prava na djelotvornu sudsku kontrolu (...). Sud koji odlučuje po žalbama zbog toga ne smije učiniti neefektivnim svaki pravni lijek koji omogućuju procesne uredbе i tako ostaviti apelanta u „praznom hodu“ (usp. BVerfGE 78, 88 [98 i dalje]; 96, 27 [39]).

2. Sa zahtjevom da se zajamči efektivna pravna zaštita je u osnovi spojivo njeno vezivanje za postojeći i trajni interes za pravnom zaštitom (usp. BVerfGE 96, 27 [39]). Opštepriznati pravni princip je pretpostavljanje potrebe za pravnom zaštitom kod svake odluke koja je vezana za podnošenje zahtjeva (usp. BVerfGE 61, 126 [135]). Ovakva pretpostavka za donošenje odluke je prisutna u svim procesnim uredbama i biće izvedena iz odredbe o dobroj vjeri (§ 242 BGB) koja važi za procesno pravo, iz zabrane zloupotrebe procesnih prava kao i iz načela efektivnosti državnog djelovanja koje važi za sudove. Postojanje interesa za pravnom zaštitom se mora potvrditi kada je osoba koja traži pravnu zaštitu trenutno pogođena i svojim pravnim sredstvom može dostići konkretan praktičan cilj. Pri tom se načelno ne može osporiti da stručni sudovi prilikom okončanja predmeta pretpostavljaju da je propao interes za pravnom zaštitom. Čl. 19 st. 4 Ustava ne jamči da će sudovi generalno moći biti uzeti u obzir kako bi se dobila informacija o pravnom položaju, ako se time aktuelno ne može više ni na šta utjecati. To služi i rasterećenju sudova koji pravnu zaštitu u cjelini, mogu zajamčiti, svima koji je traže, brže i efektivnije.

3. a) Unatoč dostizanju izvornog cilja pravne zaštite može i dalje postojati potreba za sudskom odlukom ako se na poseban način moraju zaštititi interesi pogođenog da se utvrdi pravna situacija. Utoliko ne otpada interes za pravnom zaštitom, ali se mijenja predmet procesa. Općenito je priznato da ostaje interes za pravnom zaštitom ako sudski postupak može poslužiti ponavljanju opasnosti ili ako služi odstranjivanju trajne opasnosti od napada koji je, uzev za sebe, odstranjen (BVerfGE 96, 27 [49]).

b) Izvan toga, u slučajevima dubljeg uplitanja u osnovna prava, u obzir dolazi održavanje interesa za pravnom zaštitom i pored toga što je ona okončana. U ovo spadaju prvenstveno ona uplitanja koja je sam Ustav stavio pod zaštitu suda – kao što su slučajevi iz čl. 13 st. 2 i čl. 104 st. 2 i 3 Ustava (usp. BVerfGE 96, 27 [40]). U slučajevima teških uplitanja u osnovna prava Savezni ustavni sud je prihvatio da postoji interes na pravnu zaštitu na osnovu čl. 19 st. 4 Ustava, tamo gdje se direktno opterećenje osporavanim državnim aktom prema tipičnim procesnopravnim karakteristikama ograničava na vremensku tačku u kojoj pogođeni sudsku odluku jedva da može dobiti pred instancama koje predviđaju procesne uredbe (...).

c) U području određivanja pritvora radi izгона dolazi u obzir interes za pravnom zaštitom unatoč procesualnoj prevaziđenosti, kao što je to npr. slučaj sa određivanjem pritvora kod kojeg je dužina pritvaranja određena ili treba biti ograničena na šest sedmica. (...)

4. a) Pravo na slobodu ličnosti ima posebno visok rang unutar prava koja su zajamčena osnovnim pravima. Svako hapšenje zadire na najteži način u ovo osnovno pravo. U pravilu se već ovim, nakon okončanja uplitanja, konstitira interes pogođenog za – također i za naknadno – utvrđivanje da je interes potrebno zaštititi. Uz sve to važi da interes za pravnom zaštitom može uslijediti i (naknadnim) utvrđivanjem protivpravnosti o čemu se u okviru čl. 19 st. 4 Ustava mora voditi računa, a kako je to priznato, i iz diskriminirajućeg karaktera jedne mjere. (...)

Gubitak slobode hapšenjem indicira postojanje takvog interesa u formi rehabilitacije. Zahvati u slobodu tjelesnog kretanja kojom država reagira na utvrđenu, razložnu pretpostavku ili na zabrinjavajuće protivpravno držanje pojedinca povređuju jezgro ličnosti pogođenog, čak i onda kada nisu povezani sa krivičnopravnim obezvređivanjem.

b) Prema tome, u predmetnim slučajevima postoji potreba za pravnom zaštitom koju obuhvata garancija pravnog puta iz čl. 19 st. 4 Ustava. Određivanje pritvora radi osiguranja izгона koji teško zadire u osnovno pravo iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava – kako se to vidi iz razloga za hapšenje koji su navedeni u čl. 57 st. 2 AuslG – čini neophodnim da se iz ponašanja stranca, koje mu se može uračunati, izvede zaključak, da će se izgon pogođenog bez pritvaranja bitno otežati ili da će on pokušati da se prikrije. Sudsko određivanje pritvora implicira, prema tome, rezervu da će se pogođeni stranac ponašati na nezakonit način – ili da je zapriječeno takvo ponašanje – na osnovu koje se opravdava njegovo hapšenje. Jamčenje pravne zaštite u pogledu

interesa za rehabilitacijom, koji postoji kod oduzimanja slobode, ne može ovisiti ni o konkretnom razvoju postupka, odnosno, o vremenu u kojem je mjera okončana, ni o tome da li na tipičan način slučajevi izгона mogu zadobiti pravnu zaštitu još prije okončanja pritvora.

5. Postoje li, prema svemu navedenom, povreda slobode, hapšenjem radi osiguranja izгона, i interes za (naknadnim) utvrđivanjem njegove nezakonitosti, koji je potrebno zaštititi, čak i onda kada su okončani, stručni sudovi ovo moraju uvažavati kod odgovora na pitanje o interesu na pravnu zaštitu prema čl. 19 st. 4 Ustava. Prema raspodjeli funkcija između stručnih i ustavnih sudova, obaveza je, u prvoj liniji stručnih sudova, da čuvaju i da primijenjuju osnovna prava (usp. BVerfGE 47, 182 [191]; 49, 252 [258]; 63, 77 [79]; 73, 322 [327]; 96, 27 [40]; stalna sudska praksa). Ako već procesno pravo otvara neku drugu instancu stručnih sudova za područje zaštite osnovnog prava na slobodu, onda apelant, koji je određivanjem pritvora teško pogođen, ne smije biti upućen da tek i samo na putu ustavne tužbe potraži efektivnu zaštitu osnovnih prava.

(...)

2. Rješenja kojima su, zbog procesnopravnog zaobilaženja, Zemaljski sud Oldenburg i viši zemaljski sudovi odbacili kao nedopuštene žalbu koja ne odlaže izvršenje i ostale žalbe protiv sudski određenog pritvora radi izгона, povređuju čl. 19 st. 4 Ustava.

(...)



## **Treći dio**

---

### Državni strukturni principi

- čl. 20 Ustava -





## **§ 24.**

### **Državni strukturni principi I:**

#### **Savezna država**

#### **(čl. 20 I Ustava)**

## 159) BVerfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung) 1. Odluka o radio stanicama

**Presuda Drugog senata od 28. februara 1961. (...)**  
**- 2 BvG 1, 2/60 -**

o pitanju da li je Savezna vlada osnivanjem Deutschland-Fernsehen-GmbH 25. jula 1960. i drugim mjerama sa područja televizije prekršila čl. 5 i čl. 30 u vezi sa čl. 87 st. 3 Ustava kao i obavezu na lojalnost saveznoj državi („*bundesfreundliches Verhalten*“).

25. jula 1960. je Savezna Republika Njemačka zastupana po Saveznom kancelaru i po saveznom ministru Schäfferu osnovala Deutschland-Fernsehen-GmbH (Društvo) sa sjedištem u Kölnu.

Zadatak Društva je „emitiranje radio i televizijskih programa koji u Njemačkoj i inozemstvu trebaju posredovati cjelovitu sliku o Njemačkoj“ (§ 2 Statuta).

U njemačkoj saveznoj državi je cjelokupan ustavnopravni odnos između države i njenih članica kao i ustavnopravni odnos između samih članica prožet nepisanim ustavnim načelom uzajamne obaveze savezne države i saveznih zemalja na lojalno držanje (...). Savezni ustavni sud je iz ovoga razvio niz konkretnih obaveza. U vezi sa odlukom o ustavnosti tzv. horizontalnog finansijskog ujednačavanja stoji rečenica: „Princip savezne države, prema svojoj suštini, ne zasniva samo prava, nego i obaveze. Jedna od obaveza se sastoji u tome da finansijski jače zemlje moraju u izvjesnim granicama pomagati finansijski slabije zemlje“ (BVerfGE 1, 117 [131]). Ustavno načelo može nadalje, u slučajevima u kojima zakon zahtijeva usaglašavanje između države i zemalja, utemeljiti pojačanu obavezu svih učesnika kako bi pravno postao beznačajan polemički prigovor jednog, koji se suprostavlja dogovoru svih ostalih učesnika (BVerfGE 1, 299 [315 i dalje]). Još se jasnije vidi ovo pravno ograničenje iz zamisli lojalnosti prilikom vršenja zakonodavnih ovlaštenja: „Ne ostanu li učinci jednog zakonskog propisa ograničeni na prostor jedne zemlje, mora zemaljski zakonodavac uzeti u obzir interese ostalih zemalja“ (BVerfGE 6, 309 [328, 361 i dalje]). Pod datim okolnostima može, konačno, jedna zemlja, uzimajući u obzir njenu obavezu na lojalnost državi biti obavezana da na putu komunalnog nadzora postupi protiv opštine koja sopstvenim mjerama zadire u isključive kompetencije države (BVerfGE 8, 122 [138 i dalje]). Također je princip lojalnog držanja prema državi od načelnog značaja za vršenje kompetencija savezne države na području radija i televizije.

Iz dosadašnje se jurisdikcije može vidjeti da se iz ovog principa mogu razviti dodatne obaveze zemalja u odnosu na državu, koje prevazilaze izričito normirane konkretne ustavnopravne obaveze, kao i konkretna ograničenja koja nastaju iz vršenja kompetencija koje su Ustavom prenešene državi i zemljama. Predmetni slučaj daje povoda da se ustavnopravno načelo o obavezi na lojalnost saveznoj državi doradi sa

druge strane: također procedere i stil pregovaranja koja su u ustavnom životu potrebni između države i njenih dijelova i između zemalja, stoje pod zahtjevom lojalnosti saveznoj državi. U Saveznoj Republici Njemačkoj sve zemlje imaju isti ustavnopravni status, one su države koje u saobraćaju sa saveznom državom imaju pravo na jednak tretman. Obaveza na lojalnost zabranjuje državi da svuda gdje se brine za pitanja ustavnog života, kako bi se postigao dogovor koji je ustavnopravno relevantan, za koji su zainteresirane i u kojima učestvuju zemlje, djeluje prema načelu *divide et impera*, t.j. da polazi od raskola među zemljama, da dogovor uspostavlja samo sa pojedinačnim zemljama, a druge prisiljava na pristup.

Ovo načelo zabranjuje, također, da Savezna vlada u pregovorima koji se tiču svih zemalja različito tretira zemaljske vlade, već prema njihovoj partijsko-političkoj pripadnosti, posebno da u odlučujuća politička savjetovanja involvira predstavnike zemaljskih vlada koje su joj partijskopolitički bliski i da zemaljske vlade koje su bliske opoziciji u saveznoj državi iz ovoga isključuje. Jedna partija ima pravo da se u slučajevima, kakvi su ovi, ovdje razmotreni, dogovara i usaglašava sa političarima koji u državi i u zemljama pripadaju *jednoj* partiji kako bi najprije u političkim razgovorima razjasnili i usaglasili sopstvene stavove o problemima koji interesiraju državu i sve zemlje. Pregovori koji su neophodni između države i zemalja, dakle, između vlada i njihovih predstavnika moraju, međutim, biti u skladu sa gore navedenim načelima.



## **§ 25.**

### **Državni strukturni principi II:**

#### **Socijalna država**

#### **(čl. 20 I Ustava)**

## **160) BVerfGE 40, 121** **(Waisenrente II)** **Penzija za siročad**

U skladu je sa Ustavom da siročad koja se zbog tjelesne ili duhovne slabosti ne može izdržavati, dobije porodičnu penziju, dok ne napune 25. godinu života (§ 44 stav 2 AVG).

**Rješenje Prvog senata od 18 juna 1975.**  
**- 1 BvL 4/74 -**

Provjeravani propis iz § 44 AVG nije u suprotnosti ni sa opštim načelom jednakosti, kao ni sa principom socijalne države.

Po sebi se razumije da briga za bespomoćne spada u obaveze socijalne države (usp. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 207 [236]). To svakako podrazumijeva socijalnu pomoć za sugrađane koji su zbog tjelesne ili duhovne slabosti spriječeni u ličnom i socijalnom razvoju i nisu u stanju da se sami izdržavaju. Državna zajednica im mora obezbijediti nužne pretpostavke za dostojan život i potruditi se da ih izvan toga uključi u zajednicu, da podstiče primjereno zbrinjavanje u okviru porodica ili na drugim mjestima, kao i da stvara nove ustanove za njihovu njegu. Ovakva, opšta obaveza na zaštitu ne može po prirodi stvari okončati sa nekom starosnom granicom; ona, zapravo, mora odgovoriti na svakodnevnu upućenost na socijalnu pomoć. Načelno je zakonodavac slobodan da uobliči put koji mu se čini pogodnim za izbor različitih formi finansijske pomoći za izdržavanje i zbrinjavanje oštećenih osoba i da na odgovarajući način utvrde pravo na dobijanje pomoći. Isto tako on odlučuje, ako se ne radi o označenim minimalnim pretpostavkama, u kojem obimu socijalna pomoć može i treba biti odobrena, uzmanjem u obzir postojećih sredstva i druge državne zadatke istog ranga.

Kršenje ustavnih načela iz čl. 3 st. 1 i čl. 20 st. 1 Ustava će uslijediti tek kada pomoć koja je oštećenim odobrena, ne odgovara zahtjevima socijalne pravde, bilo da se radi o netačno određenom krugu primaoca državne pomoći, bilo da je jedna grupa prilikom opšteg pregleda potreba za socijalnom zaštitom zapostavljena. To ovdje nije slučaj.

## **161) BVerfGE 59, 231** **(Freie Mitarbeit)** **Slobodna/vanjska saradnja**

**Rješenje Prvog senata od 13. januara 1982.**  
**- 1 BvR 848, 1047/77 (...) 1461/80 -**

Principu socijalne države može pripasti značaj prilikom tumačenja osnovnih prava kao i prilikom ustavnopravne ocjene zakona – prema pravilima pridržavanja zakona

– koji ograničavaju osnovna prava. On, međutim, nije podesan da osnovna prava posredstvom zakonodavca ograničava bez konkretizacije, dakle, neposredno. On utemeljuje obavezu države da se stara za pravedan državni poredak (usp. npr. BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 i dalje]); pri ispunjenju ovih obaveza zakonodavac ima širok prostor slobodnog odlučivanja (BVerfGE 18, 257 [273]; 29, 221 [235]). Princip socijalne države postavlja državi, prema tome, određeni zadatak, ali ne govori kako se takav zadatak u pojedinostima mora ispuniti – da je drukčije, princip socijalne države bi dospio u koliziju sa principom demokratije: demokratsko uređenje Ustava bi kao poredak slobodnog političkog procesa bilo bitno ograničeno i skraćeno, kada bi političkom obrazovanju volje unaprijed bila zadana takva ustavnopravna obaveza koja se ne može drukčije riješiti. Zbog ovakve otvorenosti princip socijalne države ne može osnovnim pravima postaviti neposrednu barijeru.

## **162) BVerfGE 100, 271** (Lohnabstandsklausel) **Klauzule o razmaku između plata**

1. Zakonski propisi koji privremenu finansijsku potporu za otvaranje novih radnih mjesta vežu za ugovore o podtarifnim nadoknadama (klauzule o razmaku između plata), zadiru u tarifnu autonomiju radničkih koalicija, ali mogu biti opravdani stvaranjem dodatnih radnih mjesta u vremenu visoke nezaposlenosti.

**Rješenje Prvog senata od 27. aprila 1999.**  
**- 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 -**

IZREKA:

Odbijaju se ustavne tužbe.

OBRAZLOŽENJE:

### **A.**

Ustavne tužbe se odnose na ustavnost zakonom predviđenih mjera (klauzula o razmaku između plata) kod određenih mjera za otvaranje novih radnih mjesta. Sindikat koji vodi apelaciju – Industrijski sindikat Metall – smatra de je njegova sloboda kolektivnog ugovaranja pogođena ovim mjerama.

### **I.**

Predmet ustavne tužbe su § 275 st. 2 u vezi sa § 265 st. 1 rečenica 1 SGB III kao i privremene mjere iz Zakona o potpori rada ([*Arbeitsförderungsgesetz*] AFG), koji je djelimično još uvijek na snazi.



1. § 275 st 2 SGB III regulira visinu dodatka Saveznog biroa za zapošljavanje koji se uplaćuje za otvaranje novih radnih mjesta. Podupire se zapošljavanje nezaposlenih čije se zapošljenje teško posreduje.

Dodatak se isplaćuje u punom iznosu ako ugovorena nadoknada za rad ne prelazi 80 procenata tarifnih plaća koje važe za jednake djelatnosti na slobodnom tržištu rada.

## II.

Apelant ustavnom tužbom utužuje povredu čl. 9 st. 3 i čl. 3 st. 1 Ustava klauzulom o rasponu između plata iz navedenih propisa. Gornja granica koja je ovim utvrđena bi morala biti uvažena prilikom pregovora sa poslodavcima o zaključenju kolektivnih ugovora za radnike koji bi bili zaposleni, ako bi htjeli da zakluče kolektivni ugovor u okviru mjera za otvaranje novih radnih mjesta. Njegova pregovaračka pozicija u pregovorima o zaključenju kolektivnih ugovora je ovim oslabljena. On je zbog toga neposredno i trenutno pogođen osporavanim propisom.

(...)

## B.

## II.

Istina, ustavne tužbe su prihvatljive, ali nisu osnovane. Osporavani propisi ne povređuju apelanta u njegovoj slobodi koaliciranja. Iz opšteg načela jednakosti (čl. 3 st. 1 Ustava) ne slijede nikakvi dodatni zahtjevi.

1. § 275 st. 2 u vezi sa § 265 st. 1 SGB III je u skladu sa čl. 9 st. 3 Ustava.

a) Čl. 9 st. 3 Ustava ne štiti samo pojedinačnu slobodu da se osnuje udruženje za očuvanje radnih i privrednih uslova, da im se pristupi, ili da se ostane izvan njih, ili da se ona napuste. Zaštićena je također sama koalicija u svom postojanju, njeno organizaciono uobličjenje i njihova djelovanja kada služe podsticanju radnih i ekonomskih uslova (usp. BVerfGE 50, 290 [273 i dalje]; 84, 212 [224]). Zaštita koalicije nije od samog početka ograničena na jezgro koalicionog djelovanja. Ono se proteže prevashodno na sva djelovanja koja su specifična za koalicije (usp. BVerfGE 94, 268 [283] s daljim napomenama) i posebno obuhvata autonomiju kolektivnog ugovaranja koja stoji u centru mogućnosti koje su ostavljene koalicijama za dostizanje njihovih ciljeva. Sklapanje kolektivnih ugovora je bitna svrha koalicija (usp. BVerfGE 94, 268 [283 i dalje] sa daljim napomenama). U materiju koja je prepuštena na reguliranje koalicijama posebno spadaju nadoknada za rad i ostali materijalni uslovi rada (usp. BVerfGE 94, 268 [283]).

b) U ovo zaštićeno područje zadire § 275 st. 2 SGB III. (...)

c) Zadiranje je međutim opravdano razlozima opšteg dobra koji se legitimiraju ustavnim pravom.

aa) Sloboda koaliranja koja je zagantirana u čl. 9 st. 3 Ustava može, čak i ako je zamčena bez pridžavanja zakona, biti ograničena radi zaštite interesa zajednice, interesa kojima pripada jednak ustavnopravni rang (usp. BVerfGE 94, 268 [284]).

Zaštita osnovnih prava nije jednako intenzivna za sva koaliciona djelovanja. Osnovno pravo dobija na snazi djelovanja ukoliko neka materija iz stvarnih razloga najbolje može biti regulirana posredstvom ugovornih stranaka, jer ona, prema predstavi ustavotvorca, prikladnije uravnotežuje suprostavljene interese nego što to čini država. To važi, prije svega, za utvrđivanje plata i drugih materijalnih uslova rada. Što je važnija zaštita koju jamči čl. 9 st. 3 Ustava, to ozbiljniji moraju biti razlozi koji trebaju opravdati određeno zadiranje (usp. BVerfGE 94, 268 [284] i dalje).

bb) Cilj koji slijedi osporavani propis, da se pobijedi masovna nezaposlenost stvaranjem novih radnih mijesta, je u ustavnom rangu. Zakonodavac se pri tom može pozvati na princip socijalne države (čl. 20 st. 1 Ustava). Osim toga on pomaže nezaposlenim osobama da radom razvijaju sopstvenu ličnost i da pri tom iskuse poštovanje i samopoštovanje. Ovaj cilj zbog toga nose i čl. 1 st. 1 Ustava i čl. 2 st. 1 Ustava.

Princip socijalne države obavezuje zakonodavca na uobličavanje (usp. BVerfGE 50, 57 [108]). On je u obavezi da se brine za ujednačavanje socijalnih suprotnosti (usp. BVerfGE 22, 180 [204]). Izvan toga, određena je državna skrb za pojedince ili grupe koje su na osnovu ličnih okolnosti življenja ili društvenog zapostavljanja bili ometeni u ličnom ili socijalnom razvoju (usp. BVerfGE 45, 376 [387]). Kako će ovaj nalog biti ispunjen odlučuje zakonodavac, zato što princip socijalne države nije konkretiziran (usp. 1, 97 [105] stalna pravosudna praksa).

Državna skrb u slučaju nezaposlenosti nije ograničena na finansijsku potporu. Ona može biti usmjerena na povećanje broja radnih mjesta, na primjer, sufinansiranjem troškova rada, i na taj način suzbijati nezaposlenost. Takvim pokušajima princip socijalne države daje legitimacionu snagu koja može legitimirati ograničenja autonomije kolektivnog ugovaranja.

Sa osporavanim propisom zakonodavac želi doprinijeti suzbijanju nezaposlenosti. On cilja u prvoj liniji na pomoć nezaposlenim koji su posebno teško pogođeni puđuci da ih je teško posredovati. (...)

Pretežu razlozi koji opravdavaju zakonodavčev pokušaj da donese osporavani propis. Stvaranje novih radnih mjesta je u slučaju okruglo četiri miliona nezaposlenih visokorangirani socijalni prioritet. Nezaposlenost dovodi pogođenog najčešće u ekstremne neprilike. Gubitkom privrednih osnova života može nastupiti umanjjenje osjećaja vlastitog značaja i ličnosti (usp. BVerfGE 84, 133 [155]). Iskustvo da se nikom nije potrebno, može u jednom društvu koje vrijednost pojedinca u visokoj mjeri određuje prema njegovoj poslovnoj poziciji voditi prema teškim duševnim oštećenjima. To u posebnoj mjeri važi za dugoročno nezaposlene koji jedva da se

mogu posredovati i zbog toga imaju jako slabe izgledе na radno mjesto. Mjere za stvaranje novih radnih mjesta, osim toga, mogu djelovati na ujednačavanje strukturnih nejednakosti na području cijele države.

S obzirom na niži intenzitet uplitanja i izuzetan značaj ciljeva opšteg dobra koji se nastoje dostići osporavanim propisom ne može se u cjelini ustanoviti nesrazmjerno ugrožavanje slobode koaliranja. (...)

## **§ 26.**

### **Državni strukturni principi III:**

#### **Demokratija**

**(čl. 20 I, II Ustava)**

## **163) BVerfGE 44, 125** **(Öffentlichkeitsarbeit)** **Rad s javnošću**

1. Državnim organima je snagom Ustava zabranjeno da se u pogledu političkih izbora u službenoj funkciji identificiraju sa političkim partijama ili kandidatima i da ih podupiru ili onemogućavaju državnim sredstvima, posebno da reklamom utječu na odluku birača.
2. Nespojivo je sa ustavnim principom, prema kojem Savezno vijeće (Bundestag) i Vijeće saveznih zemalja (Bundesrat) imaju samo jedan, vremenski ograničen mandat, da se Savezna vlada kao ustvani organ koji za vrijeme izborne kampanje ima mandat istovremeno stavlja na raspolaganje za ponovni izbor i time obzanjuje da će ona „kao Vlada, biti ponovo izabrana“.
3. Pravo političkih partija na jednakost u šansama je povrijeđeno kada državni organi, kao takvi, preko političkih partija djeluju u korist ili na štetu jedne političke partije ili je reklamiraju u izbornoj kampanji.
4. Također nije dopušteno da državni organi za vrijeme biranja narodnog predstavništva djeluju preko političkih partija u formi rada s javnošću. Vladi su u radu s javnošću postavljene granice tamo gdje počinje izborna kampanja.
5. Ustavni organi savezne države ne smiju povodom izbora u zemljama, kao što ne smiju ustavni organi saveznih zemalja povodom izbora za savezni parlament, preko partija utjecati na izbornu kampanju.
6. Ostane li informativni sadržaj nekog dopisa ili nekog oglasa jednoznačno iza reklamnog sadržaja, onda to može biti znak da su prekoračene granice nedopuštene izborne reklame.
7. Kao znak da je prekoračena granica nedopuštene izborne reklame, u obzir dolazi porast rada sa javnošću koji je u blizini izborne kampanje, a može se pojaviti kao veći broj pojedinačnih mjera bez akutnog povoda, kao i pojačano angažiranje javnih sredstava srazmjerno potrebama za takve mjere.
8. Iz obaveza Savezne vlade da se suzdrži od svakog partijskog utjecaja na izbore, konačno, za predizborno vrijeme, slijedi zahtjev izuzetne suzdržanosti, zabrana svakog rada sa javnošću koji bi se finansirao iz javnih sredstava u formi tzv. izvještaja o radu, uslugama i uspjehu.

9. Savezna vlada mora donijeti mjere protiv korištenja štampanih djela koje je ona izradila uz pomoć samih političkih partija ili organizacija i grupa koje ih podupiru u izbornim reklamama.

**Presuda Drugog senata od 2. marta 1977. (...)**

**- 2 BvE 1/76 -**

Predmet postupka je pitanje da li se Savezna vlada pomoću mjera, koje ona označava kao rad s javnošću, smije uplitati u izbornu kampanju 1976. i da li time povređuje ili neposredno ugrožava apelanta (CDU) u pravima koja su mu prenešena Ustavom. (...)

Iz čl. 20 st. 1 i 2 rečenica 2 Ustava slijedi:

U slobodnoj demokratiji, kako ju je Ustav propisao za Saveznu Republiku Njemačku, cjelokupna državna vlast polazi od naroda i narod je vrši posredstvom izbora i glasanja kao i posredstvom posebnih organa zakonodavstva, izvršne vlasti i pravosuđa (čl. 20 st. 1 i 2 Ustava). (...)

Izbori omogućuju da se demokratska legitimacija u smislu čl. 20 st. 2 Ustava obezbijedi samo kada su slobodni. To ne zahtijeva samo da akti predaje glasova budu oslobođeni od prisile i nedopuštenog pritiska, kako to određuje čl. 38 st. 1 Ustava, tako da birač može na isti način svoj stav formirati i donijeti u slobodnom, otvorenom procesu obrazovanja mišljenja (usp. BVerfGE 20, 56 [97]). (...)

U izbornom aktu se mora – taj je smisao postavljen u čl. 20 st. 2 Ustava – izvršiti obrazovanje volje od naroda prema državnim organima, a ne obrnuto od državnih organa prema narodu. Onako kako se držanje državnih organa reflektira na obrazovanje izborne volje naroda i na javno mišljenje, a samo ponašanje predstavlja predmet biračeve odluke, tako je državnim organima zabranjeno da u službenoj funkciji posebnim mjerama utječu na obrazovanje narodne volje u izborima kako bi ovim održali ili promijenili odnose vlasti u državnim organima. Snagom Ustava im je zabranjeno da se s obzirom na izbore, kao državni organi, identificiraju sa političkim partijama ili kandidatima i da ih korištenjem državnih sredstava podupiru ili onemogućavaju, posebno da reklamama utječu na odluku birača.

Neovisno o tome, sa ustavnim principom, prema kojem Savezno vijeće (Bundestag) i Vijeće saveznih zemalja (Bundesrat) imaju samo jedan, vremenski ograničen mandat, je nespojivo da se Savezna vlada, kao ustvani organ koji za vrijeme izborne kampanje ima mandat, istovremeno stavlja na raspolaganje za ponovni izbor i time obzanjuje da će ona „kao Vlada, biti ponovo izabrana“. Ovim se ne isključuje da će članovi Savezne vlade izvan njihove službene funkcije biti angažirani za jednu političku partiju i da će učestvovati u izbornoj kampanji.

Ustav kao demokratsko uređenje predviđa da će se osnovne državne odluke donositi prema pravilima većine (čl. 42 st. 2, čl. 63 st. 2 do 4, čl. 67 st. 1, čl. 52 st. 3, čl. 54 st.

6). (...) I samo ako je većina proizišla iz procesa slobodnog, otvorenog obrazovanja volje, procesa koji se redovno obnavlja, na kojem načelno mogu učestvovati svi izborni sposobni građani pod jednakim pravnim uslovima, ako oni prilikom odlučivanja pred očima imaju opšte dobro – svaki put ga ponovo određujući – uvažavajući posebno prava manjine i uzimajući u obzir njihove interese, ne uzimajući joj, ili ne uskraćujući joj pravnu šansu da sutra postane većina, može odluka većine u vršenju državne vlasti važiti kao volja zajednice i ostvarivati obavezujuću snagu prema ideji slobodnog samoodređenja svih građana.

Posebno svi građani, bez obzira na na njihov politički svjetonazor ili političku pripadnost, snose finansijska sredstva i opterećenja, uz čiju se pomoć održava ova država. Ova sredstva su također povjerena državi kako bi ih koristila za opšte dobro. Ona ovoj svrsi, kao socijalna pravna država, služi na najrazličitije načine, upravo podsticanjem dijelova stanovništva i pojedinih grupa u pluralnoj društvenoj zajednici najrazličitijih interesa. Na ovom mjestu nije potrebno odlučiti gdje se postavlja granica, npr. s obzirom na zabranu privilegiranja iz čl. 3 st. 3 Ustava. Ovom vezom nisu, međutim, pokriveni partijsko korištenje finansijskih sredstava koja pribavlja i snosi zajednica i mogućnosti države usmjerene u korist ili protiv političkih partija i kandidata, kada se radi o tako važnom postuku koji se odnosi na cjelnu državu, kao u slučaju izbora narodnog predstavništva. Ustav u procesu obrazovanja mišljenja i volje naroda, koji kulminira u izbornoj kampanji, prihvata da postoje vanpravne razlike između birača i njihovih grupacija. On, međutim, zabranjuje državi da u izbornoj kampanji posredstvom partija utječe na odnose konkurencije između političkih snaga. Državni organi, kao takvi, moraju svima služiti i moraju se u izbornoj kampanji držati neutralno.

Kada država, što je u sličnim situacijama skoro redovan slučaj, djeluje u korist ili protiv određenih političkih partija ili izbornih kandidata ona, između ostalog, povređuje ustavno pravo pogođenog na jednake šanse pri izbrima (čl. 21 st. 1, čl. 38 st. 1 Ustava).

**164) BVerfGE 144, 20-367**  
(NDP-Verbot)**Zabrana rada NDP-a**

Savezni ustavni sud

- Služba za odnose sa javnošću -

Saopštenje za javnost br. 4/2017 od 17. januara 2017. godine

Presuda od 17. januara 2017. godine

-1 BvL 1/13-

Ne zabranjuje se rad NPD-a zato što ne postoje dokazi o uspješnom sprovođenju protivustavnih ciljeva

Nacionalna Demokratska Partija Njemačke (Nationaldemokratische Partei Deutschlands – NPD) zastupa politički koncept usmjeren na ukidanje postojećeg slobodnog demokratskog poretka. Ona želi postojeće ustavno uređenje zamijeniti autoritarnom nacionalnom državom, organiziranom na principima etnički definirane „narodnjačke zajednice“. Njihov politički koncept ne poštuje ljudsko dostojanstvo i nespojiv je sa demokratskim načelom. NPD planski i dovoljno intenzivno radi na postizanju svojih ciljeva usmjerenih protiv slobodnog demokratskog poretka. Međutim, (trenutno) nedostaju konkretni i uvjerljivi dokazi, koji bi učinili vjerovatnim da takav rad vodi prema uspjehu, zbog čega je Drugi senat Saveznog ustavnog suda danas objavljenom presudom jednoglasno kao neosnovan odbio dopustiti zahtjev Vijeća saveznih zemalja (Bundesrat) da se utvrdi protivustavno djelovanje i da se raspusti NPD sa organizacionim jedinicama (čl. 21 st. 2 Ustava).

**Bitni argumenti Senata:**

1. Zahtjev kojim se traži zabrana je dopustiv. Sprovođenje postupka nije suprotno ni striktnim zahtjevima državne slobode, kao ni povredama osnovnih načela pravednog postupka. Podnositelj zahtjeva je u cilju ubjeđivanja Suda pokazao da su svi agenti službe bezbjednosti (V-Leute) koji su se nalazili na vodećim pozicijama u NPD-u, najkasnije u vrijeme obznanjivanja namjera da se podnese zahtjeva za zabranu rada, bili isključeni i da je izostala kontrola prikupljanjem informacija. Također treba pretpostaviti da procesna strategija NPD-a sredstvima obavještajne agencije nije bila nadzirana i da su bile poduzete odgovarajuće mjere opreza, kako bi se spriječilo da u okviru opserviranja NPD-a slučajno pribavljena saznanja o ovome ne mogu biti korištena protiv njih.
2. Podnositelj zahtjeva traži da se u skladu sa čl. 21 st. 2 Ustava u vezi sa §§ 43 i dalje Zakona o Saveznom ustavnom sudu utvrdi da je NPD protivustavna, jer iz



njenih ciljeva i ponašanja njenih pristalica proizlazi da je usmjerena na rušenje slobodnog demokratskog poretka. Pri tome se treba voditi sljedećim standardima:

a) Izraz slobodnog demokratskog poretka u smislu čl. 21 st. 2 Ustava sadrži najvažnije osnovne principe koji su naprosto neophodni za slobodnu ustavnu državu. Slobodni demokratski poredak svoju polaznu tačku nalazi u ljudskom dostojanstvu (čl. 1 st. 1 Ustava). Garancije ljudskog dostojanstva obuhvataju posebno očuvanje lične individualnosti, identiteta i integriteta kao i elementarne jednakosti u pravima. Stoga koncepti usmjereni na rasnu diskriminaciju nisu u skladu sa ovim. Pored toga, mogućnosti jednakopravnog učešća svih građanki i građana u procesu političkog odlučivanja i ponovno povjeravanje državnih ovlasti narodu (čl. 20 st. 1 i 2 Ustava), koji su sadržani u okviru načela demokratije, konstitutivni su sastavni dijelovi slobodnog demokratskog poretka. To se u pogledu principa pravne države odnosi na zakonsko vezivanje javne vlasti, na kontrolu takvog vezivanja putem nezavisnih sudova i državni monopol vlasti.

b) Pojam odstranjenja u smislu čl. 21 st. 2 Ustava označava ukidanje barem jednog od osnovnih elemenata slobodnog demokratskog poretka ili njihovu zamjenu drugim ustavnopravnim uređenjem ili drugim sistemom vlasti. Ugrožavanje postoji kada jedna stranka svojim političkim konceptom koji ima potreban intenzitet, uzrokuje osjetnu opasnost po osnovne elemente slobodnog demokratskog poretka.

c) Da neka politička stranka teži ka narušavanju ili ukidanju slobodnog demokratskog ustavnog poretka mora proizlaziti iz njenih ciljeva ili iz ponašanja njenih pristalica. Ciljevi stranke su skup sadržaja kojima neka stranka (javno ili tajno) politički teži. Pristalice su sve osobe koje se zauzimaju za jednu stranku i koje takvu stranku priznaju, čak i ukoliko nisu članovi stranke. Stranci se u osnovi imaju pripisati i radnje njenog rukovodstva, rukovodećih funkcionera (uključujući i podružnice) i izjave iznesene u publikacijama stranke. Kod izražavanja ili radnji običnih članova ili pristalica koji nisu članovi stranke odlučujuće je da u njihovom ponašanju do izražaja dolazi politička volja stranke. Ovo je obično slučaj kada ponašanje odražava osnovnu tendenciju unutar stranke ili kada stranka takvo ponašanje izričito učini svojim.

d) Zabrana djelovanja stranke zahtjeva „kretanje“ koje vodi prema narušavanju ili ukidanju slobodnog demokratskog ustavnog poretka. To nije zabrana stava ili svjetonazora. Osim toga, stranka mora ići dalje i pored priznavanja svojih protivustavnih ciljeva prekoračiti granicu borbe protiv slobodnog demokratskog poretka. To podrazumijeva da se stranka za ostvarenje svojih ciljeva i za narušavanje ili ukidanje slobodnog demokratskog poretka zauzima i da djeluje konkretnim aktivnostima i planiranim radom. Nije potrebno da djelovanje stranke dovede do konkretne opas-

nosti po zaštićena dobra u smislu čl. 21 st. 2 rečenica 1 Ustava. Međutim, moraju postojati konkretni dokazi iz kojih proizlazi da je barem moguće da bi djelovanje stranke moglo biti uspješno (potencijal).

Ukoliko djelovanje stranke, suprotno tome, ne ukazuje čak ni na mogućnost postizanja protivustavnih ciljeva, tada se ne zahtijeva preventivna zaštita Ustava putem zabranu rada stranke. Senat se ne drži strogo divergentne definicije kakva je data u KPD-presudi, a prema kojoj zabranjivanje djelovanja stranke nije isključeno ukoliko, prema mišljenju objektivnog posmatrača, ona svoje protivustavne namjere ne bi mogla ostvariti u dolednoj budućnosti (BVerfG 5, 85, 143).

e) U okviru čl. 21 st. 2 Ustava nije ostavljen prostor za razmatranje drugih (neopisanih) činjeničnih pretpostavki. Kod izricanja zabrane djelovanja stranke ne može se primijeniti ni načelo srazmjernosti, niti se bitnoj prisnosti jedne stranke sa nacionalsocijalizmom može pripisati funkcija zamjene činjeničnih elemenata iz čl. 21 st. 2 Ustava. Međutim, sličnosti sa nacionalsocijalizmom mogu predstavljati indiciju da jedna stranka slijedi protivustavne ciljeve.

3. Zahtjev za zabranu djelovanja je u smislu ovih standarda neosnovan.

a) Politički koncept NPD-a je usmjeren na ukidanje slobodnog demokratskog poretka.

aa) Pojam naroda kakav zastupa NPD vrijeđa ljudsko dostojanstvo. On negira zahtjeve za poštovanjem svake osobe i vodi ka uskraćivanju elementarnog prava na jednakost svih osoba koje, prema njihovom poimanju, ne pripadaju etnički definisanoj „narodnoj zajednici“. Politički koncept NPD-a je usmjeren na marginalizaciju, obespravljenje i dalekosežno negiranje društvenih skupina (stranaca, migranata vjerskih i drugih manjina).

bb) Osim toga, NPD zloupotrebljava slobodni demokratski poredak i u pogledu demokratskog principa. U nacionalnoj državi oblikovanoj kao „jedinstvo naroda i države“ po shvatanju NPD-a, u osnovi, osobe koje nisu etnički Nijemci ne mogu učestvovati u kreiranju političke volje. Takav koncept proturiječi zahtjevu za jednakopravnim učešćem svih državljana u političkom procesu iako je on ukorijenjen u ljudskim pravima koja obrazuju srž demokratskog principa. Osim toga, NPD se zalaže za ukidanje postojećeg sistema parlamentarnog predstavljanja i za njegovu zamjenu principom nacionalne države koji se orijentira prema principu „narodnog zajedništva“.

cc) NPD iskazuje bliskost sa nacionalsocijalizmom. Koncept „narodne zajednice“, an-

tisemitski stav i prezir prema postojećem demokratskom poretku pokazuju jasne paralele sa nacionalsocijalizmom. Uz to dolaze i predanost vodećim ličnostima NSDAP-a, selektivni povrat vokabulara, tekstova, pjesama i simbola nacionalsocijalizma, kao i historijski revizionističke izjave, koji pokazuju povezanost, u najmanju ruku, relevantnog dijela NPD-a sa shvatanjima nacionalsocijalizma. Vezanost NPD-a za nacionalsocijalizam potvrđuje njihovo nepoštovanje slobodnog demokratskog poretka.

b) Međutim, za zabranu NPD-a nije ispunjen element „poduzimanja“ u smislu čl. 21 st. 2 rečenica 1 Ustava. Istina je da NPD deklarirše svoje ciljeve usmjerene protiv slobodnog demokratskog poretka i da radi planski na njihovom ostvarivanju, tako da se njeno djelovanje može ocijeniti kao kvalificirana priprema koja teži uklanjanja slobodnog demokratskog poretka. Međutim, nedostaju konkretni i važni dokazi da je sprovođenje njihovih protivustavnih ciljeva moguće. Niti stoji u izgledu uspješno sprovođenje ovih ciljeva u okviru učešća u političkim procesima (aa), niti se u dovoljnom obimu može utvrditi da je NPD dovela do narušavanja kreiranja slobodne političke volje kroz pokušaje postizanja ovih ciljeva (bb).

aa) Čini se da je postizanje neustavnih ciljeva NPD-a parlamentarnim ili vanparlamentarnim demokratskim sredstvima nemoguće.

(1) U parlamentarnoj sferi NPD nema ni izgleda da na izborima dobije vlastitu većinu, niti ima opciju da učešćem u koalicijama stekne vlastiti prostor djelovanja. Na regionalnoj razini ona trenutno ima tek jednog zastupnika u Evropskom parlamentu. Izborni rezultati za evropske i savezne izbore stagniraju na niskoj razini. NPD, tokom svog postojanja od preko pet decenija, nije uspjela da svoju zastupljenost dugoročno održi u parlamentima saveznih zemalja. Nedostaju dokazi koji bi, u tom pravcu, ukazali na promjene u skoroj budućnosti. Uz to, ostale stranke koje su zastupljene u parlamentima na saveznom nivou i na nivou saveznih zemalja do sada nisu bile spremne da koaliraju, ili čak da selektivno saraduju sa NPD-om. Uprkos njihovom prisustvu u komunalnim parlamentima ne postoji i uskoro se ne očekuje njihov značajan utjecaj na proces donošenja političkih odluka ni u lokalnim predstavničkim tijelima.

(2) Ni kroz učešće u procesu kreiranja političkih odluka demokratskim sredstvima u parlamentarnom djelovanju NPD u dogledno vrijeme nema mogućnosti da svoje protivustavne ciljeve uspješno provodi. Štaviše, negativnom utjecaju na vanparlamentarno kreiranje političke volje putem NPD-a ne govori u prilog ni njihov niski i tendenciozno nazadni nivo organiziranja, kao ni ograničena mogućnost sprovođenja kampanje i slab utjecaj na društvo. Ukupan broj od manje od 6.000 članova vodi ka značajnoj ograničenosti mogućeg djelovanja NPD-a. Nije izgledno ni da svoje strukturne ne-

dostatke i svoju malu moć utjecaja mogu nadomjestiti kroz rad na terenu ili kroz sprovođenje „strategije kukanja“ na putu „nacionalno-revolucionarnog lokalnog rada“. Nedostaju i dokazi da NPD uspijeva kroz svoje političke aktivnosti prema azilu i strancima u značajnoj mjeri pridobiti dodatnu podršku za svoje protivustavne namjere. Isto tako nije joj uspjelo ni da – osim sporadične saradnje – svoje djelovanje u zajednici poveća kroz stvaranje ekstremno desničarskih mreža pod svojim vodstvom.

bb) Ipak, ne postoje konkretni opredjeljujući dokazi koji pokazuju da NPD izlazi iz granica dozvoljene političke borbe argumentima u smislu ostvarenja elemenata „poduzimanja“. Ona ne može svoje težnje za dominiranjem u ograničenim socijalnim krugovima ostvariti u relevantnom obimu. Slučaj malog mjesta Jamel je izuzetak i ne može se generalizirati. Drugi primjeri uspješnog sprovođenja dominacije na određenom prostoru nisu uočljivi. Iz pojedinačnih slučajeva koji su prikazani u postupku ne može se (još uvijek) izvesti osnovna tendencija NPD-a da nasilno ili činjenjem krivičnih djela sprovodi svoje protivustavne namjere. Konačno, nedostaju i dovoljni dokazi o stvaranju atmosfere straha koja bi vodila ili mogla voditi osjetnom narušavanju slobode procesa kreiranja političkih odluka. Nije zanemariva okolnost da NPD zastrašivanjem ili drugim kriminalnim ponašanjem svojih članova ili pristalica povremeno izaziva razumnu bojazan po slobodu političkog procesa ili čak strah od nasilnih preuzimanja, ali to ne dostiže postavljeni prag u smislu čl. 21 st. 2 Ustava. Na zastrašivanja i prijetnje, kao i na povećanje nasilnog potencijala se mora pravovremeno i sveobuhvatno reagovati sredstvima preventivnog djelovanja policije i represivnog djelovanja krivičnog prava, kako bi se učinkovito zaštitili sloboda političkog djelovanja kao i pojedinci pogođeni djelovanjem NPD-a.

## **165) BVerfGE 146, 1-70** (Reichweite parlamentarisches Fragerecht) **Domet parlamentarnog prava na pitanja**

**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 60/2017 od 18. jula 2017. godine**

**Rješenje od 13. juna 2017. godine**

**-2 BvE 1/15-**

**Savezna vlada je dijelom nepravedno uskratila informacije o angažmanu prikrivenih informanata u vezi sa atentatom na Oktoberfest-u.**

Korištenje prikrivenih izvora ima veliki značaj za pribavljanje informacija putem obavještajnih agencija. Savezna vlada zbog toga može odbiti da pruži informacije o

korištenju osoba koje djeluju na prikriveni način, u pravilu ako postoje naznake da bi se ugrozili dobrobit države i osnovna prava ovih osoba i ako bi zbog saopštavanja traženih informacija došlo do njihovog otkrivanja. Međutim, parlamentarni interesi za informiranošću mogu, također, prevladati i to u vrlo ograničenim, iznimnim, slučajevima, kada zbog posebnih okolnosti ne postoji ozbiljna bojazan da bi fundamentalno zaštićeni interesi bili ugroženi i da bi funkcioniranje obavještajnih agencija bilo ometeno. Ovo je danas objavljenim rješenjem odlučio Drugi senat Saveznog ustavnog suda, te je utvrdio da je Savezna vlada djelomično povrijedila prava frakcija iz Saveznog vijeća (Bundestag) BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN i DIE LINKE kao i prava njemačkog Saveznog vijeća, tako što je, pozivajući se na državnu dobrobit i osnovna prava prikrivenih informanata, uskratila potpun odgovor na upite o obavještajnim saznanjima o atentatu za Oktoberfest.

### **Činjenično stanje:**

Dana 26. septembra 1980. godine je na glavnom ulazu u minhenski Oktoberfest eksplodirala bomba. Nakon što je glavni Savezni državni tužilac 1982. godine okončao istragu o atentatu, posebno su ostale nerazjašnjene uloge Karl-Heinz Hoffmanna, osnivača „Wehrsportgruppe Hoffmann“ i Heinz Lembkea, „policajca“ i pripadnika „Wehrsport-a“, koji se 1981. godine objesio u istražnom pritvoru. Savezni državni tužilac je u decembru 2014. godine ponovo otvorio istragu o atentatu na Oktoberfestu i to nakon što se javila do tada nepoznata svjedokinja.

Frakcije Saveznog vijeća BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN i DIE LINKE su utvrdile da nisu potpuno odgovorena dva manja upita u vezi sa saznanjima obavještajnih agencija o atentatu na Minhenskom Oktoberfest-u i s tim u vezi mogućom upletenošću osoba koje su za ove institucije djelovale na prikriveni način. Kratki upit parlamentarne frakcije BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN iz 2014. godine je posebno naglašavao pitanja o mogućoj upotrebi Heinz Lembke-a kao osobe koja je za savezne ili zemaljske sigurnosne agencije djelovala kao prikriveni informant. Kratki upit parlamentarne frakcije DIE LINKE iz 2015. godine je posebno isticao pitanja o obimu i strukturi spisa o atentatu na Oktoberfest-u, kao i o izvorima Savezne agencije za ustavnu zaštitu. Nadalje je postavljeno pitanje da li su, i ako jesu koliko je članova Wehrsportgruppe Hoffmann aktivirano tako da su za Saveznu agenciju, odnosno zemaljske agencije za zaštitu ustavnog poretka, djelovali na prikriveni način. Savezna vlada je uskratila odgovore na pojedinačna pitanja sa obrazloženjem da se radi o tajnim podacima čije bi otkrivanje moglo ugroziti dobrobit Savezne države ili jedne od njenih zemalja.

### **Bitni argumenti Senata:**

1. Njemačko Savezno vijeće, u kojem pojedinačni zastupnici i stranke koje djeluju

kao veza sa zastupnicima, ima pravo da Saveznoj vladi postavlja pitanja i da dobija informacije (čl. 38 st. 1 rečenica 2. i čl. 20 st. 2 rečenica 2 Ustava), a tome u osnovi korespondira obaveza Savezne vlade da daje odgovore. Parlamentarna kontrola vlade i uprave se u osnovi ostvaruje kroz podjelu vlasti, jer bez ostvarivanja uvida u spoznaje vlade, parlament ne može ostvariti svoje pravo kontrole prema vladi. Stoga, u situaciji u kojoj se radi o otkrivanju mogućih kršenja propisa i sličnih prekršaja unutar vlade i uprave, upravo parlamentarni interes na informiranje ima posebno važnu ulogu. Povrh toga, kontrolna funkcija parlamenta je istovremeno i rezultat odgovornosti koja proističe iz načela demokratije i odgovornosti koju vlada ima prema parlamentu. Tajnost u odnosu na parlament ograničava mogućnosti parlamentarne kontrole i stoga može narušiti ili prekinuti neophodnu demokratski uspostavljenu legitimacionu povezanost.

2. Međutim, pravo na informacije zastupnika, frakcija ili njemačkog Saveznog vijeća, isto tako, podliježu i ograničenjima. Ta ograničenja proizlaze iz dobrobiti savezne države ili neke od saveznih zemalja (državna dobrobit) i osnovnih prava trećih osoba.

a) Državna dobrobit može biti ugrožena otkrivanjem informacija koje zahtijevaju tajnost. Međutim, ona je u parlamentarnom sistemu vladavine njemačkog Ustava zajednički povjerena Saveznom vijeću i Saveznoj vladi. S obzirom da je Savezno vijeće u uredbi o čuvanju tajnih informacija na detaljan način propisalo preduslove za čuvanje službenih tajni prilikom ispunjavanja propisanih obaveza, upravo to može biti prikladan instrument za uravnoteživanje egzekutivnih interesa za čuvanje tajni sa parlamentarnim interesima za informiranjem. Ipak, Savezna vlada nije obavezna da Saveznom vijeću odaje tajne informacije, ukoliko ono ne jamči neophodnu zaštitu tajnosti kakvu zahtijeva Savezna vlada.

b) Pored toga moglo bi biti ograničeno pravo zastupnika, frakcija i Saveznog vijeća da postavljaju pitanja, kao i obaveza Savezne vlade da na njih odgovara, tako da oni moraju poštovati osnovna prava. Može nastupiti opasnost po život i tijelo prikriivenih informanata ukoliko bi se odgovorom na parlamentarna pitanja otkrio njihov identitet. Nadalje, mogući su utjecaji i na opća osobna prava. Naime, opći zahtjevi za poštivanjem prava ličnosti štite i preminule osobe od grubih degradacija i poniženja. Konačno, obaveza povjerljivosti ima ustavnopravni značaj s obzirom da se može raditi o povredi čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava ukoliko zahtjev za zaštitom povjerenja, koji svoje korijene nalazi u principu pravne države, ne bi u dovoljnoj mjeri bio uzet u obzir.

3. Savezna vlada mora na odgovarajući način obrazložiti potpuno ili djelimično uskraćivanje informacija. Ovim je Saveznom vijeću omogućeno da ocijeni i da odluči

hoće li odbijanje dostavljanja odgovora prihvatiti ili će poduzimati daljnje korake kako bi zadovoljio svoje zahtjeve za informacijama. Odgađanje obrazloženja je nedozvoljeno. Ukoliko je dostavljanje informacija u početku odbijeno bez zadovoljavajućeg obrazloženja, onda ni dopunjeno obrazloženje, dato tek u postupku pred nadležnim organima, ne mijenja ništa na činjenici da je došlo do povrede propisa.

4. Savezna vlada je, u načelu, a prema ovim standardima, dužna parlamentu dostaviti odgovore na upite koji se tiču djelokruga rada obavještajnih agencija. S obzirom na značaj koji imaju prikriveni izvori prilikom pribavljanja informacija putem obavještajnih agencija, Savezna vlada se u ovom području u pravilu, uprkos značajnom interesu za informiranjem parlamenta, može pozivati na ugrožavanje državne dobrobiti i na osnovna prava osoba koje tajno djeluju.

a) Zaštita prikrivenih izvora, posebno prikrivenih informanata, ne služi samo interesima ovih osoba. Zapravo bi prilikom objelodanjivanja informacija vezanih za te izvore mogli biti izvedeni zaključci o načinu rada i sposobnostima funkcioniranja obavještajnih agencija. Pridržavanje obaveze čuvanja tajnosti je nezamjenjiv preduslov za vođenje i vrbovanje osoba koje bi radile na prikriveni način, a time i za efektivnost izvršenja zadataka obavještajnih agencija. Ovom interesu čuvanja tajnosti suprotstavlja se značajan interes parlamenta za pribavljanjem informacija, jer se prilikom angažmana prikrivenih informanata zbog razjašnjavanja ekstremističkih težnji i sprečavanja i razjašnjenja teških krivičnih djela radi o državnoj sigurnosti i sigurnosti njenog stanovništva. Parlamentarnoj kontroli pripada posebna funkcija razjašnjavanja, kako s obzirom na način i obim obavještajnih sredstava koja su povjerena obavještajnim agencijama, tako i s obzirom na težine zadiranja u osnovna prava prilikom primjene tih sredstava na neprimjetnosti djelovanja i netransparentnosti za osobe o kojima se radi.

b) Odgovori i upiti o angažmanu prikrivenih izvora obavještajnih agencija, ipak, ne utječu na interese čuvanja tajnosti u svakom mogućem slučaju. Kod pitanja o osobama koje djeluju na prikriveni način Savezna vlada se, u pravilu, može pozvati na razloge državne dobrobiti i na osnovna prava konkretnih osoba o kojima se radi. Posebno kod pitanja koja se tiču aktivnih informanata ili pitanja koja se odnose na aktualne događaje, odnosno događaje od kojih nije proteklo mnogo vremena, redovno treba polaziti od opasnosti otkrivanja prikrivenih informanata. Ipak, mogu se zamisliti usko ograničeni i iznimni slučajevi u kojima prevagu ima parlamentarni interes za informacijama. Pri tome je protok vremena značajan – ako ne i sam po sebi odlučujući – faktor. Tako u pojedinačnim slučajevima, kod događaja od kojih je prošlo mnogo vremena, potreba za čuvanjem tajnosti može biti značajno smanjena ili ne mora postojati.

5. U odnosu na pitanje, da li je i, ukoliko jeste, za koje je agencije Heinz Lembke radio kao prikriveni informant, parlamentarna frakcija BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN može pokazati da se radi o posebno značajnom interesu za pribavljanje informacija. Jer, radi se, u odnosu na buduće zakonsko uređenje angažmana prikrivenog informanta, o utvrđivanju da li je – i u prošlosti – dolazilo do upletenosti prikrivenih informanata u teroristička krivična djela desnice. Obrazloženje koje je ponudila Savezna vlada ne opravdava odbijanje odgovora. Niti Heinz Lemke može danas ili u budućnosti biti angažiran kao prikriveni informant, niti postoje razlozi zbog kojih bi tekuće ili buduće istrage time mogle biti ugrožene. Dalje, nije razumno obrazloženo zašto Savezna vlada u ovom slučaju polazi od narušavanja opće sposobnosti funkcionisanja obavještajnih agencija. Osim toga, Savezna vlada, s obzirom na činjenicu da je Heinz Lembke umro 1981. godine, nije mogla kao razlog za odbijanje dostavljanja odgovora iznijeti zaštitu osnovnih prava.

6. a) Savezna vlada je i u odnosu na kratki upit parlamentarne frakcije DIE LINKE svoju obavezu na dostavljanje odgovora ispunila samo djelimično. Ne može se shvatiti kako bi nakon proteka godina i izvornih izvještaja, odavanja broja izvora informacija moglo dovesti do zaključaka o identitetu pojedinačnih osoba koje su djelovale prikriveno ili o današnjem načinu rada obavještajnih agencija. S obzirom da tražene informacije ne ukazuju na dovoljnu povezanost sa danas aktivnim prikrivenim informantima, ne postoji opasnost da dobra koja su zaštićena osnovnim pravima, pa time ni prikriveni informanti ili treće osobe mogu biti ugroženi.

b) Ukoliko Savezna vlada tvrdi da bi odgovorom na pitanja o prikrivenim informantima iz Wehrsportgruppe Hoffmann bilo moguće izvoditi zaključke o aktualnom načinu rada i organiziranosti obavještajnih agencija, to se ipak, s obzirom na protek vremena, ne čini razumljivim. Pored toga, mogućnost da pojedinačne osobe budu imenovane je, s obzirom na postojeće okolnosti, tako mala, da ona ne može opravdati ograničavanje parlamentarnih prava na informiranje. „Wehrsportgruppe Hoffmann“ je u trenutku njena raspuštanja imala oko 400 članova, pa stoga izvođenje zaključaka u odnosu na pojedince ne bi bilo moguće.

c) Nešto drugo važi za pitanja koja se tiču Savezne obavještajne agencije. Opasnost otkrivanja prikrivenih informanata, koje je angažirala Savezne obavještajna agencija u Wehrsportgruppe Hoffmann bila bi značajna ukoliko bi Savezna vlada naprosto potvrdila njihovo postojanje. Kao moguće osobe koje djeluju kao prikriveni informanti za Saveznu obavještajnu agenciju u obzir bi došli posebno članovi organizacije nasljednice „Wehrsportgruppe Ausland“ koja, prema saznanjima Ureda za zaštitu ustavnog poretka, broji još samo 15 članova. U svjetlu ovog malog broja bi, prilikom dostavljanja pozitivnog odgovora, značajno porasla opasnost od njihova otkrivanja.



Stoga je Savezna vlada mogla uskratiti odgovore na ova pitanja i, prema standardima propisa o zaštiti tajnosti, nije ih morala dostaviti.

d) U odnosu na pitanje o ukupnom broju korištenih prikrivenih informanata iz Wehrsportgruppe u Saveznom uredu za zaštitu ustavnog poretka i u zemaljskim uredima za zaštitu ustavnog poretka, ne čini se uopće mogućim, samo na osnovu ovog broja, a nakon 30 godina, izvoditi zaključke o današnjem načinu rada službi i identitetu pojedinaca. Međutim, granica obaveze čuvanja tajnosti bi se prekoračila kod pitanja koliko je tačno aktivnih informanata bilo u svakom zemaljskom uredu za zaštitu ustavnog poretka. Ova informacija bi mogla omogućiti identificiranje tadašnjeg mjesta prebivališta prikrivenih informanata ili njihovo svrstavanje u pojedinačne mjesne jedinice Wehrsportgruppe, što bi pojačalo opasnost od njihovog otkrivanja. Na toj se pozadini ne može zanemariti negativan utjecaj na zaštitu državne dobrobiti u obliku mogućnosti funkcioniranja obavještajnih agencija.

**§ 27.**

**Državni strukturni principi IV:**

**Pravna država**

**(čl. 20 II 2, III Ustava)**

## **166) BVerfGE 8, 274** (Preisgesetz) **Zakon o cijenama**

(...)

7. Iz pravnodržavnih načela slijedi da ovlašćivanje egzekutive da donese upravne akte kojima se opterećuje pojedinac, prema sadržaju, predmetu, svrsi i obimu moraju biti određena zakonom, tako da upravna djelovanja budu mjerljiva i da ih građani u određenom obimu mogu predvidjeti i proračunati. Ovo slijedi iz načela zakonitosti uprave, iz principa podjele vlasti i iz pravnodržavnog zahtjeva da povreda pravne sfere pojedinca bude sudski potpuno zaštićena od uplitanja javne vlasti.

### **Rješenje drugog senata od 12. novembra 1958.** **- 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 -**

Pravnodržavna načela zahtijevaju da ovlaštenje egzekutive na donošenje opterećujućih pravnih akata, prema sadržaju, predmetu, svrsi i obimu budu određena zakonom, tako da upravna zahvatanja budu mjerljiva i da ih građani u određenom obimu mogu predvidjeti i proračunati (usp. BayVfGH n.F 1, 81 [91]; Rješenje o podnošenju na odluku Saveznog upravnog suda od 4. jula 1956, BVerwGE 4, 24 [28, 35 i dalje]).

To posebno slijedi iz načela zakonitosti uprave. Ovo načelo ne zahtijeva bilo kakvo, nego ograničeno i pobliže određeno ovlaštenje egzekutive da donosi upravne akte koji opterećuju; ono hoće da uplitanja javne vlasti učini proračunljivijim u što je moguće većoj mjeri. Zakon mora sadržajno normirati djelatnost uprave i ne smije se ograničiti samo na utvrđivanje opštih načela. Nije dovoljno samo formalno vezivanje uprave za pravne stavove. Sa načelom zakonitosti uprave nije u skladu „neodređena generalna klauzula“ koja prepušta diskrecionoj odluci egzekutive da u pojedinostima odredi granice slobode (...).

To, dalje, slijedi iz principa podjele vlasti. Ako ovlaštenja dodijeljena egzekutivi nisu dovoljno određena, ona više ne izvršava zakone i ne djeluje prema smjernicama zakonodavca, nego donosi odluke umjesto njega. Ovim se povređuje načelo podjele vlasti (...).

To konačno slijedi iz pravnodržavnog zahtjeva da povreda pravne sfere pojedinca bude, po mogućnosti, potpuno zaštićena od uplitanja javne vlasti, kako to danas jamči čl. 19 st. 4 Ustava.

Nalog pravne zaštite koji je ovim propisom dodijeljen sudovima može biti ostvaren samo onda kada sudski bude bilo moguće provjeriti kako ovu normu primijenjuje egzekutiva koja se upliće u pravnu sferu građana. Ovlaštenje na upravno uplitanje zbog toga mora biti dovoljno određeno.

## 167) BVerfGE 9, 137 (Einfuhrgenehmigung) Odobrenje za uvoz

Princip pravne države zahtijeva da pojedinac mora znati u kojoj mjeri država smije zadirati u njegov pravni krug; on, međutim, ne zahtijeva da zakonodavac obaveže upravu na provođenje mogućih uplitanja, kao ni da zakonodavac tačno opiše činjenična stanja u okviru kojih uprava mora odustati od dopuštenog uplitanja koje je s obzirom na činjenične pretpostavke i posljedice jednoznačno regulirano.

### Rješenje Drugog senata od 3. februara 1959. - 2 BvL 10/56 -

u postupku ustavnopravne provjere da li su ustavni § 1 st. 1 i § 4 st. 2 Zakona protiv neosnovanog nekorištenja odobrenja za uvoz od 27. decembra 1951. (...)

„Zakon protiv neosnovanog nekorištenja odobrenja za uvoz od 27. decembra 1951.

#### § 1:

(1) Ne bude li u postupku uvoza odobrenje za uvoz djelimično ili u cjelini iskorišteno, nadležna upravna služba može osobu kojoj je dodijeljeno odobrenje kazniti novčanom kaznom

(2) – (4) ...

#### § 4:

(1) Novčana kazna će se utvrditi po isteku odobrenja, najkasnije dva mjeseca od dana njenog isteka, pismenim rješenjem nadležne upravne službe.

(2) Može se odustati od novčane kazne na putu smislene primjene propisa iz § 131 Uredbe o rashodima Rajha, koja važi za raspisivanje poreza, ako osoba koja je kažnjena novčanom kaznom ne može odbraniti potpuno ili djelimično nekorištenje odobrenja.

(3) Novčana kazna se uplaćuje na račun savezne države.“

Glavni prigovor koji se stavlja zakonu o novčanoj kazni je usmjeren protiv uobličavanja koje je zakonodavac upotrebom riječi „može“ u § 1 st. 1 i § 4 st. 2 dodijelio sopstvenom propisu, naime, protiv „širine prostora slobodnog odlučivanja“.

U prigovorima je predviđeno na šta se u oba slučaja odnosi „odmjeravanje“ i da diskreciona odluka, koju je zakonodavac odobrio upravi, ne znači da ona može djelovati proizvoljno.

U § 1 nije vrsta i mjera uplitanja (prenošenje jedne obaveze) prenešena na upravnu službu koja donosi diskrecionu odluku, nego je prenešena samo odluka o tome da li će ona iskoristiti mogućnosti koje su joj jednoznačno propisane zakonom. § 4 st.

2 ne sadrži ovlaštenje na upravno uplitanje, nego prenosi na upravu pravo kojim se povlašćuje pojedinac da odustane od uplitanja koje je zakonom predviđeno za pojedinačni slučaj. Ako se na upravu prenese ovlaštenje da djeluje prema vlastitoj ocjeni, ona mora djelovati prema obavezi na donošenje odluke po osnovu vlastite ocjene i mora iskoristiti mogućnosti koje su joj propisane zakonom. Ovakva primjena zakona stoji pod prinudnom odredbom pravne države, posebno načela jednakosti. Pogrešno provođenje odmjeravanja podliježe kontroli upravnih sudova u čiji zadatak spada da u slučaju spora interpretira neodređene pravne pojmove „ne-mogućnosti-odbrane“ u § 4 st. 2.

Princip pravne države zahtijeva da uprava smije zadirati u pravni krug pojedinca samo ako je za ovo ovlaštena nekim zakonom i ako je takvo ovlaštenje prema sadržaju, predmetu, svrsi i obimu dovoljno određeno i ograničeno, tako da su uplitanja mjerljiva i da u određenom obimu za građane budu predvidljiva i proračunljiva (BVerfGE 8, 276 [325]). Upotreba riječi „može“ u zakonskoj odredbi kojom se državna uprava *opunomoćuje* da zahvata u pravni krug pojedinca odgovara, dakle, načelnom odnosu između legislative i egzekutive u pravnoj državi. Moć koja pripada egzekutivi biva proširena ovlaštenjem; ona sada može učiniti nešto što, inače, ranije nije smjela činiti. U bezbrojnim ovlaštenjima za uplitanje se zbog toga nalazi formulacija da uprava „može“ donositi odgovarajuće mjere.

Odlučujuće je iz perspektive pravne države da li je to, za što je uprava ovlaštenja, opisano na zadovoljavajuće jasan način. U tom smislu se § 1 zakona o novčanoj kazni ne može dovesti u sumnju. Uprava nije ovlaštenja da „se upliće prema vlastitoj ocjeni“, nego je ovlaštenja da prema sopstvenoj ocjeni iskoristi zakonom jasno razgraničena uplitanja. Dopušteno je utvrđivanje noćane kazne, samo ako odobrenje dodijeljeno za uvoz ne bude „djelimično ili u cjelini iskorišteno“. Pojam odobrenja za uvoz je definiran u § 1 st. 2 Zakona, tako da ovdje ne mogu nastati nejasnoće. Također je opis činjeničnog stanja „ne-mogućnosti-odbrane“ jednog odobrenja jasno skiciran, on ne ostavlja upravnim službama prostor za slobodnu ocjenu i može biti u slučaju spora provjeren pred upravnim sudovima. Isto tako jednoznačno, kao što je razgraničenje činjeničnog stanja čije ispunjenje može voditi određivanju novčane kazne, regulirana je pravna posljedica. Visina novčane kazne je u § 2 zakona utvrđena tabelarno, tako da upravi ni u ovoj tački ne ostaje nikakva sloboda odlučivanja.

Zakondavac može, kada ovlaštenja upravi daje ovlaštenje da zadire u pravni krug pojedinaca, propisivati da uprava u svakom slučaju realizacije opisanog činjeničnog stanja mora djelovati. Ali, pravna država ne podstiče generalno uobličavanje ovlaštenja za uplitanje. Pravno shvatanje koje zastupa sud koji je podnio zahtjev za donošenje prethodne odluke bi vodilo do toga da se paragrafu 1 Zakona ne bi moglo prigovoriti da je upravi propisano da u svakom slučaju u kojem je ostvareno činjenično stanje razreže novčanu kaznu. Obaveza na uplitanje bi, dakle, bila bliža principu pravne države od ovlaštenja da se uprava upliće kada je to prema obaveznoj upravnoj ocjeni potrebno za postizanje upravnih ciljeva. Princip pravne države mora, međutim, upravo zaštititi pojedinca od uplitanja javne vlasti.

Kada zakonodavac propiše ovlasti na uplitanje u formi „može-propisa“ („*Kann-Vorschrift*“) on upravi stavlja na raspolaganje ovakvo uplitanje kao sredstvo pomoću kojeg država može ostvariti zadatke koji se pred nju postavljaju. Međutim, on ne prisiljava upravu da djeluje u svim zakonom predviđenim slučajevima, jer upravo prema shvatanju zakonodavca sredstvo kojim se pojedinac opterećuje nije potrebno u svim slučajevima. On, dakle, ograničava uplitanje i upućuje da je uprava obavezna na slobodnu ocjenu da li će u svim slučajevima iskoristiti ovo sredstvo, uzimajući u obzir sve okolnosti i uvažavajući načelo jednakosti koje prožima primjenu prava. Prenošnje takve slobode odlučivanja na upravu (...) je u skladu sa pravnom državom. Ona odgovara odnosu između legislative i egzekutive i posebno je u skladu sa pravnodržavnom tendencijom da se pojedanc oslobodi od suvišnih uplitanja javne vlasti. Takav propis odgovara načelu oportuniteta koji prožima praktično djelovanje uprave. (...) Pravni položaj se ne razlikuje od odluke pred kojom stoji uprava kada želi iskoristiti mogućnost da utvrdi novčanu kaznu u prekršajnom postupku.

## **168) BVerfGE 17, 306** **(Mitfahrzentrale)** **Prevoz osobnim motornim vozilom**

O zahtjevima za pravnodržavnim uobličavanjem zakona.

**Rješenje Prvog senata od 7. aprila 1964.**  
**- 1 BvL 12/63 -**

Nije u skladu sa Ustavom zabrana koju sadrži spomenuta odredba i u kojoj je zapriječena kazna za prevoz osobnim motornim vozilom po cijeni koja ne prelazi pogonske troškove vožnje, kada se reklamiranjem javno posreduje susret između vozača i suvozača.

Zabrana je je povrijedila vlasnike i druge korisnike osobnih motornih vozila u njihovom osnovnom pravu iz čl. 1 st. 1 Ustava.

1. Zabrana ograničava opštu slobodu djelovanja posjednika privatnih motornih vozila koja je zajamčena u čl. 2 st. 1 Ustava. Ona bi, dakle, morala biti pokrivena jednom od tri ograničenja ovog osnovnog prava. U obzir odlazi samo ograničenje „ustavnog poretka“. Zakon kojim se ograničava osnovno pravo bi morao biti sastavni dio ustavnog uređenja, tj. morao bi biti formalno i sadržajno (izvan čl. 2 st. 1 Ustava) potpuno usklađen sa Ustavom (usp. o tome BVerfGE 6, 32 [36 i dalje, posebno 41]).

2. Pojedinačni propis pisanog ustavnog prava nije u suprotnosti sa zabranom. Nasuprot tome, on nije u skladu sa ključnim ustavnim principom, sa načelom pravne države.

Načelo pravne države zahtijeva – naime, kada se posmatra u vezi sa opštom pretpostavkom slobode u korist građana – da pojedinac bude pošteđen od suvšnih uplitanja javne vlasti; ako je takvo uplitanje u formi zakonske odredbe ili zabrane neophodno, njegove pretpostavke moraju biti opisane, ako je moguće jasno i tako da ih građanin može bez poteškoća shvatiti (BVerfGE 9, 137, 147). Što zakon više dotiče elementarne forme ispoljavanja ljudske slobode djelovanja, to brižljivije moraju biti odmjereni razlozi koji opravdavaju njegovo donošenje u odnosu na načelni zahtjev za slobodom građanina. To prije svega znači da sredstva uplitanja radi dostizanja zakonskog cilja moraju biti podobna kako pojedinca ne bi pretjerano opterećivala.

3. Iz te se perspektive provjeravani zakonski propis može višestruko osporiti.

a) Zakonska zabrana mora u pogledu svojih pretpostavki i u pogledu svoga sadržaja biti tako jasno formulirana da pogođeni može shvatiti pravnu situaciju i prema njoj podesiti vlastito ponašanje. Sigurno da se zakonskim propisom ne mogu unaprijed otkloniti sve nejasnoće i dileme. Ali, mora se zahtijevati da zakonodavac bar učini jasnom svoju osnovnu zamisao, cilj zakonodavne volje – posebno kada se radi o reguliranju životnog odnosa koji se srazmjerno jednostavno i lako može previdjeti i formiranje zakonske činjenične pretpostavke zbog toga ne predstavlja posebnu poteškoću. Upravo to ovdje nedostaje: § 1 st. 2 br. 1 PbefG stavlja pod zakonsku kontrolu javno posredovanje pri uzimanju suvozača, dakle, čini ih ovisnim o davanju odobrenja. Međutim, ništa nije određeno o pretpostavkama, postupku i formi odobrenja. Iz § 46, 49 se zaključuje da prevozi ovakve vrste uopšte ne mogu biti odobreni. S obzirom na očiglednu protivriječnost u pogledu zakonskog sadržaja moraju se uočiti sumnje o pravnom tretmanu ovakvog prevoza.

Savezna vlada ih smatra podobnim za odobravanje, sudovi ih smatraju zabranjenim. Ovaj spor se ne smije ići preko leđa građanina koji se izlaže riziku krivičnog gonjenja ako slijedi mišljenje Savezne vlade.

## **169) BVerfGE 37, 150** **(Sofortiger Strafvollzug)** **Neodložno izvršenje kazne**

- § 34 c st. 3 EstG ([*Einkommenssteuergesetz*] *Zakon o porezu na dohodak*) je u skladu sa Ustavom ako najviše finansijske služba saveznih zemalja uz saglasnost Saveznog ministra finansija uvode njemački porez na dohodak koji djelimično ili u cjelini pada na inozemne prihode, ili ga, iz ekonomskih razloga, utvrđuju kao paušalni iznos. Pojam „ekonomski razlozi” je s obzirom na smisao, cilj i historiju nastanka u § 34 c st. 3 EstG konkretiziran na zadovoljavajući način.
- Pretpostavke koje se stavljaju pred mjeru određenosti ovlaštenja za donošenje upravnih akata, kojima se olakšava poreska pozicija, niže

su nego kod ovlaštenja na uplitanje, jer je njihova relevancija za osnovna prava od bitno većeg značaja. To važi samo za ovlaštenje koje regulira izuzetke, kojim se jednako opterećenje svih načelno ne dotiče normom koja utemeljuje porez pogođenog, dakle, ne vodi do uništenja konkurencije.

### **Rješenje Drugog senata od 19. aprila 1978.**

#### **- 2 BvL 2/75 -**

Propis je, suprotno mišljenju Saveznog finansijskog suda od 13. januara 1996. – IV 166/61 – (BFH 85, 399) – u skladu sa zahtjevima koje Ustav, u pogledu odobravanja poreskih povlastica, stavlja pred egzekutivu.

1. Iz principa pravne države (čl. 20 st. 3 Ustava) slijedi načelo pridržavanja zakona. Ono služi jamčenju ustavom zagaranitarnih sloboda i jednakosti građana. Neophodnost zakonskog osnova osigurava da zakonodavac donosi najbitnije odluke koje pogađaju područje slobode i jednakosti građana. Ovoj pretpostavci odgovara § 34 c st. 3 (prva alternativa) EStG. Jer, zakonodavac je osnove za poreska ovlaštenja sam regulirao. Razrezivanje poreza ili utvrđivanje paušalnog poreskog iznosa podrazumijeva da je takva mjera „smislena iz ekonomskih razloga“.

2. Predmet, sadržaj, svrha i razmjeri ovakvog ovlaštenja su u skladu sa pravnodržavnim zahtjevima, jer su dovoljno određeni i razgraničeni (usp. BVerfGE 8, 274 [326 i dalje]; 13, 153 [161 i dalje]). Ovlašćivanje je, na kraju, spojivo sa pravnodržavnim načelom jednakih poreskih opterećenja, a time i sa poreskom pravdom.

a) Omjer potrebne određenosti nekog zakonskog ovlaštenja se ne može utvrditi općenito nego zavisi od vrste područja koje je regulirano, posebno od mjere u kojoj su pogođena osnovna prava i od vrste i intenziteta djelovanja na koje je ovlaštena državna uprava. § 34 c st. 3 EStG ne predstavlja postupak koji utemeljuje poresku obavezu i ne ovlašćuje na donošenje opterećujućih upravnih akata, nego naprosto na donošenje mjera koje rasterećuju poreske obveznike. Priznato je da se i kod ovakvih propisa u demokratskoj pravnoj državi mora, s obzirom na razgraničenje područja djelovanja zakonodavca i uprave, koje iziskuje pridržavanje zakona, i u interesu ostvarenja načela poreske pravde, zahtijevati neophodan stepen određenosti (usp. BVerfGE 23, 62 [73]). Premda u poreskom pravu ne idu, ruku pod ruku, opterećenja i privilegiranja, očekivanja od omjera zakonske određenosti takvih odredbi su manja nego u slučaju ovlaštenja na uplitanje jer su ona relevantnija za osnovna prava. To u svakom slučaju važi samo onda kada takvo ovlaštenje regulira izuzetke koji ne dotiču ravnomjerna opterećenja osoba koje su pogođene poreskom normom, odnosno, za izuzetke koji ne vode uništenju konkurencije.

b) Zahtjev da norme budu određene ne sprečava zakonodavca da u normi koja opunomoćuje na djelovanje predvidi generalne klauzule i neodređene pojmove.



Zakonodavac upravo bez njih ne može izići na kraj u poreskom pravu, ako želi postaviti finansijske službe u položaj da djeluju u skladu sa posebnostima konkretnog slučaja i da tako vode računa o osnovnom pravu poreskog obveznika.

Zbog toga je u ovom području dopušteno da zakonodavac finansijskoj službi stavi na raspolaganje određen prostor slobodnog odlučivanja.

3. a) Pojam „ekonomski razlozi“ ne predstavlja, kako je to mislio Savezni finansijski sud (BFH 85, 399), nedopuštenu „neodređenu klauzulu“ koja izražava „cjelinu svih posrednih i neposrednih snaga koje djeluju na privredu unutar jednog područja, koje je jasno razgraničeno od drugog područja sa jednakom valutom“ i koja proizilazi iz mnoštva najrazličitijih izvora, tako da ju je nemoguće previdjeti.

Takvo tumačenje previđa da § 24 c st. 3 EStG želi uzeti u obzir samo takve privredne razloge koji su specifično neekonomske prirode i da poresko povlaštenje zavisi od smislenosti ovih razloga – a ne isključivo od ličnih ili poslovnih odnosa. Ovakva dodatna pretpostavka postoji samo onda kada služi poreskom povlašćivanju njemačke izvozne privrede.

## **170) BVerfGE 49, 89** **(Kalkar I)** **Kalkar I**

1. Iz načela parlamentarne demokratije se ne smije izvoditi primat parlamenta i njegovih odluka u odnosu na ostale vlasti kao načelo za tumačenje kojim se prekrivaju sve ostale kompetencije.
2. Načelna normativna odluka za ili protiv pravne prihvatljivosti korištenja atomske energije u mirotvorne svrhe na području Savezne Republike Njemačke je zbog njenog dalekosežnog učinka na građane, posebno na područje njihove slobode i jednakosti, na opšte životne odnose kao i zbog vrste i intenziteta reguliranja koje je ovim nužno povezano, temeljna i bitna odluka u smislu pridržavanja zakona. Isključivo je zakonodavac pozvan da je donese.
3. Donese li zakonodavac neku odluku čije se osnove odlučno dovode u pitanje razvojem, koji se u trenutku donošenja zakona nije mogao predvidjeti, on snagom Ustava može biti obavezan da provjeri, da li se prvobitna odluka može održati i u promijenjenim okolnostima.
4. Prevashodno je, u situaciji koja je nužno opterećena neizvjesnošću, politička odgovornosti zakonodavca i vlade, da u okviru sopstvenih nadležnosti donesu odluke koje smatraju svrhovitim. U takvoj situaciji nije zadatak sudova da svojim procjenama stupe na mjesto nadležnih političkih organa.

5. § 7 st. 2 br. 3 AtomG, u verziji koja je okrenuta prema budućnosti, služi dinamičnoj zaštiti osnovnih prava. Ona pomaže da se svaki put na najbolji način ostvari zaštićeni cilj iz § 1 br. 2 AtomG.
6. Zahtjev da zakonodavac, s obzirom na svoju zaštitnu funkciju, donese propis koji bi sa asolutnom sigurnošću isključio ugrožavanje osnovnih prava, koje može nastupiti odobravanjem tehničkih postrojenja i njihovim stavljanjem u pogon, predstavlja nerazumijevanje ljudske mogućnosti spoznaje i sprečavanje svakog državnog odobravanja da se koristi tehnika. Za uobličavanje socijalnog uređenja se u tom smislu moraju koristiti procjene praktičnog uma. Postoje neizvjesnosti koje prevazilaze prag praktičnog uma i svi ih građani moraju nositi kao socijalni teret.

### **Rješenje Drugog senata od 8. augusta 1978.**

#### **- 2 BvL 8/77 -**

u postupku provjere ustavnosti § 7 Zakona o korištenju atomske energije u mirotno svrhe i o zaštiti od opasnosti koje od nje dolaze, od 23. decembra 1959. (...) kada ovi propisi omogućuju odobravanje atomskih centrala po tipu takozvane brze reakcije (...)

§ 7 AtomG glasi:

„Odobranje postrojenja

(1) Ko podiže stalno postrojenje za dobijanje ili preradu ili za razbijanje atomskog materijala ili za preradu ozračenih materijala, koristi ili na neki drugi način posjeduje postrojenje ili bitno mijenja njegovu namjenu, mora imati odobrenje.

(2) Odobrenje smije biti dodijeljeno samo ako

1. ne postoje činjenice na osnovu kojih se može posumnjati u pouzdanost podnosioca zahtjeva i osobe koja za ovo posjeduju odgovarajuća stručna znanja, a odgovorna je za podizanje, vođenje i nadzor postrojenja,
2. je zajamčeno da osobe koje su, inače, zaposlene u pogonu posjeduju neophodna znanja o mogućim opasnostima i zaštitnim mjerama kod sigurnog stavljanja u pogon postrojenja,
3. su poduzete neophodne preventivne mjere za sprečavanje šteta koje bi prema stanju znanosti i tehnike mogle nastati podizanjem i stavljanjem u pogon postrojenja,
4. su poduzete potrebne preventivne mjere za ispunjenje zakonom predviđenih obaveza za nadoknadu šteta,
5. je zajamčena neophodna zaštita u slučaju nastupanja smetnji ili sličnih utjecaja trećih,

6. ne postoje suprostavljani javni interesi, posebno u pogledu održavanja čistoće voda, vazduha i tla, izbora mjesta građne postrojenja.“

(...)

Prema shvatanju suda koji je predmet podnio na odluku ovaj propis je u suprotnosti sa principom podjele vlasti (čl. 20 st. 2 rečenica 2 Ustava), sa principom parlamentarne demokratije (čl. 20 st. 1 i 2 Ustava) i sa principom pravne države (čl. 20 st. 3 Ustava) budući da oni u sadašnjoj verziji omogućuju korištenje brzih reaktora za cijepanje atoma.

§ 7 st. 1 i 2 AtomG je u skladu sa Ustavom.

1. a) Ustav za donošenje temeljnih odluka ne ostavlja parlamentu obuhvatan primat. On preko ustrojstva kompetencija, koje slijedi podjelu vlasti, postavlja granice njegovim ovlaštenjima. Dalekosežne odluke – upravo političke – spadaju u kompetencije ostalih visokih državnih organa, kao naprimjer, određivanje smjernica politici preko Saveznog kancelara (čl. 65 st. 1 Ustava), raspuštanje Saveznog vijeća (Bundestag) (čl. 68 Ustava), proglašenje zakonodavnog stanja nužde (čl. 81 Ustava) ili važnije vanjskopolitičke odluke, kao što je uspostavljanje ili prekid diplomatskih odnosa. Saveznom vijeću koje takve mjere ne odobrava ostaju njegova kontrolna ovlaštenja; ono u datom slučaju može izabrati novog Saveznog kancelara i time utjecati na pad Savezne vlade; ono može upotrijebiti svoje interne kompetencije, ali Ustav mu u ovim pitanjima ne priznaje kompetenciju donošenja odluke. Konkretna poredak raspodjele i balansiranja državne moći, koje Ustav želi imati zajamčene, ne smije biti izigran monizmom vlasti u formi obuhvatne prevlasti parlamenta koji bi pogrešno bio izveden iz principa demokratije. Iz okolnosti da narod neposredno bira sve članove parlamenta ne slijedi da druge institucije i funkcije državne vlasti ne moraju biti demokratski legitimirane. Organi zakonodavne, izvršne i pravosudne vlasti dobijaju svoju institucionalnu i funkcionalnu demokratsku legitimaciju iz odluka koje je u čl. 20 st. 2 Ustava donio ustavotvorac.

b) U predmetnom slučaju se radi o području donošenja prava, dakle, o području za koje Ustav predviđa odgovarajuće ustrojstvo kompetencije. Ovdje iz načela opšteg pridržavanja zakona slijedi da egzekutiva, koja sopstvenim aktima bitno pogađa područje slobode i jednakosti građana, mora imati zakonski osnov.

2. § 7 st. 1 i 2 AtomG nije u suprotnosti sa načelom pridržavanja zakona.

a) Istina, načelo pridržavanja zakona nije izričito regulirano Ustavom, njegovo važenje slijedi, međutim, iz čl. 20 st. 3 Ustava (BVerfGE 40, 237 [248]). Razumijevanje ovog načela se, posebno s obzirom na razumijevanje njegove demokratske komponente, izmijenilo zadnjih godina (...). Danas u stalnu sudsku praksu spada zakonodavčeva obaveza – neovisno o svojstvu „uplitanje“ – da sam donese sve najbitnije odluke u ključnim normativnim područjima ako su ova dostupna

državnom reguliranju (...). Čl 80 st. 1 i 59 st. 2 rečenica 1 druga polurečenica Ustava kao i posebna pridržavanja zakona su izraz opšteg pridržavanja zakona.

U kojim područjima državno djelovanje iziskuje pravni osnov u formalnom zakonu, može se ustanoviti samo u pogledu svakog stvarnog područja i intenziteta planiranog i donešenog propisa.

Prema istim omjerima se odlučuje da li će zakonodavac, kako to, dalje, zahtijeva ustavnoporavno pridržavanje zakona (BVerfGE 34, 165, 192), sa normom koja je podnešena na provjeru sam utvrditi najbitnije normativne osnove pravnog područja koje se regulira, kako ove ne bi prepustio npr. djelovanju uprave.

b) Načelna normativna odluka za ili protiv pravne dopuštenosti korištenja atomske energije u mirtovorne svrhe na području Savezne Republike Njemačke je zbog dalekosežnog utjecaja na građane, posebno na područje njihove slobode i jednakosti, na opšte životne odnose i zbog vrste i intenziteta propisa koji je ovim nužno povezan, temeljna i bitna odluka u smislu pridržavanja zakona. Isključivo je zakonodavac pozvan da je donese.

Isto važi za propise koji određuju davanje dozvola za postrojenja u smislu § 7 st. 1 AtomG. Radi se o aktima koji područje osnovnog prava građanina mogu bitno pogoditi kada egzekutva odobrava ili neodobrava takva postrojenja. (...)

Zakonodavac je u § 1 AtomG donio temeljnu odluku za korištenje atomske eneregije i istovremeno je u pogledu neophodnosti zaštite odredio visoke standarde zaštite i granice korištenja atomske energije. U ovim okvirima je on u § 7 st. 1 i 2 AtomG regulirao sva bitna i temeljna pitanja dodjele odobrenja. (...)

c) Ovim, međutim, nije ništa kazano da li, i u datim okolnostima, pod kojim uslovima zakonodavac mora ponovo odlučivati o pravnim pretpostavkama za uspostavljanje i stavljanje u pogon reaktora brze reakcije. Odluči li zakonodavac ponovo da će dovesti u pitanje razvoj koji u vrijeme donošenja zakona još uvijek nije bio predvidiv, on će biti obavezan snagom zakona da provjeri, može li se prvobitna odluka održati i pod izmijenjenim okolnostima.

Iz ustavnopravne perspektive se ništa ne može prigovoriti zakonodavcu koji nije smatrao da je potrebno „dopisati“ propis u pogledu korištenja tehnike brzog cijepanja atoma i njenih posljedica, kao što je to npr. pitanje zbrinjavanja atomskog otpada.

3. § 7 st. 1 i 2 AtomG također nije u suprotnosti sa ustavnopravnim zahtjevom da zakoni budu dovoljno određeni.

§ 7 st. 1 i 2 AtomG koristi neodređene pojmove u najširem smislu. Prema stalnoj pravosudnoj praksi, korištenje neodređenih pravnih pojmova je načelno neproblematično (usp. BVerfGE 21, 73 [79]; 31, 255 [264]; 37, 132 [142]). U pogledu pitanja kakve se pretpostavke određenosti u pojedinostima moraju ispuniti,

moraju se uzeti u obzir posebnosti svakog predmeta reguliranja kao i intenzitet reguliranja (usp. BVerfGE 48, 210 [221 i dalje ]). Niže uslovi se postavljaju prije svega za situacije koje su višeslojne (BVerfGE 11, 234 [237]; 21, 1 [4]; 28, 175 [183]) ili kada se očekuje da će se stvarni odnosi brzo promijeniti (BVerfGE 8, 274 [326]; 14, 245 [251]). (...)

4. § 7 st. 1 i 2 AtomG nije u suprotnosti sa osnovnim pravima ili objektivno-pravnim obavezama na zaštitu koje se izvode iz uređenja osnovnih prava. (...) Kako god da se pri tumačenju određuju pojmovi preventive, štete i – s njom u vezi – opasnosti i ostatka rizika, Zakon iz ustavnopravne perspektive isključuje odobrenje ako izgradnja ili upotreba postrojenja vodi do oštećenja koja se predstavljaju kao povrede osnovnih prava. Zakon u svakom slučaju ne računa sa specifičnom minimalnom štetom ili sa ostatkom štete bilo koje vrsta koja je specifična za postrojenja, a koja bi se u svjetlu osnovnog prava iz čl. 2 st. 2 rečenica 1 vidjela kao povreda ovog ili nekog drugog osnovnog prava. U suprotnom bi Zakon o atomskoj energiji, budući da se u pogledu tipa ovakvih oštećenja radi o potpuno novim ograničenjima osnovnog prava, morao prema čl. 19 st. 1 rečenica 2 Ustava biti izričito ograničen, kako se to primjerice dogodilo sa osnovnim pravom na tjelesnu neprikosnovenost u § 12 st. 2 prema odredbama stava 1 rečenica 1 br. 4 AtomG.

## **171) BVerfGE 98, 218** **(Rechtschreibreform)** **Reforma pravopisa**

1. Državi nije snagom Ustava zabranjeno da za potrebe nastave donosi propise o pravopisu njemačkog jezika. Ustav, isto tako, ne sadrži generalnu zabranu kreativnog uplitanja u pravopis.

(...)

### **Presuda Prvog senata od 14. jula 1998,** **na osnovu usmene rasprave od 12. maja 1998.** **- 1 BvR 1640/97 -**

(...)

1. Suprotno shvatanju apelanta, načelo pridržavanja zakona ne iziskuje nužno donošenje takvog propisa.

a) Ovo načelo zahtijeva da se državno djelovanje u određenim ključnim područjima legitimira posredstvom formalnih zakona. Zakonodavačeva je obaveza da sam donese sve bitne odluke i da ih ne prepusti drugim donosiocima normi. Samo se na osnovu stvarnog područja i u pogledu specifičnosti pogođenog regulativnog područja može utvrditi kada je potrebno da parlamentarni zakonodavac pristupi

reguliranju. Ustavnopravni principi vrednovanja se ovdje izvode iz temeljnih ustavnih principa, posebno iz osnovnih prava koja su njima zajamčena (usp. BVerfGE 40, 237 [248 i dalje]; 49, 89 [126 i dalje]; 95, 267 [307 i dalje]). Pri tom pojam bitno, u području koje je relevantno za osnovna prava, znači „bitno za ostvarivanje osnovnih prava“ (usp. BVerfGE 47, 46 [79] sa daljim napomenama; 83, 130 [140]). Činjenica da je neko pitanje politički sporno ne vodi, ako ga uzumemo samo za sebe, do toga da ga moramo razumijevati kao bitno (usp. BVerfGE 49, 89 [126]). Osim toga, mora se uzeti u obzir da se organizacionim i funkcionalnim razdvajanjem vlasti iz čl. 20 st. 2 Ustava želi postići da državne odluke budu tačne, to znači da ih donose organi koji raspoložu najboljim pretpostavkama u pogledu vlastite organizacije, sastava, funkcija i postupaka. Ovakav cilj ne smije biti izigran monizmom vlasti u formi obuhvatnog pridržavanja parlamenta (usp. BVerfGE 68, 1 [86 i dalje]).

(b) Pridržavanje zakona se mora – pod ovim pretpostavkama – poštovati i u području školstva (usp. BVerfGE 34, 165 [192 i dalje]; 41, 251 [259 i dalje]; 45, 400 [417 i dalje]; 47, 46 [78 i dalje]; 58, 257 [268 i dalje]). Prema intenzitetu kojim se svaki put pogađaju osnovna prava adresata konkretnog propisa se određuje da li je i u kojoj mjeri za ovakvu regulaciju potreban parlamentarni zakonodavac (BVerfGE 58, 257 [274]). Specijalno je u pogledu čl. 6 st. 2 rečenica 1 Ustava značajno da li će granice iz područja suprostavljenih vrijednosti iz čl. 7 st. 1 Ustava, koji podrazumijeva pravo države da obrazuje i vaspitava, i roditeljskog prava na vaspitanje biti u supstancijalnom pogledu pomjerene na teret roditeljskog prava.

(...)

## **172) BVerfGE 34, 269**

(Soraya)

**Soraya**

U skladu su sa Ustavom presude civilnih sudova, prema kojima teške povrede opšteg prava ličnosti vode novčanoj nadoknati i za nematerijalne štete

**Rješenje Prvog senata od 14 februara 1973.**

**- 1 BvR 112/65 -**

Dok se opšte pravo ličnosti brzo prihvatilo u pravosuđu i literaturi, ostalo je sporno pitanje da li se prema važećem pravu za povredu opšteg prava ličnosti može zahtijevati novčana nadoknada zbog nematerijalne štete. (...) 1958. godine je Savezni sud u tzv. „Herrenreiter“-presudi prvi put presudio da oštećenom u pogledu njegovog prava ličnosti, zbog neimovinskih šteta pripada simbolično obeštećenje u novcu (BGHZ 26, 349). U obrazloženju koje se oslanja na odluku iz 1954. (BGHZ 13, 334) je utvrđeno kako se iz čl. 1 i 2 Ustava ne može isvesti samo pravna odredba da se ličnost poštuje. Iz njih slijedi da je nužno zajamčiti nadoknadu specifične štete koja

nastaje zadiranjem u lično područje zaštite. Obavezivanje na nadoknadu štete se oslanja na analognu primjenu § 847 BGB.

Apelant izdaje „Die Welt“ koji pripada koncernu Axel-Springer, ranije je izdavao sedmični časopis „Das neue Blatt mit Gerichtswoche“.

1961. i 1962. se časopis objavljivanjem fotografija ponovo bavio bivšom suprugom iranskog šaha, princezom Soraya Esfandiary-Bakhtiary. Na prvoj strani izdanja od 29. aprila 1961. je pod naslovom „Soraya: šah mi više ne piše“ objavljena tzv. posebna vijest sa „ekskluzivnim intervjuom“, koje je navodno princeza Soraya odobrila jednoj novinarki. U njemu su objavljene izjave princeze o njenom privatnom životu. Intervju je časopisu „Neues Blatt“ prodala honorarna saradnica; on je bio izmišljen.

Zemaljski sud je je prihvatio tužbu princeze Soraja na isplatu odštete zbog povrede njenog prava na ličnost i osudio je apelanta na isplatu ukupnog iznosa od 15000 DM. Žalba i zahtjev za revizijom su ostali bez spjeha.

Ustavnom tužbom apelanti se pozivaju na povredu čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 2 i 3, čl. 5 st. 1 rečenica 2 i st. 2, čl. 103 st. 2 Ustava kao i „preventivno“ na povredu njihovih osnovnih prava iz čl. 3, 12, 14 Ustava. U obrazloženju navode: Primjena pravnog stava, prema kojem se i za povredu opšteg prava ličnosti pod određenim pretpostavkama isplaćuje novčana nadokanda i za idealne štete, nije u okviru ustavnog uređenja, jer ovaj stav može biti izveden samo na osnovu povrede principa podjele vlasti koji je utvrđen u čl. 20 st. 2 i 3 Ustava. Osparavane odluke zbog toga na nedopušten način zadiru u slobodu djelovanja. Savezni sud odobrava odštetu za pretrpljene bolove contra legem, jer se ova pravna posljedica ne može ni neposredno, ni na putu pravne analogije izvesti iz propisa Građanskog zakonika.

Ustavna tužba je neosnovana.

1. Tradicionalno vezivanje sudije za zakon, ključni dio načela podjele vlasti, a time i pravne državnosti, je u Ustavu, bar u pogledu formulacije, izmijenjeno tako što je pravosuđe vezano „zakonom i pravom“ (čl. 20 st. 3 Ustava). Prema opštem mišljenju ovim se odbija uzak zakonski pozitivizam. Formula svjesno izražava da se zakon i pravo faktički općenito, ali ne i nužno i uvijek podudaraju. Pravo nije identično sa cjelinom pisanih prava. U odnosu na pozitivnu reglementaciju državne vlasti u izvjesnim okolnostima može postojati višak prava koji u ustavnopravnom uređenju posjeduje sopstveni izvor kao smislenu cjelinu i u odnosu na pisano pravo djeluje kao korektiv; zadatak je pravosuđa da ga pronađe i utka u odluke. Sudija prema tom načelu nije upućen na primjenu zakonodavnih odredbi na pojedinačan slučaj, s obzirom na moguće jezičko značenje. Takvo bi shvatanje podrazumijevalo savršenstvo pozitivnog državnog poretka, stanje koje se može zastupati kao principijelni postulat pravne sigurnosti, ali je praktično nedostižno: sudska djelatnost ne postoji samo u spoznaji i iznošenju zakonodavčevih odluka. Zadatak pravosuđa

može posebno zahtijevati da se u jednom aktu vrednosne spoznaje, kojem nedostaju voljni elementi, na svjetlo dana iznesu, i da se realiziraju u odlukama, vrednosne predstave koje su imanente ustavnopravnom uređenju, ali u tekstu pisanih zakona nisu došle, ili su nepotpuno došle do izražaja. Sudija se mora pri tom osloboditi proizvoljnog odlučivanja; njegova odluka mora počivati na racionalnoj argumentaciji. Mora se učiniti razumljivim da zakon ne okončava svoju funkciju u pravednom rješenju jednog pravnog problema. Pravna odluka onda pokriva ovu prazninu prema pravilima praktičnog uma i u skladu sa „fundiranim opštim predstavama o jednakosti u zajednici“ (BVerfGE 9, 338 [349]).

Ovaj zadatak i ovlaštenje, da se „stvaralački presuđuje“, sudiji u osnovi – posebno u okviru važenja Ustava – nikada nije osporen (...). Najviši sudovi su ga od početka uzimali u obzir (usp. npr. BGHZ 3, 302 [315]; 4, 153 [158]; BAG 1, 279 [280 i dalje]. Savezni ustavni sud ga je uvijek priznavao (usp. npr. BVerfGE 3, 225 [243 i dalje]; 13, 153 [164]; 18, 224 [237 i dalje]; 25, 167 [183]). Veliki senat vrhovnih sudova zakonodavcu izričito priznaju da „dorađuje pravo“ (tako npr. § 137 GVG). U pojedinim pravnim područjima, tako npr. u Radnom pravu, je ono kao posljedica zaostajanja zakonodavstva izvan toka socijalnog razvoja zadobilo posebnu težinu.

Mogu biti upitne samo granice koje, s obzirom na načelo vezivanja pravosuđa za zakon kao izraz pravne državnosti, moraju biti stavljene ovakvom stvaralačkom iznalaženju prava. One se ne mogu obuhvatiti jednom formulom koja bi na jednak način važila za sva pravna područja i za sve pravne odnose koji su za njih ili posredstvom njih stvoreni.

## **173) BVerfGE 111, 307** (EGMR – Würdigung) **Uzimanje u obzir odluka ESLJP**

1. Vezivanje za zakon i za pravo podrazumijeva da se, kad je god to moguće, uzimu u obzir garancija Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i odluke Evropskog suda za ljudska prava, u okvirima metodski dopuštenog tumačenja zakona. U suprotnosti sa osnovnim pravom i principom pravne države je izbjegavanje da se raspravi neka odluka Evropskog suda kao i njeno šematsko „izvršenje“ koje bi bilo u suprotnosti sa višim pravom.
2. Državni organi su obavezni da prilikom uzimanja u obzir odluka Evropskog suda uračunaju i njihov učinak na nacionalni pravni poredak. Ovo posebno važi za situacije u kojima se kod odgovarajućeg nacionalnog prava radi o izbalansiranom djelimičnom sistemu unutardržavnog prava, koje želi uravnotežiti različite pozicije osnovnih prava.



**Rješenje Drugog senata od 14. oktobra 2004.**  
**- 2 BvR 1481/04 -**

**174) BVerfGE 21, 378**  
**(Doppelbestrafung)**  
**Dvostruko osuđivanje**

1. Čl. 103 st. 3 Ustava se ne primijenjuje na odnos disciplinskih zatvorskih kazni prema Uredbi o vojnoj disciplini i kriminalnim kaznama.
2. Nije spojivo sa načelom pravne državnosti da zbog iste disciplinske mjere dođe do krivičnog osuđivanja za isto krivično djelo, a da se ne uzme u obzir upravo određena disciplinska kazna zatvora.

**Rješenje Drugog senata od 2. maja 1967.**  
**- 2 BvR 391/64 i 263 66 -**

Apelant pod 2) je od aprila 1965. do juna 1966. bio vojni obaveznik u Bundeswehru (*Saveznoj armiji*). Dana 6. augusta 1965. je komandir bataljona protiv njega odredio disciplinsku kaznu od 7 dana zatvora uz obrazloženje da je apelant 25. jula 1965. u Stadeu prekršio strogu zabranu izlaska od 7 dana koja mu je određena, da nije postupio po naredbi dežurnog oficira, da ga je izvrijeđao i fizički napao. Apelant je izdržao kaznu zatvora.

Zbog odbijanja poslušnosti i svakodnevnog napada na dežurnog oficira je javno tužilaštvo podiglo optužnicu. Vojni sud Stade je 27. augusta 1965 – 9 Ms 38/65 – osudio apelanta na 2 mjeseca zatvora zbog djela počinjenih protiv §§ 20, 25 WStG, 73 StGB.

Apelant je izdržao kaznu zatvora u maju i junu 1966.

Savezni ustavni sud je Rješenjem od 2. maja 1967. – 2 BvL 1 /66 – povodom podnošenja pitanja na odluku Vojnog suda, presudio da paralelno osuđivanje zbog kriminalnih radnji i disciplinskih mjera za isto krivično djelo nije u suprotnosti sa čl. 103 st. 3 Ustava. Prema ovom propisu ne smije biti provedeno višestruko kažnjavanje na osnovu „opštih krivičnih zakona“ za isto krivično djelo.

Kako to proizilazi iz historije nastanka čl. 103 st. 3 Ustava (...) pod „opštim krivičnim zakonima“ se podrazumijevaju kriminalni zakoni, a ne uobičajeni disciplinski zakoni.

U području vojnog disciplinskog prava uobičajeni disciplinski zakoni oduvijek sadrže kazne zatvora. Osuđivanje kriminalnom kaznom pored kazne zatvora koja je donešena u disciplinskom postupku može predstavljati „dvostruko osuđivanje“ u smislu čl. 103 st. 3 Ustava, ako zatvorska kazna ni na koji način nema disciplinski karakter, nego bi

prije svega predstavljala čistu kriminalnu kaznu. To ovdje, međutim, nije slučaj. Čl. 103 st. 3 Ustava se zbog toga ne primijenjuje u odnosima disciplinskog kažnjavanja zatvorom u području kriminalnih kazni.

Kazna zatvora koja je utvrđena na putu disciplinskog kažnjavanja ne isključuje kasnije krivičnopravno gonjenje za isto djelo. Oba postupka stoje pod utjecajem različitih aspekata. Zbog toga bi bilo u suprotnosti sa principom pravne sigurnosti i pravde ako bi se neko djelo koje ne povređuje samo disipnisku mjeru nego i krivični zakon moglo zaključiti disciplinskim kažnjavanjem.

Nije spojivo sa načelom pravne državnosti da zbog iste disciplinske mjere dođe do krivičnopravnog osuđivanja za isto krivično djelo, a da se ne uzme u obzir upravo određena disciplinska kazna zatvora. Ideja pravde koja se nalazi u pravnodržavnoj zamisli (usp. BVerfGE 7, 89 [92]; 7, 194 [196]; 20, 323 [331]), također, ne isključuje da vojnik, koji je zbog jednog te istog djela najprije bio osuđen na kaznu lišenja slobode, prema Uredbi o vojnoj disciplini, u cjelini izdrži dodatnu kaznu lišavanja slobode koju je krivični sud smatrao primjerenom za konkretno djelo. Ono određuje, međutim, da se prilikom utvrđivanja kriminalne kazne, koja je izrečena iz drugog ugla gledanja, uračuna kazna lišenja slobode koja joj je prema učinku jednaka.

Pravnodržavnoj tradiciji odgovara zahtjev da se disciplinska kazna lišenja slobode uračuna u kasniju kaznu lišenja slobode koja je utvrđena za isto djelo.

## **175) BVerfGE 30, 367** (Bundesentschädigungsgesetz) **Savezni zakon o obeštećenju**

**Rješenje Drugog senata od 23. marta 1971.**  
**- 2 BvL 2/66, 2 BvR 168, 197, 210, 472/66 -**

Predmet zajedničkog postupka je izmjena § 150 Saveznog zakona o obeštećenju ([*Bundesentschädigungsgesetz*] BEG), Zaključnim BEG-Zakonom od 14. septembra 1965. (BGBl. I s. 1315), jer se tamo ograničava pravo progonjenih, koji su pod uslovima retroaktivnog stupanja na snagu zakona, na dan 1. oktobra 1953, dakle, u trenutku iz prošlosti, ispunili činjenične pretpostavke (§ 150 st. 2 n.F.). U verziji § 150 BEG, koja je ranije važila, nije postojao izričito određen, takozvani probni-dan.

Sva novčana potraživanja, koja je predvidio Zakon o obeštećenjima, su podrazumijevala da postoji oštećenje života, tijela, zdravlja, slobode, vlasništva, imovine, poslovnog ili privrednog napretka koja je prouzrokovala nacionalsocijalistička monopolizacija vlasti.

Određivanje probnog-dana iz § 150 st. 2 BEG n.F. je u suprotnosti sa principom

pravne države (čl. 20 Ustava). Ustavne tužbe su osnovane.

Istina, retroaktivni zakon nije uvijek u suprotnosti sa Ustavom. Apsolutna zabrana retroaktivnog djelovanja krivičnog prava ne važi općenito za pravni poredak. Prema stalnoj pravosudnoj praksi Saveznog ustavnog suda su zakoni koji uspostavljaju opterećenja, koji unazad reguliraju zaključena činjenična stanja, u pravilu „u suprotnosti sa zahtjevom pravne državnosti, čiji bitan element predstavlja pravna sigurnost, koja za građane u prvoj liniji znači zaštitu povjerenja“ (BVerfGE 18, 429 [439]; isto tako 23, 12 [32]; 24, 220 [229]). U tom smislu postoji čisto (retroaktivno) djelovanje zakona unazad, kada zakon naknadno regulira činjenična stanja koja su već formirana, koja pripadaju prošlosti, tako što ih mijenja; ono je u suprotnosti sa utjecajem na trenutna činjenična stanja i pravne odnose koji još uvijek nisu zaključeni (tzv. nečisto, retrospektivno djelovanje unazad) (usp. BVerfGE 11, 139 [145 i dalje], stalna jurisdikcija). Ustav načelno štiti povjerenje tako što zahtijeva da ostanu priznate zakonske posljedice koje se oslanjaju na zaključena činjenična stanja (usp. BVerfGE 13, 261 [271]). (...)

Zaključni BEG-Zakon koji unazad ograničava činjeničnu pretpostavku uvođenjem probnog-dana, za sve koji se time isključuju iz obeštećenja koje im je ranije stajalo na raspolaganju, predstavlja propis koji ih opterećuje. Ne razumijevaju se samo zakoni o davanjima i ostali zakoni koji sadrže odredbe i zabrane, kao zakoni koji stvaraju opterećenja, nego se takvim moraju smatrati sve pravne norme koje pogoršavaju postojeću pravnu poziciju. Za progonjene, koji su nakon 1. oktobra 1953. progonani u smislu § 1 BVFG, a zbog toga prema § 150 st. 2 BEG n. F. nemaju više pravo na obeštećenje, osporavani propis prema svojoj prirodi stvara opterećenja.

On zadire i u zaključena činjenična stanja. Jer, činjenice na koje se oslanjaju norme iz kojih se izvode prava na obeštećenja su definitivno smještene u prošlosti: Kod pravnih stavova iz kojih se izvode prava, „ostvarena činjenica“ ne znači da je ona „odobrena rješenjem“ jer se do nje može dospjeti samo zakonskim reguliranjem činjeničnih pretpostavki, a ne izvršnim aktom uprave. Da bi se kod normi koje reguliraju prava moglo govoriti o „čistom djelovanju unazad“ dovoljno je da zakonodavac zahvata u činjenična stanja koja su zaključena prije proglašenja zakona i koja zadovoljavaju činjenične pretpostavke koje su do sada važile za ostvarenje prava.

Načelna zabrana zakona koji donose opterećenja sa čistim retroaktivnim djelovanjem počiva na ideji zaštite povjerenja koja je ukorijenjena u principu pravne države. Izuzeci mogu važiti samo ako se ne treba zaštititi povjerenje u određenu pravnu poziciju, jer ono nije opravdano s obzirom na činjenice (usp. BVerfGE 13, 261 [271 i dalje]). Takve posebne okolnosti ovdje ne postoje.

(A) Zaštita povjerenja se ne zahtijeva ako se u trenutku, na koji se odnosi zakonska pravna posljedica, mora računati sa takvim propisom (usp. BVerfGE 13, 261 [272] sa daljim uputama). (...)

(B) Na važeće pravo se građanin ne može osloniti ni onda kada je pravna situacija nejasna, neprozirna i nepotpuna (usp. BVerfGE 7, 129 [151 i dalje]; 11, 64 [73 i dalje]; 13, 261 [272]) ili je u neskladu sa sistemom i nepravedna u mjeri koja dopušta ozbiljne sumnje u njenu ustavnost (BVerfGE 13, 215 [224]; 19, 187 [197]). U takvim slučajevima princip pravne države zahtijeva da pravna sigurnost i pravda budu uspostavljeni propisom koji djeluje unazad. (...)

(C) Povjerenje pogođenog u važeću pravnu konstelaciju ne zahtijeva zaštitu u pogledu stvarno potrebnih zakonskih promjena koje djeluju unazad, čak ni ako time ne bi bile prouzrokovane nikakve, ili bi bile prouzrokovane nebitne štete. Princip pravne države ne štiti od svih oblika razočarenja (usp. BVerfGE 14, 288 [299]; 22, 241 [252]). Zakonski propis mora biti generalno pogodan, da iz očekivane postojanosti povjerenja izvede ili da utječna odluke i dispozicije koje su se kod promjene pravnog položaja pokazale kao štetne (BVerfGE 13, 39 [45 i dalje]).

Šteta koja je pretrpljena isključivanjem iz prava na nadoknadu se sastoji u tome da se gube prava na nadoknadu koja bi se prema zakonu i prema pravnom položaju zasigurno mogla očekivati, budući da upravne službe u tom pogledu ne mogu donositi diskrecione odluke. Povjerenja u prava koje ne predstavlja običnu nadu, po prirodi stvari stvaraju odgovarajuće dispozicije koje pogođeni ne mora obrazlagati u svakom konkretnom slučaju. U svemu ostalom javnopravno polaganje prava na ne baš beznačajna novčana davanja predstavlja imovinsku vrijednost (...), pri čemu se utvrđuje da se štetan propis mora mjeriti prema principu pravne države i onda kada pogađa manji broj građana. Oni su u svakom slučaju razočarani u pogledu opravdanog očekivanja prema važećoj pravnoj konstelaciji. Značajnije pogoršanje ove pravne konstelacije za manji krug pogođenih može učiniti nevažećim propis sa povratnim dejstvom. (...)

Konačno, ne zadovoljava tvrdnja da se novim reguliranjem državnim službama i sudovima želi olakšati realizacija zahtjeva za obeštećenjem kako bi se opravdao izuzetak od načelne zabrane čistog povratnog dejstva zakona koji stvaraju opterećenja.

Budući da § 150 st. 2 BEG n.F. nije u skladu sa Ustavom već zbog toga što krši princip pravne države, nije potrebno utvrđivati da li on povređuje i osnovna prava iz čl. 3 st. 1 i čl. 14 Ustava.

Kako je prema svemu tome § 150 st. 2 BEG n.F. nespojiv sa Ustavom, on se prema § 78 BVerfGG proglašava ništavim.

Presude Saveznog suda koje počivaju na neustavnim osnovama se ukidaju, a postupak u kojem su one donešene se vraća ponovo na Zemaljski sud.

**176) 2 BvR 2048/13**  
(Verständigung im Strafverfahren)  
**Sporazum u krivičnom postupku**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 079/2014 od 17. septembra 2014. godine

Rješenje od 25. avgusta 2014. godine

-2 BvR 2048/13-

**Sporazum u krivičnom postupku: optuženi prije davanja saglasnosti mora biti poučen**

Pouka optuženom koja je za sporazum o priznanju krivice zakonom propisana, ne samo da mora uslijediti prije njegovog priznanja, nego i prije nego što izjavi da je saglasan sa sporazumom. To proizlazi iz prava optuženog na pravičan postupak u skladu sa načelima pravne države te ustavnopravnim načelom da svaka osoba može samostalno odlučivati o svom učešću u krivičnom postupku. Ako se optuženi pouči tek nakon što je dao saglasnost za sporazum, u pravilu će se njegovo priznanje i presuda u krivičnom postupku, zasnivati na povredi osnovnog prava. Da bi donio drugačiju ocjenu, reviziono sud bi u pojedinom slučaju morao utvrditi konkretne činjenice. Stoga je Drugo vijeće Drugog senata Saveznog ustavnog suda ukinulo pobijanu presudu revizionog suda i predmet vratilo na ponovno suđenje.

**Činjenično stanje i tok postupka:**

Presudom od 19. decembra 2012. godine Zemałjski sud u Berlinu je apelanta osudio na zatvorsku kaznu u trajanju od 6 godina zbog krivičnog djela zloupotreba opojnih sredstava. Presudi je prethodio prijedlog sporazuma o priznanju krivice, koji je inicirao branilac optuženog. Krivično vijeće je apelantu obećalo da neće biti osuđen na zatvorsku kaznu dužu od 6 godina i 6 mjeseci ako, između ostalog, da vjerodostojno priznanje i odrekne se svih novčanih sredstava i predmeta koji su mu oduzeti. Apelant, njegov branilac i državno tužilaštvo su se saglasili sa prijedlogom Krivičnog vijeća, ali je apelant tek nakon toga poučen u smislu § 257c st. 5 Uredbe o krivičnom postupku (StPO). Optuženi je priznao krivnju sedam dana kasnije, na sljedećem glavnom pretresu. U revizionom postupku je apelant prigovorio da ga Zemałjski sud nije poučio upravo pri iznošenju prijedloga o zaključenju sporazuma. Savezni sud je reviziju odbacio presudom od 7. avgusta 2013. godine.

**Bitni argumenti suda:**

Pobijanim odlukama Zemaljskog suda u Berlinu i Saveznog suda vrijeđa se apelantovo pravo na fer postupak koje je u skladu sa načelima pravne države, a također je povrijeđeno i njegovo pravo da ne tereti samog sebe (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava).

1. Pravo optuženog da ne tereti samoga sebe proizilazi iz principa pravne države i ima ustavni rang. Optuženi mora, bez ikakve prisile i na vlastitu odgovornost, moći odlučiti hoće li i eventualno u kojoj mjeri učestvovati u krivičnom postupku. Sporazum je u pravilu spojiv sa načelom fer postupka ako je optuženi prije zaključenja sporazuma poučen o tome da on samo ograničeno obavezuje sud. Samo se tako garantira da on može samostalno donijeti odluku o tome hoće li dalje koristiti svoje pravo na šutnju ili će se upustiti u sporazum.

Sa mogućnošću sporazuma optuženom se stavlja u izgled da svojim ponašanjem na određeni način utječe na ishod postupka. Za razliku od glavnog pretresa kako se on uobičajeno vodi u postupku, optuženi svojim priznanjem može dobiti obećanje gornje granice kazne, koja načelno obavezuje sud, a time i izvjesnost u pogledu ishoda postupka. Stoga optuženi mora znati da ovakva obaveza suda nije apsolutna i da ne važi pod određenim okolnostima, s kojima također mora biti upoznat. Samo će tako biti u stanju samostalno procijeniti dalekosežne posljedice i rizike učestvovanja u sporazumu. Stoga obaveza o pouci iz § 257c st. 5 StPO nije samo regulatorni propis, nego je centralno pravnodržavno osiguranje načela fer-postupka i prava optuženog da ne tereti samog sebe.

Sporazum bez prethodne pouke načelno predstavlja povredu prava optuženog na fer postupak i prava da ne tereti samog sebe. Kod povrede obaveze na pouku optuženog o pravima u okviru provjere pred revizionim sudom u pravilu će se počiti od toga da se priznanje, a time i presuda, zasnivaju na toj povredi. Ako se izuzetno uzročno-posljedična veza između pogreške u pouci i priznanja može isključiti, revizijski sud će to konkretno morati utvrditi.

2. Pobijane odluke ne ispunjavaju ustavnopravne kriterije.

Savezni sud u pogledu navedenih osnovnih prava previđa načelni značaj obaveze na pouku. On isključuje mogućnost da se priznanje krivnje (a time i presuda Zemaljskog suda) zasniva na povredi obaveze na pouku optuženog, s obzirom da polazi od toga da bi optuženi priznao krivnju i u slučaju da je uredno poučen. Međutim, taj zaključak nije zasnovan na utvrđenim činjenicama kod kojih je konkretno uzeta


u obzir i volja optuženog. Štaviše, generalno se polazi od pretpostavke da optuženi, zastupan po odvjetniku, nipošto nije mogao dati priznanje pod utjecajem sporazuma zaključenog bez prethodne pouke, ako je ono uslijedilo nakon roka za promišljanje od sedam dana uz učešće branioca, pri čemu je njegov branilac sam inicirao sporazum. Provjera da li se presuda zasniva na povredi obaveze na pouku koja je do te mjere odvojena od konkretnog slučaja nije u skladu sa gore navedenim izuzetkom od pravila.

Ne može se isključiti da bi Savezni sud donio drugačiju odluku da je primijenio neophodne ustavnopravne kriterije. Stoga se pobijana odluka Saveznog suda ukida i predmet vraća na ponovno suđenje.

§ 257c st. 4 i 5 Uredbe o krivičnom postupku glasi:

„(4) Obaveza 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 optuženog tokom postupka ne odgovara ponašanju na kojem se zasniva predviđanje suda. U takvim slučajevima se priznanje optuženog ne smije koristiti. Sud je dužan odmah izvijestiti o takvom odstupanju.

(5) Optuženi se mora poučiti o pretpostavkama i posljedicama sudskog odstupanja od obećanog ishoda u skladu sa stavom 4.“



## **§ 28. Političke stranke (čl. 21. GG)**



**177) 2 BvE 11/12**  
(Negative Feststellung der Verfassungswidrigkeit)  
**Negativno utvrđivanje protivustavnosti**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 15/2013 od 5. marta 2013. godine

Rješenje od 20. februara 2013. godine

-2 BvE 11/12-

**Bezuspješni zahtjevi NPD-a protiv Saveznog vijeća (Bundestag), Vijeća saveznih zemalja (Bundesrat) i Savezne vlade**

Drugi senat Saveznog ustavnog suda je danas objavljenom odlukom odbacio zahtjev Nacionaldemokratske stranke Njemačke (NPD) za utvrđivanje da ta stranka nije protivustavna. Zakon o Saveznom ustavnom sudom ne predviđa postupak za traženi zahtjev. No to nije povezano sa prazninom u pravnoj zaštiti, s obzirom da NPD iznosi prigovor da aktuelna debata o zabrani te stranke ima učinak faktičke zabrane stranke. Državna tijela ništa ne sprečava da, uz neophodnu objektivnost, u debati odmjere argumente za i protiv postupka zabrane rada stranke. Drugi senat Saveznog ustavnog suda je također odbacio supsidijarni zahtjev NPD-a za utvrđivanje da su njemačko Savezno vijeće, Vijeće (saveznih) zemalja te Savezna vlada povrijedili stranačka prava NPD-a stalnim tvrdnjama o tome da je ta politička stranka protivustavna.

**Bitni argumenti Suda:**

1. Glavni zahtjev je nedopušten. Zakon o Saveznom ustavnom sudom ne predviđa mogućnost da se neka politička stranka obrati Saveznom ustavnom sudu radi utvrđivanja svoje ustavnosti.

a) Sve dok Savezni ustavni sud ne utvrdi njihovu protivustavnost, 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 označena 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 vidljivo – mogu savladati uz prihvatljiv napor.

b) Nedostatak pravne zaštite nije očigledan ni kada podnositeljica zahtjeva tvrdi da izjave i ostale protiv nje usmjerene mjere koje je sažeto nazvala „debata o zabrani“, imaju učinak kao zabrana.

aa) Političke stranke se u skladu sa svojom funkcijom sudjelovanja u formiranju političke volje naroda moraju izložiti javnoj polemici. Dio javne rasprave su i izjave o procjeni da je neka politička stranka neprijateljski nastrojena prema Ustavu, ako se zadržavaju u granicama prava i zakona. Sa takvim izjavama se dotična stranka može i mora suočiti sredstvima sukobljavanja mišljenja.

Ukoliko državni organi vode političku polemiku, oni moraju voditi računa o granicama koje im postavlja Ustav, a što podliježe sudskoj kontroli. To važi i za javne rasprave o tome treba li protiv neke stranke pokrenuti postupak zabrane rada. U tom slučaju bi se moglo raditi o povredi prava iz čl. 21 st. 1 Ustava samo onda , ako se može uočiti da takva rasprava nije usmjerena na odluku, već da se vodi sa ciljem dovođenja dotične stranke u nepovoljniji položaj.

bb) Političke stranke i njihovi članovi, osim toga, imaju mogućnost obraćanja sudovima kako bi se riješio prigovor neprijateljstva ili antagonizma prema Ustavu. Podnositeljica zahtjeva nipošto nije pogrešno procijenila da ustavnost neke političke stranke može biti i jest predmet sudskog odlučivanja. No, zbog neuspjeha pred specijaliziranim sudovima ne slijedi razumljiv zaključak kako postoji praznina u pravnoj zaštiti.

cc) Zbog tih se razloga ne može prigovoriti tome što protivnici zahtjeva u Zakon o Saveznom ustavnom sudu nisu uvrstili postupak za utvrđivanje usklađenosti sa Ustavom.

2. Pomoćni zahtjev je kao tužba protiv organa dozvoljen, ali je nedopušten zbog načina kako je obrazložen. Nema dovoljno činjeničnih navoda o tome da je mjerama ili nečinjenjem protivnika zahtjeva povrijeđen status podnositeljice zahtjeva kao političke stranke ili da je on neposredno ugrožen. Podnositeljica zahtjeva navodi izjave predsjednika vlada i ministara unutrašnjih poslova Saveznih zemalja, pojedinih zastupnika Saveznog vijeća i jedne savezne ministrice. No, nije očito da su se navedeni htjeli očitovati za jednog od protivnika zahtjeva. Ni mjere jedne savezne ministrice – kao što je poticanje programa protiv desnog ekstremizma – se ne mogu tek tako pripisati Saveznoj vladi kao kolegijalnom organu.



## **Četvrti dio:**

---

Članstvo u internacionalnim  
organizacijama



## **§ 29.**

**Prenošenje suverenih prava  
na Evropsku uniju, NATO,  
međunarodni ugovori, uzimanje  
u obzir presuda evropskih sudova  
(čl. 23, 24 i 59 II Ustava)**

**178) BVerfGE 37, 221**  
**(Solange I)**  
**Sve dok I (Solange I)**

Sve dok proces integracije Zajednice nije uznapredovao toliko da pravo Zajednice sadrži važeći katalog osnovnih prava koji je donio parlament, a odgovara katalogu osnovnih prava njemačkog Ustava, dopušteno je i određeno da nakon pribavljanja odluke Evropskog suda prema čl. 177 EWGW, njemački sud na putu kontrole normi pokrene postupak prethodne provjere pred Saveznim ustavnim sudom, ako sud smatra da je propis prava Zajednice koji je bitan za donošenje odluke neprimjenjiv u formi u kojoj ga je proutmačio Evropski sud, jer on kolidira sa osnovnim pravima njemačkog Ustava.

**Rješenje Drugog senata od 19. maja 1974.**  
**- 2 BvL 52/71 -**

(...)

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Njemačko import-eksport preduzeće pred Upravnim sudom Frankfurt a.M. utužuje ukidanje odluke *Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide- und Futtermittel* (Robne rezerve i uvoz za žito i životinjsku hranu), kojom je utvrđena kaucija u iznosu od 17.026,47 DM, nakon što je firma samo djelimično iskoristila licencu za izvoz, koja joj je dodijeljena za 20.000 Tona pšeničnog griza.

1. Odluka se oslanja na čl. 12 st. 1 podstav 3 Uredbe br. 120/67 EWG Savjeta Evropskih privrednih zajednica od 13. juna 1967. i na čl. 9 Uredbe br. 473/67/EWG Komisije Evropskih privrednih zajednica

(...)

3. Upravni sud je rješenjem od 24. novembra 1971. obustavio postupak i prema čl. 100 st. 1 Ustava zatražio da Savezni ustavni sud odluči, da li je obaveza na izvoz koja postoji prema pravu Evropskih zajednica i obaveza na polaganje kaucije koja je sa ovim povezana u skladu sa Ustavom i da li bi, u slučaju da uslijedi potvrđan odgovor, bio u skladu sa Ustavom propis da se od kaucije može odustati samo u slučaju više sile.

(...)

**B.****I.**

Zahtjev za provjerom je prihvatljiv.

1. Za ovakvu odluku opredjeljuje odredba, istina ona još uvijek nije zaključena, o odnosu između ustavnog prava Savezne Republike Njemačke i evropskog prava Zajednica, koje je nastalo na osnovama Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (u nastavku označeno kao pravo Zajednice). Predmetni slučaj ne zahtijeva da se razjasni odnos između garancije osnovnih prava njemačkog Ustava i propisa sekundarnog prava Evropske ekonomske zajednice čije provođenje leži u rukama upravnih službi Savezne Republike Njemačke. (...)

2. Senat se drži vlastitog pravosuđa – u skladu sa pravosuđem Evropskog suda – prema kojem pravo Zajednice ne predstavlja sastavni dio nacionalnog pravnog poretka, kao ni međunarodnog prava, nego da obrazuje sopstveni pravni poredak, koji proizilazi iz autonomnog pravnog izvora; jer, Zajednica nije država, ona ne predstavlja saveznu državu nego „zajednicu posebne vrste koja se nalazi u procesu uznapredovale integracije, naime, „međudržavnu ustanovu“ u smislu čl. 24 st. 1 Ustava.

Iz toga načelno slijedi, da oba pravna kruga važe nezavisno jedan od drugog, da postoje jedan pored drugog i da posebno nadležni organi Zajednice uključiv Evropski sud odlučuju o obaveznosti, tumačenju i poštovanju prava Zajednice, a da nacionalno nadležni organi odlučuju o obaveznosti, tumačenju i poštovanju Ustavnog prava Savezne Republike Njemačke. Niti evropski sud može definitivno odlučivati da li je propis prava Zajednice u skladu sa Ustavom niti Savezni ustavni sud može odlučivati da li je i u kojoj mjeri propis sekundarnog prava Zajednice u skladu sa primarnim pravom Zajednice. To ne stvara nikakve poteškoće sve dok oba pravna poretka međusobno ne dođu u konflikt. Iz ovog posebnog odnosa, koji je osnivanjem Zajednice nastao između Zajednice i njenih članova, najprije nastaje obaveza za nadležne organe, posebno za sudove koji su pozvani da obavljaju pravnu kontrolu – Evropski sud i Savezni ustavni sud – da se potrude kako bi oba pravna uređenja i njihovo pravosuđe doveli u sklad. Konflikt može nastati samo ako se to ne postigne, a time i obaveza da se snose konsekvence iz upravo predstavljenog odnosa između oba pravna kruga.

Za ovaj slučaj nije dovoljno da se jednostavno govori o „prednosti“ prava Zajednice u odnosu na nacionalno Ustavno pravo kako bi se opravdao stav da se pravo Zajednice uvijek mora ostvariti u odnosu na Ustavno pravo, jer bi se u suprotnom Zajednica dovela u pitanje.

(...)



Ugovorno vezivanje Savezne Republike Njemačke (i svih ostalih država članica) nije prema smislu i duhu ugovora jednostrano, nego obavezuje Zajednicu koja je njime stvorena, da sa svoje strane učini sve kako bi razriješi konflikt, dakle, da traži propis koji je u skladu sa prinudnim pravom Savezne Republike Njemačke. Pozivanje na takav konflikt nije, prema tome, povreda ugovora nego stavlja u pogon ugovorene mehanizme koji postoje unutar evropskih organa kako bi se konflikt politički rješio.

3. Čl. 24 Ustava govori o prenošenju suverenih prava na međudržavne institucije. To se ne može shvatiti doslovno. Čl. 24 Ustava se mora, kao i svaka druga ustavna odredba sličnog načelnog tipa, razumijevati i tumačiti u kontekstu cijelog Ustava. To znači da on ne otvara put prema izmjeni temeljnih ustavnih struktura na kojima počiva njegov identitet bez izmjene samog Ustava, naime, zakonodavstvom međudržavnih ustanova. Nesporno je da nadležni organi zajednice mogu utvrđivati ono pravo koje nadležni njemački organi ne bi mogli utvrditi prema pravu njemačkog Ustava i koje neposredno važi i biva primijenjeno u Saveznoj Republici Njemačkoj. Ali, čl. 24 Ustava ograničava ovu mogućnost, budući da upravo on predstavlja zapreku promjeni Ugovora kojim bi se ukinuo identitet važećeg Ustava Savezne Republike Njemačke tako što bi se razorile strukture koje ga konstituiraju. Isto bi vrijedilo i za neki propis sekundarnog prava Zajednice koji bi bio donešen na osnovu odgovarajuće interpretacije važećeg Ugovora i koji bi, na isti način kao i kod Ustava, dirao u bitne strukture. Čl. 24 Ustava u stvari ne opunomoćuje na prenošenje suverenih prava, nego otvara nacionalno pravno uređenje (u navedenim ograničenjima) tako što isključiva suverena prava Savezne Republike Njemačke u području Ustava bivaju suspendirana i prepuštena neposrednom važenju i primjeni prava iz drugih izvora unutar područja državne vladavine.

4. Dio sa osnovnim pravima njemačkog Ustava predstavlja esencijalni dio važećeg Ustava Savezne Republike Njemačke od kojeg se ne može odustati i koji spada u ustavnu strukturu. Čl. 24 Ustava ne dozvoljava njegovu bezuslovnu relativizaciju. Pri tom je od odlučujućeg značaja sadašnje stanje integracije Zajednice. Njoj još uvijek nedostaje neposredno demokratski legitimiran parlament koji proizilazi iz opšte volje, koji posjeduje zakonodavna ovlaštenja i u potpunosti je odgovoran zakonodavnim organima Zajednice; njoj posebno nedostaje kodificirani katalog osnovnih prava, čiji je sadržaj pouzdan i van svake sumnje važi i za budućnost, kao i njemački Ustav, i zbog toga dopušta usporedbu i odluku, da li je standard osnovnih prava koji trenutno u pravu Zajednice važi kao opšteobavezan, neovisno o mogućim modifikacijama, na taj način adekvatan standardu osnovnih prava njemačkog Ustava da navedena granice iz čl. 24 Ustava neće biti prekoračene. Sve dok takva pravna izvjesnost, koja nije zajamčena dosadašnjim pravosuđem Evropskog suda koje je, kako je priznato, usklađeno sa njemačkim osnovnim pravima, na putu dalje integracije Zajednice ne bude dostignuta, važe rezerve koje se izvode iz čl. 24 Ustava. Radi se, dakle, o pravnoj poteškoći koja nastaje iz integracionog procesa Zajednice koji je još uvijek u toku i biće okončan sadašnjom prelaznom fazom.

U zamišljenom slučaju kolizije između prava Zejdnice i jednog dijela nacionalnog Ustavnog prava, konkretnije ustavnih garancija osnovnih prava, privremeno se, dakle, postavlja pitanje kojem pravu pripada primat, odnosno, koje će pravo biti potisnuto. U takvom konfliktu normi se realizira garancija osnovnih prava njemačkog Ustava, sve dok nadležni organi zajednice ne otklone konflikt normi u skladu sa ugovornim mehanizmima.

## **179) BVerfGE 68, 1** **(Atomwaffenstationierung)** **Stacioniranje atomskog oružja**

1. a) Čl. 59 st. 2 Ustava se mora tumačiti u svjetlu čl. 20 st. 2 Ustava. Članom 59 st. 2 rečenica 1 Ustava je Saveznom vijeću (Bundestag), izvan kruga tamo imenovanih međunarodnopravnih akata, prenešeno pravo da učestvuje u obrazovanju opšte volje u području vanjskih odnosa tako da ovo proširenje predstavlja upad u centralna područja egzekutivnog uobličavanja i u sprotnosti je sa raspodjelom vlasti, sa odgovornošću i kontrolom, kako su oni regulirani Ustavom.
  - b) Iz čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava se može zaključiti da se svaki put kada djelovanje Savezne vlade u međunarodnopravnom saobraćaju regulira političke odnose Savezne Republike Njemačke ili kada dira u predmete zakonodavstva savezne države, mora izabrati forma međunarodnog ugovora za koji je potrebna zakonodavna saglasnost ili utjecaj.
2. a) Čl. 24 st. 1 Ustava ne podrazumijeva da je neopozivo prenošenje onih prava koja otjelotvoruju njemački suverenitet na međudržavnu ustanovu.
  - b) Iz čl. 24 st. 1 Ustava se ne može zaključiti da se svaki put prava iz domena njemačkog suvereniteta prenose, kada se na međudržavnu ustanovu prenese ovlašćenje da ova neposredno utječe na pojedinca.
  - c) Čl. 24 st. 1 Ustava ne sprečava da se u okviru vojnog pakta za stacioniranje savezničkih vojnih snaga stavi na raspolaganje teritorij Savezne Republike Njemačke i da strukture odlučivanja koje služe odbrani budu odobrene kako bi se osigurala zaštita Savezne Republike Njemačke od napada, čime se izlazi u susret zaštiti integriteta ustavnog ustrojstva kao i njenom suverenitetu.
3. Zadatak je Savezne vlade da procjenjuje i ocjenjuje vanjsku politiku i odbranu. Ustav pri donošenju odluka postavlja Saveznoj vladi granice

samo u pogledu očigledne proizvoljnosti. Unutar ovakvih vanjskih ograničenja Savezni ustavni sud, budući da za ovo nedostaju pravna mjerila, mora provjeravati da li su procjene i ocjene Savezne vlade tačne ili netačne; za njih se politički odgovara.

4. Čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava i čl. 24 st. 1 Ustava zaključno reguliraju područja koja obuhvataju tako da za državnu cjelinu pored ovoga zakonodavnog ovlaštenja Bundestaga ne slijede nikakva dodatna ovlaštenja koja bi se u pogledu značenja i dometa opredjeljenja za državnu cjelovitost samostano izvodila iz demokratskog principa. Pod demokratsko-parlamentarnim uređenjem ustavne vladavine je Vlada institucionalno, funkcionalno i personalno demokratski legitimarana i nije unaprijed ograničena na poduzimanje politički manje značajnih akata.

**Presuda Drugog senata od 18. decembra 1984,  
na osnovu usmene rasprave od 17. jula 1984.  
- 2 BvE 13/83 -**

u postupku povodom sukoba organa, po zahtjevu da se utvrdi da je Savezna vlada povrijedila prava Saveznog vijeća (Bundestag) iz čl. 79 st. 1 rečenica 1 u vezi sa čl. 24 st. 1, 25 kao i iz čl. 59 st. 2 rečenica 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava, tako što je propustila da posredstvom zakona pribavi saglasnost Bundestaga koju Ustav predviđa za naoružavanje oružanih snaga Sjedinjenih Američkih Država, stacioniranih u Njemačkoj, nuklearnim raketama tipa Pershing-2 i Cruise Missiles.

OBRAZLOŽENJE:

(...)

**C.**

Zahtjev je neosnovan.

Osporavanom deklaracijom o davanju saglasnosti Savezna vlada nije ni ugrozila ni povrijedila prava Bundestaga iz čl. 59 st. 2 rečenica 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava ili iz čl. 79 st. 1 rečenica 1 u vezi sa čl. 24 st. 1 Ustava.

**I.**

Nije sporno da je Savezna vlada odobrila stacioniranje spomenutih oružanih sistema na području Savezne Republike Njemačke i da pri tom nije donešen poseban zakon koji je izričito ovlašćuje za ovakvo odobrenje.

Osporavano odobrenje je dodijeljeno u okviru sjevernoatlantskog sigurnosnog sistema. Njegovu pravnu osnovu predstavlja Sjevernoatlantski ugovor od 4. aprila

1949, Briselski ugovor od 17 marta 1948. o ekonomskoj, socijalnoj i kulturnoj saradnji i o kolektivnoj odbrani ([*Vertrag über die Westeuropäische Union*] WEU, Ugovor o Zapadnoevropskoj uniji) kao i Ugovor od 23. oktobra 1954. o boravku stranih oružanih snaga u Saveznoj Republici Njemačkoj. (...) Pristup Savezne Republike Njemačke ovim ugovorima i zaključenje ugovora o zadržavanju na njemačkom tlu su politički i vremenski stajali u najužoj vezi sa zaključenjem Ugovora o odnosima između Savezne Republike Njemačke i tri svjetske sile (Ugovor o Njemačkoj) od 26. maja 1952. zajedno sa dodatnim ugovorima, koji je 5. maja 1955. vodio prema okončanju režima okupacije u Saveznoj Republici Njemačkoj prema njegovom članu 1. Ovi ugovori su stvorili pravne okvire „njemačkom doprinosu u odbrani“ za „odbranu slobodnog svijeta“ koji je spomenut u čl. 4 st. 1 Ugovora o Njemačkoj i u preambuli Ugovora o zadržavanju na njemačkom tlu. Oni se shvataju kao sistem ugovora o kolektivnoj samoodbrani u smislu čl. 51 Statuta Ujedinjenih nacija. Prema čl. IV. Ugovora o Zapadnoevropskoj uniji stranke „kao i svi organi koje su one stvorile, u okviru Ugovora stoje najužem odnosu sa Organizacijom sjevernoatlantskog ugovora. Budući da je nepoželjna izgradnja paralelne organizacije uz NATO-štabove, Savjet i njegove službe su u vojnim pitanjima, s obzirom na davanje informacija i savjetovanje, upućeni na nadležne vojne NATO-pozicije.“

## II.

Osporavana Deklaracija o davanju saglasnosti je odbrambeno-politički akt u okviru ovog sigurnosnog pakta i njegovog provođenja; ona prema pravnoj prirodi nije deklaracija o samostalnom zaključenju ugovora; čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava se na nju ne može primijeniti ni neposredno, ni na neki drugi način. (...)

4. Za donošenje priložene međunarodnopravne deklaracije nije potrebna saglasnost ili sudjelovanje zakonodavnih tijela u formi saveznog zakona prema čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava.

(...)

Ovako strogo ograničavanje ovlaštenja koja su zakonodavnim tijelima dodijeljena u okviru čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava predstavlja element podjele vlasti, kako ju je uobličio Ustav. Čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava se tumači u svjetlu čl. 20 st. 2 Ustava. Organizaciona i funkcionalna podjela vlasti, koja je tamo normirana kao načelo, služi raspodjeli političke moći i odgovornosti kao i kontroli nosioca vlasti; njome se također želi postići da državne odluke budu koliko je god moguće tačne, to znači da ih donose organi koji s obzirom na njihovu organizaciju, sastav, funkciju i način djelovanja posjeduju najbolje pretpostavke, čime se želi utjecati na ublažavanje državne vlasti. U suprotnosti bi se sa trenutnom raspodjelom moći koja je normirana Ustavom koncentrirala politička moć, tako što bi se Bundestagu u području vanjskih poslova – izvan ovlaštenja koja su određena u Ustavu – prepustilo centralno ekzekutivno ovlaštenje da donosi odluke. Ništa se ne mijenja time što je – na državnoj razini

– samo članove Bundestaga neposredno izabrao narod. Konkretno uređenje i balansiranje državne moći, koje ustav želi imati zajamčenim, ne smije biti izigrano tako što bi bilo izvedeno iz monizma vlasti, koji bi bio pogrešno izveden iz Ustava u formi sveobuhvatnog pridržavanja parlamenta (BVerfGE 49, 89 [124 i dalje]). Načelo parlamentarne odgovornosti vlade također podrazumijeva postojanje jednog jezgra egzekutivne odgovornosti (BVerfGE 67, 100 [139]). Demokratija koju je Ustav uobličio jeste pravnodržavna demokratija, a to s obzrom na uzajamni odnos državnih organa znači demokratija podjeljene vlasti.

Proširenje stvarnog područja primjene čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava na akte Savezne vlade koji u odnosu prema stranim međunarodnopravnim subjektima nisu ugovori, će čak i kada takvi akti reguliraju političke odnose, s obzirom na izuzetan značaj koji danas za opstanak Savezne Republike Njemačke pripada vanjskoj politici, predstavljati upad u centralna područja uobličavanja egzekutive; oni u širokom obimu, na štetu egzekutive, prenose političku moć na Bundestag u jednom području djelovanja koje, uzev funkcionalno, ne predstavlja zakonodavstvo u smislu čl. 20 st. 2 rečenica 2 Ustava. Jer, ostvarivanje akata koje ovdje spominjemo na ravni međunarodnog prava onemogućuje, kao takvo, da se već načelno proizvode pravni stavovi koji važe unutar države. Načelno svrstavanje ovih akata vanjskog prometa u područje egzekutivnih kompetencija počiva na pretpostavci da Vlada institucionalno i trajno raspolaže personalnim, institucionalnim, stručnim i organizacionim mogućnostima da brzo i kompetentno reagira na promjenljive vanjske okolnosti i da tako na najbolji način ispuni državni zadatak da odgovorno i na najbolji način izvršava vanjske zadatke. Sa ovim nije u suprotnosti tendencija pojačane parlamentarizacije vanjskih poslova, koja je došla do izražaja i u čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava; jer u okviru Ustava i organi izvršne vlasti dobijaju sopstvenu institucionalnu i funkcionalnu demokratsku legitimaciju iz čl. 20 st. 2 Ustava u kojoj je donešena ključna odluka ustavotvorca (BVerfGE 49, 89 [125]). Oni posjeduju i personalnu i demokratsku legitimaciju koja se posreduje preko lanca individualnih akata i akata koji je pozivaju na potvrdu ili negaciju aktivnog građanstva, ovdje posebno na čl. 38, 63, 64 i 67 Ustava (...).

(...)

Bundestagu koji zloupotrebljava takve odluke ostaju njegova kontrolna ovlaštenja – također i u području vanjskih poslova; on može u datom slučaju izabrati novog Saveznog kancelara i time dovesti do pada dotadašnje Savezne vlade; on može iskoristiti sopstvene budžetske kompetencije – nije mu priznata kompetencija za davanje saglasnosti na akte ovakvog tipa prema čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava.

### III.

Čl. 24 st. 1 Ustava nije povrijeđen. (...)

Osporavana odluka koja ostvaruje pravni učinak na odobrenje vojnog angažmana

i na vojno-operativne odluke o vojnom angažmanu se kvalificira kao prenošenje suverenih prava na Sjevernoatlantski pakt u smislu čl. 24 st. 1 Ustava. (...)

NATO je međudržavna organizacija u smislu čl. 24 st. 1 Ustava (...)

Prema čl. 24 st. 1 Ustava je pravo zakonodavca da sam odlučuje da li će i u kom obimu biti prenešena suverena prava na međudržavne ustanove. Prenošnje slijedi međunarodnopravne akte; ovlaštenje mora uslijediti „zakonom“. Ovakvim ustavnopravnim zahtjevima je u predmetnom slučaju udovoljeno zakonom koji se odnosi na pristup Savezne Republike Njemačke briselskom Ugovoru i sjevernoatlantskom Ugovoru od 24. marta 1955. kao i zakonom koji se odnosi na Ugovor od 23. oktobra 1954. o zadržavanju stranih oružanih snaga u Saveznoj Republici Njemačkoj od 24. marta 1955; oba zakona moraju pri tom biti posmatrana u uzajamnoj vezi sa sistemom savezništva čiji su sastavni dio ovi ugovori. (...)

Sjevernoatlantski ugovor ne sadrži propise da se NATO-u izričito priznaju odgovarajuće ovlasti, koje su u skladu sa izjavom o saglasnosti. Zbog toga ni ne slijedi da u predmetnom slučaju nije zadovoljen čl. 24 st. 1 Ustava. Kako je Senat odlučio u svom Rješenju od 23. juna 1981. (BVerfGE 58, 1 [36 i dalje]), stvarni domet pridržavanja zakona iz čl. 24 st. 1 Ustava se određuje u pogledu načina na koji su ustanove u smislu ovog propisa uspostavljene i funkcioniraju. To se na tipičan način dešava u okviru procesa integracije. U vremenskoj dimenziji su potrebni mnogobrojni izvršni akti kako bi se dospjelo do stanja koje je definirano u osnivačkim ugovorima. Pravne forme u kojima se ovo dovršava mogu biti različite. Čak i tamo gdje osnivačku ugovor nije prema sadržaju, obliku i vremenu odredio tok nekog procesa integracije nije za pojedinačne korake njihovog provođenja potreban svaki put poseban zakon u smislu čl. 24 st. 1 Ustava. Ovo je suvišno tamo gdje upravo osnivački ugovor, koji je zakonom potvrđen, dovoljno jasno normira budući postupak provođenja. Bitne izmjene programa integracije, koji je tamo položen, i njegovog provođenja nisu više pokrivena izvornim zakonom prema čl. 24 st. 1 Ustava. Mjerila zadovoljavajuće određenosti moraju pri tom biti izvedena iz specifičnosti činjeničnog stanja koje je svaki put regulirano osnivačkim ugovorima u svjetlu pravnih dobara koja su zaštićena čl. 24 st. 1 Ustava kao i iz slobode uobličavanja i njene izvodljivosti u internacionalnom području koje je popis omogućio.

Prema navedenom, nije potrebno da Savezna vlada posebnim zakonom, prema čl. 24 st. 1 Ustava osporavanom saglasnošću daje saglasnost za prenošenje borbenih ovlaštenja na oružane sisteme o kojima se ovdje radi, a koji su stacionirani u Saveznoj Republici Njemačkoj. (...)

**180) BVerfGE 73, 339**  
**(Solange II)**  
**Sve dok II (Solange II)**

(...)

2. Sve dok Evropske zajednice, posebno pravosuđe Evropskog suda, generalno jamče djelotvornu zaštitu osnovnih prava u odnosu na suverenu vlast Zajednica, koja je u biti jednaka zaštititi osnovnih prava, kako je bezuslovno garantira njemački Ustav, a osigurava bitni sadržaj osnovnih prava, Savezni ustavni sud neće više na državnom području Savezne Republike Njemačke primjenom izvedenog prava Zajednica, koje može biti uzeto u obzir kao pravni osnov za odluke njemačkih sudova ili službi, vršiti sopstveno pravosuđe, što znači da ovo pravo više neće biti provjeravano prema mjerilima njemačkog Ustava; odgovarajući podnesci prema čl. 100 st. 1 Ustava su ovim neprihvatljivi.

**Rješenje Drugog senata od 22. oktobra 1986.**  
**- 2 BvR 197/83 -**

u postupku povodom Ustavne tužbe F protiv presude Saveznog upravnog suda od 1. decembra 1982. – 7 C 87. 78 –.

OBRAZLOŽNJE:

(...) je apelant zatražio pismom od 9. jula 1976. kod nadležne savezne službe za ishranu i šumarstvo (Savezna služba) odobrenje za uvoz hiljadu tona šampinjon-konzervi sa Tajvana. Ovaj zahtjev je odbijen pozivanjem na odredbe Uredbe (EWG) br. 2107/74.

Apelant je nakon bezuspješnog žalbenog postupka podigao tužbu. (...)

U daljem postupku pred Saveznim upravnim sudom je apelant utužio povredu različitih ustavnih normi i istakao zahtjev da se postupak obustavi, te da se Saveznom ustavnom sudu prema čl. 100 st. 1 Ustava postavi pitanje da li Uredba (EWG) br. 1412/76 i br. 2284/76 smije biti primijenjena u Saveznoj Republici u formi tumačenja Evropskog suda, prema njegovoj presudi od 6. maja 1981. u pravnoj stvari 126/81 ili da se ponovo pozove Evropski sud prema čl. 177 st. 3 EWGV.

**II.**

Ne može se utvrditi da osporavane presude Saveznog upravnog suda povređuju apelanta u njegovim osnovnim pravima iz čl. 12 st. 1 i čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava (načela srazmjernosti i pravne sigurnosti).

1. Nisu prihvatljivi apelantovi prigovori da postupak prethodnog odlučivanja Evropskog suda i Uredba Komisije br. 1412/76 i br. 2284/76 u formi sudskog tumačenja nisu u skladu sa spomenutim osnovnim pravima njemačkog Ustava i da time nisu smjeli u spornom razdoblju biti primijenjivani pred njemačkim službama i sudovima u području važenja njemačkog Ustava; neprihvatljivo bi bilo podnošenje uredbe Saveznom ustavnom sudu posredstvom Saveznog upravnog suda prema čl. 100 st. 1 Ustava.

a) Čl. 24 st. 1 Ustava omogućuje da se pravno uređenje Savezne Republike Njemačke otvori tako da se suspenzira isključivo pravo na vladavinu Savezne Republike Njemačke na njenom području suvereniteta i da se ostavi prostor za neposredno važenje i primjenu nekog prava iz drugih izvora unutar ovog područja suvereniteta (...). Istina, čl. 24 st. 1 Ustava ne određuje sam po sebi da neposredno važi i da se primijenjuje pravo koje donose međudržavne ustanove, niti neposredno regulira odnos između ovog prava i unutardržavnog prava, naprimjer pitanje primata u primjeni prava. Iz opšteg Međunarodnog prava ne slijedi unutardržavno važenje i primjenjivost kao i eventualni *unutardržavni* primat u važenju i primjeni međunarodnih ugovora – kao što su to ugovori o kojima se ovdje radi. Današnje Međunarodno pravo ne sadrži opšti propis, koji bi proizilazio iz jedinstvene državne prakse i pravnog uvjerenja, o tome da bi države bile obavezane da sopstvene ugovore inkorporiraju u unutardržavno pravo i da im tamo pripišu primat važenja ili primat primjene pred naredbom da se primijenjuje unutardržavno pravo, i to kod ugovora koji prema svome sadržaju obavezuju stranke da obezbijede unutardržavni primat važenja ili primjene. Čl. 24 st 1 Ustava omogućuje da se snagom Ustava, ugovorima kojima se prenose suverena prava na međudržavne ustanove, i pravu koje donose takve ustanove, obezbijedi primat važenja i primjene pred unutardržavnim pravom Savezne Republike Njemačke posredstvom odgovarajuće naredbe da se ono primijenjuje unutar države. Upravo se to desilo sa evropskim ugovorima o zajednicama i sa pravom koje donose organi zajednica posredstvom Zakona o davanju saglasnosti na ugovore prema čl. 24 st. 1, 59, st. 2 rečenica 1 Ustava. Iz naredbe da se primijenjuje pravo iz Zakona o davanju saglasnosti uz EWG-Ugovor, koji se proteže na čl. 189 st. 2 EWGV, slijedi neposredno važenje evropske Uredbe za Saveznu Republiku Njemačku i njen primat primjene u odnosu na unutardržavno pravo.

b) Ovlaštenje iz čl. 24 st. 1 Ustava, ipak, nije bez ustavnopravnih granica. Propis ne ovlašćuje na ukidanje identiteta važećeg ustavnog uređenja Savezne Republike Njemačke tako što bi se prenošenjem suverenih prava na međudržavne ustanove razorila konstrukcija koja je konstituira.

Ovo poimenice važi za pravne akte međudržavnih ustanova koji bi tumačenjem ili doradom ugovornog prava, u datom slučaju, ruinirali bitne strukture Ustava. Ključne esencija koje ulaze u temeljne strukture važećeg Ustava su svakako pravni principi koji su suštinski za dio sa osnovnim pravima (...). Čl. 24 st. 1 Ustava ne dopušta da se ovi pravni principi bezuslovno relativiraju. Ukoliko se i kada se suverena vlast



prenese na međudržavnu instituciju u smislu čl. 24 st. 1 Ustava, koja je u stanju da u području Savezne Republike Njemačke ugrozi bitan sadržaj osnovnih prava koja su priznata Ustavom, mora, umjesto da otpadne pravna zaštita prema mjerilima Ustava, biti zajamčeno važenje osnovnih prava koja su prema sadržaju i učinku jednaka pravnoj zaštiti osnovnih prava koju bezuslovno zahtijeva Ustav. Ovo će u pravilu zahtijevati individualnu pravnu zaštitu pred nezavisnim sudovima čije će odluke u datom slučaju stručno i djelotvorno sankcionirati povredu jednog osnovnog prava, posebno da im pripada odgovarajuća moć provjere i odlučivanja, koja je usklađena sa zahtjevom za pravnom zaštitom, o stvarnim i pravnim pitanjima, da je omogućena pravna poslušnost, sredstva optužbe i odbrane koja su primjerena predmetu spora kao i stručni advokati koji su slobodno izabrani.

c) Savezni ustavni sud je u svom Rješenju od 29. maja 1974. (BVerfGE 37, 217 [280 i dalje]) utvrdio da se s obzirom na tadašnji opšteobavezujući standard zaštite osnovnih prava u pravu Zajednica još uvijek nije pokazalo pravno uvjerenje da će ovaj standard trajno odgovarati standardu osnovnih prava njemačkog Ustava, neovisno o mogućim modifikacijama, tako da neće biti prekoračene granice koje čl. 24 st. 1 Ustava povlači primjeni izvedenog prava Zajednice na državnom području Savezne Republike Njemačke.

d) Prema shvatanju ovog Senata, u međuvremenu je na području Evropskih zajednica nastala ona mjera zaštite osnovnih prava, koja prema koncepciji, sadržaju i načinu djelovanja u biti odgovara standardu osnovnih prava njemačkog Ustava. Svi glavni organi zajednice su se od tada u pravno relevantnoj formi izjasnili da će se prilikom vršenja sopstvenih ovlaštenja i dostizanja ciljeva Zajednice voditi, kao pravnom obavezom, poštovanjem osnovnih prava, kako ona posebno proizilaze iz ustava država članica i Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ne postoje vidljivi dokazi da standard osnovnih prava koji je dostignut u pravu Zajednice nije u zadovoljavajućoj mjeri učvršćen i da je samo privremene prirode.

aa) Ovaj standard osnovnih prava je u međuvremenu sadržajno uobličen, sadržajno utvrđen i na odgovarajući način zajamčen, posebno u pravosuđu Suda evropskih zajednica. (...)

e) U poređenju sa standardom osnovnih prava njemačkog Ustava se (...) mogu još uvijek pojaviti pravne praznine zato što određeni principi osnovnih prava koje je njemački Ustav priznao kao vrstu, sadržaj i domet određenog osnovnog prava do sada nije bio predmet odlučivanja Evropskog suda. Utoliko je presudno principijelno držanje sudova u pogledu vezanosti Zajednice za osnovna prava, normativne ukorijenjenosti osnovnih prava u pravu Zajednice i njene normativne vezanosti (upravo) za ustave država članica i za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima kao i stvarni značaj koji je zaštita osnovnih prava u međuvremenu zadobila u praksi Evropskog suda. Premda bi spomenute deklaracije organa Evropskih zajednica i Savjeta Evrope mogle učiniti izlišnim formalnu prirodu ugovorenog prava, a Zajednica kao takva nije član Evropske

konvencije o zaštiti ljudskih prava, ovi su akti, ipak, interno kao i u odnosu Zajednice prema državama članicama od posebnog pravnog značaja.

Oni na formalan način obznanjaju jedinstven pravni stav država članica i organa Zajednice u pogledu vezanosti zajednice za dogovorena osnovna prava, kako ona slijede iz ustava država članica i u rangu primarnog prava Zajednice važe kao opšta pravna načela; ona su od pravnog značaja za Međunarodno pravo kod određivanja sadržaja ovih ugovora, kao jednoglasna obznana namjere u pogledu primjene ugovora zajednice (...). Deklaracije time osnažuju prihvatanje, kako kompetencija, tako i obaveza Evropskog suda, zaštitu ovih osnovnih prava unutar Zajednice i pravnih principa koji im odgovaraju prema mjerilima procesnog prava. Ovakvo procesno pravo je uobičajeno s obzirom na pristup Evropskog suda, s obzirom na postojeće vrste postupaka (...), na moć provjere i odlučivanja, na procesna načela i učinak njihovih odluka, tako da ono generalno jamči efektivnu zaštitu osnovnih prava, koja u biti odgovara neophodnoj zaštiti osnovnih prava prema njemačkom Ustavu. (...)

Na osnovu standarda koji je dostignut u pravosuđu Evropskog suda se ne može očekivati da će se izvan normativnog uvezivanja prava Zajednice sa ustavima država članica pojaviti umanjjenje standarda ljudskih prava u pravu Zajednice na mjeru koja se iz perspektive njemačkog Ustava ne bi više mogla generalno posmatrati kao primjerena zaštita osnovnog prava. (...)

f) S obzirom na razvoj, utvrđuje se: Sve dok Evropske zajednice, posebno pravosuđe Evropskog suda, generalno jamče djelotvornu zaštitu osnovnih prava u odnosu na suverenu vlast Zajednica, koja je u biti jednaka zaštiti osnovnih prava, kako je безусловno garantira njemački Ustav, a osigurava bitni sadržaj osnovnih prava, Savezni ustavni sud neće više vršiti sopstveno pravosuđe na državnom području Savezne Republike Njemačke primjenom izvedenog prava Zajednica, koje može biti uzeto u obzir kao pravni osnov za odluke njemačkih sudova ili službi što znači da ovo pravo više neće biti provjeravano prema mjerilima njemačkog Ustava; odgovarajući podensci prema čl. 100 st. 1 Ustava su ovim neprihvatljivi.

## **181) BVerfGE 89, 155** **(Maastricht)** **Maastricht**

1. Čl. 38 Ustava isključuje da se u području primjene čl. 23 Ustava, prenošenjem zadataka i ovlaštenja Bundestaga (Saveznog vijeća), obesmisli legitimacija koja je uspostavljena izbornom procedurom kao i utjecaj na vršenje državne vlasti, tako da bi bio povrijeđen demokratski princip, kojeg čl. 79 st. 3 u vezi sa čl. 20 st. 1 i 2 Ustava proglašava nedodirivim.

2. Demokratski princip ne sprečava Saveznu Republiku Njemačku da bude član u nekoj – supranacionalno organiziranoj – međudržavnoj zajednici. Članstvo, međutim, podrazumijeva da je osigurana legitimacija koja polazi od naroda kao i utjecaj unutar saveza država.
3. a) Prije svega narodi država članica moraju preko nacionalnih parlamenata legitimirati vršenje državnih zadataka i obavljanje državnih ovlaštenja u savezu demokratskih država. Iz ovog za demokratsku legitimaciju slijedi da je uvezano djelovanje evropskih organa sa parlamentima država članica; uz sve to dolazi – u mjeri zajedničkog srastanja evropskih nacija – posredovanje demokratske legitimacije preko Evropskog parlamenta kojeg biraju građani država članica unutar institucionalnog skeleta Evropske Unije.  
  
b) Odlučujuće je da se demokratske osnove Unije izgrađuju paralelno sa integracijom i da se napredovanjem integracije očuva aktivna demokratija u državama članicama.
4. Ako narodi – kako je to sada slučaj – posreduju demokratsku legitimaciju putem nacionalnih parlamenata, onda su proširenju zadataka i ovlaštenja Evropskih zajednica postavljene granice demokratskim principom. Njemački Bundestag mora zadržati zadatke i ovlaštenja od substancijelnog značaja.
5. Čl. 38 Ustava će biti povrijeđen ako se zakonom koji njemački pravni poredak otvara za važenje i primjenu prava – supranacionalnih – Evropskih zajednica ne utvrdi na zadovoljavajuće jasan način vršenje prenešenih prava i namjeravani program integracije (usp. BVerfGE 58, 1 [37]). Ovo istovremeno znači da kasnije bitne izmjene programa integracije i ovlaštenja na djelovanje, koji su položeni u ugovor o Uniji, neće više biti pokriveni zakonom o saglasnosti uz ovaj ugovor. Savezni ustavni sud provjerava da li evropske ustanove ostaju u granicama suverenih prava koja su im prenešena (usp. BVerfGE 75, 223).
6. Mora se pri tumačenju normi koje određuju ovlaštenja ustanova i organa Zajednica voditi računa da ugovor o Uniji načelno razlikuje između ograničeno prenešenog državnog ovlaštenja i izmjene ugovora, da zbog toga njegovo tumačenje ne smije u svom rezultatu biti izjednačeno sa proširenjem ugovora i da takvo ograničenje neće stvarati obaveze za Njemačku.
7. Nosioce osnovnih prava u Njemačkoj pogađaju i akti zasebne javne vlasti jedne supranacionalne organizacije koja se osamostalila od državne vlasti država članica. Oni time dotiču ustavna jamstva kao i zadatke Saveznog ustavnog suda koji imaju za predmet zaštitu osnovnih prava, ne samo

u odnosu na njemačku državnu vlast (odstupanje od BVerfGE 58, 1 [27]). Svakako da Savezni ustavni sud svoju sudsku praksu o primjeni izvedenog prava Zajednice u Njemačkoj vrši u „odnosu kooperacije“ sa Evropskim sudom.

8. Ugovor o Uniji utemeljuje savez država koji služi ostvarenju sve uže Unije evropskih naroda – koji su organizirani u države – (čl. A EUV), ali ne i državu koja se oslanja na evropski državni narod.
9. a) Čl. F st. 3 EUV ne opunomoćuje Uniju da na osnovu sopstvene moći pribavlja finansijska sredstva ili neka druga sredstva za rad koja ona smatra neophodnim za ispunjenje svojih ciljeva.
- b) Čl. L EUV isključuje pravosuđe Evropskog suda samo za takve propise iz ugovora o Uniji koji ne ovlašćuju na donošenje mjera koje bi neposredno prodirale do nosioca osnovnog prava u suverenom području djelovanja država članica.
- c) Savezna Republika Njemačka se sa ratifikacijom ugovora o Uniji ne podvrgava nepreglednom, i u pogledu svog osamostaljenog hoda, nekontroliranom „automatizmu“ koji bi vodio prema valutnoj uniji; Ugovor otvara put prema daljoj integraciji evropskih zajednica koja se odvija stepenovano i u svakom slijedećem koraku je ovisna, bilo o pretpostavkama koje su trenutno predvidive za parlament, bilo o saglasnosti Savezne vlade na koju parlament utječe.

**Presuda Drugog senata od 12. oktobra 1993.**

**- 2 BvR 2134, 2159/92 -**

Ustavna tužba se odnosi na njemačko učešće u osnivanju Evropske unije Zakonom o izmjeni Ustava od 21. decembra 1992. (BGBl. I, s. 2086) i Zakonom od 28. decembra 1992. o Ugovoru o Evropskoj uniji od 7. februara 1992. (BGBl. II s. 1251).

(...)

7. februara 1992. je u holanskom gradu Maastricht između država članica Evropskih zajednica zaključen Ugovor o Evropskoj uniji (u nastavku Ugovor o Uniji [EUV]). Prema uvodnom članu ovog Ugovora proces evropskih integracija koji je položen sa osnivanjem Evropskih zajednica sada zadobija „novi stepen u ostvarenju sve uže unije evropskih naroda“ (čl. A st. 1 EUV).

a) Ugovorom o Uniji ugovorne stranke međusobno osnivaju „Evropsku uniju“ (čl. A st. 1 EUV). Ona ima zadatak da odnose između država članica uobličuje koherentno i solidarno (čl. A st. 3 rečenica 2 EUV). Prema bližim odredbama čl. B EUV, Unija sebi postavlja cilj da stvori privredni i socijalni prostor bez unutrašnjih granica, privrednu i monetarnu uniju – dugoročno uzev, sa zajedničkom valutom –

da ostvari identitet Unije na internacionalnoj ravni prije svega zajedničkom vanjskom i sigurnosnom politikom, da uvede državljanstvo Unije, da razvije zajednički rad u područjima pravosuđa i unutrašnjih poslova kao i da potpuno očuva i razvije stečevine Zajednice. Prema čl. F st. 3 EUV Unija raspolaže sredstvima koja su potrebna za dostizanje njenih ciljeva i za provođenje njenih politika.

Osnove Evropske unije obrazuju tri postojeće Evropske zajednice (Evropska privredna zajednica [*Europäische Wirtschaftsgemeinschaft* - EWG] – sada: Evropska zajednica [*Europäische Gemeinschaft* - EG], Evropska zajednica za uglj i čelik [*Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl* - EGKS], Evropska atomska zajednica [*Europäische Atomgemeinschaft* - EAG]) koje su dopunjene dvjema formama saradnje, uvedene Ugovorom o Uniji, zajednička vanjska i sigurnosna politika (čl. B 2. podstav, čl. J EUV) i saradnja u oblastima pravosuđa i unutrašnjih poslova (čl. B, 4 podstav, čl. K EUV) tzv. „koncept-tri-stupa“ (čl. A st. 3 EUV). Savjet Evrope u kojem se sastaju šefovi država i vlada država članica i predsjednik komisije, daje Uniji impulse potrebne za njen razvoj i utvrđuje opšte političke predstave o ciljevima ovog razvoja (čl. D EUV).

b) Ranija „Evropska privredna zajednica“ se proširuje u „Evropsku zajednicu“ sa dodatnim zadacima i ovlaštenjima (čl. G EUV). U pogledu na to se mijenja Ugovor o osnivanju Evropske privredne zajednice (*Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* [EWGV]). On u novoj verziji – kao Ugovor o osnivanju Evropske zajednice (*Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* [u nastavku EGV]) – ostaje kod principa ograničenog pojedinačnog ovlaštenja (čl. 3 b st. 1, čl. 4 st. 1 rečenica 2, čl. 4 a, čl. 4 b, čl. 189 st. 1 EGV). Prema principu supsidijariteta (čl. 3 b st. 2 EGV) zajednica će u područjima koja ne padaju u njenu isključivu nadležnost djelovati samo ako ciljevi mjera koje se uzimaju u obzir ne mogu biti postignuti na zadovoljavajući način i zbog njihovog obima se njihov učinak može bolje ostvariti na nivou Zajednice. Čl. 3b st. 3 EGV određuje zatim, da mjere Zajednice ne prelaze onaj omjer koji je potreban za dostizanje ovih ciljeva.

b 1) Ugovorom o Uniji se uvodi državljanstvo Unije koje se izvodi iz državljanstva jedne države članice (čl. 8 EGV), koje posreduje pravo na slobodu kretanja, utemeljuje aktivno i pasivno izborno pravo za komunalne izbore u mjestu boravka, kao što određuje izborno pravo za Evropski parlament prema boravištu i tako ga odvaja od državljanstva (čl. 8 b EGV). Svaki građanin Unije supsidijarno uživa diplomatsku i konzularnu zaštitu jedne od država članica prema odredbama čl. 8 c EGV. Osim toga, Ugovor sadrži načela o zajedničkoj viznoj politici (čl. 100 c EGV; čl. K. 1 br. 2 EUV).

b 2) Ugovor o Uniji utemeljuje i druge zadatke i ovlaštenja Evropske zajednice u obrazovnoj politici (čl. 126 EGV), u politici pripreme za obavljanje zanimanja (čl. 127 EGV), u politici kulture (čl. 128 EGV), u zdravstvenoj politici (čl. 129 EGV), u zaštiti potrošača (čl. 129 a EGV) i transevropskim mrežama (čl. 129 b i dalje EGV). U čl. 130 d EGV i u Protokolu o privrednoj i socijanoj saradnji su ugovorne stranke dogovorile

kohezioni fond koji će na raspolaganje staviti finansijske doprinose Zajednice za planove u područjima zaštite prirodne okoline i transevropske mreže na području saobraćajne infrastrukture.

b 3) Sada se u četvrtom dijelu EGV uvodi Privredna i monetarna unija, koja je planirana od 1972. Dok se privredna politika država članica prema čl. 102 a i dalje EGV mora koordinirati i podvrgnuti smjernicama Zajednice o garanciji konvergencije privredne sposobnosti država članica, monetarna politika će posupno biti prenešena u nadležnost Zajednice i biće predana u ruke jedinstvenog evropskog sistema centralnih banaka ([*Europäisches System der Zentralbanken*] ESZB, čl. 105 i dalje EGV).

Prva faza (faza konvergencije) Privredne i valutne unije, koja je već započela 1. jula 1999. treba da usavrši Evropski valutni sistem ([*Europäisches Währungssystem*], EWS) učešćem svih država članica. Nakon nje će uslijediti druga faza (faza koordinacije) koja će pripremiti zaključivanje Privredne i valutne unije. (...)

Ulaskom na drugu fazu će biti dostignut evropski valutni sistem. On je prethodnica Evropske centralne banke ([*Europäische Zentralbank*] EZB) i priprema njenu djelatnost za treću fazu. (...)

U trećoj fazi će Evropska zajednica preuzeti kompetencije država članica za cjelokupnu monetarnu politiku (novčana, kreditna i kamatna politika kao i politika valutnog kursa). U tu svrhu će biti stvoreni ESZB i nezavisna EZB (čl. 4 a u vezi sa čl. 105 i dalje EGV). Ulazak u treću fazu zavisi od toga da li će dovoljan broj država članica ispuniti pretpostavke stabilnosti nivoa cijena, umjerenog budžetskog deficita, stabilnost monetarnog kursa i kamatnog nivoa (kriterijumi konvergencije, čl. 109 j st. 1 EGV i vezi sa Protokolom o kriterijumima konvergencije). Najkasnije krajem 1996. će Savjet Evropskih zajednica odlučiti (u sastavu šefova država i njihovih vlada) kvalificiranom većinom da li većina država članica ispunjava potrebne pretpostavke i da li je ulazak u treću fazu smislen. Uslijedi li potvrđan odgovor od strane Savjeta, može odmah biti utvrđen termin za uspostavljanje EZB i uvođenje jedinstvene valute (čl. 109 j st. 3 EGV). U suprotnom, treća faza treba započeti 1. januara 1999. (čl. 109 j st. 4 EGV). (...)

Neprihvatljiva je apelantova tvrdnja da će njegova osnovna prava biti povrijeđena time što ih više neće jamčiti Njemačka i njemački organi i da je nedopustivo da ona budu nadomještene evropskim osnovnim pravima koja će (...) imati drugi sadržaj. Otvorenost prema evropskim integracijama koja je spomenuta u Preambuli i koja je regulirana u čl. 23 i 24 Ustava ima za posljedicu da uplitanja u osnovna prava mogu uslijediti i posredstvom evropskih organa tako da mora ostati zajamčena zaštita osnovnih prava na cjelokupnom području važenja ovakvih mjera; ovim se proširuje posebno prostorno područje primjene zagwarantiranih sloboda i analogna perspektiva za korištenje načela jednakosti.

Za ovo nije vezano značajno umanjenje standarda zaštite osnovnih prava. Savezni ustavni sud svojom nadležnošću jamči (...) da je stanovnicima Njemačke generalno

osigurana djelotvorna zaštita osnovnih prava koja se odnosi i na suverenu vlast Zajednice i da se ona snagom ustava mora načelno posmatrati kao bezuslovno određena zaštita osnovnih prava koja je jednaka ustavnom standardu, najprije zbog toga što generalno jamči bitni sadržaj osnovnih prava. Savezni ustavni sud tako osigurava ovaj bitan sadržaj i u odnosu na suverenu vlast Zajednice (...). Akti posebne javne vlasti, koja se osamostalila od vlasti jedne supranacionalne organizacije, pogađaju nosioce osnovnih prava u Njemačkoj. Njima se tako dodiruju ustavna jamstva kao i zadaci Saveznog ustavnog suda čija je nadležnost zaštita osnovnih prava u Njemačkoj i to ne samo u odnosu na akte njemačkih organa (odstupanje od BVerfGE 58, 1 [27]). Sigurno je da Savezni ustavni sud vrši svoju pravosudnu funkciju u odnosu na primjenu izvedenog prava Zajednice u jednom „odnosu kooperacije“ sa Evropskim sudom u kojem Evropski sud garantira zaštitu osnovnih prava u svakom pojedinačnom slučaju za cijelo područje Evropskih zajednica, a Savezni ustavni sud se zbog toga može ograničiti na generalno jamstvo nedodirivog standarda osnovnih prava (...).

Apelant je (...) na odgovarajući način pokazao da Zakon o davanju saglasnosti može povrijediti njegovo pravo iz čl. 8 st. 1 Ustava. (...)

Čl. 38 Ustava ne jamči građanima samo izborno pravo za njemački Bundestag i da se pri izborima mora pridržavati ustavnopravnih izbornih načela. Garancija se proteže na temeljni demokratski sadržaj ovog prava: zajamčeno je Nijemcima koji imaju aktivno izborno pravo subjektivno pravo da učestvuju na izborima za njemački Bundestag i da time na saveznoj razini sudjeluju u legitimaciji državne vlasti posredstvom naroda i da utječu na njeno vršenje. (...)

Preda li njemački Bundestag zadatke i ovlaštenja, posebno zakonodavna izborna i kontrolna, drugim nosiocima državne vlasti, dotiče se stvarno područje zaštite na koje se odnosi demokratski sadržaj čl. 38 Ustava. S obzirom na Evropsku uniju i na zajednice koje ona obuhvata čl. 23 st. 1 Ustava ovlašćuje saveznog zakonodavca da pod tamo navedenim pretpostavkama vlastito vršenje suverenih ovlaštenja do granice čl. 79 st. 3 Ustava prenese na Evropsku uniju (č. 23 st. 1 rečenica 3 Ustava). Ovu ustavnu odredbu je savezni zakonodavac stvorio samo za evropske integracije i njen razvoj. Ona tako određuje i sadržaj prava koje je zajamčeno čl. 38 Ustava. Čl. 38 u području primjene čl. 23 Ustava isključuje da se legitimacijom državne vlasti koja je utvrđena izborima i utjecajem na njeno vršenje posredstvom prenošenja zadatak i ovlaštenja Bundestaga, ona tako isprazni da bi bio povrijeđen demokratski princip, kojeg čl. 79 st. 3 Ustava u vezi sa čl. 20 st. 1 i 2 Ustava proglašava nedodirivim.

Apelantovo pravo iz čl. 38 Ustava može, prema tome, biti povrijeđeno ako bi se u vršenju kompetencija njemačkog Bundestaga išlo tako daleko da se one prenesu na neki organ Evropske unije ili evropskih zajednica koji je obrazovala vlada, tako da više ne može biti ispunjen najniži zahtjev demokratske legitimacije suverene vlasti koja stoji nasuprot građaninu. (...)

Želi li Savezna Republika Njemačka biti član državne zajednice koja je osposobljena za neovisno suvereno djelovanje i prenese li se na ovu državnu zajednicu vršenje samostalnih državnih ovlaštenja – Ustav oboje izričito dopušta radi ostvarivanja ujedinjene Evrope (čl. 23 st. 1 Ustava) – demokratska legitimacija neće moći biti uspostavljena u jednakoj formi kao i unutar državnog poretka koji je jednako i cjelovito reguliran državnim ustavom. Prenesu li se suverena prava na supranacionalne organizacije reprezentativni organ kojeg je narod izabrao, njemački Bundestag i s njim građanin koji bira, nužno gubi utjecaj na procese političkog obrazovanja volje i političkog odlučivanja.

Demokratski princip ne sprečava, dakle, učlanjenje Savezne Republike Njemačke u neku – supranacionalnu – međudržavnu organizaciju. Pretpostavka članstva je međutim, da su osigurani legitimacija koja polazi od naroda kao i utjecaj unutar saveza država.

U savezu država Evropske unije je neophodna (...) demokratska legitimacija povezivanjem djelovanja evropskih organa sa parlamentima država članica; uz ovo dolazi – u mjeri sve snažnijeg srastanja evropskih nacija – unutar institucionalnog okvira Evropske unije posredovanje demokratske legitimacije preko evropskog parlamenta kojeg biraju građani država članica.

Odlučujuće je da se demokratske osnove Unije izgrađuju ukorak sa integracijom i da u državama članicama u postupku integracije ostaje očuvana živa demokratija. Demokratiju bi na državnoj razini dodatno oslabilo prenošenje zadataka i ovlaštenja u pogledu odgovornosti evropskog saveza država tako da parlamenti država članica ne bi više mogli posredovati legitimaciju suverene vlasti koju obavlja Unija.

Ako narodi – kako je to sada slučaj – posreduju demokratsku legitimaciju putem nacionalnih parlamenata, onda su proširenju zadataka i ovlaštenja Evropskih zajednica postavljene granice demokratskim principom. Svaki narod je polazište za državnu vlast koja se na njega odnosi. Države trebaju dovoljno značajna područja vlastitih zadataka na kojem se svaki narod može artikulirati i legitimirati u procesu političkog obrazovanja volje koji on može legitimirati i usmjeravati. (...)

Iz svega slijedi da njemačkom Bundestagu moraju ostati zadaci i ovlaštenja od substancijelnog značaja. (...)

Budući da Nijemac koji ima izbornu pravo u biti svoje pravo na učešće u procesu demokratske legitimacije ustanova i organa kojima je povjerena javna vlast vrši posredstvom izbora njemačkog Bundestaga, Bundestag mora odlučivati o članstvu Njemačke u Evropskoj uniji, o njenom opstajanju i razvoju.

Čl. 38 Ustava je, dakle, povrijeđen ako zakon koji otvara njemačko pravno ustrojstvo neposrednom važenju i primjeni prava supranacionalnih – Evropskih zajednica, ne bi bio dovoljno određen u pogledu odredbe o vršenju prenešenih prava i namjeravanog



programa integracije (...). Omogućiće se da Evropske zajednice preuzmu neimenovane zadatke i ovlaštenja ako ne bude utvrđeno u kojem se obimu i omjeru njemački zakonodavac usaglasio sa prenošenjem suverenih prava. Ovo je jednako generalnoj punomoći i predstavljalo bi razvlašćenje od kojeg štiti čl. 38 Ustava.

Budu li (...) evropske ustanove i organi ugovora o Uniji korišteni i oformljeni tako da ne budu pokriveni Ugovorom koji je osnov za njemački zakon o davanju saglasnosti, onda u Njemačkoj ne bi bili obavezni pravni akti koji iz ovoga slijede. Njemačkim ogranima bi iz ustavnopravnih razloga bilo zabranjeno da ove pravne akte primijenjuju u Njemačkoj. Savezni ustavni sud, prema tome, provjerava da li se pravni akti evropskih ustanova i organa drže u granicama suverenih prava koja su im prenešena ili izlaze iz njih. (...)

Ugovor o Uniji je, s obzirom na provjeru u predmetnom postupku, usklađen sa ovim zahtjevima.

Kompetencije i ovlaštenja koja su prenešena Evropskoj uniji i Zajednicama koje joj pripadaju ostaju u biti djelatnosti jedne privredne zajednice, sve dok se one vrše korištenjem suverenih prava.

Savezna Republike Njemačka je (...) i nakon stupanja na snagu Ugovora o Uniji član u savezu država čija se zajednička vlast izvodi iz država članica i koja na njemačkom državnom području može obavezivati samo na osnovu njemačke naredbe o primjeni ugovora Njemačka je „gospodar ugovora“, koji je utemeljio njenu vezanost Ugovorom o Uniji tako što ga je zaključila „na neograničeno vrijeme“ (čl. Q EUV), voljom za dugoročnim članstvom, koje se međutim, može ponovo ukinuti suprotnim aktom. Važenje i primjena Evropskog prava u Njemačkoj zavisi od naredbe o pravnoj primjeni Zakona o saglasnosti. Njemačka tako na osnovu vlastitog prava čuva kvalitet suverene države. (...)

Neophodan utjecaj Bundestaga je zajamčen najprije time što čl. 23 st. 1 Ustava zahtijeva da se za njemačko članstvo u Evropskoj uniji i njeno unapređenje posredstvom izmjene ugovornih osnova ili proširenje njenih ovlaštenja donese zakon za koji je pod pretpostavkama stava 3 potrebna kvalificirana većina člana 79 st. 2 Ustava. Izvan toga Bundestag učestvuje u vršenju njemačkih prava povodom članstva u evropskim organima. On djeluje prema mjerilima čl. 23 st. 2 i 3 Ustava i Zakona o zajedničkom radu Savezne vlade i njemačkog Bundestaga u poslovima Evropske unije od 12. marta 1993. (...), koji je donešen radi njegovog izvršenja, kako bi u ovim stvarima došlo do obrazovnja državne volje. Ovakve uzajamne kompetencije vrše Savezna vlada i Bundestag u smislu uzajamnog povjerenja.

Konačno, Bundestag utječe na evropsku politiku Savezne vlade preko njene parlamentarne odgovornosti (čl. 63, 67 Ustava – usp. BVerfGE 68, 1 [109] i dalje). Ovakva funkcija kreacije i kontrole, koju Bundestag načelno obavlja na javnoj raspravi, uzrokuje rasprave u javnosti i političkim partijama u pogledu evropske

politike Savezne vlade i predstavlja faktor koji opredjeljuje građane pri donošenju odluke o izboru. (...)

Ugovor o Uniji je u skladu sa zahtjevom određenosti, jer on budući tok izvršenja, dakle, moguće uzimanje u obzir prenešenih suverenih ovlaštenja normira na zadovoljavajuće predvidiv način (...); ovo utemeljuje parlamentarnu odgovornost u vezi sa Zakonom o saglasnosti. Neosnovana je apelantova zabrinutost da bi se Evropske zajednice, na osnovu ciljeva koji su joj široko postavljeni, mogle bez nove parlamentarne rasprave razviti u političku uniju koja bi raspolagala suverenim pravima koja se ne mogu unaprijed odrediti. Unija-Ugovor preuzima princip ograničenog pojedinačnog ovlaštenja, koji je već ranije vrijedio u evropskim zajednicama i osnažuje ga (...).

(...)

Uvijek bi bio povrijeđen zahtjev da zakon kojim se prenose suverena prava bude zadovoljavajuće određen, a time i parlamentarna odgovornost ovakvog prenosa prava, ako bi čl. F st. 3 EUV utemeljio kompetenciju-kompetencija Evropske unije kao zajednice suverenih država. Čl. F st. 3 EUV, međutim, ne opunomoćuje Uniju da na osnovu sopstvene vlasti pribavlja finansijska sredstva ili neka druga sredstva za rad koja ona smatra neophodnim za ispunjenje svojih ciljeva. (...)

Ugovor o Uniji je, u pogledu koraka predviđenih za izvršenje, prihvatljiv za Bundestag jer on regulira razvoj prema evropskoj monetarnoj uniji i njenim sastavnim dijelovima. (...)

Premda se trenutno ne može, prema privrednom značaju, državama članicama koje učestvuju, i vremenu početka, predvidjeti kakav će razvoj zadobiti monetarna unija u pojedinim razvojnim fazama, Zakon o davanju saglasnosti na Ugovor o Uniji zadovoljava pretpostavke parlamentarne odgovornosti. (...)

Konačno, stvarna ovisnost između monetarne unije i privredne unije ne doprinosi neodređenosti sadržaja ugovora. Istina, mogu se pojaviti razumljivi razlozi zbog kojih se monetarna unija političko-faktički može smisleno provesti samo u slučaju skore dopune privrednom unijom, koja bi prelazila koordinaciju ekonomskih politika država članica i Zajednice. Takva dopuna pretpostavlja, međutim, postupak izmjene ugovora prema čl. N EUV, pa prema tome i dodatnu parlamentarnu saglasnost. (...)

Prenošenje zadataka i ovlaštenja na evropske organe, kako je to predviđeno Ugovorom o uniji, ostavlja njemačkom Bundestagu dovoljno zadataka i ovlaštenja od substancijalnog političkog značaja. Ugovor postavlja dovoljno jasnu granicu dinamici integracije koja je u njemu postavljena i čuva uravnoteženost između struktura vladinih odluka u evropskom savezu država kao i pridržavanje odluka i suodlučivanje njemačkog Bundestaga.

Svakako su mogućnosti utjecaja Bundestaga, a time i birača na vršenje suverenih prava posredstvom evropskih organa skoro u potpunosti suspendirani time što Evropska

centralna banka postaje nezavisna u odnosu na Evropske zajednice i države članice (čl. 107 EGV). Bitno područje politike, koje vrijednošću novca podupire individualnu slobodu, i količinom novca određuje javne finansije i područja politike koja o njima ovise, je odstranjeno iz utjecaja nosioca suvereniteta i – izvan izmjene ugovora – iz mogućnosti zakonodavne kontrole područja koja su predmet ovih zadataka i sredstava za rad sa njima. Osamostaljivanje većine zadataka monetarne politike kod neovisne centralne banke oslobađa državnu vlast neposredne državne ili supranacionalne parlamentarne odgovornosti kako bi oduzela finansije iz utjecaja interesnih grupa i političkih nosioca mandata koji su zainteresirani za ponovni izbor (...).

Ovo ograničenje demokratske legitimacije koja polazi od birača u državama članicama dotiče princip demokratije, no u skladu je sa čl. 79 st. 3 Ustava kao modifikacija ovog principa, koja je predviđena u čl. 88 st. 2 Ustava.

Ugovor o Uniji regulira, konačno, ograničeno ovlaštenje na djelovanje organa i ustanova tri evropske zajednice čije je vršenje stepenovano s obzirom na sredstva djelovanja i intenzitet reguliranja, Ugovor utvrđuje pravno odrediva suverena prava; to može biti parlamentarno opravdano i u tom smislu je demokratski legitimirano. Integracioni razvoj koji je položen u Ugovor o Uniji i u ugovore o Evropskim zajednicama se ne izvodi iz opštih ciljeva nego iz konkretnih zadataka i ovlaštenja da se djeluje. (...)

## **182) BVerfGE 90, 286** **(„Out-of-Area“)** **„Out-of-Area“**

1. Ovlaštenje iz čl. 24 st. 2 Ustava ne opunomoćuje saveznu državu da stupi u sistem uzajamne kolektivne sigurnosti i da odobri ograničavanje sopstvenih suverenih prava koja sa ovim stoje u vezi. Ono prvenstveno nudi ustavnopravne osnove za preuzimanje zadataka koji su na tipičan način vezani za članstvo u takvom sistemu, a time i za angažman savezne vojske (*Bundeswehr*) koji se odvija u okvirima i prema pravilima ovog sistema.
2. Čl. 87 a Ustava nije u suprotnosti sa primjenom čl. 24 st. 2 Ustava kao ustavnopravne osnove za angažman naoružane savezne vojske u okviru sistema uzajamne kolektivne sigurnosti.
3. a) Ustav obavezuje Saveznu vladu da pribavi načelnu prethodnu saglasnost njemačkog Saveznog vijeća (*Bundestag*) koja je konstitutivna za angažman naoružane savezne vojske.  
b) Zakonodavac je nadležan da neovisno o minimalnim zahtjevima i granicama pridržavanja parlamenta, koje su za angažman naoružane

savezne vojske predstavljeni u presudi, pobliže uobličiću formu i omjer učesća parlamenta.

4. Savezna Republika Njemačka smije prema čl. 24 st. 2 Ustava odobriti „ograničavanje“ njenih suverenih prava radi održavanja mira, tako što bi se vezala za odluke jedne internacionalne organizacije, iako ovim aktom na nju nije prenijela suverena prava u smislu čl. 24 st. 1 Ustava.
5. a) Sistem kolektivne sigurnosti u smislu čl. 24 st. 2 Ustava, koji je posvećen uzajamnom očuvanju mira i sigurnosti, karakterizira utemeljenje statusa međunarodnopravne obaveznosti svakog člana, putem regula koje osiguravaju mir. Nebitno je da li takav sistem treba garantirati isključivo ili prevashodno mir između država članica ili on obavezuje na kolektivnu solidarnost za slučaj napada izvana.  
  
b) Također paktovi kolektivne samoodbrane mogu biti sistemi uzajamne kolektivne sigurnosti u smislu čl. 24 st. 2 Ustava kada i ako oni striktno obavezuju na osiguranje mira.
6. Odobri li zakonodavac ulazak u sistem uzajamne kolektivne sigurnosti, takva odluka obuhvata i ulazak oružanih snaga u integrirane strukture sistema ili učesće vojnika u vojnim akcijama pod vojnom komandom sistema, ako su ulazak i učesće upravo uređeni ugovorom ili statutom osnivačkog ugovora na koji je data saglasnost. Odobrenje koje ograničava suverena prava obuhvata i učesće njemačkih vojnika u vojnim akcijama na osnovu uzajamnog djelovanja u sistemu sigurnosti i u njegovim okvirima, ako se Njemačka na osnovu zakonske saglasnosti uključila u ovaj sistem.
7. a) Akti vanjskih poslova koji nisu obuhvaćeni čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava se načelno pripisuju poduručju kompetencija Savezne vlade. Iz čl. 50 st. 2 rečenica 1 Ustava se ne može zaključiti da mora biti izabrana ona forma ugovora za koju je potrebna zakonska saglasnost ako djelovanje Savezne vlade u međunarodnopravnim odnosima ujedno regulira i političke odnose Savezne Republike Njemačke ili predmete saveznog zakonodavstva. Ni zbog toga ne dolazi u obzir analogno ili prošireno tumačenje ovog propisa (uz oslonac na BVerfGE 68, 1 [84 i dalje]).  
  
b) O dometu zakonodavčevog prava na davanje saglasnosti iz čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava.

**Presuda Drugog senata od 12. jula 1994.**

**- 2 BvE 3/92, 5/93, 7/93, 8/93 -**

OBRAZLOŽENJE:

### A.

Postupci povodom spora organa, koji su povezani radi zajedničke rasprave i odluke, u biti se odnose na pitanje učešća njemačkog Bundestaga i narodnih predstavnika u Bundestagu prilikom donošenja odluke o angažmanu njemačkih oružanih snaga u okvirima akcija Organizacije sjevernoatlantskog pakta (NATO) i Zapadnoevropske unije ([*Westeuropäische Union*] WEU) radi izvršenja odluka Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija kao i o učešću njemačkih oružanih snaga u mirovnim trupama koje su stavljene na raspolaganje Ujedinjenim nacijama

(...)

### II.

Postupak se odnosi na slijedeće činjenično stanje:

1. Spor organa 2 BvE 3/92 se odnosi na učešće savezne vojske u akciji pomorskih snaga NATO-a i WEU radi nadzora embarga kojeg su uvele Ujedinjene nacije protiv Federativne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) kao i na saglasnost Savezne vlade na odluke NATO i WEU tijela. Podnosilac zahtjeva su parlamentarne Frakcije SPD-a u njemačkom Bundestagu i njenih 228 članova. (...)

2. Postupci 2 BvE 5/93 i 2 BvE 7/93 se odnose na odluku Savezne vlade o učešću njemačkih oružanih snaga na provođenju zabrane letenja u vazdušnom prosotoru Bosne i Hercegovine koju su uvele Ujedinjene nacije. Podnosilac zahtjeva u postupku 2 BvE 5/93 su frakcije F.D.P. u njemačkom Bundestagu i njenih 55 članova. Podnosilac zahtjeva u postupku 2 BvE 7/93 su frakcija SPD u njemačkom Bundestagu i njenih 226 članova. (...)

3. Postupak 2 BvE 8/93 se odnosi na učešće njemačkih vojnika u UNSOM II, vojnoj formaciji koju je uspostavio Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija za uspostavljanje odnosa mira u Somaliji. Podnosilac zahtjeva su frakcija SPD u njemačkom Bundestagu i njen 221 član. (...)

(...)

### C.

(...) Sistem uzajamne kolektivne sigurnosti se redovno oslanja i na oružane snage koje mogu doprinijeti da se ispuni nalog postavljen pred sam sistem i da se kao ultima ratio angažira protiv snaga koje ugrožavaju mir. Države članice moraju zbog toga načelno biti spremne da organizaciji za sigurnost stave na raspolaganje i vojna sredstva radi očuvanja i uspostavljanja mira. (...)

Čl. 24 st. 2 Ustava regulira učešće Njemačke u sistemu uzajamne kolektivne sigurnosti kao i pristanak na ograničavanje suvereniteta, uključiv ovlaštenja na vojno komandovanje, koje je sa ovim u vezi. Savezna Republika Njemačka smije u svrhu očuvanja mira, na osnovu ovih propisa, dati saglasnost da se „ograniče“ njena suverena prava tako što će se potčiniti odlukama jedne internacionalne organizacije, a da ovim istovremeno ne prenese svoja suverena prava u smislu čl. 24 st. 1 Ustava.

Prema čl. 24 st. 1 Ustava se ne postavlja pitanje ustavnopravnih pretpostavki i granica za prenošenje suverenih prava na međudržavne ustanove, budući da učešće njemačkih oružanih snaga u operacijama koje osiguravaju mir u sistemima uzajamne kolektivne sigurnosti, čija je posljedica potčinjavanje takvom sistemu organizacije, ali na ovaj sistem ne prenosi nadležnosti da vrši suverena ovlaštenja sa neposrednim učinkom u unutardržavnom području. (...)

(...) NATO predstavlja sigurnosni sistem koji svoje članove „ujedinjuje (...) pokušajima zajedničke odbrane i održanja mira i sigurnosti“ (Preambula NATO-Ugovora). On slijedi ovaj cilj prema čl. 5 NATO-Ugovora, iznad svega, stavljanjem u obavezu saveznicima da u slučaju napada na jednu ugovornu stranu svaka ugovorna strana takav napad mora shvatiti kao napad protiv svih ugovornih strana. Ugovorne strane zahtijevaju da se u slučaju savezništva upotrijebe prava individualne i kolektivne samoodbrane predviđena u čl. 51 Statuta Ujedinjenin nacija. NATO služi očuvanju mira i time što se ugovorne strane prema čl. 1 NATO-Ugovora obavezuju da sukobe u kojima učestvuju rješavaju mirnim putem. Osim toga, karakterizira ga obrazovanje visoko diferencirane, integrirane komandne strukture i stavljanje zajedničkih tijela ispred uobičajene vojne alijanse, čime se konačno dovodi do toga da su oružane snage država članica međusobno toliko uvezane da se podiže standard njihove uzajamne sigurnosti. Osim toga, čl. 4 NATO-Ugovora utemljuje obavezu na konsultacije svih država članica u kriznom slučaju.

NATO je ovim karakteriziran kao kodeks za osiguranja mira i kao struktura jedne organizacije koja dopušta da se on sačuva kao sistem uzajamne kolektivne sigurnosti u smislu čl. 24 st. 2 Ustava.

(...) Za uvođenje Njemačke u sistem uzajamne kolektivne sigurnosti je prema čl. 24 st. 2 u vezi sa čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava obavezna saglasnost zakonodavca. Ovakvo pridržavanje zakona prenosi Bundestagu kao zakonodavnom organu pravo na suodlučivanje u području vanjskih poslova u smislu čl. 64 st. 1 BVerfGG.

Odobri li zakonodavac ulazak u sistem uzajamne kolektivne sigurnosti, takva odluka obuhvata i ulazak oružanih snaga u integrirane strukture sistema ili učešće vojnika u vojnim akcijama pod vojnom komandom sistema, ako su ulazak i učešće upravo uređeni ugovorom ili statutom osnivačkog ugovora na koji je data saglasnost. Odobrenje koje ograničava suverenitet obuhvata i učešće njemačkih vojnika u vojnim akcijama na osnovu uzajamnog djelovanja u sistemu sigurnosti i u njegovim okvirima, ako se Njemačka na osnovu zakonske saglasnosti uključila u ovaj sistem. (...)

#### IV. Pridržavanje parlamenta

Ustav ovlašćuje saveznu državu da za potrebe odbrane stavi na raspolaganje oružane snage i da se uključi u sistem kolektivne samoodbrane i uzajamne kolektivne sigurnosti; ovo uključuje pravo da se vlastitim odbrambenim snagama učestvuje u aktivnostima koje su predviđene u okviru ovakvog sistema i koje se odvijaju prema njegovim pravilima. Neovisno o tome je za angažman naoružanih vojnih snaga potrebna načelna konstitutivna saglasnost Bundestaga.

Dok su vanjski poslovi snagom Ustava širokim obimom postavljeni u područje kompetencija egzekutive, za angažman naoružanih vojnih snaga ustavni propisi o ustrojstvu odbrane predviđaju načelno učešće parlamenta. Ustavni propisi koji se odnose na oružane snage – na različitim stepenima njihovog uobličavanja – uvijek zahtijevaju da se savezna vojska kao potencijal moći ne prepušta samo egzekutivi, nego da kao „parlamentarna armija“ bude ugrađena u demokratski pravnodržavni poredak moći, tj. da se parlamentu osigura pravno značajan utjecaj na izgradnju i upotrebu oružanih snaga.

1. Čl. 59 a st. 1 Ustava u verziji Zakona o dopuni Ustava od 19. marta 1956. osigurava Bundestagu pravo da zaključkom utvrdi kada je nastupio slučaj odbrane. To je prema tadašnjem shvatanju značilo da oružane snage smiju biti angažirane samo na osnovu parlamentarnog zaključka, pri čemu angažman u okviru Ujedinjenih nacija 1956. godine, zbog nedostajućeg članstva, još uvijek nije bio aktuelan.

Čl. 59 a Ustava je ukinut 17. Zakonom o dopuni Ustava od 24. juna 1968. – takozvano uređenje stanja nužde. Ovo, međutim, nije počivalo na zakonodavčevoj volji da se djelimično deparlamentarizira angažman oružanih snaga. Čini se da je upravo – kao i 1956. – i u 1968. godini pravno bio moguć angažman vojnih snaga izvan slučajeva koji su bili regulirani, posebno u čl. 115 a st. 1 Ustava, ali je s obzirom na tadašnje stanje u svijetu imao samo teorijski značaj, tako da nije postojala potreba za reguliranjem u pogledu parlamentarnog nadzora. Zakonodavac je tada, unatoč ukidanju čl. 59 a Ustava očuvao parlamentarni primat za sve pojedinačne slučajeve koji su se tada činili mogućim. Budući da sada, nakon pristupa Savezne Republike Njemačke Ujedinjenim nacijama, dolaze u obzir drugi slučajevi angažmana njemačkih oružanih snaga, pridržavanje parlamenta za ove slučajeve nije izričito određeno u Ustavu; ono, prema samoj stvari, ne bi smjelo otpasti.

2. Iz Ustava se za angažman oružanih snaga izvodi princip konstitutivnog pridržavanja parlamenta.

a) Takvo pridržavanje parlamenta odgovara njemačkoj ustavnoj tradiciji od 1918.

aa) Prema čl. 11 st. 1 rečenica 2 Ustav Rajha iz 1971. su objave rata i zaključenja mira bili kraljeva nadležnost koji je uz to – osim u slučajevima napada na državni

teritorij ili na njenu obalu – morao dobiti saglasnost savezne države (čl. 11 st. 2). Članom 11 st. 2 Zakona o izmjeni Ustava Rajha od 28. oktobra 1918. kojim je izveden prelaz prema parlamentarnom sistemu vladavine, je izmijenjen čl. 11 st. 2 kako slijedi: „Za objavu rata u ime Rajha je neophodna saglasnost Vijeća zemalja (Bundesrat) i parlamenta (Reichstag)“. Ovim je (...) objava rata i zaključivanje mirovnih ugovora, u svim slučajevima, uključiv slučaj odbrane, učinjeno ovisnim o saglasnosti Bundesrata i Reichstaga, dakle, zakonodavnih tijela.

bb) Vajmarski Ustav je u članu 45 st. 2 preuzeo osnovnu zamisao ovog propisa, sa zahtjevom da se kod objave rata i zaključenja mira legislativa (Reichstag) „ne pojavljuje naprosto kao dio koji daje saglasnost, nego kao gospodar poslova: objave rata i zaključenja mira slijede (...) na osnovu, i kao izvršenje, zaključaka koje je ona donijela. Formalni zakoni koji su predviđeni prema čl. 45 WRV predstavljaju materijalno uzev „akte vanjske politike i vojnog suvereniteta“.

Da je objava rata bila vezana za neki zakon Rajha, ne znači da su oružane snage Rajha smjele biti angažirane samo na na osnovu ranije donešenog zakona Rajha. Za odbranu od napada na područje Rajha nije bilo neophodno objavljivanje rata. U slučaju odbrane je Skupština Rajha mogla izraziti neslaganje sa politikom Vlade Rajha samo posredstvom izglasavanja nepovjerenja prema čl. 54 WRV.

b) aa) Zakon o dopuni Ustava od 19. marta 1956. se propisom iz čl. 59 a st. 1 Ustava oslanja na ovu odredbu Vajmarskog Ustava i dalje je razvija. „ (...) sudbonosne političke odluke o ratu i miru – ukoliko u kriznim situacijama političke odluke uopšte mogu biti donešene“ bi trebali donositi „najviši predstavnici cijelog naroda, naroda o čijoj se sudbini radi, dakle, parlament (izvjestilac dr. Schwarzhaupt, Deutscher Bundestag, 2. WP 132. Sjednica od 6. marta 1956, stenogramske bilješke s. 6820 A). (...) Zamjenom pravnog pojma objave rata pojmom „utvrđivanje da je nastupio slučaj odbrane“, uzeto je u obzir da se prema novom historijskom iskustvu i prema važećim međunarodnopravnim propisima kod upotrebe vojne sile ne može više računati sa formalnom objavom rata. Na mjesto zakonske forme koja je propisana čl. 45 st. 2 WRV je stupio jednostavniji formalni zaključak Bundestaga koji je donešen većinom predviđenom u čl. 42 st. 2 Ustava.

bb) Mnoštvo propisa iz područja prava na odbranu koji su ustavnom promjenom iz 1956. unešeni u Ustav, predviđa pojačanu parlamentarnu kontrolu oružanih snaga i djelovanja Vlade u vojnom području. Posebno su izraz naglašenog sistema parlamentarne kontrole čl. 45 a, čl. 45 b i čl. 87 a st. 1 rečenica 2 Ustava.

(...)

cc) Ustav, s obzirom na oružane snage, ne prepušta, ipak, parlamentu samo kontrolu i načelno usmjeravanje planova razvoja nego i konkretne odluke o njihovom korištenju.



(1) Utvrdi li se da je nastupio slučaj odbrane prema čl. 115 a st. 1 Ustava to samo neposredno omogućuje prelazak iz normalnog uređenja u uređenje za nuždu i prilagođava organizaciono državno pravo uslovima stanja nužde koje je nastalo oružanim napadom na državno područje. Ono, dakle, nije pretpostavka za svaki angažman savezne vojske u odbrani zemlje. Ustav, međutim, za odluku da je nastupio slučaj odbrane pored pravnih posljedica koje se tiču ustavnog prava nužde veže i odbrambne posljedice kao i pravne posljedice koje se tiču područja vanjskih poslova (usp. čl. 115 a st. 5; čl. 115 b; čl. 151 st. 3 Ustava; čl. 87.a st. 3 Ustava). Prije svega prelaz komandnih ovlaštenja na Saveznog kancelara prema čl. 115 b Ustava pokazuje da proglašenje slučaja odbrane posredstvom parlamenta istovremeno opunomoćuje na vojni angažman oružanih snaga prema čl. 115 a st. 1 Ustava. Prelaz sa obične kompetencije saveznog kancelara da daje smjernica na direktan odnos nadređenosti koji je uspostavljen parlamentarnim odlukama, koncentrira vojnu i vanjsku vlast u kompetenciji Saveznog kancelara koji sada u ovom području snosi punu parlamentarnu odgovornost.

Ni klauzula savezništva iz čl. 80 a st. 3 Ustava ne dopušta angažman oružanih snaga kao isključivu kompetenciju egzekutive; propis se prema mjerama alarmiranja unutar NATO-sistema odnosi na „djelimičnu civilnu mobilizaciju“, ne na angažman oružanih snaga u slučaju savezništva.

(2) Ako oružane snage u slučaju odbrane mogu imati pravo ili mogu biti ovlaštene da štite civilne objekte i da obavljaju zadatke reguliranja saobraćaja (čl. 87 a st. 3 Ustava), obaveza učešća zakonodavnih tijela slijedi iz (...) prethodne odluke da predstoji slučaj odbrane. Angažman oružanih snaga koji je prema čl. 87 a st. 4 rečenica 1 Ustava moguć pri zaštiti civilnih objekata i u borbi protiv organiziranih i vojno opremljenih ustanika se obustavlja ako to zahtijevaju Bundestag (Savezno vijeće) ili Bundesrat (Vijeće saveznih zemalja) (rečenica 2). Angažman oružanih snaga radi potpore policijskim snagama u slučaju prirodnih katastrofa ili nesreća, koje pogađaju teritorij više od jedne savezne zemlje, Ustav razumijeva prvenstveno kao problem savezne države: on se u svakom času ukida po zahtjevu Bundesrata (čl. 35 st. 3 rečenica 2 Ustava).

c) Odluka za obuhvatnu parlamentarnu kontrolu oružanih snaga, koja prema navedenom dolazio do izražaja u propisima Ustava na pozadini njemačke ustavne tradicije od 1918, pokazuje da se u ustrojstvu odbrane nalazi jedan princip prema kojem angažman naoružanih vojnih snaga podliježe konstitutivnom, u načelu prethodnom davanju odobrenja Bundestaga.

(...)

Savezna vlada je na osnovu njenog zaključka od 15. jula 1992, 2. aprila 1993. i 21. aprila 1993. angažirala oružane snage i time prekršila gore obrazloženu odredbu, da se prethodno mora pribaviti konstitutivno odobrenje Bundestaga.

## 183) BVerfGE 104, 126 (Strategisches Konzept der NATO) Strateški koncept NATO-a

1. Za udruživanje Njemačke u sistem uzajamne kolektivne sigurnosti je prema čl. 24 st. 2 u vezi sa čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava potrebna saglasnost zakonodavca.
2. Za razvoj sistema uzajamne kolektivne sigurnosti u smislu čl. 24 st. 2 Ustava, koji nije izmjena Ustava, nije potrebna posebna saglasnost Bundestaga.
3. Saglasnost Savezne vlade u pogledu razvoja sistema uzajamne kolektivne sigurnosti ne smije zakonom o saglasnosti prekoračiti postojeća ovlaštenja i njihove ustavnopravne okvire prema čl. 24 st. 2 Ustava.
4. Savezno vijeće (Bundestag) će biti povrijeđeno u svom pravu da učestvuje u vanjskim poslovima ako Savezna vlada bude razvijala sistema izvan ovlaštenja koja su joj dodijeljena.
5. Razvoj ne smije napustiti odredbu o ciljevima pakta za očuvanje mira kako su ona utvrđena članom 24 st. 2 Ustava.
6. Novi strateški koncept NATO-a iz 1999. nije ugovor koji je dogovoren formalno ili konkludentno.

### Presuda Drugog senata od 22. novembra 2001. - 2 BvE 6/99 -

OBRAZLOŽENJE:

#### A.

Postupak povodom spora organa se odnosi na davanje saglasnosti Savezne vlade na novi Strateški koncept koji je Sjevernoatlantski savjet, koji djeluje na nivou šefova zemalja i vlada, donio 23/24. aprila 1999. Ovaj se koncept, između ostalog, bavi pretpostavkama pod kojim su mogući vojni angažmani NATO-a, čak i ako se ne radi o slučaju kolektivne odbrane u smislu čl. 5 NATO-Ugovora. Sporna su prava na sudjelovanje Bundestaga.

(...)

#### C.

Zahtjev je neosnovan. Savezna vlada nije prekršila čl. 59 st. 2 rečenica 1, čl. 24 st.

2 Ustava dajući saglasnost na zaključke o novom NATO-Strateškom konceptu 1999. na samitu šefova država i vlada u Washingtonu 23. i 24. aprila 1999. Ona nije bila obavezana da inicira postupak davanja saglasnosti u njemačkom Bundestagu kako bi se ovim očuvala prava njemačkog Bundestaga. Washingtonskim zaključcima nije izmijenjen NATO-Ugovor. Za razvoj jednog sistema uzajamne kolektivne sigurnosti bez izmjene ugovor nije potrebna posebna saglasnost Bundestaga (II.). Savezna vlada nije davanjem saglasnosti na novi Strateški koncept 1999. prekoračila ovlaštenja koja su joj data Zakonom o davanju saglasnosti (...). Savezna vlada nije, konačno, svojom saglasnošću prekršila odredbe o ciljevima savezništva radi očuvanja mira koje su utvrđene u čl. 24 st. 2 Ustava (III.)

### I.

(...)

### II.

Za razvoj jednog sistema uzajamne kolektivne sigurnosti u smislu čl. 24 st. 2 Ustava, koji nije uslijedio kao izmjena ugovora, nije potrebna posebna saglasnost Bundestaga. Čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava ne podliježe tumačenju koje bi ga proširilo. Može ostati otvoreno pitanje da li su, i koje su međunarodnopravne obaveze, izvan zaključenja ugovora, davanjem saglasnosti na novi Strateški koncept 1999. nastale za Saveznu Republiku Njemačku. Pri odgovarajućoj interpretaciji novog Strateškog koncepta 1999. dolaze u obzir obaveze iz konkretizacije sadržaja ugovora posredstvom nadležnih NATO-organa ili na osnovu autentične interpretacije NATO-ugovora od strane ugovornih stranaka, ali i vanugovorno osnaženje zajedničke međunarodnopravne prakse. Neovisno o pitanju, da li se doradom ugovora preko akta jednog organa ili nekog značajnog međunarodnopravnog djelovanja pokriva integracioni program NATO-ugovora i Ustava, ne postoji, s obzirom na takve međunarodnopravne forme djelovanja, obaveza Savezne vlade iz čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava da se uvede zakonodavni postupak ili da se pribavi saglasnost Bundestaga.

Konkretiziranje ugovora, ispunjenje integracionog programa koji on uspostavlja, jeste zadatak Savezne vlade. Ustav je osloncem na tradicionalno shvatanje države prepustio Vladi u području vanjske politike široko otvoren prostor u kojem ona u okviru vlastite odgovornosti obavlja zadatke. U ovom području su funkcionalnom pravdom ograničeni uloga parlamenta kao zakonodavnog organa isto kao i uloga pravosudne vlasti. Istina, vanjski poslovi koji su povjereni Saveznoj vladi ne stoje izvan parlamentarne kontrole i podliježu, kao i svako vršenje javne vlasti, obavezama iz Ustava. Međutim, ako bi se tumačenje čl. 59 st. 2 rečenica 1 Ustava proširilo na učešće Savezne vlade u neformalnim dogradnjama ugovornih osnova jednog sistema uzajamne kolektivne sigurnosti to bi prouzrokovalo, ne samo pravnu nesigurnost, nego bi istovremeno nepravedno ograničilo i vanjske i sigurnosnopolitičke sposobnosti djelovanja Savezne Republike Njemačke i dovelo bi do podjele državne vlasti koja nije funkcionalno pravedna.

Istina, postoji opasnost da na osnovu pravno relevantnog djelovanja ispod razine formalne izmjene ugovora, nastupi postupna izmjena sadržaja ugovora. Ovo posebno važi za slučajeve u kojima se egzekutivno rukovodstvo država članica povodom nekog važnog pitanja izjasni za izmjenu ugovora. Uz to se ovdje pojavljuju dalekosežne posljedice po rukovodstvo i strukturu oružanih snaga savezničkih partnera. Ali, Bundestag nije bez zaštite u pogledu neke – ireverzibilne – izmjene ugovornih osnova, a time i u pogledu zakona o davanju saglasnosti. Parlamentarni sistem vladavine njemačkog Ustava stavlja Bundestagu na raspolaganje zadovoljavajuće instrumente za političku kontrolu Savezne vlade, također i s obzirom na razvoj sistema uzajamne kolektivne sigurnosti. Savezna vlada je upravo na osnovu opšteg parlamentarnog prava na kontrolu, u poziciji da se za sopstveno djelovanje unutar NATO-a stavi na raspolaganje za postavljanje pitanja i komentare, čl. 43 st. 1 Ustava. Ona će ukalkulirati budžetsko pravo parlamenta i moraće se u tom smislu potruditi da dobije političku saglasnost Bundestaga ako prihvati obaveze u pogledu njemačkog doprinosa paktu, stavljanjem na raspolaganje oružanih snaga. Prijem drugih država iziskuje zaključenje protokola o prijemu koji, opet, mora dobiti saglasnost Bundestaga prema čl. 59 st. 2 rečenica 1, čl. 24 st. 2 Ustava. Izvan ovoga je svaki angažman njemačkih oružanih snaga u okvirima NATO-a, zbog pridržavanja parlamenta u pogledu ustavnog ustrojstva vojske, ovisan o saglasnosti Bundestaga, kako zbog kolektivne sigurnosti, tako i zbog reakcija na krize, tako da Savezna vlada u pogledu na sve ovo mora preventivno tražiti političku podršku Bundestaga kako bi se doprinijelo razvoju vojne spremnosti NATO-a, a time i međunarodnopravnim osnovama ugovornog angažmana njemačkih oružanih snaga u inozemstvu. Odluči li Bundestag u okviru svoga političkog odlučivanja većinom, da je novi NATO-Strateški koncept 1999 potrebno izmijeniti, on bi mogao običnom parlamentarnom odlukom utjecati na držanje Savezne vlade u sistemu NATO-organa. Ovom odgovara državna praksa Savezne Republike Njemačke da se Savezna vlada u Bundestagu izjasni o svome djelovanju na međunarodnopravnoj ravni i da se ono stavi na diskusiju. Upravo se to desilo u slučaju novog NATO-Strateškog koncepta 1999. Neustavno prekoračenje slobodnog prostora uobličavanja Savezne vlade – koje je očigledno široko postavljeno – posebno prekoračenje programa integracije koji je sadržan u Zakonu o davanju saglasnosti na NATO-Ugovor, može biti utuženo po zahtjevu parlamentarne manjine u postupku povodom spora organa pred Saveznim ustavnim sudom.

### III.

Savezna vlada nije davanjem saglasnosti na novi Strateški koncept 1999. prekoračila postojeće ovlaštenje koje postoji u Zakonu o davanju saglasnosti na NATO-Ugovor i njegove ustavnopravne okvire iz čl. 24 st. 2 Ustava.

1. Zakon o davanju saglasnosti na NATO-Ugovor koji je donešen prema čl. 59 st. 1 rečenica 2, čl. 24 st. 2 Ustava utvrđuje program integracije u jedan sistem kolektivne sigurnosti. Zakonodavno tijelo je suodgovorno za ovaj koncept integracije, a time i za nastale političke obaveze. Bundestag i Bundesrat davanjem saglasnosti na

Zakon o ugovoru određuju obim obaveza Savezne republike Njemačke koje proizilaze iz ugovora i time nose političku odgovornost prema građanima, čl. 20 st. 2 Ustava. Pravna i politička odgovornost parlamenta se ne iscrpljuje samo u jednom aktu davanja saglasnosti, ona se proteže i na izvršenje ugovora. Saglasnost na ugovor sadrži na unutrašnjem planu ovlaštenje, upućeno Vladi, da razvije ovaj ugovor u formi međunarodnog prava. Zakon o ugovoru uz sve to sadrži unutardržavnu naredbu o primjeni zaključaka koji su donešeni na osnovu ugovora. Zbog toga će biti povrijeđeno pravo Bundestaga da učestvuje u vanjskim poslovima ako Savezna vlada provodi razvoj NATO-a izvan ovlaštenja koja su joj dana – ultra vires.

Ustav predviđa da Vlada i legislativa zajedno djeluju u području vanjskih poslova. Upravo je u slučaju sigurnosnih sistema u smislu čl. 24 st. 2 kao i sistema integracije prema čl. 23 i 24 st. 1 Ustava zadatak institucionalno legitimirane Vlade, da vrši prava Savezne Republike Njemačke koja slijede iz članstva na međunarodnopravnoj ravni. U ovo spada i konsenzualni razvoj ugovornih osnova upravo prema mjerilima svakog ugovornog propisa.

Savezna vlada ne djeluje izvan okvira na koje je opunomoćena Zakonom o davanju saglasnosti upravo onda kada se krše pojedinačne odredbe NATO-Ugovora. Savezna vlada može po zahtjevu Bundestaga utvrditi da postoji prekoračenje okvira zakonskog ovlaštenja samo onda kada je konsenzualni razvoj NATO-Ugovora u suprotnosti sa bitnim strukturnim odlukama Ugovora.

2. Ne može se utvrditi da postoji takvo prekoračenje programa integracije NATO-Ugovora koji je utvrđen novim Strateškim konceptom 1999. Ne može se vidjeti prekoračenje ovlaštenja, kako u pogledu na odredbe NATO-Ugovora koje su otvorene za razvoj, tako i u pogledu široke slobode odlučivanja koja radi ispunjavanja okvira integracije stoji na raspolaganju Saveznoj vladi.

Ovo se ne odnosi samo na upotrebu nuklearnog oružja, koja nije regulirana u NATO-Ugovoru i zbog toga iziskuje konkretizaciju prema sigurnosnopolitičkim zahtjevima, nego i na pitanje da li je dopušten vojni angažman NATO-a također i izvan slučajeva koji su obuhvaćeni čl. 5 NATO-Ugovora. NATO-Ugovor je očigledno u skladu sa ciljevima Ujedinjenih Nacija, a u pogledu cjelovitog koncepta je usmjeren na obuhvatno regionalno osiguranje mira u evropskom i sjevernoameričkom prostoru. Ako se izmijeni slika mogućeg ugrožavanja mira ugovor ostavlja dovoljno prostora za prilagođavanje razvoja, također i s obzirom na konkretna područja i svrhu angažmana, sve dok ne bude propušten osnovni nalog da se osigura mir. Reakcije na krize koje su spomenute i konkretizirane pod brojevima 24, 31 i dalje novog Strateškog koncepta 1999. ne predstavljaju nove vrste angažmana.

Iz sadržaja novog Strateškog koncepta 1999. ne proizilazi da je Sjevernoatlantski pakt odustao od svoje vezanosti za ciljeve Ujedinjenih nacija i poštovanja njihovog Statuta. (...) sadašnje utvrđivanje zadatak se uvodi pod pretpostavkom povezivanja

NATO-Ugovora i Povelje UN-a. Primarna odgovornost Savjeta sigurnosti UN-a za očuvanje svjetskog mira ostaje, prema tome, osnov NATO strategije. Treba da dođe do zajedničkog djelovanja NATO-a, OSZE-a, EU i UN-a u evropskoj sigurnosnoj arhitekturi. Sigurnosni angažman koji se odnosi na sigurnosnopolitičke izazove predviđa da NATO u skladu sa vlastitim postupkom podupire operacije koje osiguravaju mir i druge operacije pod autoritetom Savjeta bezbjednosti UN-a. Ovo dokazuje deklaracija koja je donešena o Kosovu na konferenciji na vrhu i koja teži rješenju krize i okončanju NATO-angažmana na osnovu rezolucije Savjeta sigurnosti UN-a, nakon što se Vijeće oslonilo na rezoluciju Savjeta sigurnosti pri obrazloženju vazдушnih napada. Također deklaracije Savezne vlade na washingtonskom skupu, kao i ranije, o vazдушnim udarima, ističe nadležnost Savjeta sigurnosti Ujedinjenih nacija.

Novi Strateški koncept 1999. predviđa, kao dio sigurnosnog angažmana pakta u 21. stoljeću, proširenje za devet novih članova. Koncept se tako mora čitati u svjetlu Washingtonske deklaracije koja predviđa prihvatanje novih evropskih država i time traži da se zajamči sigurnost u skladu sa vrednovanjem Poglavlja VIII Povelje UN-a. NATO prema tome počiva na različitim formama instucionalizirane saradnje sa srednjoevropskim i istočnoevropskim državama, koje je ona razvila, posebno, nakon 1994.

3. Konačno, Razvoj NATO-Ugovora koji je uveden i osnažen sa davanjem saglasnosti na novi Strateški koncept 1999. ne napušta osiguranje mira kao svrhu pakta, koja je utvrđena čl. 24 st. 2 Ustava. Ovakvo vezivanje za ključnu svrhu kao dio ustavnopravnog zahtjeva da se održava mir u jednom sistemu uzajamne kolektivne sigurnosti važi i za vanugovorni razvoj takvog sistema. Bundestag može u postupku povodom spora ustavnih organa utužiti kršenje vezanosti za ovu svrhu kao prekoračenje integracionog programa koji mu je povjeren.

Ustav sadrži konkretniju definiciju onoga što se mora razumijevati pod očuvanjem mira, ali upravo sa čl. 24 st. 2 Ustava čini očiglednim da je uspostavljanje kolektivne sigurnosti odgovarajuće sredstvo za očuvanje mira, naime za uspostavljenje i osiguranje mirnog i trajnog uređenja u Evropi i svjetu. Ovo odgovara i intencijama historijskog ustavotvorca. Članstvo u nekom kolektivnom sistemu sigurnosti koje je predviđeno u čl. 24 st. 2 Ustava i koje omogućuje učestvovanje u angažmanu u okvirima takvog sistema ne smije biti ograničeno ni propisima čl. 87 a Ustava o uspostavljanju i svrsi angažmana njemačke vojske. U okviru kolektivnih sistema sigurnosti Savezna Republika Njemačka izvršava običajno međunarodno pravo zabrane sile, čiju je unutardržavnu primjenu naložio čl. 25 Ustava.

Opis činjeničnih pretpostavki člana 24 st. 2 Ustava također isključuje da se Savezna Republika Njemačka priključuje sistemu uzajamne vojne kolektivne sigurnosti koji ne služi očuvanju mira. Također je ustavnim pravom zabranjena promjena izvornog sistema, koji odgovara zahtjevima čl. 24 st. 2 Ustava, u sistem koji više ne bi služio očuvanju mira ili bi se čak pripremao za napadačke ratove i zbog toga ne može biti

pokriven sadržajem Zakona o davanju saglasnosti na NATO-Ugovor koji je donešen prema čl. 59 st. 2 rečenica 1, čl. 24 st. 2 Ustava.

Novi NATO Strateški koncept 1999. ne daje materijala za utvrđivanje takve promjene. Angažmana NATO vojnih snaga, koji je utvrđen u konceptu, smije prema doslovnom tekstu uslijediti samo u skladu sa međunarodnim pravom. Ne dovode se, dakle, u pitanje njegove prinudne zapovijesti u pogledu zabrane upotrebe sile, priznate pretpostavke za angažman vojne sile koje dosežu do mandatiranja trećih država, odnosno regionalnih organizacija posredstvom Ujedinjenih nacija o kolektivnoj odbrani trećih država do napada po pozivu, kao ni proporcionalnost takvih radnji.

Konkretizacija angažmana predviđenih u čl. 5 za odbranu područja država saveznica, kao i angažmana koji ne dolaze pod čl. 5 (angažiranje kao reakcija na krizu) ne ukazuje na namjeru ometanja mira koja je motivirana politikom moći ili agresijom. Suprotno tome, radi se o održavanju mira s obzirom na izmijenjenu sigurnosnopolitičku situaciju po okončanju konflikta između Istoka i Zapada, ali također i s obzirom na nova ugorožavanja mira. Pakt prema novom Strateškom konceptu 1999. nastoji da na osnovu zajedničkih vrijednosti, demokratije, ljudskih prava i pravne državnosti, stvori trajni poredak mira u Evropi. Koncept kao prvi zadatak pakta imenuje njegov doprinos stabilnom euro-atlantskom okruženju sigurnosti koji počiva na demokratskim ustanovama i spremnosti da se sporovi rješavaju mirnim putem. Pakt će prilikom ispunjavanja vlastitih zadataka poštovati legitimne interese sigurnosti trećih država; on se ne razumijeva kao protivnik neke države. U njegovom pojmu sigurnosti, pored ovladavanja krizama, stoji sprečavanje konflikta, saradnja i proširenje. Prilikom ovladavanja konkretnom krizom političko rukovodstvo pakta mora iz spektra političkih i vojnih mjera izabrati podobnu reakciju i mora njeno provođenje detaljno kontrolirati.

Koncept predstavlja dokument koji je u procjeni različitih sigurnosnih instrumenata, kao i pri njegovom doprinosu procesu razvoja međunarodnog prava otvoren za razvoj tako da ga i države članice u nastavku moraju konkretizirati.

## **184) BVerfGE 113, 273** **(Europäischer Haftbefehl)** **Evropska potjernica**

*Napomena: Uvodni stavovi Presude o evropskoj potjernici (Urteil zum Europäischen Haftbefehl, BVerfGE 113, 273) su navedeni već pod članom 16 Ustava. Ista se odluka još jednom navodi na ovom mjestu u vezi sa pravosuđem o Evropskoj uniji, budući da ona ima za predmet njemački Zakon o provođenju okvirnog rješenja o evropskoj potjernici.*

1. Zabranom ispisa iz državljanstva iz čl. 16 Ustava se jamči posebna

povezanost građana sa slobodnim uređenjem kojeg oni nose. U odnos između građanina i slobodne demokratske zajednice je načelno položena zabrana isključenja građanina iz ove zajednice.

2. Saradnja ograničenog uzajamnog priznavanja koja se prakticira unutar „trećeg stupa“ Evropske unije predstavlja iz perspektive supsidijariteta (čl. 23 st. 1 Ustava) pažljivo izabran put na kojem se čuvaju nacionalni identitet i državnost u jedinstvenom evropskom prostoru.
3. Zakonodavac je bio obavezan da donošenje Zakona o provođenju okvirne evropske potjernice provede tako da cilj okvirnog rješenja bude srazmjeran ograničenju osnovnog prava na slobodu od izručenja. Zakonodavac je posebno obavezan da izvan poštovanja garancija bitnog sadržaja povede računa o tome da povreda zaštićenog područja iz čl. 16 st. 2 Ustava mora uslijedi s odgovarajućom pažnjom. On pri tom mora paziti da načela pravne sigurnosti i zaštite povjerenja zajedno sa zabranom isporučenja budu zagwarantirana Nijemcu kojem je zaprijećeno izručenje.
4. Članom 16 st. 2 Ustava, u vezi sa principom pravne države, je na poseban način zaštićeno povjerenje koje progonjeni ima u pravno uređenje kada je radnja koja predstavlja osnovu za izručenje na mjerodavan način u vezi sa unutrašnjošću.

**Presuda Drugog senata od 18. Julia 2005.  
- 2 BvR 2236/04 -**

(...)

IZREKA:

Zakon o provođenju okvirne evropske potjernice i o postupku predaje između država članica Evropske unije ([*Europäisches Haftbefehlgesetz*] Zakono evropskoj potjernici – EuHbG) od 21. jula 2004. nije u skladu sa članom 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3, čl. 16 st. 2 i čl. 19 st. 4 Ustava i zbog toga je ništav.

OBRAZLOŽENJE:

(...)

**B.**

**I.**

1. Njemački državljani su zaštićeni od izručenja osnovnim pravom iz člana 16 st. 2 Ustava (a). Zakonom ova zaštita može, međutim, biti ograničena za određene



slučajeve, prema drugoj rečenici ovog propisa. Zakonodavac prilikom ograničavanja podliježe ustavnopravnim obavezama. Ove obaveze slijede jednako iz činjenične pretpostavke pridržavanja zakona, kao i iz posebno zaštićenog sadržaja osnovnog prava i iz načela srazmjernosti. Zakonodavac koji ograničava osnovno pravo je obavezan da, kada slijedi opšte interese, koliko je to moguće, očuva zaštićeni sadržaj osnovnog prava; on ga zbog toga smije ograničiti samo u skladu sa načelom srazmjernosti i mora poštovati ostale ustavnopravne obaveze, kao npr. garanciju pravne zaštite iz čl. 19 st. 4 Ustava (c). Zakon o evropskoj potjernici nije u skladu sa ovim zahtjevima, čak i s obzirom na Okvirni zaključak o evropskoj potjernici (d).

(...)

(...) Njemačka je kao država članica Evropske unije preuzela šire obaveze. Ratifikacijom ugovora iz Amsterdama i Nizze, Savezna Republika Njemačka se obavezala da će učestvovati u izgradnji „prostora slobode, sigurnosti i prava“. Saradnja država članica se odvija u području – međudržavnog – „trećeg stupa“ prava Evropske unije. Čl. 31 st. 1 lit. b) EUV predviđa da se u tom odnosu olakša izručenje između država članica. Evropska unija ovim nastoji uvezati procese, zajedničkog srastanja i otvaranja granica osobama, robama, uslugama i kapitalu i uspostaviti bolju saradnju službi krivičnog gonjenja. Ovo treba biti dostignuto daljim ozakonjivanjem uzajamnih odnosa država članica, dakle, između ostalog, odustajanjem vlada država članica od uobičajenog političkog odlučivanja koje karakterizira savremeni pravni promet država, kako je to regulirano pravom o izručenju – u Njemačkoj u postupku davanja odobrenja.

cc) Mogućnost da se ograniči zabrana izručenja, koja je do sada apsolutno važila, ne vodi do obezdržavljenja pravnog poretka koji utvrđuje Ustav, a koji bi zbog nedodirivih načela čl. 20 Ustava prilikom izmjene Ustava bio izuzet iz zakonodavčeve slobode disponiranja. Ovim ne bi institut državljanstva bio ukinut ili obvezvređen u svojoj supstanciji, ili čak zamijenjen državljanstvom Unije, tako da ovdje nije potrebno objašnjavati njen značaj za demokratski princip njemačkog Ustava. (...)

Zbog ograničenja koja su specifična za područje evropske zabrane diskriminiranja na osnovu državljanstva država članica se ne može utvrditi da prema Ustavu postoji nedopšteno lišenje državljanstva u slučaju izručenja Nijemaca drugim državama članicama Evropske unije. Državi ne ostaju samo zadaci od supstancijelnog značaja; u slučaju ograničavanja zaštite od mogućeg izručenja se, također, ne radi o odustajanju od esencijalnih zadataka države. Saradnja u području ograničenog uzajamnog priznavanja koja se prakticira unutar „trećeg stupa“ Evropske unije, a koja ne predviđa opštu harmonizaciju krivičnihopravnih poredaka država članica, jeste upravo put na kojem će se, s obzirom na načelo supsidijariteta (čl. 23 st. 1 Ustava), očuvati jedinstven evropski pravni prostor.

c) Zakonodavac ne može neograničeno odstupati od zabrane izručenja Nijemaca.

aa) Čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava dopušta izručenje Nijemaca, kao kvalificirano pridržavanje zakona, samo „ako su zajamčena načela pravne državnosti“. Ovakva pretpostavka za izručenje nije obično ponavljanje principa pravne države, koji ionako ne važi za ograničenja osnovnih prava, posebno načela srazmjernosti. Prevažodno se radi o očekivanju koje je usmjereno i prema državi članici koja zahtijeva izručenje i prema Internacionalnom sudu u smislu strukturne usklađenosti, kako je ona formulirana u čl. 23 st. 1 Ustava. Zakonodavac koji dozvoljava izručenje Nijemaca zbog toga mora provjeriti da li su službe koje zahtijevaju izručenje ispunile ove pravnodržavne pretpostavke.

Zakonodavac koji ograničava osnovna prava mora biti uvjeren da je posredstvom kaznenih instanci zajamčeno poštovanje pravnodržavnih načela preko neke njemačke državne službe. Pri tom se mora računati s tim da svaka država članica Evropske unije poštuje načela koja su imenovana u čl. 6 st. 1 EUV, a time i načelo pravne državnosti, tako da postoji osnova za uzajamno povjerenje. To u svakom slučaju ne oslobađa zakonodavca od obaveze da reagira u slučaju trajno poljuljanog povjerenja u pravnodržavni kvalitet opštih uslova postupka u jednoj državi članici, i to neovisno o postupku prema čl. 7 EUV.

Ograničenja koja su posebno imenovana u doslovnom tekstu čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava ne potiskuju postojeće ustavne granice koje postoje za svaki zakon kojim se ograničavaju osnovna prava. Zakon kojim se ograničava jedno osnovno pravo mora sa svoje strane odgovarati ustavnopravnim obavezama i mora pod uslovima srazmjernosti brižljivo uobličavati zadiranje u osnovno pravo.

bb) Zakonodavac je svakako bio obavezan da prostor koji je ostavljen za primjenu, a koji okvirni zaključak prepušta državi članici, ispuni na način kojim se brižljivo odnosi prema osnovnim pravima. Posebna odgovornost za ustavnopravnu primjenu, u usporedbi sa primjenom smjernica Evropske zajednice, slijedi iz okolnosti da se radi o mjerama iz područja „trećeg stupa“ Evropske unije. Zakon o provođenju okvirne evropske potjernice i o postupku predaje između država članica Evropske unije od 13. juna 2002. je sekundarni akt Unije koji pravno provodi ciljeve EU-Ugovora. Okvirni zaključak je prema čl. 34 st. 2 lit. b) EUV obavezan s obzirom na „cilj koji se dostiže“. Pravna forma djelovanja Unije je u svojoj koncepciji uspostavljena prema smjernici supranacionalnog prava Zajednice, ali se višestruko razlikuje od ovog izvora sekundarnog prava. Okvirni zaključak ne važi neposredno (čl. 34 st. 1 lit b] UEV), za svoje unutardržavno važenje je upućen na provođenje u nacionalnom pravu država članica. Države članice su sa isključenjem neposrednog važenja koje je preuzeto u EU-Ugovor htjele spriječiti da se pravosuđe Evropskog suda o neposrednoj primjeni smjernica protegne i na okvirne zaključke.

Okvirni zaključak kao forma djelovanja prava Unije stoji izvan supranacionalne strukture odlučivanja prava Zajednice. Pravo Unije je unatoč uznapredovalo integraciji i dalje djelimično pravno uređenje koje je svjesno svrstano u međunarodno

pravo. Tako Savjet mora jednoglasno usvojiti okvirni zaključak, provode ga države članice, a provođenje nije utuživo. Evropski parlament, samostalan legitimacioni izvor evropskog prava, se u zakonodavnom procesu saslušava (usp. čl. 39 st. 1 UEU), što u području „Trećeg stupa“ odgovara zahtjevima demokratskog principa, jer legislativni organi država članica zadržavaju političku moć uobličavanja u okvirima provođenja, po potrebi i odbijanjem provedbe.

cc) Prema čl. 4 br. 7 lit. a) i b) Okvirnog zaključka o evropskoj potjernici (*[Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl]* RbEuHb) može biti odbijeno izvršenje evropske potjernice ako se ona proteže na krivična djela koja su prema propisima države članice koja izvršava potjernicu u cjelini ili djelimično počinjena na njenom području ili na mjestu koje je u istom rangu sa područjem pod njenom suverenom kontrolom ili su počinjeni izvan teritorija države koja izručuje počinioca, a pravni propisi države u kojoj se izvršava izručenje ne dopušta gonjenje izvan teritorija pod njenom suverenom kontrolom za krivična djela iste vrste.

Ovakve odredbe dopuštaju ograničavanje izručenja unutardržavnim pravom. Zakonodavac je prilikom donošenja Zakona o provođenju Okvirnog zaključka bio obavezan da cilj Okvirnog zaključka provede tako da neophodna ograničenja osnovnog prava na zabranu izručenja budu srazmjerna. Zakonodavac je posebno obavezan da izvan poštovanja garancija bitnog sadržaja povede računa o tome da povreda zaštićenog područja iz čl. 16 st. 2 Ustava mora uslijedi s odgovarajućom pažnjom. On pri tom mora paziti da načela pravne sigurnosti i zaštite povjerenja zajedno sa zabranom isporučenja budu zagwarantirana Nijemcu kojem je zapriječeno izručenje. Pouzdanost pravnog poretka je bitna pretpostavka slobode, to znači samoodređenja o vlastitom načinu života i njegovom provođenju. U tom pogledu princip pravne države zahtijeva da se nosilac osnovnih prava mora pouzdati da njegovo držanje, kada je u skladu sa važećim pravom, neće naknadno biti kvalificirano kao protivpravno. (...)

d) Evropski zakon o izručenju nije u skladu sa ovim pretpostavkama. Zakonski put za dostizanje ciljeva Okvirnog zaključka nezrazmjerno zadire u zabranu izručenja iz čl. 16 st. 2 Ustava.

aa) Zakonodavac je propustio da povede dovoljno računa o posebno zaštićenim interesima njemačkih državljana prilikom provođenja Okvirnog zaključka. § 80 IRG (*[Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen]* Zakon o internacionalnoj pravnoj pomoći u krivičnim predmetima) pravi razliku između Nijemaca, koji trebaju biti izručeni državi članici Evropske Unije, i stranaca, kada koristi mogućnosti koje mu otvara čl. 5 st. 3 Okvirnog zaključka o evropskom izručenju, samo kako bi vezao izručenje vlastitih građana za pretpostavke u pogledu izručenja radi izdržavanja kazne. Prema § 80 IRG je izručenje Nijemca radi krivičnog gonjenja dopušteno samo kada država koja ga goni ponudi da po izvršenju pravosnažne kazne lišenja slobode ili neke posebne sankcije, po sopstvenoj želji, vrati Nijemca u područje važenja Zakona o internacionalnoj pravnoj pomoći u krivičnim predmetima.

Zaštita od izručenja, osim navedenog, postoji samo u onom obimu koji važi za strance. Prema njoj izručenje nije dopušteno, naročito onda kada postoje ozbiljni razlozi za prihvatanje pretpostavke da će progonjeni biti u slučaju izručenja gonjen ili kažnjavaan zbog njegove rase, religije, državljanstva, njegove pripadnosti određenoj socijalnoj grupi ili njegovog političkog svjetonazora ili da će mu položaj biti otežan zbog jednog od navedenih razloga (§ 6 st. 2 IRG). Ovakav propis o zaštiti važi i kod izručenja na osnovu evropske potjernice (§ 82 IRG).

Dalje je prema § 19 br. 1 IRG zabranjeno izručenje zbog počinjenih djela za koja je određen postupak pred njemačkim sudovima ako bi neki sud ili neka državna služba u području važenja ovog zakona protiv okrivljenog, zbog istog djela, donijela presudu ili odluku sa odgovarajućim pravnim dejstvom ili bi odbila pokretanje glavnog postupka (§ 204 StPO), odbacila zahtjev za podizanjem javne optužnice (§ 174 StPO) ili bi obustavila postupak po ispunjenju uslova i uputstava (§ 153a StPO), odnosno, prema § 45, § 47 JGG. Ovim propisima se načelno zabranjuje dvostruko kažnjavanje, čije se unutardržavno važenje proteže na izručenje radi dodatnog krivičnog gonjenja. Istovremeno se zadovoljava zahtjev za ustavnopravnom zaštitom od izručenja za slučajeve u kojima jedan Nijemac upravo u Njemačkoj mora odgovarati na osnovu odluke kojom se okončava postupak. Ako zahtjevu za izručenje prethodi takvo okončanje postupka, odnosno, ako se u Njemačkoj ne otvori odgovarajući postupak, onda zakon koji na osnovu evropske potjernice o internacionalnoj pravnoj pomoći važi u krivičnim predmetima ne sprečava izručenje Nijemca kojem se stavlja na teret djelo koje je u vezi sa tuzemstvom. Iz perspektive nosioca osnovnog prava ovdje dolazi do izražaja zakonska praznina u pogledu zaštite.

bb) Poseban učinak na uplitanje u osnovna prava nastaje tamo gdje građanin u državama članicama može biti pozvan na odgovornost za neočekivani učinak njegovog djela u Njemačkoj ili tamo gdje je on konfrontiran materijalno ili personalno proširenim pravom na krivično gonjenje pojedinačnih država članica. Ovakav učinak uplitanja se pojačava kada djelo koje se stavlja na teret u državi koja traži izručenje prema njemačkom pravu nije kažnjivo.

Zakonodavac je mogao izabrati primjenu kojom se pažljivije tretiraju osnovna prava, a da istovremeno ne dođe u usprotnost sa obavezujućim ciljevima Okvirnog zaključka, budući da Okvirni zaključak sadrži mogućnosti izuzimanja koje Saveznoj Republici Njemačkoj omogućuju da vodi računa o zahtjevima iz čl. 16 st. 2 Ustava. Čl. 4 br. 7 RbEuHb dopušta izvršnim službama država članica da odbiju primjenu potjernice ako se ona, na jednoj strani, odnosi na krivična djela koja su prema propisima države članice u kojoj se potjernica izvršava počinjena dijelom ili u cjelini na njenom teritoriju ili na nekom mjestu sa jednakim statusom (čl. 4 br. 7 lit a] RbEuHb) ili ako se potjernica, na drugoj strani, proteže na krivična djela koja su počinjena izvan države izručenja, a propisi države izvršenja ne dopuštaju gonjenje za počinjena krivična djela iste vrste izvan njenog teritorija (čl. 4 br. 7 lit. b] RbEuHb). U svakom slučaju, za djela sa pretežno nacionalnom vezom u izloženom smislu bi zakonodavac morao stvoriti činjenične mogućnosti i pravnu obavezu da se spriječi izručenje Nijemaca.

Dalje, zakonodavac bi morao donijeti odluku kojom će odlučiti o osnaženju pravne pozicije Nijemaca izvan slučajeva koji su regulirani u § 9 IRG. Okvirni zaključak dopušta da se odbije izručenje ako bi zbog iste radnje, zbog koje je uslijedila evropska potjernica, država izvršenja krivično gonila pogođenog (čl. 4 br. 2 RbEuHb) ili bi službe gonjenja odlučile da ne pokreću postupak, ili da postupak obustave za krivično djelo zbog kojeg je uslijedila evropska potjernica (čl. 4 br. 3 RbEuHb). Zbog toga postupak istrage koji provodi državno tužilaštvo zadobija dodatnu funkciju zaštite individualnih prava koja je morala biti uvažena prilikom unutardržavnog provođenja Okvirnog zaključka. U toj vezi je zakonodavac morao provjeriti propise o krivičnom postupku s obzirom na pitanje da li, i u kojoj mjeri, u pogledu mogućeg izručenja nekoj državi članici, može biti sudski provjerena odluka državnog tužilaštva o odustajanju od krivičnog gonjenja. Ovdje, također, može u pripremi jedne odluke o izručenju biti utvrđeno da ne smije biti izručen Nijemac koji nije napustio Njemačku i koji prema njemačkom pravu ne može biti kažnjen.

cc) Iscrpljivanjem prostora koji je otvoren okvirnim pravom za primjenu u nacionalnom pravu umanjilo bi se kršenje osnovnog prava na zaštitu od izručenja evropskim Zakonom o izručenju kao i kršenje pravnodržavnih načela koja se ovdje primijenjuju. Zakonodavac nije imao pravo da odustane od korištenja postavljenih okvira za zaštitu pogođenih osnovnih prava, čak ni pod uslovima zakondavčeve slobode na uobličavanje. Zakondavac je propustio da odmjeri, kako to od njega zahtijeva čl. 16 st. 2 Ustava u vezi sa principom pravne države, između evropskih interesa za krivičnim gonjenjem preko postojećih državnih granica i prava na zaštitu koje slijedi iz statusnog prava Nijemca. On upravo nije vidio nalog koji mu određuje obaveza na pridržavanje zakona iz čl. 16 st. 2 Ustava, da u konkretnom slučaju odmjerava, odnosno, nije ga, uvođenjem zaštite od izručenja, u pogledu samog predmeta ispunio u odgovarajućoj mjeri.

Kada njemački zakonodavac na osnovu čl. 16 st. 2 rečenica 2 Ustava želi na ustavnopravni način ograničiti zaštitu od izručenja Nijemaca, on mora izvršne službe (...) dovesti bar u stanje da se povjerenje državljana u njemačko pravno uređenje, koje se ovdje štiti, u pojedinačnom slučaju vrednuje u skladu sa ovim ustavnopravnim načelima. Opšte vezivanje sudije za osnovna prava u vezi sa načelom srazmjernosti (čl. 1 st. 3 Ustava) nije u skladu sa pretpostavkama koje mora ispuniti zakon koji ograničava osnovna prava.

## 185) BVerfGE 111, 307

(Berücksichtigung der EMRK)

### Uzimanje u obzir Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

1. Vezanost za zakon i za pravo (čl 20 st. 3 Ustava) u okviru metodski prihvatljivog tumačenja zakona obuhvata uzimanje u obzir garancija iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i odluka

Evropskog suda za ljudska prava. Nebavljenje sudskom odlukom kao i njeno i shematsko „izvršenje“ koje je u suprotnosti sa višim pravom može prekršiti osnovna prava u vezi sa principom pravne države.

2. Kod uzimanja u obzir odluka Evropskog suda državni organi moraju uvažavati njihov utjecajna nacionalno pravno uređenje i primjenu prava. Ovo važi posebno za slučajeve u kojima se kod relevantnog nacionalnog prava radi o izbalansiranom dijelu unutardržavnog prava koje želi da uzajamno uravnoteži različite pozicije osnovnih prava.

**Rješenje Drugog senata od 14. oktobra 2004.  
- 2 BvR 1481/04 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Apelant ustavnom tužbom, između ostalog, utužuje manjkavo provođenje presude Evropskog suda za ljudska prava (*[Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte]* EGMR) od 26. februara 2004, koja je uslijedila u njegovom predmetu, kao i nepoštovanje Međunarodnog prava Višeg zemaljskog suda Naumburg.

**I.**

a) Apelant je otac vanbračno rođenog djeteta Christofera, koje je rođeno 25. augusta 1999. Majka djeteta, koja državnim službama najprije nije imenovala apelanta kao oca djeteta je dan po rođenju odobrila da se dijete ponudi na adopciju i izjavila je, uz notarijalnu ovjeru od 1. novembra 1999. – što je ponovila 24. Septembra 2002. – da je saglasna da se dijete preda adoptivnim roditeljima. Ono živi kod njih od 29. Augusta 1999.

Apelant je oktobra 1999. saznao da je dijete rođeno i da je predano na adopciju. Kontakt sa majkom djeteta je prekinut još u julu 1999. Nakon toga on pokušava adoptirati vlastitog sina, što je najprije bilo skopčano sa poteškoćama, budući da nije bilo priznato njegovo očinstvo. Očinstvo je, konačno, priznato presudom Osnovnog suda Witteneberg od 2. juna 2000.

b) Rješenjem od 9. marta Osnovni sud Witteneberg mu je prenio, na osnovu zahtjeva, isključivo roditeljsko pravo na brigu za Christofera. U žalbenom postupku adoptivnih roditelja i službenog staratelja, kojeg je odredila Služba za omladinu Witteneberg, je rješenje Osnovnog suda ukinuto rješenjem Višeg zemaljskog suda Naumburg od 20. juna 2001. i apelantov zahtjev da mu se prenese pravo na roditeljsku brigu je odbijen. Osnovni sud je istovremeno, po službenoj dužnosti, riješio da se apelantu zbog dobra djeteta zabrani svaki kontakt do 30. Juna 2002.

c) Treće vijeće Prvog senata Saveznog ustavnog suda je odbilo da prihvati ustavnu tužbu koja je uložena protiv rješenja Višeg zemaljskog suda, kao neutemljenu (...)

(...)

3. a) Semptembra 2001. je apelant uložio individualnu tužbu (...) pred Evropskim sudom za ljudska prava. Utužio je posebno povredu čl. 8 EMRK koja štiti pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Prema njegovom mišljenju, provođenje prinudne adopcije pod pretpostavkom nepoštovanja prava biološkog oca na eklatantan način krši ljudsko dostojanstvo i osnovno pravo na porodicu. On ima pravo da svog sina sam odgaja.

b) Presudom od 26. februara 2004. je Vijeće Treće sekcije Suda jednoglasno proglasilo da odluka o pravu na staranje, pod pretpostavkom isključenja prava na kontakt, predstavlja povredu čl. 8 EMRK. (...)

4. a) Nakon toga je Osnovni sud Wittenberg, rješenjem od 19. marta 2004. u paralelnom postupku povodom prava na staranje, prenio na apelanta isključivo pravo roditeljskog staranja. (...) On je dobio pravo da od 3. aprila 2004. svaku nedjelju, za dva sata – do pravosnažnog okončanja postupka o starateljstvu – održava kontakte sa svojim sinom.

b) Službeni staratelj i procesni zastupnik djeteta su na ovo uložili žalbe protiv rješenja o pravu na kontakt Osnovnog suda. Viši sud Naumburg je najprije izuzeo od primjene rješenje od 30. marta 2004. (...) i ukinuo je drugo rješenje od 30. juna 2004.

(...)

## II.

Apelant pred Ustavnim sudom utužuje ustavnom tužbom povredu njegovog osnovnog prava iz čl. 1, čl. 3 i 6 Ustava kao i pravo na fer postupak. Istovremeno je zatražio donošenje zaštitne mjere povodom odobravanja kontakta sa njegovim sinom.

Pozivanjem na čl. 6 EMRK (fer postupak) apelant utužuje povredu Međunarodnog prava. On je kao biološki otac povrijeđen osporavim rješenjem Višeg zemaljskog suda od 30. juna 2004, jer sud suprotno pravu, polazi od toga da se odluka suda odnosi samo na prošlost. Pri tom Viši zemaljski sud osporava da Sud za ljudska prava u svojoj odluci jednoznačno zahtijeva budući kontakt. Odluka Suda za ljudska prava obavezuje Viši zemaljski sud također i za budućnost, u suprotnom Sud za ljudska prava ne bi ponovo upućivao da se njemačke službe i sudovi koji se bave slučajem ubuduće moraju orijentirati prema pravnom shvatanju Suda za ljudska prava.

(...)

**III.****C.**

Ustavna tužba je osnovana. Viši zemaljski sud je svojim rješenjem od 30. juna 2004. prekršio čl. 6 Ustava u vezi sa principom pravne države.

Državne službe i sudovi Savezne Republike Njemačke su obavezane, pod određenim pretpostavkama, da kod donošenja odluka uzimaju u obzir Evropsku konvenciju o ljudskim pravima u formi tumačenja Suda za ljudska prava (I). Oспоравна odluka Višeg zemaljskog suda nije u skladu sa ovom obavezom, jer sud u svojoj presudi od 26. februara 2004. nije u odgovarajućoj mjeri uvažio presudu koja je donešena u korist apelanta pred Sudom za ljudska prava (II).

**I.**

Evropska konvencija o ljudskim pravima važi u njemačkom pravnom uređenju u rangu saveznog zakona i mora se uzimati u obzir pri interpretaciji nacionalnog prava – također i pri interpretaciji osnovnih prava i pravnodržavnih garancija (1). Obavezujući učinak odluka Suda za ljudska prava se proteže na sve državne organe i obavezuje ih načelno da u okviru svojih nadležnosti i bez kršenja zakona i prava (čl. 20 st. 3 Ustava) okončaju trajno kršenje Konvencije i da uspostave stanje koje je u skladu sa konvencijom (2.). Načina na koji se ostvaruje obavezujući učinak zavisi od područja nadležnosti državnih organa kao i od slobodnog prostora koji se ostavlja kod primjene prava. Sudovi su obavezni da, svaki put kada na procesno dopušten način ponovo odlučuju o predmetu i kada mogu povesti računa o presudi bez materijalnih povreda zakona, uzmu u obzir presudu koja se odnosi na slučaj koji su oni upravo presudili (3.). Apellant može kršenje obaveze na uzmanje u obzir utuživati kao prekršaj koji je usmjeren na osnovno pravo koje je dotaknuto u svom zaštićenom području u vezi sa principom pravne države.

## 1. (...)

Ustav, međutim, nije krupnim koracima išao u pravcu otvaranja za međunarodnopravne obaveze. Ugovorno međunarodno pravo u državi ne važi neposredno, to znači da se bez zakona o davanju saglasnosti prema čl. 59 st. 2 Ustava ne može tretirati kao važeće pravo i nije – kao i običajno međunarodno pravo (usp. čl. 25 Ustava) u rangu Ustavnog prava. U osnovi Ustava se jasno nalazi klasična predstava da se kod odnosa Međunarodnog i nacionalnog prava, radi o odnosu dva različita pravna kruga i da se priroda ovog odnosa iz perspektive nacionalnog prava može odrediti samo posredstvom nacionalnog prava; ovo pokazuje egzistencija i doslovni tekst čl. 25 i čl. 59 st. 2 Ustava. Lojalnost Međunarodnom pravu se ostvaruje samo u okviru demokratskog i pravnodržavnog sistema Ustava.

Ustav teži uvođenju Njemačke u pravnu zajednicu mirnih i slobodnih država, ne



odustaje, međutim, od suvereniteta koji se nalazi u posljednjem slovu njemačkog Ustava. Tako nije u suprotnosti sa ciljem lojalnosti Međunarodnom pravu ako zakonodavac samo izuzetno ne uvažava ugovorno međunarodno pravo, zato što bi samo na taj način mogao izbjeći kršenje osnovnih ustavnih načela.

Ustav želi široko postavljenu lojalnost Međunarodnom pravu, suradnju izvan državnih granica i političku integraciju u internacionalnu zajednicu demokratskih pravnih država koja se svestrano razvija. On međutim ne želi potčinjavanje vanjemačkim aktima suvereniteta, koje bi bilo izvan svake kontrole ustavnopravnog ograničavanja. Čak i sama evropska supranacionalna integracija, koja se otvara zapovijesti za unutardržavnu primjenu normi koje potiču iz evropskih izvora, stoji pod široko postavljenim zahtjevom da se pridržava suvereniteta (usp. čl. 23 st. 1 Ustava). Međunarodno pravo važi unutar države samo kada je formalno inkorporirano u nacionalno uređenje, i to u skladu sa nacionalnim pravnim uređenjem.

(...)

2. a) Poseban značaj za Konvenciju, kao međunarodno pravo, imaju odluke Evropskog suda za ljudska prava, jer se u njima ogleda aktuelni razvoj Konvencije i njenih protokola. (...)

d) Pravni učinak neke odluke Suda za ljudska prava je prema međunarodno-pravnim načelima najprije usmjeren na ugovorne stranke kao takve. Konvencija se načelno drži indiferentno prema unutardržavnom pravnom uređenju i, drukčije od pravnog uređenja supranacionalne organizacije, ne zahvata neposredno u državno-pravno uređenje. Unutar države će svi nosioci njemačke javne vlasti biti načelno vezani za odluke Suda za ljudska prava posredstvom odgovarajućih odredbi Konvencije u vezi sa zakonom o davanju saglasnosti kao i sa pravnodržavnim zahtjevima (čl. 20 st. 3, čl. 59 st. 2 Ustava u vezi sa čl. 19 st. 4 Ustava).

(...)

3. Učinak obavezivanja, koji imaju odluke Evropskog suda za ljudska prava, zavisi od područja nadležnosti državnih organa i relevantnog prava. Upravne službe i sudovi se ne mogu osloboditi pravnodržanog ustrojstva kompetencija i vezivanja za zakon i pravo (čl. 20 st. 3 Ustava) pozivanjem na neku odluku Evropskog suda za ljudska prava. U vezivanje za zakon i pravo spada, također, uzimanje u obzir jamstava Evropske konvencije o ljudskim pravima i odluka Suda za ljudska prava u okviru tumačenja zakona koje se može metodički zastupati. Nebavljenje sudskom odlukom kao i njeno i shematsko „izvršenje“, koje je u suprotnosti sa višim pravom, može prekršiti osnovna prava u vezi sa principom pravne države.

(...)

Pravosuđe je prema čl. 20 st. 3 Ustava vezano za zakon i pravo. Sudija koji je potčinjen zakonu neće ovakvim vezivanjem, koje se izvodi iz principa pravne države,

biti dotaknut u svojoj, Ustavom zagarantiranoj nezavisnosti (čl. 97 st. 1 Ustava, usp. BVerfGE 18, 52 [59]; 19, 17 [31 i dalje]). Veživanje za pravo kao i potčinjenost zakonu konkretiziraju zadatak koji je povjeren pravosudnoj vlasti (čl. 92 Ustava). Kako Evropska konvencija – u formi tumačenja Suda za ljudska prava – važi u rangu formalnog saveznog zakona, ona je uzeta u obliku primata zakona i mora biti uvažavana od strane pravosudne vlasti.

(...)

Mogu se pojaviti situacije u kojima njemački sudovi neće morati ponovo odlučivati izvan res iudicata, ali hoće izvan predmeta u kojem je Evropski sud za ljudska prava ustanovio da je Savezna Republika Njemačka prekršila Konvenciju. To može biti npr. slučaj kada se sud istim predmetom ponovo bavi na osnovu novog zahtjeva ili zbog promijenjenih okolnosti ili se sa predmetom mora pozabaviti u nekoj drugoj konstelaciji. Konačno, relevantno je da li sud u okviru važećeg ustavnog prava ima mogućnost da drukčije odluči ako bi uzeo u obzir odgovarajuću presudu Suda za ljudska prava.

(...)

c) Kod uzimanja u obzir odluka Evropskog suda državni organi moraju uvažavati njihov utjecaj na nacionalno pravno uređenje i primjenu prava. Ovo važi posebno u slučajevima u kojima se kod relevantnog nacionalnog prava radi o izbalansiranom dijelu unutardržavnog prava koje želi da uzajamno uravnoteži različite pozicije osnovnih prava.

(...)

## II.

Osporavna odluka Višeg zemaljskog suda Naumburg od 30. juna 2004. je u suprotnosti sa čl. 6 Ustava, u vezi sa principom pravne države. Viši zemaljski sud nije u dovoljnoj mjeri uzeo u obzir presudu Evropskog suda za ljudska prava od 26. februara 2004. kada je donosio vlastitu odluku, iako je na ovo bio obavezan.



## **Peti dio:**

---

Pravosuđe (čl. 100 GG) i  
osnovna prava povodom  
pravosuđa

- čl. 101 i dalje GG -



## **§ 30.**

### **Konkretna kontrola normi (čl. 100 Ustava)**

## **186) BVerfGE 1, 184** **(Normenkontrolle I)** **Kontrola normi I**

1. Samo zakoni u formalnom smislu, uključiv zakone koji su donešeni u kriznoj situaciji prema čl. 81 Ustava, podliježu kontroli normi pred Saveznim ustavnim sudom prema čl. 100 st. 1 Ustava.
2. Dopušteno je da se traži odluka Saveznog ustavnog suda prema čl. 100 st. 1 Ustava kada sud koji podnosi zahtjev polazi od toga da je zakon neustavan. Nije dovoljno postojanje obične sumnje.

### **Presuda Prvog senata od 20. marta 1952.** **- 1 BvL 12, 15, 16, 24, 28/51 -**

u postupku ustavnopravne provjere:

1. policijske uredbe Ministarstva unutrašnjih poslova Nordrhein-Westfalena (...).

Zemaljski sud Bielefeld je rješenjem od 27. septembra 1951. – 7 Qs 248/51 – obustavio krivični postupak protiv zidara Hansa Heinricha L. iz M. prema čl. 100 st. 1 Ustava i zatražio odluku Saveznog ustavnog suda. Sud sumnja da je policijska uredba od 28. aprila 1951. ustavna, s obzirom na čl. 4, 5, 8, 9, 17 i 19 Ustava.

S obzirom na nejasan tekst zakona i na činjenicu da ni historija nastanka čl. 100 Ustava, ni historijski razvoj sudskog prava na provjeru ne daju sigurne elemente za tumačenje izraza „zakon“ u čl. 100 Ustava, može se samo na osnovu značaja ukupne kontrole normi u okvirima Ustava i zadataka koji su dodijeljeni Saveznom ustavnom sudu odlučiti da li sudovi smiju negirati saglasnost pravnih uredbi sa Ustavom ili oni u takvom slučaju moraju zatražiti odluku Saveznog ustavnog suda prema čl. 100 Ustava.

1. Kod kontrole normi prema čl. 93 st. 1 broj 2 Ustava na prvom mjestu, sve u svemu, stoji zadatak Saveznog ustavnog suda kao čuvara Ustava. (...)

Dovede li se u pitanje važenje bilo koje pravne uredbe zbog navodne neustavnosti, svi najviši organi egzekutive imaju – neovisno jedan o drugom – mogućnost da se obrate Saveznom ustavnom sudu kao čuvaru Ustava.

2. Suprotno tome, kod kontrole normi prema čl. 100 Ustava, se suspendira zadatak Saveznog ustavnog suda da čuva Ustav.

Čl. 100, prema doslovnom tekstu, ne želi isključiti sudove iz provjere i odlučivanja o svim ustavnopravnim pitanjima u pojedinačnom slučaju kako bi time utemeljio

nadležnost Saveznog ustavnog suda. Suprotno tome, sudovi mogu i moraju pravne propise koji dolaze u obzir za njihove odluke, kao i propise saveznih zemalja, provjeravati u pogledu spojivosti sa Ustavom; oni mogu potvrditi saglasnost kao izraz vlastite nadležnosti. Bude li Ustav ovakvom pozitivnom odlukom povrijeđen, jer bi prema tačnom tumačenju primijenjena pravna norma bila neustavna i zbog toga ništava, Savezni ustavni sud bi u svojstvu čuvara Ustava mogao djelovati samo u okviru kontrole normi prema čl. 93 st. 1 br 2 Ustava ili – u slučaju povrede osnovnih prava – na osnovu ustavne tužbe. Iz čl. 100 Ustava se, međutim, ne može izvesti nadležnost Saveznog ustavnog suda koja bi bila usmjerena na zaštitu Ustava.

Suprotno tome, zadatak je Saveznog ustavnog suda, prema osnovnoj zamisli čl. 100 Ustava, da spriječi svaki sud da se postavi izvan volje zemaljskog ili saveznog zakonodavca tako što ne bi primijenjivao zakone koje su oni donijeli zato što oni, prema shvatanju suda, krše Ustav ili pravno ustrojstvo savezne države u pogledu saveznog ili zemaljskog prava.

Opšte sudsko pravo na provjeru je zbog toga ograničeno na incidentnu potvrdu ustavnosti. U slučaju negiranja, sudovima ostaje samo pravo na prethodnu provjeru. Ovim je isključeno ograničavanje zakonodavne vlasti.

Upravo je ugrožavanje zakonodavne vlasti proširenjem sudskog prava na provjeru predstavljalo jedno od glavnih zapreka za uvođenje opšteg sudskog prava na provjeru. (...)

Takve se zapreke ne mogu, međutim, u odnosu na pravno uređenje staviti pred opšte sudsko pravo na provjeru. Često je bilo nesporno, kako je to upravo izloženo, da sudovi svaki put mogu provjeravati pravno uređenje u pogledu njegove usklađenosti sa Ustavom ako je to bilo izričito isključeno. Tek nakon što se sudsko pravo na provjeru ustalilo u odnosu na zakone (RGZ 111, 320) nastao je problem kako se odnositi prema opasnosti koja je ovim nastala, da se svaki sud izdigne iznad akata zakonodavne vlasti. Tek se na osnovu ovakvog opšteg prava sudova na provjeru u odnosu na *zakone* postavilo pitanje koncentracije u posebnom državnom ili ustavnom sudu.

Svakako da uz pravo na provjeru pojedinačnih sudova, kada ono može spriječiti da se pravne norme proglašavaju nevažećim, ide pravna nesigurnost i pravna rascjepkanost. To bi mogao biti razlog da se pravne uredbe provjeravaju samo posredstvom jednog zasebnog suda. (...)

Prema Ustavu, međutim, ne postoji opasnost da provjerom pravnih uredbi pred jednim zasebnim sudom nastupi pravna nesigurnost ili pravna rascjepkanost, jer kontrola normi prema čl. 93 st. 1 br. 2 Ustava zahtijeva, kako je gore predstavljeno, zadovoljavajuću mogućnost da se u pogledu svih značajnih pravnih uredbi blagovremeno donese opšteobavezujuća odluka Saveznog ustavnog suda.



Durkčije, međutim, stoje stvari sa zakonima. Ovdje bi se zaista moglo, kako to pokazuje tendencija sudskog monopola provjere iz prošlosti, pokazati da iz opšteg sudskog prava na provjeru slijedi posebna opasnost pravne nesigurnosti i pravne rascjepkanosti; jer, zakonodavanim tijelima saveznih zemalja, čiji bi se zakoni tretirali kao neustavni ili nezakoniti u pogledu saveznog prava, nedostaje ovlaštenje da zahtijevaju kontrolu normi prema čl. 93 st. 1 br. 2 Ustava pred Saveznim ustavnim sudom. Upravo propis kojim se regulira pravo na podnošenje zahtjeva u pogledu ovakve kontrole normi, a koji uzima u obzir zemaljske vlade, ali ne i zemaljske skupštine, pokazuje sasvim jasno da je koncentracija kontrole normi i u pogledu sprečavanja pravne nesigurnosti i pravne rascjepkanosti neophodna samo kod zakona, ali ne i kod pravnih uredbi.

Premda ni mjesto Saveznog ustavnog suda kao čuvara Ustava ni cjelokupni propisi o kontroli normi ne govore u prilog uzimanju u obzir pravnih propisa u čl. 100 Ustava, protiv toga govori, na drugoj strani, uobličavanje kontrole normi prema čl. 100 Ustava. Protegne li se ova odredba također na pravne propise, svaki sud neće morati zatražiti odluku Saveznog ustavnog suda samo onda kada smatra neku saveznu ili zemaljsku pravnu uredbu ništavom zbog kršenja Ustava, nego čak i onda kada bi jedna zemaljska uredba bila nespojiva sa nekim saveznim zakonom. (...)

3. S obzirom na ostale obuhvatne nadležnosti Saveznog ustavnog suda ovdje razvijeno tumačenje odgovara i zahtjevu da se djelatnost Saveznog ustavnog suda ograniči na važnije zadatke.

## **187) BVerfGE 1, 124** **(Normenkontrolle II)** **Kontrola normi II**

Kontroli normi pred Saveznim ustavnim sudom prema čl. 100 st. 1 rečenica 1 Ustava ne podliježu oni zakoni koji su proglašeni prije stupanja na snagu Ustava, 24. maja 1949.

**Presuda Prvog senata od 24. februara 1953.**

**- 1 BvL 21/51 -**

(...) zaključuje da svaki sud mora samostalno provjeriti pravno pitanje da li su zakoni koji su stupili na snagu prije Ustava spojivi sa Ustavom ili su ništavi.

Odluka o spojivosti predkonstitutivnog prava sa Ustavom ne dotiče autoritet zakonodavne vlasti. Smatra li neki sud da je predkonstitutivno pravo zbog nespojivost s Ustavom „neustavno“ i zbog toga ga ne primijenjuje, on se ne postavlja iznad izvorne volje zakonodavca. Jer, provjera spojivosti nekog zakona sa kasnije *donešenim* Ustavom, podrazumijeva upravo izvornu pravnu valjanost norme koja se provjerava;

samo onda kada se akt zakonodavstva ranijeg zakonodavca promatra kao valjan, može se postaviti pitanje spojivosti sa Ustavom koji je kasnije donešen. Bude li ono negativno odgovoreno, ne umanjuje se autoritet ranijeg zakonodavca, nego se naprosto objektivno utvrđuje da kasnija zakonodavna volja prethodi ranijoj zakonodavnoj volji koja od nje odstupa.



## **§ 31.**

### **Pravo na zakonitog sudiju**

**(čl. 101 I 2 Ustava)**

## 188) BVerfGE 4, 412 (Gesetzlicher Richter) Zakoniti sudija

1. Čl. 100 st. 1 rečenica 2 Ustava ne važi samo za sudiju izvjestioca nego i za sve sudije koje su pozvane na termin za glavnu raspravu.
2. Čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava je povrijeđen i onda kada predsjedavajući jednog vijeća koji je isključen iz njegovog rada svojim autoritetom bitno utječe da se na termin pozove drugi sudija.
3. Počiva li jedna presuda na tako zakazanom terminu ona je u suprotnosti sa čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava. Presuda počiva na zakazanom terminu kada se ne može isključiti da bi sud bio drukčije sastavljen da je utvrđivanje termina uslijedilo na ustavan način.

### Presuda Prvog senata od 20. Marta 1956. - 1 BvR 479/55 -

Na osnovu glavne rasprave od 20. i 21. decembra 1954. je apelant osuđen na godinu dana zatvora. Sa novim zahtjevom za reviziju apelant, između ostalog, tvrdi da mu je bio uskraćen njegov zakoniti sudija, jer članovi zemaljskog sudskog vijeća dr. R i O nisu učestvovali u donošenju odluke, a termin glavne rasprave je održan na osnovu rješenja Predsjedavajućeg 1. Krivičnog vijeća koji je u ovom predmetu isključen, direktora Zemaljskog suda dr. L; osim toga termin je, zaobilazeći vijećnike dr. R i O, zakazao vijećnik Zemaljskog suda dr. L koji na ovo nije imao pravo.

Ustavna tužba je dopuštena. Ona je također osnovana.

I. Odluka počiva na slijedećem:

1. Odredba: „Nikom ne smije biti uskraćen njegov zakoniti sudac“ treba da, jednako kao i garancija sudske nezavisnosti, spriječi uplitanja nepozvanih osoba u pravosuđe i da zaštiti povjerenje stranke i javnosti u nepristrasnost i temeljitost sudova; zabrana izvanrednih sudova, koja je ovim historijski povezana bi trebala onemogućiti izigravanje ovog zahtjeva. Budući da ove odredbe u biti otjelotvoruju princip pravne državnosti na području ustrojstva sudova, one su već u 19. stoljeću preuzete u većinu ustava njemačkih zemalja čime im je dodijeljen rang ustavnog stava. Čl. 105 Vajmarskog Ustava nastavlja ovu tradiciju. U mjeri u kojoj su se principi pravne državnosti i podjele vlasti rafinirali, usavršavani su također i propisi o zakonitom sudiji. (...) Dok je izvorno zahtjev „nikom ne smije biti uskraćen njegov zakoniti sudac“ bio usmjeren prevashodno prema vani, posebno protiv svakog oblika „kabinetskog sudovanja“ to se sada njegova zaštitna funkcija usmjerava prema zahtjevu da niko mjerama pravosudne organizacije ne smije oduzeti zakonitog sudiju koji mu pripada u njegovom predmetu.

2. To svakako ne znači da bi čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava bio povrijeđen ako bi ne mjestu „zakonitog suca“ djelovao neko drugi. Počiva li mjera nekog sudije, koji je prouzrokovao takvu posljedicu, na procesnopravnoj zabludi (*error in procedendo*) otpada povreda čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava (BVerfGE 3, 359 [364]). Ovdje može ostati otvoreno pitanje kako će se procesnopravna zabluda razgraničiti od „oduzimanja zakonitog sudije“, budući da je procesna zabluda već pojmovno isključena tamo gdje postoji utjecaj osobe ili službe koja stoji izvan sudova. Ništa drugo, međutim, ne može važiti za osobe unutar sudske organizacije koje općenito ili u jednom određenom predmetu – naprimjer kao isključeni sudija – ne smiju obavljati funkciju sudije.

(...)

Takve osobe, kršeći čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava, ne mogu uticati na pravosuđe tako što će obavljati funkciju sudije, nego i tako što će svojim konkretnim postupcima, svojim autoritetom, mjerodavno utjecati na njihov konkretan sadržaj. Samo ako čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava pred tim pruža zaštitu, on može ispuniti sopstvene pravnodržavne funkcije.

4. Čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava važi ne samo za sudiju izvjestioca, nego i za sve sudije koje su pozvane na termin za glavnu raspravu. To slijedi iz činjenice da su nadležnosti i personalna zaposjednutost suda regulirani zakonom i planom raspodjele poslova, ne samo u pogledu odluke nego i u pogledu sudskih radnji koje služe za njenu pripremu. Manjkavost koja proističe iz određivanja jednog termina je bitna za presudu samo kada ona na njemu počiva, t.j. kada između procesne manjkavosti i presude postoji uzročna veza.

Prema stalnoj pravosudnoj praksi postoji uzjamana veza koja pri povredi procesnih propisa dovodi do ukidanja presude već onda kada postoji mogućnost da se utječe na sadržaj presude (...). Primjena ove pravne zamisli na slučajeve u kojima je kod određivanja termina prekršen član 101 st. 1 rečenica 2 Ustava odgovara funkciji ove norme da se zaštiti nepristrasnost i kompetentnost sudova; kršenje čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava pri utvrđivanju termina vodi, dakle, do ukidanja presude već onda kada je moguće da ovaj prekršaj utječe na presudu. Takva mogućnost se ne može isključiti zbog značaja sudije izvjestioca za zaposjedanje vijeća, ako bi sud korektnim određivanjem termina bio drukčije zaposjednut.

## II.

Uzimajući u obzir ova načela presuda Zemaljskog suda München koja je donešena protiv apelanta 21. decembra 1954. krši čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava s obzirom na rezultate skupljanja dokaza.

1. Nesporno je da je utvrđivanje termina glavne rasprave od 20. decembra 1954. kako je to uradio predsjedavajući 1. Krivičnog vijeća, direktor Zemaljskog suda dr. M, koji je u ovom predmetu bio isključen, mjerodavno uticalo na presudu u njenom bitnom sadržaju,

2. da nije isključeno, glavna rasprava protiv apelanta bi bila provedena u drugom sastavu da se nije uplitao isključeni sudija.

## **189) BVerfGE 42, 237** (Vorlagepflicht) **Obaveza podnošenja**

**Rješenje Drugog senata od 29. Februara 1976.**  
**- 2 BvR 948/75 -**

Ustavna tužba se odnosi na pitanje da li je u suprotnosti sa načelom zakonitog suca (čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava) kada Viši zemaljski sud pod pretpostavkom povrede obaveze na podnošenje (§ 121 st. 2 GVG) odstupa od neke odluke Saveznog ustavnog suda.

Viši zemaljski sud je apelantu oduzeo zakonitog sudiju time što predmet nije podnio na odluku Saveznom sudu, premda je odstupio od odluke ovog suda (§ 121 st. 2 GVG).

Čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava je povrijeđen kada neki sud proizvoljno zaobiđe obavezu podnošenja nekom drugom sudu (...). Ove pretpostavke su ovdje ispunjene. (...)

Propuštanjem da se iziđe u susret obavezi na podnošenje se u predmetnom slučaju ne može ni u kom smislu opravdati (usp. BVerfGE 2, 266 [281]; 4, 144 [155]; 42, 64 [72 i dalje]); nije postojao razlog da se odustane od podnošenja predmeta na odluku Saveznom ustavnom sudu. Nesporno je da su pretpostavke podnošenja bile ispunjene. Viši sud je samo imao mogućnost da slijedi pravno shvatanje saveznog suda i da na tom putu ukine osporavanu presudu ili da predmet – ako je vjerovao da se može braniti njegov stav koji odstupa od mišljenja Saveznog suda – podnese Saveznom sudu. S obzirom na jasnu i nezaobilaznu alternativu je odbacivanje revizije sadržalo proizvoljnu povredu obaveze na podnošenje koja se ni pod kojim uslovom ne može braniti, kojom je apelantu oduzet njegov zakoniti sudac.

**190) 2 BvR 780/16**  
**(Einsatz von Verwaltungsrichtern auf Zeit)**  
**Postavljanje sudija u upravnim sudovima na određeno vrijeme**

**Saopštenje za javnost br. 38/2018 od 18. maja 2018. godine**

**Rješenje od 22. marta 2018. godine**  
**-2 BvR 780/16-**

U skladu je sa Ustavom da se u izuzetnim situacijama privremeno povećane potrebe za personalom pri upravnim sudovima prve instance za sudije na određeno vrijeme imenuju doživotno postavljeni državni službenici. Takve sudije ispunjavaju zahtjeve zakonitog sudije prema čl. 101 st. 1 rečenica 2 Ustava. Očuvana su osnovna načela podjele vlasti kao i nezavisnosti i nepristranosti sudije. Potrebno je ključne propise protumačiti u skladu sa Ustavom, tako da ponovljeno postavljanje državnog službenika za sudiju na određeno vrijeme ne dolazi u obzir. Ovo je danas objavljenom odlukom odlučio Drugi senat i odbio je apelaciju protiv odluke sudije postavljenog na određeno vrijeme. Sutkinja Hermanns je izdvojila svoje mišljenje u odnosu na odluku.

**Činjenično stanje:**

Zakonom o ubrzanju postupka azila od 20. oktobra 2015. godine preuzete su u uredbu o upravnim sudovima propisi koji omogućavaju da se doživotno imenovani državni službenici, koji zadovoljavaju uslove za imenovanje na mjesto sudije, postave za sudije na određeno vrijeme (§ 17 br. 3, § 18 VwGO). Sudije na određeno vrijeme moraju biti postavljeni u službu, najmanje dvije godine. U tom periodu je njihov status državnog službenika u mirovanju; nakon proteka sudijske službe on se ponovno aktivira. Sudije na određeno vrijeme mogu raditi samo na upravnim sudovima prve instance. Zakonska pretpostavka za njihovo postavljenje je „samo prolazna potreba za osobljem“. Time se treba uspostaviti brza obrada izrazito povećanog broja zahtjeva za azilom. Angažman sudija na određeno vrijeme, ipak, nije ograničen na ovo područje. Do sada je jedino Savezna zemlja Mecklenburg-Vorpommern koristila mogućnost angažmana sudija na određeno vrijeme u upravnim sudovima.

Apelant je podnio zahtjev za privremenom pravnom zaštitom protiv odbijanja njegova zahtjeva za azilom kao nedopuštenog i protiv naredbe o njegovoj deportaciji u Italiju, gdje mu je već priznata međunarodna zaštita. Ovaj zahtjev je odbio postupajući sudija pojedinac, postavljen na određeno vrijeme kod Upravnog suda Schewrin, i to odlukom protiv koje nije moguće podnijeti žalbu. Protiv toga je podnesena apelacija.



**Bitni argumenti Senata:**

1. Ustavni zahtjev za doživotnim postavljenjem svih profesionalnih sudija nije suprostavljen angažmanu sudija na određeno vrijeme u naročito ograničenim i nužnim situacijama. Prema čl. 97 st. 2 rečenica 1 Ustava, ustavni uzor i mjerodavni osnov pravosuđu, koje ostvaruje pravnu državu i jamči efektivnu pravnu zaštitu, predstavlja sudija koji je postavljen stalno i na puno radno vrijeme prema budžetskom planu. Garancije sudske nezavisnosti ne zahtijevaju općenito doživotno imenovanje sudija. Uzimanjem u obzir osnovnih načela javne službe, ne proizlazi da se doživotno postavljenje sudija zahtijeva bez izuzetaka. Ipak, mora biti očuvano osnovno načelo prednosti doživotnog imenovanja sudija. Zakonski preduslov „samo prolazna potreba za osobljem“ se stoga ima usko tumačiti i primijeniti samo u izuzetno teškim situacijama koje se ne mogu prevazići običnim instrumentima angažiranja osoblja.

2. Sudijama na određeno vrijeme se dodjeljuje status sudije, oni obavljaju poslove na predviđenim radnim mjestima i u punom radnom vremenu; trajanje njihove službe u svojstvu sudije u određenom sudu se ne može prijevremeno prekinuti. U tom pogledu oni odgovaraju ustavnom modelu sudije koji je uposlen prema budžetskom planu i zastalno. Sudije postavljene na određeno vrijeme uživaju, za vrijeme trajanja njihova mandata, ličnu nezavisnost u smislu čl. 97 st. 2 rečenica 1 Ustava isto kao i sudije koje su postavljene doživotno, a time i posebnu zaštitu od otkaza, otpusta iz službe ili premještaja.

3. U konačnici je u skladu sa Ustavom postavljenje doživotnih državnih službenika, dok njihova služba miruje, kao sudija na određeno vrijeme koji se nakon proteka službeničkog rada kao sudije vraćaju na svoja mjesta državnih službenika.

a) Zabrana personalnog preplitanja između organa sudske i izvršne vlasti, koja je zasnovana na ustavnom načelu podjele vlasti, je zabrana istovremenog preuzimanja i obavljanja zadataka u dvije kategorije državne vlasti. Ova zabrana se ne krši vremenski nadovezanim radnjama u dvije kategorije državne vlasti. Iako kod sudija na određeno vrijeme već od samog početka postoji unaprijed određena buduća obnova državnog službeništva po okončanju sudijske službe, ne otvara ustavnopravnu sumnju s obzirom da postoji jasno vremensko razgraničenje.

b) Postavljanjem doživotnih državnih službenika za sudije na određeno vrijeme ne krše se ni garancije sudijske nezavisnosti. Unaprijed utvrđeno vraćanje na rad u upravu, u situaciji u kojoj služba traje određeno minimalno vrijeme, ne smeta neophodnoj promjeni uloga, od državnog službenika, koji mora postupati po izdatim uputama, do nezavisnog sudije. Neki prethodni učinci namjernog vraćanja u doživotnu

državnu službu koja ne pruža iste garancije stabilnosti kao sudijska služba i dopšta, primjerice, premještaj koji naknadno može biti sankcioniran sudijskom odlukom, ne dolaze u obzir zbog ukorijenjene političke kulture poštivanja sudijske nezavisnosti u Njemačkoj; pri tome postoje dovoljne strukturalne garancije.

c) Činjenica da državni službenici bivaju imenovani za sudije na određeno vrijeme pri upravnim sudovima ne krši ustavnu garanciju sudijske nepristranosti. Ipak je potrebno poštovati „zahtjev za distancom“: sudija na određeno vrijeme ne smije postupati u predmetima na kojima radi njegova ili njoj nadređena služba. Ovaj zahtjev se mora ispoštovati već prilikom raspodjele poslova; u svemu ostalom su dovoljni postojeći, strožije primjenjivani, procesnopravni propisi kao osiguranje kod sudijskog odbijanja da sude pod uslovima neizvjesnosti u pogledu moguće pristranost.

4. Istovremeno postojanje sudija sa različitim statusom ne ukazuje na povredu sudske nezavisnosti. Zakonodavac nije prepustio volji izvršne vlasti izbor između različitih statusnih formi sudijske službe, nego je model namještenja doživotnog sudije predvidio i za postavljanje sudije na određeno vrijeme, što je ograničeno na iznimne situacije i to samo za prolazne potrebe za osobljem.

5. I to što se u određenom obimu izvršnoj vlasti omogućava kreiranje i ograničeno zauzimanje sudijske pozicije, ne povređuje sudijsku nezavisnost. Dodatni djelokrug koji se time otvara izvršnoj vlasti se još uvijek zadržava u ustavnopravno dopuštenim okvirima, jer upotreba sudija na određeno vrijeme nije ograničena na određeno upravno područje, kojim bi se stvarao povod za imenovanje, i vrši se konkretna podjela poslova putem predsjedništva suda.

6. U konačnici se zakonom uređeno ograničeno trajanje sudijske službe ne može pobijati sa ustavnopravnog stajališta. Utvrđivanje najkraćeg roka službe i vezivanjem roka službe za prognozirane potrebe unutar izuzetne situacije, predstavlja dovoljno konkretno reguliranje; ne zahtijeva se od zakonodavca da definitivno odredi trajanje službe. Predviđeno najmanje trajanje od dvije godine se, ipak, nalazi na donjoj granici ustavnopravno dopuštenog.

7. Međutim, ne bi bilo moguće ustavnopravno opravdati mogućnost ponovljenog imenovanja istog državnog službenika za sudiju na određeno vrijeme. Ukoliko bi se nakon protoka vremena sudijske službe moglo odlučivati o ponovnom imenovanju na novi period sudijske službe, tada bi sudijsko djelovanje bilo otvoreno prema kontroliranim zahvatima izvršne vlasti; zabrana otpuštanja iz službe, razrješenja ili premještaja sudija koja je uspostavljen radi zaštite sudijske nezavisnosti, (čl. 97 st. 2 rečenica 1 Ustava) bi se mogli zaobići. § 18 VwGO-a se, stoga, ima tumačiti

u skladu sa ustavom tako da se isključi ponovno postavljanje jednog sudije na određeno vrijeme nakon isteka perioda njegove službe.

Izdvojeno mišljenje sutkinje Hermanns:

§ 18 VwGO-a je nespojiv sa garancijama nezavisnosti sudija osiguranih čl. 97 Ustava i zahtjevima koje čl. 92 Ustava stavlja pred sudsku vlast. Stoga je apelacija osnovana.

1. Čl. 97 Ustava garantira slobodu od vanjskog utjecaja putem izvršne vlasti i zakonodavca i zahtijeva da se preduzimaju mjere opreza za što je moguće efektivniji razvoj sudijske nezavisnosti. Zakonsko uobličavanje sudske neovisnosti sudija na određeno vrijeme kroz § 18 VwGO ne dostiže zahtijevane mjere opreza za zaštitu nezavisnosti.

Sudija na određeno vrijeme je izložen mogućnosti utjecaja izvršne vlast na njegovu sudijsku djelatnost, a on se – namještanjem doživotnih sudija ili dopunskih sudija – može izbjeći, jer se njegova lična nezavisnost osigurava statusom sudije samo privremeno i njegova profesionalna karijera nakon toga u velikoj mjeri ovisi o državi. On je, istina, automatskim oživljavanjem statusa doživotnog državnog službenika, statusnopravno i finansijski osiguran. Njegov konkretan angažman nakon okončanja sudijske službe je, ipak, otvoren; pored toga on je uveden u strožiju hijerarhiju, nego u sudijskoj uzlaznoj hijerarhiji napredovanja. Iz toga proizlaze efekti podsticaja, koji zbog svojih učinaka omogućuju posredni, neformalni utjecaj egzekutive na djelatnost sudije na određeno vrijeme. Oni su zbog toga sve nepoželjniji, što je kraći angažman sudije na određeno vrijeme.

Garancije nezavisnosti iz čl. 97 Ustava obrazuju normativni osnov za razvoj političke kulture koju karakterizira poštovanje prema nezavisnosti sudova, kao što i, obrnuto, takva kultura prilikom slabljenja normativnih okvira, koji osiguravaju sudijsku nezavisnost, može pretrpjeti štetu.

2. Sudiji na određeno vrijeme, u skladu sa § 18 VwGO-a nedostaje čl. 92 Ustava propisana neutralnost i distanca u odnosu na učesnike u postupku, jer on zbog ponovnog, planom predviđenog aktiviranja statusa državnog službenika po okončanju sudijskog odnosa, neizbježno podliježe području utjecaja izvršne vlasti, o čijim odlukama on, kao sudija upravnog suda, treba da odlučuje. Činjenica da je sudija samo privremeno „posuđen“ iz izvršne vlasti u sudsku, može kod učesnika postupka i kod razumne ocjene svih okolnosti, opravdati bojazan da je sudija „u timu“ procesno suprotne stranke i da nije neutralan. Ovo važi i onda kada je uključena druga služba, a ne njegova, ili jedna od pretpostavljenih službi.

3. Suprotstavljene ustavnopravne vrijednosti koje bi mogle opravdati garancije iz čl. 92 i čl. 97 Ustava, posebno ne proizlaze iz čl. 19 st. 4 Ustava. Efektivna pravna zaštita je moguća samo kroz nezavisne sudije.



**§ 32.**  
**Zabrana smrtne kazne**  
**(čl. 102 Ustava)**

## 191) BVerfGE 18, 112 (Auslieferung I) Izručenje I

Čl. 102 Ustava ne zabranjuje naprosto izručenje zbog počinjenog krivičnog djela za koje je u državi izručenja zapriječeno smrtnom kaznom.

### Rješenje Prvog senata od 30. juna 1964. - 1 BvR 93/64 -

Apelant, koji je rođen u Jugoslaviji 1937, je stupio u Legiju stranaca 1957, nakon što je – kako navodi – napustio svoju domovinu iz političkih razloga. Francuske službe ga gone krivičnopravno; on je priznao da je 1962. kao kaplar zajedno sa legionarima koji su mu bili podređeni u toku noći napao porodičnu kuću u jednom alžirskom selu i tamo ustrelio više stanara, među kojima su i žene i djeca. Nakon što je apelant pobjegao iz francuskog zatvora u Saveznu Republiku Njemačku, Republika Francuska je zatražila njegovo izručenje na osnovu potjernice Vojnog suda Marseille od 3. decembra 1962. pismom njenog ambasadora od 22. aprila 1963, zbog ubistva najmanje jedanaest osoba, u vezi sa namjernim nanošenjem tjelesnih povreda i teškom krađom. Prema čl. 302 francuskog Krivičnog zakonika se ubistvo kažnjava smrću.

(...)

Apelantovo osnovno pravo iz čl. 2 st. 2 Ustava neće biti povrijeđeno izručenjem ni onda kada se pretpostavi mogućnost da bi on u Francuskoj mogao biti osuđen na smrt i da će smrtna kazna biti izvršena. Ustav ne zabranjuje njemačkoj državnoj vlasti da nekoj drugoj državi pruža pravnu pomoć u krivičnom postupku koji može voditi do toga da druga država kažnjava smrtnom kaznom i da je izvršava.

Izreka iz čl. 102 Ustava „Smrtna kazna je ukinuta“ najprije utvrđuje da njemački zakonodavac ne smije zaprijetiti usmrćenjem kao kaznom, da sudija ne smije izreći smrtnu kaznu ni na osnovu pretkonstitutivnog prava, da njemačka egzekutiva ne smije više izvršavati smrtnu presudu, čak ni ako je ona izrečena na osnovu pretkosntitutivnog prava. Pitanje je međutim, da li čl. 102 Ustava znači uvažavanje smrtno kazne u tom smislu da je njemačkoj državnoj vlasti zabranjeno da na bilo koji način doprinosi izricanju i izvršenju smrtno kazne u nekoj drugoj državi. Ovo se mora negirati.

1. Tekst norme, nagovještava kategoričkim stavom „je ukinuta“ da ovdje treba biti donešena načelna odluka od posebnog, konačnog značaja; iz njega se, međutim, ne vidi da propis ostvaruje učinak koji bi izlazio iz okvira njemačke državne vlasti.
2. Iz sistematskog mjesta čl. 102 Ustava ne slijedi ništa drugo. On stoji u IX ustavnom dijelu „Sudstvo“, u centru odluka koje najprije sadrže propise o unutrašnjem uobličavanju prava i postupka. Da se htjela odredba koja unosi dalekosežni značaj

opšteg „uvažavanja“ smrtne kazne u smislu opšteg ljudskog prava, kako bi se iz toga – ali tada konsekventno – izvela zabrana izručenja za slučaj da izručenoj osobi prijete smrtna kazna, onda bi u specijalnijem ustavnom propisu dijela o osnovnim pravima, u čl. 16 st. 2 Ustava, na ovo bar bilo upućeno. Ovdje je sistematsko mjesto ustavnopravnog ograničenja izručenja. Čl. 16 st 2 Ustava statuiru zabranu izručenja, ali općenito samo za Nijemce, u svemu ostalom jedino za strance koji će biti politički progonjeni.

3. Ne dovodi do drugog rezultata ni promišljanje samih osnova kao ni mogućih dometa ove ustavne norme.

a) Ukidanje smrtne kazne za Saveznu Republiku Njemačku najprije znači više od pozitivnopravne potvrde jedne od više kazni današnjeg kaznenog sistema. Ona je odluka od velikog državnog i pravopolitičkog značaja. Ona sadrži opredjeljenje za načelnu važnosti ljudskog života i za razumijevanje države koje stoji u naglašenom kontrastu prema pogledima običnog političkog režima kojem život pojedinca znači malo i da zbog toga neograničeno zloupotrebljava pravo građanina na život i smrt. Ova odluka se mora razumijevati iz posebne historijske situacije u kojoj je donešena. Ona zbog toga ne može predstavljati vrednosni stav o drugim pravnim uređenjima, o uređenjima koja nisu imala iskustvo sa sistemom ne-prava i za sebe nisu donijele takvu odluku zbog različitog historijskog razvoja ili drukčijih državnopolitičkih uslova i državofilozofskih shvatanja.

b) Njemačkom pravnom uređenju nedostaje unutrašnja legitimacija takve apsolutizacije ustavne odluke protiv smrtne kazne. S obzirom na stanje zakonodavstva i javnog mišljenja u današnjem kulturnom svijetu ne može se donijeti odluka da je smrtna kazna na današnjem stepenu civilizacije toliko nepodnošljiva da se državama koje su je zabranile dopušta ili da je čak zabranjeno da svoje shvatanje bezuslovno provedu, da time polaze od vlastite pravnodržavno-moralne superiornosti i da strane pravne poretke u toj tački diskriminiraju. (...)

4. Iz historije nastanka čl. 102 Ustava ne slijedi ništa bitno za pitanje koje se ovdje odlučuje. (...)

*Napomena: Danas § 8 IRG dopušta izručenje samo ako strana država zajamči da neće doći do izvršenja smrtne kazne.*

*BVerfGE 65, 348/354 ostavlja otvorenim pitanje da li se još postoji obaveza na pridržavanje prethodne odluke.*





**§ 33.**  
**Pravo na sudsko**  
**saslušanje**  
**(čl. 103 I Ustava)**

**192) BVerfGE 9, 89**

(Gehör bei Haftbefehl)

**Saslušanje u okviru naloga za hapšenje**

1. U skladu je sa Ustavom kada se prilikom određivanja pritvora okrivljeni uputi na naknadno saslušanje.
2. Donese li Viši zemaljski sud na zahtjev državnog tužilaštva nalog za hapšenje koji je odbijen ili ukinut na nižim instancama, ne saslušavajući prethodno optuženog, mora mu biti data mogućnost da iznese suprotne stavove i da se o njima donese odluka. Na ovo se okrivljeni mora uputiti u okviru odgovarajuće primjene § 115 StPO.

**Rješenje Privog senata od 8. januara 1959.****- 1 BvR 386/53 -**

Osnovni sud Schwäbisch Hall je 3. septembra 1955. zbog opasnosti prikrivanja naložio pritvaranje apelantice u istražnom postupku zbog više slučajeva prevare i klevete. Zemaljski sud Heilbronn je 8. septembra 1955. po žalbi optužene ukinuo navedeni nalog za hapšenjem.

16. septembra 1955. je Viši zemaljski sud Stuttgart ukinuo rješenje Zemaljskog suda i potvrdio nalog za hapšenjem Osnovnog suda od 3. septembra 1955.

Žalba državnog tužilaštva nije bila dostavljena ni braniocima ni samoj apelantici.

Pitanje koje apelantica ističe, da li je žalbeni sud koji je naložio hapšenje, što je niži sud odbio, mora saslušati okrivljenog prije donošenja ove odluke, iziskuje nekoliko načelnih ocjena o značaju prava na sudsko saslušanje u cjelini; a posebno o saslušanju okrivljenog u postupku pritvaranja koje se odvija prema krivičnom postupku.

1. Načelo sudskog saslušanja koje je u čl. 103 st. 1 Ustava izdignuto na nivo osnovnog prava je izvedeno iz zamisli pravne države za područje sudskog postupka. Zadatak sudova da o životnim činjenicama donesu zaključak je u pravilu nerješiv bez saslušanja stranaka. Ovakvo saslušanje je zbog toga najprije pretpostavka jedne sudske odluke. Osim toga, dostojanstvo osobe zahtijeva da vrhovništvo ne raspolaže njenim pravom po kratkom postupku; pojedinac ne smije biti samo objekt sudske odluke, nego mora doći do riječi prije jedne odluke koja pogađa njegova prava i mora biti u stanju da utječe na postupak i njegov rezultat (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]).

Pravo okrivljenog da bude saslušan je u procesnom pravu već duže vrijeme priznato i uzeto je, sve u svemu, u obzir; pojedine uredbe o postupku su ovo načelo konkretizirale u pogledu obima i forme. Ono pri tom mora biti usaglašeno sa načelima drugih postupaka koja proizilaze iz unutrašnje predmetne pravde. Izdizanje načela

sudskog saslušanja na nivo osnovnog prava ne mijenja ništa na legitimitetu tako suprostavljenih interesa i na neophodnosti da se posreduje između njih i interesa pogođenih. Njegovo preuzimanje u Ustav bi trebalo učiniti nemogućim zloupotrebe u sudskom postupku, kako su one došle do izražaja pod nacionalsocijalističkim režimom, i uspostaviti povjerenje naroda u nepristrasno pravosuđe. Međutim, ne može biti smisao čl. 103 st. 1 Ustava da se naprosto odstrane brižljivo promišljena odmjeravanja između različitih interesa koji se uzimaju u obzir u pojedinačnim postupcima i ograničenja sudskog saslušanja koja iz njih proizilaze.

Čl. 103 st. 1 Ustav polazi, dakle, od toga da detaljnije uobličavanje prava na saslušanje mora biti prepušteno pojedinačnim uredbama o postupku. Budući da su uredbe o postupku koje su bili na snazi za vrijeme stupanja na snagu Ustava općenito zadovoljavale pravnodržavne zahtjeve s obzrom na jamčenje sudskog saslušanja, mora se prilikom tumačenja čl. 103 st. 1 Ustava – jednako kao i kod tumačenja zabrane dvostrukog kažnjavanja iz stava 3 člana 103 Ustava, koja je izdignuta na nivo osnovnog prava (ne bis in idem usp. BVerfGE 3, 248 [252]) – polaziti od cjelokupne slike predustavnog procesnog prava. (...)

2. Kako se u sudskom saslušanju pogođenom treba dati prilika da utječe na sudsku odluku koja tek predstoji, smisleno je u pravilu samo prethodno saslušanje. Prije svega, konačnost i nepromjenljivost presude, koja je u pravilu svojstvena za odluku sudova, prisiljava da se stranke saslušaju prije nego što definitivno bude donešena odluka, kao i kod materijalno pravosnažnih odluka koje predstavljaju konačne i sa njima jednake sudove koji zaključuju neki postupak.

Sudovima su, međutim, na tipičan način prenešeni zadaci kod kojih se ne radi o zaključnim pravnim ocjenama nekog činjeničnog stanja, nego o privremenim mjerama za reguliranje trenutnog stanja ili za trenutno osiguranje privatnih ili javnih prava. (...)

Osiguravanje ugroženih interesa može, međutim, učiniti neophodnim neodložno djelovanje koje ne dopušta samo razjašnjenje činjeničnog stanja nego čak isključuje procesno saslušanje pogođenog; može čak biti određeno, ako su u igri važni interesi da se odustane od saslušanja pogođenog, koje je po sebi moguće, kako on ne bi bio upozoren (usp. BVerfGE 7, 95 [99]). Upravo odluka sudije čini podnošljivim da se bez prethodnog saslušanja protivnika donesu takve uredbe. Kako se ovdje ne radi uvijek o uplitanju u prava pogođenog može biti dopušten izuzetak od načala prethodnog saslušanja ako je to neophodno da se ne ugrozi svrha mjere. Zakondavcu se na osnovu toga postavlja zahtjev da uplitanja bez procesnog saslušanja čvrsto veže za uske pretpostavke. Osim toga, zamisao pravne države zahtijeva da pogođeni u takvom slučaju dobije priliku da se bar naknadno suprostavi naređenoj mjeri.

**193) BVerfGE 41, 246**  
**(Baader-Meinhof)**  
**Baader-Meinhof**

**Rješenje Drugog senata od 21. januara 1976. Prema § 24 BVerfGG**  
**- 2 BvR 941/75 -**

IZREKA:

Odbacuje se ustavna tužba.

OBRAZLOŽENJE:

Predmet ustavne tužbe je pitanje da li se nastavljanjem glavne rasprave u odsutnosti povređuje osnovno pravo optuženih u stuttgartskom Baader-Meinhofer-procesu.

**I.**

1. Načelno se ne provodi glavna rasprava u slučaju odsutnosti optuženog. Ovdje postoji izuzetak. Zakon o dopuni prvog Zakona o reformi krivičnog procesnog prava od 20. decembra 1974. (BGBl. I, s. 3686) je proširio krug ovih izuzetaka, a posebno je unio slijedeći propis:

**§ 231a StPO**

(1) Doveđe li se optuženi namjerno i vlastitom odgovornošću u stanje koje isključuje njegovu sposobnost raspravljanja i spriječi li se time u suštini uredno odvijanje ili nastavak glavne rasprave uz njegovo prisustvo, onda će glavna rasprava, ako on nije saslušan o glavnoj optužbi, biti provedeno ili nastavljeno bez njegovog prisustva, ako sud njegovo prisustvo ne smatra neophodnim. Prema rečenici 1 se postupa samo ako je optuženi po otvaranju glavne rasprave imao priliku da se izjasni o optužnici pred sudom ili opunomoćenim sudijom.

(2) Čim optuženi bude sposoban da učestvuje u raspravi, predsjedavajući vijeća će ga, sve dok nije započeto sa objavljivanjem presude, informirati o bitnim sadržajima rasprave koja je održana u njegovom odsustvu.

(3) Raspravu u odsustvu optuženog prema stavu 1 određuje sud nakon saslušanja ljekara kao vještaka. Rješenje može biti donešeno prije početka glavne rasprave. Dopuštena je neposredna žalba na rješenje; (...).

(...)

2. Na osnovu ove odredbe je Viši zemaljski sud Stuttgart 30. septembra 1975. zaključio da nastavi započetu glavnu raspravu u odsutnosti optuženih.

**II.**

Ustavna tužba je očigledno neosnovana.

Odredba § 231 StPO (...) je ustavna. Ona ne ugrožava optuženog ni u njegovom pravu na sudsko saslušanje (čl. 103 st. 1 Ustava) ni u njegovom pravu na fair postupak (čl. 2 st. 1 u vezi sa čl. 20 st. 3 Ustava).

Budući da se iz ovih osnovnih prava izvodi pravo optuženih da prisustvuju glavnoj raspravi i da se sami brane, paragrafom 231 a StPO im se ne oduzima ovo pravo na prisutnost. Ko se namjerno ili vlastitom odgovornošću dovede u stanje nesposobnosti učešća u postupku, jednak je onom ko se – iako je mogao biti prisutan – ne pojavi na glavnoj raspravi ili se po sopstvenoj volji sa nje udalji (usp. § 231 st. 2 StPO). Međutim, kada optuženi umjesto da iskoristi sopstveno pravo na prisustvo sam sebi oduzme mogućnost ličnog učešća na glavnoj raspravi, on nije povrijeđen u njegovim osnovnim pravima već time što se glavna rasprava odvija u njegovom odsustvu.

## **194) BVerfGE 25, 158** (Rechtliches Gehör bei Versäumnisurteil) **Sudsko saslušanje u kontekstu presude zbog izostanka**

**Rješenje Drugog senata od 21. januara 1969.**

**- 2 BvR 724/67 -**

Osnovni sud Bremen je zbog saobračajnog prekršaja ustanovio novčanu kaznu od 60 DM, odnosno alternativno 2 dana zatvora.

Rješenje o kazni je apelantu dostavljeno 28. juna 1967. prema § 37 st. 1 rečenica 1 StPO u vezi sa § 182 ZPO polaganjem na poštu. Apelant se, prema njegovim navodima, od 17. juna 1967. do 8. jula 1967. nalazio na godišnjem odmoru i bio je u stanju da rješenje o novčanoj kazni podigne na pošti tek 10. jula 1967, a pred osnovnim sudom Bremen je 12. jula 1967. posredstvom svoga branioca uložio žalbu na rješenje o kazni i zatražio je povraćaj u pređašnje stanje zbog propuštanja žalbenog roka.

Rješenjem od 26. septembra 1967. (...) je Osnovni sud Bremen odbacio zahtjev na povraćaj u pređašnje stanje.

Zemaljski sud Bremen je kao neosnovanu odbacio žalbu sa rješenjem od 7. novembra 1967.

(...) rješenje Zemaljskog suda Bremen od 7. novembra 1967. je u suprotnosti sa čl. 103 st. 1 Ustava zato što je sud prilikom provjere pitanja odgovornosti u postupku vraćanja u prvobitno stanje previdio pravo na pravno saslušanje (usp. BVerfGE 7, 198 [... 207]; 18, 85 [92]; 19, 303 [310]; 22, 93 [98]).

Može se prihvatiti da postoje ustavnopravne slabosti u sumarnom krivičnom postupku, jer je pravo na sudsko saslušanje okrivljenom zajamčeno time što on ima mogućnost da posredstvom uloženog prigovora dođe do glavne rasprave (BVerfGE 3, 248 [253]). U slučaju propuštanja roka koji je određen za prigovor ova mogućnost zavisi od odobrenja da nastupi povraćaj u prethodno stanje. Za pretpostavke povraćaja su po sebi mjerodavni procesnopravni propisi; međutim mora se uvažavati da čl. 103 st. 1 Ustava jamči minimum prava na sudsko saslušanje u svim postupcima nezavisno od uobličavanja konkretnog postupka u različitim procesnim uredbama (BVerfGE 7, 53 [57]). Dalje se mora paziti da se u konkretnom slučaju, kakav je priloženi slučaj, ne radi samo o očuvanju prava na sudsko saslušanje o pojedinačnom razlogu za donošenje odluke ili o jednoj instanci, nego da se radi o pitanju da li je u tom postupku pravo na sudsko saslušanje uopšte zajamčeno. Upravo se zbog toga mora u sličnom slučaju posebno pažljivo primijenjivati načelo da pretpostavke koje se stavljaju pred stranke u procesu, kako bi one sačuvalе svoje pravo na sudsko saslušanje, ne smiju biti preströge (BVerfGE 17, 194 [197]; 18, 147 [150]).

Ovaj ustavnopravni zahtjev je previdio Zemaljski sud prilikom stavljanja pretpostavki pred apelanta koje on mora ispuniti u pogledu obaveze na pažnju kod dostave koju očekuje. Ko ima stalnu adresu i ne koristi je samo provremeno – npr. kao ovdje, za vrijeme godišnjeg odmora u trajanju od tri sedmice – onda ne treba za vrijeme odsutnosti poduzimati posebne mjere u pogledu mogućih dostava. Građanin mora računati s tim da će dobiti povraćaj u predašnje stanje u slučaju da mu za to vrijeme bude dostavljeno rješenje o kazni deponovanjem kod pošte, tako da bi on propustio rok određen za žalbu jer mu ova činjenica ne bi bila poznata.

## 195) BVerfGE 107, 395

(Gehörsrüge vor Fachgericht)

### **Pravna zaštita zbog povrede prava na sudsko saslušanje pred stručnim sudovima**

O ustavnopravnim jamstvima pravne zaštite pred stručnim sudovima u slučaju kršenja prava na sudsko saslušanje (čl. 103 st. 1 Ustava).

**Rješenje Plenuma od 30. aprila 2003.**

**- 1 PBvU 1/02 -**

Odricanje prava na sudsko saslušanje pred nekim sudom se može osporavati – kao i druge pravne greške – nekim pravnim lijekom. Ako ne postoji pravni lijek, ostaje samo ustavna tužba. Utuživanja prava na saslušanje su opteretila Savezni ustavni sud. (Bila su mnogo češće uspješna nego ustavne tužbe zbog povrede drugih osnovnih prava). Nova zakonska regulacija u formi § 201 a ZPO je donijela neznatna rasterećenja.

IZREKA:

U spurotnosti je sa principom pravne države u vezi sa članom 103 stav 1 Ustava kada

neka uredba o postupku ne predviđa pravnu ispomoć stručnih sudova za slučaj da sud, na način koji je bitan za odluku, povrijedi pravo na sudsko saslušanje.

OBRAZLOŽENJE:

Predmet plenarne sjednice je pitanje da li i u kojem obimu Ustav zahtijeva da stručni sudovi mogu otkloniti kršenje prava na sudsko saslušanje (čl. 103 st. 1 Ustava) koje je jednako osnovnim pravima. (...)

### C.

Pravni put je u okviru opšteg prava na pravosuđe otvoren, također i za provjeru povrede prava na sudsko saslušanje posredstvom nekog suda. To slijedi iz principa pravne države u vezi sa čl. 103 st. 1 Ustava. Plenum odustaje od suprotnog mišljenja koje je do sada zastupao Savezni ustavni sud.

### I.

Ustavna garancija pravne zaštite nije u smislu čl. 19 st. 4 Ustava ograničena na akte izvršne vlasti, nego je obuhvatnije postavljena. Ona svakako ne osigurava lanac pravnih lijekova.

1. Bitan element pravne države je garancija efektivne pravne zaštite (BVerfGE 88, 118 [123]; 96, 27 [39 i dalje]). Ustav garantira pravnu zaštitu pred sudovima ne samo prema čl. 19 st. 4 Ustava nego i izvan toga, u okvirima opšteg prava na zaštitu pred sudovima. Ono je sastavni dio principa pravne države u vezi sa osnovnim pravima, posebno sa čl. 2 st. 1 Ustava (usp. BVerfGE 93, 99 [107]). Ustavna garancija pravne zaštite obuhvata pristup sudovima, provjeru spornih zahtjeva u formalnom postupku, kao i obavezujuću sudsku odluku.

2. Ustav osigurava u području čl. 19 st. 4 Ustava kao i u području prava na zaštitu pred sudovima da pravni put ostaje otvoren. Garancija mogućnosti zaštite pred sudovima protiv povrede prava ne otvara, međutim, neograničen pravni put.

a) Princip pravne države zahtijeva da se zbog pravne sigurnosti i pravnog mira bilo kada okonča svaki pravni spor (usp. već BVerfGE 1, 433 [437]). Zakon odlučuje kada je to slučaj. Prema Ustavu ne postoji rizik pravnog puta koji se svaki put, iznova otvara, jer se i u čl. 19 st. 4. Ustava kao i u okviru opšteg prava na zaštitu pred sudovima garantira samo da stoji otvoren pravni put, dakle, otvaranje pristupa sudu. Pravni put je otvoren za sporove između nosioca javne vlasti i privatnih osoba ili između privatnih osoba. Ovo omogućuje odluku nekog neovisnog suda o pravima i obavezama. Zbog toga je načelno dovoljno, ali se u nekom pravnom sporu mora osigurati i kao minimum, da pravno uređenje otvara jednu mogućnost za dobijanje sudske odluke. Zadatak je zakonodavca da, uzimanjem u obzir različitih interesa, odluči da li treba ostati kod jedne ili više instanci i pod kojim pretpostavkama one mogu biti pozvane (usp. BVerfGE 54, 277 [291]). Snagom Ustava nije zagarantiran lanac pravnih lijekova. U predmetnom slučaju se ne mora odlučiti o tome da li postoje



sporovi za koje se mora predvidjeti provjera pred višom sudskom instancom. Ni u takvom slučaju ne postoji rizik pravnog puta bez kraja.

b) Garancija jedne sudske odluke povodom nekog prava je usmjerena na privođenje konflikta povodom mogućih pravnih povreda provjeri i konačnoj odluci. Ova garancija ne seže dalje. U ustavnopravnom smislu se ne zahtijeva da se mogu kontrolirati i sami akti sudske provjere u pogledu povreda pravnih normi koje se primijenjuju u predmetnom sporu. Ustavnim pravom zagantirani sistem pravne zaštite prilikom provjere nekog držanja računa, u interesu pravne sigurnosti i pravnog mira, sa mogućim rizikom pogrešne primjene prava u okviru suda.

c) Ovo se u njemačkoj pravnoj državi ne prihvata samo zato što se institucionalnim mjerama i odgovarajućim postupcima mora voditi računa o otklanjanju grešaka u primjeni prava. Nezavisnost sudije (čl. 97 st. 1 Ustava) osigurava da sudovi odlučuju samo prema zakonu. Procesna osnovna prava, posebno čl. 101 st. 1 rečenica 2 i čl. 103 st. 1 Ustava bi morala zajamčiti da se sudske odluke ne donose proizvoljno, da ih donose sudske instance na osnovu objektivnih kriterija na osnovu zadovoljavajuće sigurnih činjenica i nepristrasne pravne procjene, uzimanjem u obzir izjave stranaka. Ako nezavisni sudovi u ovim okvirima provjeravaju da li u nekom postupku postoji pravna greška i pri tom ne prekrše nanovo ustavnopravne garancije postupka, onda je u načelu u skladu sa Ustavom kada se ispravnost sudskih odluka više ne može provjeravati pred nekom drugom instancom.

3. U jezgru pravnodržavnog sadržaja se ne razlikuje garancija pravosuđa od garancije pravnog puta iz čl. 19 st. 4 Ustava, koja je njen specijalni propis.

a) Čl. 19. st. 4 Ustava se u pravosuđu i jednom dijelu literature razumijeva kao propis koji sadrži pojam javne vlasti koji se mora usko tumačiti i koji se mora primijenjivati samo na izvršnu vlast. To je, u pravilu, bilo uklopljeno u formulu da Ustav jamči pravnu zaštitu posredstvom sudije, ali ne i protiv sudije (usp. BVerfGE 15, 275 [280]; 49, 329 [340]; 65, 76 [90]). Istina, drugi dio ove formule se sve više kritizira. Kao obrazloženje kritike se između ostalog navodi da je pojam javne vlasti mnogo širi i da obuhvata i pravosuđe. Prema njemu, ni historija nastanka, ni smisao i svrha čl. 19 st. 4 Ustava ne opravdavaju suženo tumačenje pod uslovima ograničavanja pravne zaštite pred izvršnom vlašću.

b) Sazivanje plenuma posredstvom Prvog senata ne daje povoda za odstupanje od sadašnjeg tumačenja čl. 19 st. 4 Ustava. Odustajanje od dosadašnjeg pravnog shvatanja Saveznog ustavnog suda o pravnoj zaštiti zbog povrede osnovnog procesnog prava iz čl. 103 st. 1 Ustava, prema čemu je težio Prvi senat, pretpostavlja da će se nanovo odrediti područje primjene čl. 19 st. 4 Ustava. Jer, ova norma se ne suprotstavlja pretpostavci da opšte pravo na zajamčeno pravosuđe garantira pravnu zaštitu pod činjeničnim pretpostavkama koje se djelimično razlikuju (cc). Polazno tumačenje pojma javna vlast u čl. 19 st. 4 Ustava (aa) iz aspekta pravne državnosti ne povlači nikakve sumnje kada opšte pravo na zajamčeno pravosuđe omogućuje

pravnu zaštitu i u slučajevima koji nisu obuhvaćeni članom 19 st. 4 Ustava, sve dok je to u pravnodržavnom smislu neophodno. (...)

(1) Savezni ustavni sud je najprije iz principa pravne države u vezi sa osnovnim pravima izveo opšte pravo na zagwarantirano pravosuđe, i to kao osnovu u civilnopravnim sporovima na koje čl. 19 st. 4 Ustava ne može biti primijenjen (BVerfGE 88, 118 [123]; 93, 99 [107]; 97, 169 [185]). Na ovom putu je osigurano da jedan sud obavezno odlučuje o postojanju prava i obaveza u civilnopravnim stvarima.

(2) Pravo na zajamčeno pravosuđe omogućuje pravnu zaštitu i u ostalim slučajevima u kojima je ona u smislu pravne države neophodna. Ono postoji već kod prve povrede procesnih osnovnih prava od strane nekog suda.

Procesna osnovna prava, posebno ona iz čl. 101 st. 1 i čl. 103 st. 1 Ustava, osiguravaju u formi prava koje je jednako sa osnovnim pravom pridržavanje najnižeg pravnodržavnog standarda. U pravnom sporu garancija osnovnog prava obuhvata i mogućnost da se bar jednom sudski prekontrolira da li se ono poštuje. Ustav svakako može predviđati izuzetke u interesu zaštite posebno visoko rangiranih ustavnih dobara, kako se to dogodilo sa čl. 10 st. 2 rečenica 2 Ustava (usp. BVerfGE 30, 1). (...)

cc) Čl. 19 st. 4 Ustava nije sa ovim u suprotnosti, budući da se tamo ne definira da je pravna zaštita zagwarantirana „samo“ u njegovim okvirima. (...)

3. U skladu je sa principom pravne države kada u prvoj liniji stručni sudovi provjeravaju sudsko kršenje obaveze na saslušanje i otklanjaju posljedice ovog prekršaja. Princip pravne države je također usmjeren na efektivnost pravne zaštite. Ovaj cilj se najučinkovitije dostiže brzim i stvarnim uklanjanjem kršenja obaveze na saslušanje, što stručni sudovi mogu obaviti bez zaobilaženja.

4. Pravo na zajamčeno pravosuđe osigurava pravnu zaštitu od povrede prava na sudsko saslušanje pred svakom sudskom instancom, dakle čak i onda kada procesno osnovno pravo prvi put biva povrijeđeno u postupku po pravnom lijeku. (...)

Ako postoji još neko pravno sredstvo kojim se može utuživati sudska odluka, a koje može voditi do provjere da li je povrijeđeno procesno osnovno pravo, udovoljeno je zahtjevu da se zajamči pravosuđe. Ako povreda procesnog osnovnog prava uslijedi u posljednjoj instanci koju poredviđa uredba o ustrojstvu pravosuđa, i ako je greška bitna za odluku, uredba o postupku pred sudovima mora predvidjeti samostalnu sudsku ispomoć.

5. Međutim, uvijek je dovoljna mogućnost da se povreda prava koja se utužuje može u sudskom postupku podvrgnuti pojedinačnoj sudskoj kontroli. (...)

### III.

Zakonodavac ima široku slobodu odlučivanja pri uobličavanju sistema žalbi.

**196) BVerfGE 133, 168**  
**(Absprachen im Strafprozess)**  
**Dogovori u krivičnom postupku**  
**Savezni ustavni sud**

**-Služba za odnose sa javnošću-**

**Saopštenje za javnost br. 17/2013 od 19. marta 2013. godine**

**Presuda od 19. marta 2013. godine**

**-2 BvR 2628/10, BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11-**

**Zakonska regulacija sporazuma u krivičnom postupku je u skladu sa Ustavom – neformalni dogovori nisu dozvoljeni**

Zakonske odredbe o sporazumima u krivičnom postupku, uprkos značajnim nedostacima kod izvršenja, trenutačno nisu protivustavne. Međutim, zakonodavac mora stalno provjeravati i eventualno unaprijediti djelotvornost zaštitnih mehanizama koji služe poštivanju ustavnopravnih zahtjeva. Nedopušteni su tzv. neformalni dogovori koji se odvijaju izvan zakonske regulative. Tako je odlučio Drugi senat Saveznog ustavnog suda u danas objavljenoj presudi. Savezni ustavni sud je istovremeno, zbog povreda Ustava, ukinuo presude specijaliziranih sudova koje su pobijali apelanti, te predmete vratio na ponovno odlučivanje.

**Bitni argumenti Suda:**

1. Apelanti su podnijeli apelaciju protiv osuđujuće presude krivičnog suda koja je uslijedila nakon sporazuma između suda i učesnika u postupku. Apelacije su u postupcima 2 BvR 2628/10 i 2 BvR 2883/10, osim toga, usmjerene protiv odredbe iz § 257c Uredbe o krivičnom postupku, koja je dodata Zakonom o uređivanju sporazuma u krivičnom postupku od 29. jula 2009. godine (u daljnjem tekstu: Zakon o sporazumu).

2. Apelacije su osnovane u onom dijelu u kojem se odnose na pobijane presude, a u ostalom dijelu su odbačene.

a) Krivično pravo se zasniva na načelu krivnje koje ima ustavni rang. Ono je zasnovano na garanciji dostojanstva čovjeka i vlastite odgovornosti (čl. 1 st. 1 Ustava i čl. 2 st. 1 Ustava), te u načelu pravne države (čl. 20 st. 3 Ustava). Ustav nalaže državi da garantuje funkcionalno krivično pravosuđe. Glavni cilj krivičnog postupka je utvrđivanje stvarnog činjeničnog stanja, bez kojeg se ne može ostvariti materijalno načelo krivnje.

Pravo na fer postupak optuženom garantuje procesna prava i primjerenu mogućnost odbrane od zadiranja u ta prava, posebno od strane državnih službi. Normativno uređenje ovih procesnih prava u prvom redu je zadatak zakonodavca. O povredi prava na fer postupak bi se radilo tek kada bi se pregledom cjelokupnog procesnog prava pokazalo da nisu izvedeni zaključci koje nalaže pravna država ili da se odustalo od neprikosnovenih zahtjeva pravne države. U okviru ovakvog cjelokupnog pregleda treba imati u vidu i funkcioniranje krivičnog pravosuđa, uključujući načelo hitnosti postupka.

Načelo slobode od samoinkriminacije i pretpostavka nevinosti proističu iz pravne države i imaju ustavni rang. Optuženi mora bez prisile, na vlastitu odgovornost moći odlučiti hoće li i, eventualno, u kojoj mjeri učestvovati u krivičnom postupku.

b) Polazeći od toga, sporazumi sadrže svojevrsnu opasnost da se neće u punom obimu voditi računa o ustavnopravnim zahtjevima. Pa ipak, zakonodavcu Ustav sam po sebi ne brani da ih dopusti radi pojednostavljivanja postupka. Kako bi se ispunili ustavnopravni zahtjevi, zakonodavac je smatrao nužnim donijeti jasne zakonske odredbe za institut sporazuma koji u praksi igra značajnu ulogu, iako je oduvijek bio i ostao sporan. Zakonom o sporazumu nije uveo novi, "konsenzualni" model postupka, već je sporazum integrirao u važeći sistem krivičnog procesnog prava.

aa) Zakon o sporazumu izričito upućuje da ostaje netaknuta obaveza suda da po službenoj dužnosti utvrdi 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 zasniva na sporazumu, obavezno treba provjeriti njegovu tačnost. Ako se time ograničava praktično područje primjene sporazuma, to je neophodna posljedica njegovog uvođenja u sistem važećeg krivičnog procesnog prava. Također, pravna ocjena prilikom sklapanja sporazuma nije prepuštena dispoziciji; to važi isto i za pomicanje raspona kazne kod posebno teških ili manje teških slučajeva.

bb) Zakon o sporazumu zaključno uređuje dopuštenost sporazuma u krivičnom postupku. Time zabranjuje one načine postupanja prilikom sporazumijevanja za koje se često koristi eufemizam „neformalni“. Osim toga, sporazum ograničava na predmet glavnog pretresa. Takozvana „ukupna rješenja“, kod kojih tužilaštvo pristaje i na obustavu drugih istražnih postupaka, su stoga nedopuštena.

cc) Transparentnost i dokumentovanje prilikom sporazumijevanja predstavljaju težište predmetne normativne koncepcije. Time se treba garantovati učinkovita kontrola putem javnosti, tužilaštva i žalbenog suda. Posebno se moraju sve radnje

povezane sa sporazumom iscrpno obuhvatiti tokom glavnog pretresa, koji je obično otvoren za javnost. To istovremeno predstavlja dodatnu potvrdu da uvjerenje sudije mora proizaći iz samog glavnog pretresa.

Povreda obaveza vezanih uz transparentnost i dokumentovanje načelno vodi do protivpravnosti postignutog sporazuma. Ukoliko bi sud ostao pri takvom nezakonitom sporazumu, u pravilu se neće moći isključiti da se presuda zasniva na povredi zakona.

Kontrolna uloga tužilaštva je od posebnog značaja. Tužilaštvo nije samo obavezno uskratiti svoju saglasnost za nezakoniti sporazum, već mora uložiti i pravni lijek protiv presuda koje se zasnivaju na takvom sporazumu. Osim toga, obaveznost pridržavanja naloga i obaveze izvještavanja omogućavaju uspostavljanje jedinstvenih standarda kod obavljanja te tužilačke kontrolne funkcije.

dd) U konačnici, Zakon o sporazumu, predviđa da optuženog treba poučiti o tome pod kojim uslovima i sa kojim posljedicama sud može odstupiti od izglednog rezultata. Ova pouka treba optuženom omogućiti da donese autonomnu odluku o svom učestvovanju u sporazumu. Kod povrede obaveze poučavanja optuženog, u okviru provjere od strane revizijskog suda će se, u pravilu, poći od toga da se i priznanje, a time i presuda, zasnivaju na tome.

c) Zakon o sporazumu dovoljno osigurava pridržavanje ustavnopravnih zahtjeva. Značajni nedostaci kod primjene, odnosno izvršenja tog zakona u praksi trenutno ne dovode do protivustavnosti zakonske regulative.

aa) Normativni koncept bio bi protivustavan jedino kada bi predviđeni zaštitni mehanizmi na neki način imali pravne praznine ili bili nedovoljni i time poticali uspostavljanje prakse "neformalnih" dogovora koji predstavljaju povredu Ustava, kada bi dakle nedostatak u izvršenju bio predodređen strukturom same norme.

bb) Ni rezultat empirijskog istraživanja ni očitovanja koja su iznesena u postupcima apelacija ne upućuju nužno na pretpostavku da postoje strukturalni nedostaci kod normativnog uređenja iz kojih proizlaze dosadašnji deficiti u izvršenju. Razlozi ta to su slojeviti. Kao glavni razlog u empirijskom istraživanju navodi se da su propisi „teško primjenjivi u praksi“. To govori o do sada nedovoljno izraženoj svijesti o tome da u krivičnom postupku ne bi smjeli postojati sporazumi koji nisu u skladu sa zahtjevima iz Zakona o sporazumu.

d) Zakonodavac mora brižno pratiti daljnji razvoj. Ako sudska praksa i dalje nastavi

da zakonsku regulativu ostavlja po strani, a Zakon o sporazumu ne bude dovoljan da se otklone 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 protivustavno stanje.

3. Odluke specijaliziranih sudova koje se osporavaju apelacijama nisu spojive sa zahtjevima Ustava koji se nalažu za sporazume u krivičnom postupku.

a) Odluke koje apelanti pobijaju u postupcima 2 BvR 2628/10 i 2 BvR 2883/10 predstavljaju povredu njihova prava na pravičan postupak u skladu sa načelima pravne države, te prava optuženih da ne terete sami sebe. Sporazum je u pravilu spojiv sa načelom pravičnog postupka samo onda ako je optuženi prije zaključenja sporazuma poučen o tome da on ima samo ograničen obavezujući učinak za sud. Ukoliko izjavljeno priznanje dobiveno uz povredu obaveze o pouci bude uzeto u obzir kod donošenja presude, takva se presuda zasniva na povredi osnovnih prava, osim ako se može isključiti uzročnost greške u vezi sa poukom za priznanje, jer bi ga optuženi dao i da je bio uredno poučen o svojim pravima. To će konkretno morati utvrditi revizijski sud.

b) Pobijana odluka Zemaljskog suda u postupku 2 BvR 2155/11 već zbog toga predstavlja povredu ustavnopravnog načela krivnje, jer je Zemaljski sud apelanta u biti osudio na osnovu neprovjerenog formalnog priznanja. Osim toga, presuda se zasniva na sporazumu koji sadrži nedopuštenu dispoziciju o krivnji. U tom slučaju je znatno prekoračena granica protivustavnog ugrožavanja slobode optuženog da ne tereti sam sebe. Zemaljski sud je razliku između dvije granice kazne, koja je sama po sebi već bila prekomjerna, još dodatno uslovio pristankom na izricanje uslovne kazne, koja je uopće bila moguća samo ako bi se raspon kazne smanjio na kaznu zapriječenu za manje teško djelo.



## **§ 34.**

**Nulla poena sine lege i zabrana  
povratnog djelovanja krivičnih  
zakona**

**(čl. 103 II Ustava)**



## 197) BVerfGE 14, 174 (Gesetzesgebundenheit im Strafrecht) Vezanost zakonom u krivičnom pravu

1. Pravne uredbe koje su donešene na osnovu ovlaštenja koja odgovaraju čl. 80 st. 1 Ustava su također zakoni na osnovu kojih prema čl. 103 st. 2 Ustava može biti suđeno za neko krivično djelo  
Zakondavac zakonom mora nedvosmisleno propisati ovlaštenje za kažnjavanje i pri tom mora tačno opisati svrhu i omjer ovlaštenja, tako da građanin može predvidjeti pretpostavke kažnjavanja i vrstu kazne iz samog ovlaštenja, a ne iz uredbe koja se oslanja na ovo ovlaštenje.
2. I presuda koja glasi na kaznu zatvora predstavlja ograničenje slobode u smislu čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava.  
Samo formalni zakoni odgovaraju pretpostavkama iz čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava. Zakondavac mora dovoljno jasno odrediti šta je kažnjivo i, osim toga, formalnim zakonom odrediti vrstu i omjer kazne; on smije donosiocu uredbe prepustiti samo specifikaciju činjeničnog stanja krivičnog djela.

### Presuda Drugog senata od 3. jula 1962. - 2 BvR 15/62 (...) -

Apelant je osuđen pred Osnovnim sudom – sudskim vijećem – Alsfeld, prema § 2 i 71 Uredbe o registraciji motornih vozila ([*Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung*] StVZO) na tri sedmice zatvora.

On tvrdi da je pobijana odluka u suprotnosti sa čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava, prema kojem ograničenje slobode smije uslijediti samo na osnovu formalnog zakona. On tvrdi da StVZO nije formalni zakon nego samo pravna uredba.

1. Prema čl. 103 st. 2 Ustava se za neko djelo može kažnjavati samo ako je kažnjivost bila zakonom utvrđena prije nego je ono počinjeno. (...)

Zakoni u smislu čl. 103 st. 2 Ustava nisu samo zakoni u formalnom smislu, nego su to i pravne uredbe koje se donose u okviru ovlaštenja koja su u skladu sa pretpostavkama čl. 80 st. 1 Ustava. U pogledu sadržajne određenosti norme koja ovlašćuje na uplitanje, a posebno za krivične zakone, moraju, kako je to više puta odredio savezni ustavni sud, a Savezna vlada naglasila u ovom postupku, biti ispunjene stroge pretpostavke. Zakondavac zakonom mora nedvosmisleno propisati ovlaštenje za kažnjavanje i pri tom mora tačno opisati svrhu i omjer ovlaštenja tako da građanin može predvidjeti pretpostavke kažnjavanja i vrstu kazne iz ovlaštenja, a ne iz uredbe koja se oslanja na ovo ovlaštenje (usp. BVerfGE 1, 14 [60]; 2, 307 [334]; 186, 5, 71 [76]; 7, 282 [302]; 8, 274 [307 i dalje]; 10, 251 [238]).

Optuženi može biti kažnjen samo prema odredbama onog zakona ili pravne uredbe koja je donešena po zakonskom ovlaštenju, kada je njima predviđena kažnjivost. Kažnjavanje na osnovu neke uredbe koja ne počiva na zakonskom ovlaštenju ne može biti opravdano time da je „kažnjivost“ bila određena u nekom drugom propisu.

2. Budući da čl. 103 st. 2 Ustava regulira sve oblike kažnjavanja sudskim presudama, čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava se odnosi na posebnu zaštitu prilikom ograničavanja slobode kao i u odnosu na egzekutivu i krivične sudove. Prema čl. 104 st. 1 Ustava se ljudska sloboda može ograničiti samo na osnovu formalnog zakona i uz poštovanje forme koja je za ovo propisana.

Čl. 104 Ustava je u nerazdvojivoj vezi sa osnovnim pravom na slobodan razvoj ličnosti koje je zaštićeno članom 2 st. 2 rečenica 2 i 3 Ustava. Izvorno je bilo predviđeno da se propisi iz čl. 104 sažmu zajedno sa onim iz čl. 2 Ustava. Oni su kasnije, ne iz sistematskih, nego iz redakcionih razloga prebačeni u dio o „pravosuđu“ kako bi se spriječilo široko uobličavanje osnovnih prava.

I presuda koja glasi na kaznu zatvora predstavlja ograničenje slobode u smislu čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava. Ako izricanje kazne, posmatrano izolirano, još uvijek ne ograničava slobodu, ono ipak zajedno sa izvršenjem kazne koje će uslijediti obrazuje jedinstven postupak oduzimanja slobode (...).

Uslovima iz čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava odgovaraju samo formalni zakoni, dakle, pravne norme koje su donešene u zakonodavnom postupku. Neka uredba nije formalan zakon čak ni onda kada je donešena na osnovu ovlaštenja koje je sadržano u formalnom zakonu; zbog toga „moraju biti određene same pretpostavke pod kojim je uplitanje kao takvo uopšte dopušteno kao i priroda uplitanja ... u samom formalnom zakonu“ (BGHZ 15, 61 [64]). Odredi li zakonodavac dovoljno jasno šta mora biti kažnjivo i utvrdi li izvan toga vrstu i omjer kazne formalnim zakonom, on donosiocu uredbe prepušta samo specifikaciju kažnjivog činjeničnog stanja tako da se pravna sigurnost i sloboda pojedinca čuva prema smislu i svrsi čl. 104 Ustava i zakonodavcu se ne oduzima odgovornost koja mu je prenešena samim Ustavom. (...)

§ 21 StVG ne dolazi u obzir kao norma koja daje ovlaštenje; to je krivični propis koji ne sadrži ovlaštenja da donosilac uredbe sam određuje kazne, kao ni kazne koje su jednake po vrsti ili su sličnog sadržaja.

U § 71 StVZO nedostaju neophodni pravni osnovi i on je zbog kršenja čl. 103 st. 2 Ustava ništav.

Budući da izvan ovoga § 71 StVZO predviđa samostalno oduzimanje slobode, ali ne predstavlja formalni zakon, on nije u skladu ni sa čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava.

## **198) BVerfGE 32, 346** **(Strafbestimmung in Gemeindefestsetzung)** **Krivične odredbe u statutu opštine**

Statuti opština mogu sadržati krivične odredbe koje počivaju na specifičnim ovlaštenjima zakonodavca iz jedne savezne zemlje. U susret zahtjevu za određenošću pravnih normi koji je sadržan u čl. 103 st. 2 Ustava se izlazi samo ako građani iz samog ovlaštenja mogu predvidjeti granice kažnivosti kao i vrstu i najvišu mjeru kazne.

### **Rješenje Drugog senata od 23. februara 1972.** **- 2 BvL 36/71 -**

Zakoni u smislu čl. 103 st. 2 Ustava nisu samo zakoni u formalnom smislu. Savezni ustavni sud je upravo objasnio da pravne uredbe mogu sadržati odredbe o kažnjavanju ako su one donešene u okvirima ovlaštenja koja su u skladu sa čl. 80 st. 1 Ustava (BVerfGE 14, 174 [185]; 14, 254 [275]; 22, 21 [25]). Isto važi i za statute opština. Istina, neki formalni zakon koji ovlašćuje da se donese statut se ne može mjeriti prema čl. 80 st. 1 Ustava; ova ustavna odredba se također ne primijenjuje analogno. Međutim, iz ovoga ne slijedi da takva statutarna ovlaštenja ne podliježu nikakvim ustavnim ograničenjima. Zahtjevu da zakoni moraju biti određeni, koji sadrži čl. 103 st. 2 Ustava, se izlazi u susret jedino kada pojedinac može razaznati iz kaznenih normi šta je krivičnopravno zabranjeno i kakva kazna mu je zapriječena za prekršaj takve zabrane. Ako statutarna vlast opštine počiva, kao u predmetnom slučaju, na specifičnom ovlaštenju zakonodavca jedne savezne zemlje, onda ne mora samo statut, koji predstavlja stvarni krivični zakon, biti u skladu sa ovim zahtjevima, nego i sama ovlaštenja. Granica kažnivosti i vrsta kazne mora biti predvidiva za građane već iz ovlaštenja, a ne tek iz statuta koji se na njega oslanja.

U suprotnom ne bi mogli ni građani ni sudije u konkretnom slučaju odlučiti da li je donosilac statuta uopšte bio ovlašten u konkretnom slučaju i da li je za ovo bilo dovoljno ovlaštenje da kažnjava, koje je na njega prenešeno. Ovlaštenje zbog toga mora biti tako postavljeno da se iz njega može iščitati da li se krivično djelo koje je regulirano u statutu prema intencijama zakonodavca uopšte moglo statuirati i kako se ono može osnažiti.

Ovlaštenje svakako ne mora regulirati pretpostavke krivičnog djela u svim detaljima. Zahtjevi iz čl. 103 st. 2 Ustava u pogledu takvog ovlaštenja su zadovoljeni kada se iz njih dovoljno jasno, prema priznatim pravilima pravničkog tumačenja, mogu odrediti moguće pretpostavke krivičnog djela uključiv formu krivice kao i vrstu i najvišu mjeru kazne. Pri tom zakonodavac može nosiocima statutarne vlasti – ako se ne radi, kao i ovdje, o ograničenjima slobode koja stoje pod pretpostavkom pridržavanja zakona iz čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava (usp. BVerfGE 14, 174 [186 i dalje] – prenijeti određenu slobodu odlučivanja u pogledu kažnjivih okvira pojedinačnih činjeničnih stanja koja su obuhvaćena ovlaštenjem, kako bi im otvorila mogućnost da prilagode vrednovanje

nepravno sadržaja, koji oni penaliziraju, pri kršenju statuta najrazličitijih privrednih ili socijalnih struktura svake teritorijalne jedinice.

## **199) BVerfGE 26, 41** (Grober Unfug) **Grubo narušavanje javnog reda**

Krivična odredba o grubom remećenju javnog reda (§ 360 st. 1 br. 11 [druga alternativa] StGB) je u skladu sa čl. 103 st. 2 Ustava.

### **Rješenje Drugog senata od 14. maja 1969. (...)** **- 2 BvR 238/68 -**

Prema § 360 st. 1 br. 11 StGB (*zamjenjen §§ 117, 118 OWiG*) kažnjava se novčanom kaznom od 500 njemačkih maraka ili zatvorom ko proizvodi nepriličnu larmu i time narušava mir ili ko grubo remeti javni red.

Apelant je u noći između 29. i 30. septembra 1967. zajedno sa svojim poznanikom prevukao klupu sa parkinga na pločnik, čime su ometani prolaznici. Osnovni sud Wolfsburg ga je zbog ovoga, za grubo remećenje javnog reda (§ 360 st. 1 br. 11 StGB), osudio 22. januara 1968. na novčanu kaznu od stotinu njemačkih maraka, alternativno na deset dana zatvora.

Krivičnopravna odredba o grubom narušavanju javnog reda (§ 360 st. 1 br. 11 [druga alternativa] StGB) je u skladu sa čl. 103 st. 2 Ustava.

1. Neko djelo može biti prema čl. 103 st. 2 Ustava kažnjivo samo ako je to predviđeno zakonom prije nego što je djelo počinjeno. Čl. 103 st. 2 Ustava osporava ustavnost, kako retroaktivnoj primjeni novostvorenih krivičnih djela, tako i utemeljenju kazne u analogijama ili u običajnom pravu.

Čl. 103 zahtijeva, osim toga, da kažnjivost bude „zakonom utvrđena“. Svako mora biti u stanju da predvidi za kakve radnje je zapriječena kazna i da prema ovome usmjeri svoje djelovanje (BVerfGE 25, 269 [285]). Međutim, kada zakon neodređeno opisuje neko krivično djelo, ne može se predvidjeti za kakvo djelovanje je predviđena kazna (usp. BVerfGE 14, 243 [252]; 25, 269 [285]).

Krivično pravo uistinu ne može odustati od upotrebe opštih pojmova koji na opšteobavezujući način ne mogu jednoznačno biti opisani i koji na poseban način podliježu sudijskom tumačenju (BVerfGE 11, 234 [237]). Čl. 103 st 2 Ustava tako zahtijeva zakonski opis kažnjivosti samo unutar određenog okvira.

Ne može se uopšteno kazati koji stepen zakonske određenosti moraju imati pojedina krivična djela. Neophodna određenost zakona zavisi od osobnosti svakog krivičnog djela i od okolnosti koje vode prema zakonskoj regulativi. U svakom slučaju zakon

mora preciznije određivati pretpostavke kažnjivosti što je teža zapriječena kazna (BVerfGE 14, 245 [251]).

2. Krivična odredba o grubom ugrožavanju javnog reda je dovoljno jasno opisana.

Pojedinačni građanin može općenito predvidjeti u kojim će slučajevima sudovi primijeniti § 360 st. 1 br. 11 (druga alternativa) StGB. Istina, tekst propisa dopušta široko tumačenje. Njegova osobenost se satoji u tome da on spada u tradicionalni dio krivičnopravnih normi i da je zadovoljavajuće preciziran pravosuđem koje traje desetljećima.

## **200) BVerfGE 25, 269** (Verfolgungsverjährung) **Zastara gonjenja**

1. Čl. 103 st. 2 Ustava određuje pretpostavke pod kojima neko ponašanje može biti proglašeno kažnjivim. On na isti način zabranjuje retroaktivno zasnivanje kao i retroaktivno pooštavanje kazne.
2. Propisi o zastari reguliraju kako se dugo smije goniti za neko djelo koje je proglašeno kažnjivim. Oni ne dotiču samu kažnjivost djela. Propisi o zastari zbog toga ne spadaju pod zabranu retroaktivnosti iz čl. 103 st. 2 Ustava.
3. Produženje ili ukidanje rokova zastare koji još uvijek nisu istekli za zločine za koje je zapriječen doživotni zatvor ne krše ni princip pravne države ni načelo jednakosti.

### **Rješenje Drugog senata od 26. februara 1969.** **- 2 BvL 15, 23/68 -**

u postupku ustavnopravne provjere § 1 st. 1 Zakona o obračunavanju krivičnopravnih rokova zastare od 13. aprila 1965. (BGBl. I, s. 315).

Zakondavac je želio spriječiti da prije isteka 31. decembra 1969. zastare zločini ubistva iz nacionalsocijalističkog režima i iz poslijeratnog vremena.

§ 1 st. 1 Zakona o obračunavanju pomijera istek rokova zastare za krivična djela koja zakon obuhvata najkasnije do 31. decembra 1969. i time se u konačnici pokazuje kao produženje tekućih rokova zastare.

## **II.**

Nije u suprotnosti sa čl. 103 st. 2 Ustava produženje rokova zastare koje je za

gonjenje zločina, za koje je predviđena doživotna kazna zatvora, predvidio Zakon o obračunavanju.

1. Prema čl. 103 st. 2 Ustava se za neko djelo može kažnjavati samo ako je kažnjivost bila predviđena zakonom prije nego što je djelo počinjeno. (...)

Čl. 103 st. 2 Ustava zabranjuje retroaktivno zasnivanje kao i retroaktivno pooštavanje kazne.

2. Čl. 103 st. 2 Ustava ne govori ništa o vremenskom roku u kojem se smije goniti za djelo koje je na ustavan način proglašeno kažnjivim i u kojem se smije kažnjavati zaprijećenom kaznom. On određuje samo „od kada“, a ne „kako dugo“ se krivično goni.

Svaka krivična norma sadrži obezvređujući socijalnoetički sud, koji je osnažen državnim autoritetom, o djelu koje se njome penalizira. Konkretni sadržaj ovog obezvređujućeg suda proizilazi iz činjeničnog stanja krivičnog djela i zaprijećene kazne. Oboje zajedno obrazuje kažnjivost u smislu čl. 103 st. 2 Ustava. Bude li neko ponašanje u skladu sa zahtjevima iz čl. 103 st. 2 Ustava stavljeno pod ustavnu zakonsku kaznu, ono time postaje „kažnjivom radnjom“. Njena kažnjivost je određena zakonom.

Kažnjivost neke radnje je pretpostavka gonjenja. Radnja smije biti krivičnopravno kažnjiva samo ako je njena kažnjivost bila zakonski određena prije nego što je počinjena. Kažnjavanje isključuje gonjenje, ali gonjenje ne isključuje kažnjavanje. Jednom počinjeno kažnjivo djelo ne gubi sopstveni vanpravni karakter zato što se iz stvarnih ili pravnih razloga ne goni ili ne može goniti za to djelo.

Čl. 103 st. 2 Ustava određuje pretpostavke pod kojima neko ponašanje može biti proglašeno kažnjivim. Propisi o zastari reguliraju kako dugo se goni za djelo koje je kažnjivo. Budući da se oni odnose samo na gonjenje, ne dotiču dakle kažnjavanje, oni ispadaju iz područja važenja čl. 103 st. 2 Ustava; produženje ili ukidanje rokova zastare ne može zbog toga biti u suprotnosti sa ovim ustavnim stavom (isto tako već BVerfGE 1, 418 [423]).

3. To potvrđuje i historija nastanka. (...)

### III.

§ 1 st. 1 Zakona o obračunavanju nije u suprotnosti sa principom pravne države.

1. Retroaktivni zakoni nisu – izvan stvarnog područja koje obuhvata čl. 103 st. 2 Ustava – naprosto nedopušteni. Ustavopravne granice se ovdje, međutim, pojavljuju iz zahtjeva pravne sigurnosti kojeg sadrži princip pravne države.

Princip pravne države spada u opšta načela i one ideje vodilje koje ustavotvorac nije povezao u posebno pravno načelo (usp. BVerfGE 2, 380 [403]), jer su one karakterizirale predustavnu sliku od koje je ustavotvorac polazio. On ne sadrži u pojedinostima – pošto za određena stvarna područja nije formiran i preciziran u pojedinačnim stavovima pisanog Ustava – jednoznačno određene naredbe i zabrane koje su u ustavnom rangu, nego predstavlja ustavno načelo koje mora biti konkretizirano u pogledu postojećih okolnosti svakog slučaja (BVerfGE 7, 89 [92 i dalje]).

Postulat pravne sigurnosti koji je imanantan principu pravne države zahtijeva da građanin može predvidjeti državna uplitanja i da se prema njima može na odgovarajući način postaviti. On mora biti u stanju da se načelno pouzda kako zakonodavac neće za zaključena činjenična stanja naknadno vezati nepovoljnije posljedice od onih koje su bile predviđene u trenutku okončanja ovih činjeničnih stanja. Prema konkretnim okolnostima može i zaštita povjerenja zahtijevati da se pravna pozicija građana naknadno ne pogoršava propisima koji utječu na trenutna činjenična stanja koja još uvijek nisu zaključena (nečista retroaktivnost). Za građanina pravna sigurnost u prvoj liniji znači zaštitu povjerenja (BVerfGE 3, 225 [237 i dalje]; 15, 313 [319 i dalje]).

Ustavnopravna zaštita povjerenja ne važi dakle bezuslovno. Građanin se ne može pozvati na zaštitu povjerenja kao izraz principa pravne države onda kada njegovo povjerenje u postojanje neke zakonske odredbe zakonodavac ne može uzeti u obzir (BVerfGE 14, 288 [299 i dalje]), kada povjerenje u određenu pravnu situaciju nije, dakle, stvarno opravdano (BVerfGE 13, 261 [271], stalna pravosudna praksa). To je ovdje slučaj.

2. Zakon o obračunavanju ne zadire naknadno u činjenična stanja koja pripadaju prošlosti tako da bi ih izmijenio. On ne važi za djela čije je gonjenje upravo u trenutku donošenja zakona zastarjelo (§ 1 st. 2). § 1 st. 1 Zakona o obračunavanju utječe jedino na buduće produženje rokova zastare koji još teku.

Produžavanje rokova zastare za gonjenje, zbog zločina za koje je predviđen doživotni zatvor, nema ustavnopravno relevantne posljedice po zaštitu povjerenja.

## **201) BVerfGE 92, 1** **(Sitzblockade)** **Blokada sjedenjem**

Prošireno tumačenje pojma vlasti u § 240 st. 1 StGB u vezi sa demonstracijama sjedenjem (*Sitzdemonstrationen*) je u suprotnosti sa čl. 103 st. 2 Ustava.

**Rješenje Prvog senata od 10. januara 1995.**  
**- 1 BvR 718, 719, 722, 723/89 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Apelanti su osuđeni zbog zajedničke prisile koja je počinjena demonstracijama sjedenjem pred jednim vojnim postrojenjem. Oni se pozivaju na povredu čl. 103 st. 2 Ustava, apelanti pod 3) i 4) dodatno i na povredu prava na fer postupak iz čl. 20 st. 3 Ustava.

**B.**

Ustavne tužbe su osnovane.

**I.**

Osporavna odluke Zemaljskog i Višeg zemaljskog suda su u suprotnosti sa čl. 103 st. 2 Ustava.

Savezni ustavni sud je upravo u više postupaka obrazložio značaj čl. 103 st. 2 Ustava (usp. posljednju BVerfGE 71, 108 [114 i dalje]; 73, 206 [234 i dalje]).

Prema njegovom stajalištu ovaj propis ne sadrži samo zabranu retroaktivnosti krivičnopravnih propisa. On obavezuje i zakonodavca da pretpostavke kažnjivosti opište što konkretnije, tako da područje primjene i dometi činjeničnih pretpostavki krivičnog djela uslijede iz doslovnog teksta ili da se mogu dobiti njegovim tumačenjem. Ova obaveza služi dvostrukoj svrsi. Na jednoj strani, treba osigurati da adresati normi mogu predvidjeti kakvo je ponašanje zabranjeno i kažnjivo. Na drugoj strani treba zajamčiti da će zakonodavac unaprijed donijeti odluku o kažnjivom ponašanju, a ne izvršna ili pravosudna vlast naknadno. Zbog toga čl. 103 st. 2 Ustava sadrži strog zahtjev za pridržavanjem zakona koji krivične sudove ograničava na primjenu prava.

Ovo svakako ne isključuje primjenu pojmova za koje je u posebnoj mjeri potrebno sudsko tumačenje. Također u krivičnom pravu zakonodavac stoji pred obavezom da vodi računa o raznovrsnosti života. Dalje je neizbježno da se zbog općenitosti i apstraktnosti krivičnih normi u pojedinačnom slučaju može posumnjati da li neko ponašanje pada pod zakonom opisano činjenično stanje ili ne. U pravilu, adresat normi mora moći da na osnovu zakonskih propisa predvidi da li je neko ponašanje kažnjivo. U graničnim slučajevima se na taj način bar može uočiti rizik kažnjavanja.

Iz zahtjeva da zakoni moraju biti određeni za pravosuđe slijedi zabrana utemeljenja kazni u analogijama ili običajnom pravu. Pri tom se „analogija“ ne razumijeva u užem tehničkom smislu, prevashodno je isključena primjena prava koja prevazilazi sadržaj



jedne zakonske norme o sankciji. Budući da je predmet tumačenja zakonskih odredbi uvijek zakonski tekst, on se pokazuje i kao mjerodavan kriterijum: moguće doslovno značenje zakona markira vanjske granice dopuštene sudijske interpretacije. Kako čl. 103 st. 2 Ustava želi adresatima normi garantirati predvidivost zapriječenih kazni, granica se mora odrediti iz njihove perspektive. (...)

2. § 240 StGB je, s obzirom na alternativu primjene sile koja je ovdje bitna, u skladu sa čl. 103 st. 2 Ustava.

3. Suprotno tome, tumačenje pojma sile u § 240 st. 1 StGB pred krivičnopravnim sudovima nije u skladu sa čl. 103 st. 2 Ustava.

a) Oспоравана odluka počiva na razumijevanju pojma sile, koji je u novije vrijeme razvijen u pravosuđu vrhovnih sudova. (...)

Današnje stanje u pravosuđu markira Laepple-presuda Saveznog suda iz godine 1969. (BGHSt 23, 46 [54]). Prema njoj, sila u smislu § 240 st. 1 StGB ne pretpostavlja „neposredno korištenje tjelesne snage“. Dovoljno je da počinitelj kod žrtve „sa neznatnom upotrebom tjelesne snage“ pokrene „psihički determiniran proces“. Za kažnjivost je odlučujuća „težina (...) psihičkog učinka“. Ovakva interpretacija, koja se obično označava kao „oduhovljenje“ ili „dematerijalizacija“ pojma sile ima sopstvene razloge u nastojanju da se na učinkovit način zaštiti slobodna volja u odnosu na takve kažnjive uticaje koji su, istina sublimniji, ali jednako učinkoviti kao i tjelesna upotreba sile (usp. BGHSt 1, 145 [147]; 8, 102 [103]; BVerfGE 73, 206 [242]).

Ovakvo proširenje pojma sile posredstvom pravosuđa je u krivičnoj i u ustavnopravnoj literaturi sporno (usp. obuhvatne dokaze u BVerfGE 73, 206 [232 i dalje]).

(...)

b) Savezni ustavni sud je novom provjerom došao do stava, sa tri glasa za i četiri glasa protiv, da tumačenje pojma sile, na kojem počiva osporavana odluka, nije u skladu sa čl. 103 st. 2 Ustava.

Čl. 103 st. 2 Ustava ne stavlja ograničenja samo dopunama činjeničnog stanja nego i interpretacijama koje proširuju činjenične pretpostavke krivičnog djela. Tumačenje pojmova, kojima je zakonodavac označio penalizirana sredstva, ne smije voditi do toga da na kraju bude ponovo ukinuto ograničenje kažnjivosti koje se ovim postiže.

Kako je upravljanje voljom trećih sadržano već u pojmu prisile, a imenovanje određenih sredstava prisile u § 240 st. 2 StGB ima funkciju da se unutar cjeline mogućeg prisiljavanja ograniči krug kažnjivih, upotreba snage ne može padati zajedno sa silom, nego je mora prevazilaziti. Zbog toga se od početka sa sredstvom snage povezuje, za razliku od prijetnje, predstava upotrebe tjelesne sile od strane počinioca.

Učinci prisile koji ne počivaju na korištenju tjelesne snage, nego na duhovnom utjecaju, ispunjavaju pod konkretnim okolnostima činjeničnu pretpostavku krivičnog djela prijetnje, ali ne i primjene sile. Pravosuđe je, nakon ovoga, ostalo pri osobini tjelesnosti sile, ali je odustalo od korištenja snage tako da sada tjelesna prisutnost na jednom mjestu, koje bi neko drugi htio preuzeti ili preko njega proći, zadovoljava činjenične pretpostavke za ispunjenje djela prisile, u slučaju da drugi biva psihički sprečavan prisustvom počinioca da provede sopstvenu volju.

Činjenična pretpostavka sile se ovako omekšava na poseban način, tako da se općenito gube funkcije koje joj je dodijelio zakonodavac, da se određuju počinioci pod pretpostavkom nužnih, nezaobilaznih i svakodnevnih utjecaja sile na slobodnu volju trećih: u činjenično stanje se uključuju mnogobrojna ponašanja, koja se posmatraju kao socijalno adekvatna, čija se kažnjivost isključuje tek korektivom klauzule odbacivanja iz § 240 st. 2 StGB. Savezni sud je zbog toga smatrao da treba pristupiti proširenju pojma sile tako što će se koncentrirati na „težinu“ psihičkog utjecaja. Ovim se, međutim, funkcija ograničenja opterećuje jednim pojmom koji je još nejasniji od pojma sile. Tako još uvijek nedostaje zadovoljavajuće objašnjenje o tome kada je psihički utjecaj značajan. Upućivanje na korektiv odbacivanja nije podobno kako bi se raspršile pravnodržavne sumnje na koje u pravosuđu nailazi proširivanje pojma sile.

Tumačenje pojma sile u pravosuđu vrhovnih sudova ima upravo onaj učinak zbog čijeg je sprečavanja određen čl. 103 st. 2 Ustava. Više se ne može sa potrebnom sigurnošću predvidjeti kakvo tjelesno držanje psihički ometa drugog u provođenju njegove volje. U onom području u kojem sila postoji samo kao prisutnost tjelesne snage i u kojem je učinak sile na prisiljenog samo psihičke prirode, kažnjivost ne određuje generalno djelo i apstraktno zakonodavac, nego u konkretnom slučaju sudija, prema djelu, na osnovu njegovog uvjerenja o potrebi kažnjavanja neke radnje. Ovim se otvaraju značajne mogućnosti za gonjenje u slučaju prisile. To dokazuju različiti tretmani protestnih akcija blokade, koji su usmjerene protiv atomskog naoružanja na jednoj i onih koje vode prema protestima protiv raspuštanja fabrika, podizanja dažbina, kraćenja subvenijca ili planiranja saobraćajnica na drugoj strani.

Na ovo je obratio pažnju i 4. Krivični senat Saveznog suda u svom stavu. Neizvjesnost koja prati proširenje pojma sile nije razvijena razumijevanjem koje se etabliralo protokom vremena, budući da Savezni sud u drugim područjima, kao npr. kod silovanja, polazi od značajno užeg pojma sile (usp. BGH, NJW 1981, s. 2204). Kako to upravo pokazuju spomenuti primjeri kažnjavanje akcija blokade kao prisile je ostalo vrlo neizvjesno. (...)

Konačno, proširenje pojma sile se ne može opravdati time da bi u suprotnom nastupile nepoželjne praznine u pogledu kažnjavanja. Čak i ako bi bilo tačno da se na sličan način treba kažnjavati ponašanje koje je obuhvaćeno širokim tumačenjima norme kao i ono koje pod njega nesumnjivo potpada, i dalje ostaje nadležnost zakonodavca da ispuni prazninu u pogledu kažnjivosti (usp. BVerfGE 71, 208 [116] sa daljim napomenama).

Neophodno ograničenje pojma sile u § 240 st. 1 StGB je najprije obaveza krivičnih sudova, a ne Saveznog ustavnog suda. Ova odluka se ne odnosi na protivpravnost demonstracija sjedenjem u odnosu na druge propise.

Izdvojena mišljenja sudija Seidl i Söllner i sudinice Haas:

(...)

Nije suprotno sa čl. 103 st. 2 Ustava da krivični sudovi u prvostepenom postupku vide u blokadama sjedenja prisilu koja je počinjena sredstvom snage u smislu § 240 st. 1 StGB. (...)

a) Prema svrsi § 240 StGB koji želi zaštititi slobodu donošenja odluke i slobodu potvrđivanja volje (usp. BVerfGE 73, 206 [237] sa daljim napomenama) može činjenična pretpostavka sile biti načelno shvaćena u smislu fizičkog učinka, dok otpada prenešeno značenje koje pojam sile obuhvata u opštoj jezičkoj upotrebi (usp. BVerfGE 73, 206 [252 i dalje]). Svrha norme ne zahtijeva međutim dalje dopune unutar ovog užeg pojma sile. Čak nije prekoračeno ni moguće značenje doslovnog teksta činjenične pretpostavke, ako se pod silom razumijeva fizički učinak svake vrste kojim se žrtva prisiljava na neko ponašanje, trpljenje ili odustajanje. (...)

Blokadom kolovoza, sjedenjem, se vožnji vozila koja se približavaju postavlja tjelesna zapreka. Blokiranje puta sa ciljem da se putnici u motornom vozilu spriječe da nastave sa vožnjom predstavlja jednu formu tjelesnog, a ne samo psihičkog djelovanja na donošenje slobodne odluke i djelovanje putnika u motornom vozilu. Od toga polazi i Savezni sud u takozvanoj Laepple-odluci (BGHSt 23, 46 [54]) na koju su se krivični sudovi u prvostepenom postupku izričito pozivali kako bi potvrdili pojam sile. Učinak polazi i okončava sa uspostavljanjem blokade.

Psihički učinak slijedi tek iz toga da prisiljeni putnici motornog vozila odustaju od savladavanja tjelesne zapreke gaženjem onih koji blokiraju, jer bi ih time povrijedili ili čak usmrtili. Ovaj psihički determiniran proces odlučuje o uspjehu blokade. On međutim ništa ne mijenja u tome da sama blokada stvara tjelesnu zapreku. Mogući smisao pojma sile se u ovim okolnostima ne prekoračuje time što se prilikom procjene utjecaj sredstava prinude odlučuje s obzirom na psihički proces koji oslobađa sredstvo prinude.

## **202) BVerfGE 104, 92**

(Blockadeaktion)

### **Akcija blokade**

1. Čl. 103 st. 2 Ustava nije povrijeđen ako krivični sudovi opis činjeničnih pretpostavki sile u § 240 st. 1 StGB primijene na akcije blokade kod kojih učesnici preko psihičkog utjecaja koji je prouzrokovan njihovom tjelesnom prisutnošću uspostave fizičku barijeru.

2. Okupljanje u smislu čl. 8 Ustava je mjesni skup više osoba radi zajedničke rasprave ili manifestacije koja je usmjerena na sudjelovanje ili na obrazovanje javnog mišljenja.
3. Pravo na samoopredjeljenje nosioca osnovnog prava na slobodu okupljanja ne obuhvata u pogledu cilja, predmeta kao i u pogledu mjesta, vremena i vrste okupljanja, samo odluku kakva pogoršanja moraju prihvatiti nosioci kolidirajućih osnovnih prava.
4. O ustavnopravnim pretpostavkama provjere odbacivanja prema § 240 st. 2 StGB.

**Rješnje Prvog senata od 24. oktobra 2001.  
- BvR 1190/90, 1 BvR 2173/93, 1 BvR 433/96 -**

IZREKA:

Ustavne tužbe su odbačene.

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavne tužbe se odnose na krivičnopravnu presudu zbog prisile na osnovu učešća na akcijama blokade. (...)

**B.**

Ustavne tužbe su neosnovane. Oспоравanim odlukama se ne krše prava apelanata iz čl. 103 st. 2, čl. 8, čl. 5 st. 1 i čl. 2 st. 1 Ustava. (...)

Sila kao osobina krivičnog djela ne može biti potvrđena iz perspektive određenosti zapriječene kazne za slučajeve u kojima sila postoji samo u obliku tjelesne prisutnosti, a učinak sile na prisiljene je samo psihičke prirode (BVerfGE 92, 1 [18]). Akcija apelanata se u predmetnom slučaju ne ograničava samo na tjelesnu prisutnost pred kapijom i na psihičku silu koja se primijenjuje na vozača motornog vozila koji bi morao zaokrenuti ili zaustaviti motorno vozilo zbog opasnosti da povrijedi ili ubije demonstrante. Tjelesno opredmećenje sile je dodatno uslijedilo posredstvom samih demonstranata i to vezivanjem metalnih lanaca koji su povezivali osobe u visini kukova sa stupovima ulaznih vrata. Ne može se osporiti da su krivični sudovi u ovome vidjeli primjenu sile. Utoliko nije mjerodavno to što udaljenost fiksacije zahtijeva angažman tjelesne snage. Vezanje lancima je demonstracijama dalo svojstvo koje prevazilazi psihičku snagu, da se treći potčine volji demonstranata. Ono je demonstrantima uskratilo mogućnost da se prilikom približavanja motornih vozila odmaknu i otežalo je oslobađanje pristupa ulazu.

Na osnovu Ustava se iz aspekta određenosti ne može prigovoriti krivičnim sudovima što su uzeli da je ispunjena pretpostavka sile kada su apelantni uspostavili fizičku barijeru. Na osnovu popratnih okolnosti je moguće ograničenje čisto psihičkog učinka sile na zadovoljavajuće jasan i predvidiv način. Osobina krivičnog djela sile ne pretpostavlja dominaciju snage u odnosi na psihičke barijere koje se uspostavljaju prisustvom osoba.

b) Blokadu autoputeva, koja je bila predmet postupka br. 1 BvR 433/96, je karakterizirala prisila koja je polazila od tjelesnog uobličavanja snage. Zadržavanje kolone motornih vozila i zaustavljanje vozila koje su koristili učesnici, na oba kolovoza i na pomoćne kolovozne trake, predstavlja uspostavljanje barijere tjelesnim uobličavanjem snage od koje polazi učinak sile. Premoć ovakve fizičke barijere je nosio riziko samooštećenja za one koji bi mu se suprostavili. Bez značaja je za procjenu ponašanja činjenica da su kao posljedica blokade motorna vozila trećih ostala nepokretna. Činjenično stanje ne daje povoda da se upušta u tzv. drugi-red-pravosuđa Saveznog suda (usp. BGHSt 41, 182).

2. Savezni ustavni sud je već odlučio da je klauzula odbacivanja iz § 240 st. 2 StGB u skladu sa zahtjevom određenosti iz čl. 103 st. 2 Ustava. On je pri tom uzeo kao mjerodavno da krivični sudovi koriste ovu klauzulu kao korektiv koji regulira činjenično stanje i koji privilegira počiniocima, koji djeluje na ograničavanje kažnjivosti (usp. BVerfGE 73, 206 [238 i daje]).

## II.

Osporavane odluke, u pogledu njihovih rezultata, ne vode do povrede osnovnih prava apelanta iz čl. 8, čl. 5 st. 1 rečenica 1 i čl. 2 st. 1 Ustava. (...)

1. Čl. 8 st. 1 Ustava jamči svim Nijemcima pravo da se okupljaju mirno i bez oružja. Nisu zaštićeni samo skupovi na kojima se iznose ili razmjenjuju mišljenja u verbalnoj formi nego i oni na kojima učesnici svoje mišljenje izražavaju dodatno ili isključivo na neki drugi način, također i u formi blokada sjedenjem (usp. BVerfGE 87, 399 [406]).

a) Čl. 8 Ustava štiti slobodu okupljanja kao izraz zajedničkog razvoja koji počiva na komunikaciji (usp. BVerfGE 69, 315 [343]). Posebna zaštita slobode okupljanja proizilazi iz njenog značaja za proces obrazovanja javnog mnijenja u slobodnom demokratskom društvu koje postoji unutar njemačkog ustavnog uređenja. (...)

Zbog njegovog odnosa prema procesu obrazovanja javnog mnijenja ne postoje uslovi za otvaranje njegovog područja zaštite, budući da su učesnici u njihovom zajedničkom komunikacionom angažmanu povezani proizvoljnim ciljem. Pretpostavlja se, dodatno, da je skup usmjeren prema učešću u obrazovanju javnog mnijenja. Okupljanja u smislu čl. 8 Ustava su, prema tome, mjesni skupovi više osoba radi zajedničke rasprave ili manifestacije koja je usmjerena na sudjelovanje ili na obrazovanje javnog mnijenja. (...)

(...) blokada u postupku br. 1 BvR 433/96 nije poslužila blokiranju graničnog prelaza na autoputu, svakako ne u prvoj liniji, manifestiranju mišljenja ili zadobijanju javne pažnje za jedan komunikacioni problem. Blokada Roma i Sinti je prema konstataciji prvostepenog suda poslužila da se nakon uskraćivanja ulaska u Švicarsku bezuslovno dobije termin za razgovor sa Visokim komesarom za izbjeglice iz Ženeve, kako bi ovim bio iznuđen ulazak. Pregovori koji su vođeni paralelno sa blokadom su, također, bili usmjereni na odobravanje ulaska i na mogućnosti okončanja akcije.

Čl. 8 štiti učešće u obrazovanju javnog mnijenja, ali ne i prinudno ili neko slično provođenje vlastitih zahtjeva, u obliku samopomoći (usp. Herzog, u: Maunz/Dürig, Grundgesetz, stanje mart 2001, čl. 8 rn. 100; Ladeur, u: Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, Versammlungsrecht, 1992, čl. 8 Ustava, rn. 25). Iznuđivanje vlastitih ciljeva je prema utvrđenom činjeničnom stanju pred osnovnim sudom stajalo u prvom planu akcije blokade. Zbog toga krivični sudovi mogu držanje apelanta pod 3 posmatrati kao iznudu, bez obaveze da uzimaju u obzir čl. 8 Ustava.. (...)

Apelantima se ne uskraćuje zaštita osnovnog prava iz čl. 8 Ustava zbog nemira koje je izazvalo provođenje blokade.

Čl. 8 štiti slobodu kolektivnog obznanjivanja mišljenja sve do granica nemira. Nemiri se u Ustavu obrađuju na istom stepenu kao i nošenje oružja. Okupljanje je, prema tome, nemirno tek kada radnje postaju opasne kao što su to npr. agresivni ispadi u odnosu na osobe ili stvari ili neke druge nasilne akcije, ali ne kada dođe do ometanja trećih, bez obzira da li se to željelo, a ne da se s tim samo moralo računati (BVerfGE 73, 206 [248]; 87, 399 [406]).

Vezivanje u lance učesnika akcije blokiranja nije vodilo samo do opisane opasnosti za osobe i stvari, a time i do nemira u smislu čl. 8 st. 1 Ustava. U okvirima pasivnog protesta se držao i dalji tok, a demonstranti su se dali uhapsiti bez ikakvog protivljenja nakon što su policajci rasjekli lance klještima za čelik. Otud, držanje učesnika akcije blokiranja se neovisno o krivičnopravnoj kvalifikaciji kao sila, ne može posmatrati kao nemirno. Za ograničavanje područja zaštite čl. 8 st. 1 Ustava mjerodavan je jedino još ustavnopravni pojam nemira, a ne obuhvatniji pojam sile iz § 240 StGB (usp. BVerfGE 73, 206 [248]). (...)

## **203) BVerfGE 105, 135**

(Vermögensstrafe)

### **Imovinska kazna**

1. Za zapriječene kazne važi zahtjev da zakoni moraju biti određeni (čl. 103 st. 2 Ustava). Kaznu, kao reakciju suverena kojom se ne odobrava skrivljena kriminalna nepravda, mora s obzirom na vrstu i mjeru, odrediti parlamentarni zakonodavac, sankcija koja je zapriječena zbog kršenja neke krivične norme mora za adresata norme biti predvidiva.

2. Zakonodavac ne smije samo težiti određenosti i pravnoj sigurnosti prilikom donošenja odluke o prijetnji kaznom. On mora u dovoljnoj mjeri uzeti u obzir i pravnodržavni princip krivice i mora sudiji, preko uobličavanja sankcije, omogućiti da u pojedinačnom slučaju izrekne pravednu i srazmjernu kaznu. Princip krivice i određenost pravnih posljedica su uzajamno suprotstavljeni i taj odnos mora biti doveden u ravnotežu koja je u skladu sa ustavnim pravom.
3. S obzirom na mjeru kazne koja dolazi u obzir zakonodavac mora odrediti kazneni okvir iz kojeg se načelno može izvesti najmanja mjera neke kazne kao i najviša granica neke sankcije.
4. Uvede li zakonodavac – kao u slučaju imovinske kazne prema § 43 a StGB – novu kaznu koja uz to dopušta intenzivno zadiranje u osnovna prava, on je obavezan da sudijama – izvan uobičajenih načela o individualizaciji kazne – stavi na raspolaganje posebne smjernice.

**Presuda Prvog senata od 20. marta 2002.**  
**- 2 BvR 794/95 -**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

**I.**

Ustavna tužba postavlja pitanje o usklađenosti § 43 StGB (imovinska kazna) sa Ustavom. Ona je istovremeno usmjerena protiv njegove primjene u formi ustavnog tumačenja Saveznog suda.

§ 43 glasi:

Izricanje imovinske kazne

(1) Ako zakon upućuje na ovaj propis onda sud može pored doživotne kazne zatvora ili vremenski ograničene kazne zatvora koja je duža od dvije godine odrediti isplatu novčanog iznosa čija se visina određuje prema vrijednosti imovine počinioca (imovinska kazna). Imovinska korist, čija će nenaplativost biti određena, se prilikom procjene imovine ne uzima u obračun. Vrijednost imovine može biti procijenjena.

(2) § 42 vrijedi u skladu sa ovim.

(3) Sud određuje kaznu lišenja slobode koja će u slučaju nenadoknađivanja stupiti na mjesto imovinske kazne (rezervna kazna lišenja slobode). Najviša rezervna kazna lišenja slobode iznosi dvije godine, najniža jedan mjesec.

(...)

### III.

1. Zemaljski sud zbog nedopuštene trgovine opojnim sredstvima, u ne značajnoj količini, osuđuje apelanta, koji je kažnjiv prema § 29 a st. 1 br. 2 BtMG (*Betäubungsmittelgesetz* [Zakon o opojnim sredstvima]), na kaznu od tri godine i šest mjeseci kao i na imovinsku kaznu od 600.000 DM na čije mjesto u slučaju nenadoknađivanja stupa rezervna kazna lišenja slobode od jedne godine i šest mjeseci, proglašava 10.860,00 DM za nenaplative i oduzima jedan automobil. (...)

### B.

Ustavna tužba je prihvatljiva i osnovana.

### I.

§ 43 a StGB (...) nije u skladu za zahtjevom određenost iz čl. 103 st. 2 Ustava. Zakonodavac nije uspio da uspostavi ustavnopravni minimum zakonske predvidivosti u pogledu izbora i individualizacije ove kazne. On time na pravno neprihvatljiv način otežava osobi koja je pogođena imovinskom kaznom da predvidi vrstu i visinu sankcije koju on mora očekivati kao državnu reakciju na njegovo krivično djelo.

1. Čl. 103 st. 2 Ustava jamči da se za neko djelo može kažnjavati samo ako je kažnjivost zakonom predviđena, prije nego što je djelo počinjeno. Ovo obavezuje zakonodavca da pretpostavke kažnjavanja u toj mjeri tačno opiše, da adresati normi mogu već iz samog zakona shvatiti domašaje i područje primjene činjeničnog stanja krivičnog djela, te da se oni mogu dobiti tumačenjem i konkretizacijom (...). Ustav na ovaj način želi osigurati da svako može u domenu vlastite odgovornosti usmjeriti sopstvene postupke prema situaciji kažnjavanja i da ne mora strahovati od nepredvidivih državnih reakcija (usp. BVerfGE 64, 369 [393 i dalje]; 85, 69 [72 i dalje]). Zahtjev određenosti, vlasti koja kažnjava, sa ovako strogim vezivanjem za zakon, jamči pravnu sigurnost i radi očuvanja njihovih prava na slobode štiti uvjerenje građana, da će država goniti i kažnjavati samo za ona djela koja su u trenutku činjenja bila zakonom određena (usp. BVerfGE 95, 96 [130 i dalje]).

Čl. 103 st. 2 Ustava se istovremeno brine da u području krivičnog prava, sa njegovim dalekosežnim posljedicama po pojedinca, samo zakonodavac apstraktno-generalno odlučuje o kažnjivosti (...). Legislativa je snagom Ustava obavezana da sama određuje granice kažnjivosti; ona ovu odluku ne smije prepustiti drugim državnim vlastima, npr. krivičnom pravosuđu. Zahtjev za određenošću predstavlja uputstvo za upotrebu upućeno zakonodavcu koji donosi krivičnopravne propise kao i ograničenje za djelovanje krivičnog sudije. Zbog toga čl. 103 st. 2 Ustava zabranjuje krivičnom sudiji da sam poboljšava zakon koji je neodređen (BVerfGE 47, 109 [120]; 64, 389 [393]; 73, 206 [235]).



2. Zahtjev zakonske određenosti važi, također i za zapriječenu kaznu koja mora biti prilagođena sistemu krivičnih djela koji karakterizira princip krivice i nepravde koja u njemu mora biti tipizirana (BVerfGE 86, 288 [313]; stalno pravosuđe); on daje informaciju o zakondavnom karakteriziranju, vrednovanju i tumačenju krivičnog djela koje opisuje kažnjivo ponašanje (usp. BVerfGE 25, 269 [286]). Parlamentarni zakonodavac mora zbog toga u pogledu vrste i mjere odrediti kaznu kao državnu reakciju na skrivljenu kriminalnu nepravdu, koja se ne odobrava (usp. BVerfGE 32, 346 [362 i dalje]), a kažnjivi državni odgovor na protivpravno djelovanje, suprotno pravnoj normi, mora bit predvidiv za adresata normi (usp. BVerfGE 26, 41 [42]; 45, 363 [370 i dalje]).

a) Pri tom se na osnovu Ustava načelno ne može prigovoriti zakonodavcu koji prilikom utvrđivanja krivičnopравnih posljedica odustaje od tako visoke preciznosti kakva bi se, teorijski, moglo dostići apsolutnom kaznom, i umjesto toga prepušta sudiji da utvrdi pojedinačne pravne posljedice u okviru zakonom utvrđenih kaznenih okvira; u pogledu posebnosti pojedinačnog slučaja može, naime, sudija redovno ocjenjivati primjerenost i konkretnu individualizaciju kazne. Čak i čl. 103 st. 2 Ustava počiva na pravnodržavnom načelu da kazna pretpostavlja krivicu (usp. BVerfGE 25, 269 [285]).

Iz toga ne slijedi samo da zakonom određeno činjenično stanje i okviri kazne, mjereni prema pravdi, moraju odgovarati jedno drugom, nego i da kazna koja se izriče u konkretnom slučaju mora stajati u pravednom odnosu prema težini djela i omjeru krivice (...). Budući da su krivična djela različita prema stepenu krivice i težini protivpravnosti, sudiji mora načelno biti ostavljena mogućnost da kaznu koju izriče prilagodi ovim razlikama. On ne smije biti prinuđen krutom zakonsko odredbom o kazni da izrekne kaznu koja prema njegovom uvjerenju ne bi odgovarala krivici počinioca (usp. BVerfGE 54, 100 [109]). Apsolutne kazne nose sa osobom opasnost od konflikta sa principom krivice koji je ustavnopravno osiguran, jer ne otvaraju krivičnom sudiji mogućnost da prilagodi kaznu pojedinostima protivpravnosti i krivice; oni u datom slučaju moraju biti protumačeni u skladu sa Ustavom kako bi se osiguralo da ne budu izrečene kazne koje nisu primjerene nepravdi i krivici (usp. uz doživotnu kaznu zatvora BVerfGE 45, 187 [261 i dalje]).

Kao što princip krivice radi sprečavanja nesrazmjernih i nepravednih kazni tendenciozno iziskuje određivanje okvira kazne iz kojih sudija u pojedinačnom slučaju izvodi kaznu koja je primjerena krivici (usp. BVerfGE 73, 206 [254]), tako zahtjev za određenošću zahtijeva da se zakonodavcu prepusti odluka o sankciji koja se izriče – također i u smislu opšte orijentacije i ravnomjernog kažnjavanja – u pogledu njenih okvira i kriterija koji je ispunjavaju.

Kod pitanja kakvi se zahtjevi moraju ispuniti u pogledu određenosti propisa o pravnim posljedicama, dolazi do uzajamne protivrječnosti dva ustavna principa, pri čemu se ovaj odnos ne može razriješiti ni opštim odustajanjem od krivičnih normi, ni načelnom odlukom za široko postavljen prostor samostalnog sudskog određivanja

krivične kazne. Princip krivice i pravda u pojedinačnom slučaju, na jednoj strani, kao i određenost na strani pravnih posljedica i pravna sigurnost, na drugoj strani, moraju biti uzajamno odmjereni i dovedeni u ustavno utemeljenu ravnotežu koja za oba principa ostavlja, što je moguće više, vlastite supstance. Zakonodavac koji donosi krivične zakone ispunjava svoju obavezu kada izborom zapriječene kazne sasvim tačno orijentira krivičnog sudiju i građanina, da je njegovo vrednovanje jednako deliktima koji su opisani činjeničnim stanjima, da pogođeni može procijeniti mjeru zapriječene kazne i da je krivičnom sudiji omogućena individualizacija kao reakcija koja odgovara krivici.

b) Zakonodavac je obavezan da sam donese načelne odluke o vrsti i mjeri mogućih pravnih posljedica i da sudiji po mogućnosti jasno odredi okvire u kojima se on mora kretati. Zahtjevi koji se postavljaju pred zakonodavca su pritom strožiji što je uplitanje intenzivnije (usp. BVerfGE 86, 288 [311]; općenito o zahtjevu za određenošću u pogledu pretpostavki kažnjivosti BVerfGE 14, 245 [251]; 26, 41 [43]; 41, 314 [320]; 75, 329 [342]). Što je teža zapriječena kazna to je zakonodavac snažnije obavezan da sudiji stavi na raspolaganje posebne smjernice koje sankcije, zapriječene za činjenje krivičnog djela, čine predvidivim, a da građanima učini shvatljivim krivičnopravne posljedice koje se mogu očekivati.

c) U pojedinačne odluke koje zakonodavac mora donijeti spada utvrđivanje vrste sankcije koja dolazi u obzir za svako krivično djelo. Ovo ne nalaže samo princip krivice u pogledu na primjerenost djela i pravne posljedice nego i načelo određenosti koji želi učiniti vidljivim sankcije koje adresat normi mora očekivati. Kod zapriječenih kazni u pojedinačnim opisima krivičnog djela Posebnog dijela, zakonodavac mora odrediti okvire sankcije iz kojeg se može izvesti najmanja mjera neke sankcije kao i gornja granica sankcije kako bi se na ovaj način obrazovao orijentacioni okvir sudskoj odluci koja će uslijediti s obzirom na nepravnost djela i omjer krivice. Pri tom se najmanja mjera zapriječene krivične kazne može dobiti iz odredbi Opšteg dijela uz konkretno krivično djelo (§§ 38 i dalje StGB); ipak, ovo ne smije u uzajamnoj vezi sa gornjom granicom sankcije voditi prema beskrajnim okvirima kazne. Oni nose opasnost da normativni odnos između nepravde i krivice na jednoj strani i sankcije na drugoj, ostane nejasan i da se određivanje konkretne kazne učini proizvoljnim aktom sudskog odlučivanja.

d) Zakonodavac je, na kraju, snagom Ustava obavezan da navede kriterijume vrednovanja kojih se mora pridržavati sudska odluka prilikom izbora kazne i ispunjenja ovih konkretnih okvira (usp. Schmidt-Aßmann u: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, čl. 103 st. 2 rn. 197). Pri tom su opšti propisi Krivičnog zakonika o individualizaciji kazne (§§ 46 i dalje StGB) – pored značenja konkretizacije principa krivice (usp. BVerfGE 86, 288 [313]) – također i uslov za ostvarenje zahtjeva za određenošću. Samo će se uz pomoć kodificiranih i sudski konkretiziranih propisa o individualizaciji kazne u konkretnom slučaju uspjati da se široki kazneni okviri učine pravnodržavno primijenjivim. Tako tradicionalni osnovi za individualizaciju kazne iz § 46 StGB i njihovo sudsko uobličavanje nude jamstvo da neka kazna neće biti

neograničeno prepuštena sudskoj diskrecionoj ocjeni, nego da može biti ustanovljena unutar strukturiranih okvira. Nju adresati normi mogu tako predvidjeti, a krivično pravosuđe kontrolirati. I ovdje važi da zahtjevi koji se stavljaju pred zakonodavca rastu u onoj mjeri u kojoj on prijete pravnim posljedicama koje posebno intenzivno zadiru u osnovna prava osuđenog.

## II.

1. § 43 a StGB se mora provjeriti s obzirom na zahtjev određenosti iz čl. 103 st. 2 Ustava; imovinska kazna je prema pravnoj prirodi i zakonskom uobličavanju jedna kazna. Ona time pada – neovisno o pitanju koje je Savezni ustavni sud do sada ostavljao otvorenim, da li čl. 103 st. 2 Ustava obuhvata propise o mjerama poboljšanja i sigurnosti (usp. BVerfGE 74, 102 [126]; 83, 119 [128]) – pod garanciju krivičnopravne određenosti pravnih posljedica.

a) Za tumačenje zakonske odredbe je mjerodavna objektivna volja zakonodavca koja dolazi do izražaja u normi, onako kako ona slijedi iz teksta propisa i konteksta u koji je stavljena (...). Ovdje pomažu sve uobičajene metode tumačenja ako se koriste u uzajamnom skaldju. Ni jedna od njih nema bezuslovni primat u odnosu na drugu. Istina, u krivičnom pravu poseban značaj ima gramatičko tumačenje; ovdje doslovno značenje nekog propisa povlači tumačenje, upravo u pogledu čl. 103 st. 2 Ustava, granice koje se ne smiju prekoračiti (BVerfGE 85, 69 [73]; 87, 209 [224]).

b) Interpretacija koja uzima u obzir uobičajeni metodski kanon tumačenja zakona uvodi § 43 a StGB u katalog kazni. (...)

2. § 43 a StGB ne odgovara zahtjevima koje čl. 103 st. 2 Ustava stavlja pred krivičnopravnu odredbu pravnih posljedica. Propis ne zabranjuje – vezivanjem oduzimanja slobode i imovinske kazne koji dopušta zahvatanje u cjelokupnu imovinu – intenzivno zadiranje u osnovna prava i mora zbog toga biti u skladu sa visokim pretpostavkama koje se stavljaju pred određenost.

Nepreciznosti zakona prate cjelokupan postuak individualizacije krivične kazne koji vodi prema izricanju i odmjeravanju imovinske kazne. § 43 a StGB ne daje krivičnom sudiji sadržajne parametre prema kojima bi on mogao odlučivati u kojim slučajevima jedno djelo upućuje na § 43 a StGB kako bi on mogao izabrati imovinsku kaznu, a u kojima ne. Odluka o primjerenosti imovinske kazne je isključivo i bez sadržajnih parametara prepuštena sudiji premda je zakonodavcu bez ikakvih problema bilo moguće da za ovo utvrdi odgovarajuće kriterije. § 43 a StGB osim toga odustaje od kaznenih okvira, kako je to uobičajeno, koji su unaprijed utvrđeni u svom iznosu i određivanje konkretnog kaznenog okvira kao polazišta za individualizaciju imovinske kazne, koja će se izreći u pojedinačnom slučaju, prenosi na sudiju. Ako on ne može sa sigurnošću utvrditi imovinu optuženog kao gornju granicu kazne, još jednom se pojačavaju nepreciznosti kod utvrđivanja okvira za izricanje kazne; jer ovdje je sudiji ostavljena mogućnost da procjeni imovinu iako on za ovo nema zakonsko uporište.

S obzirom da kod utvrđivanja imovinske kazne u odnosu na kaznu lišenja slobode sudija ne nalazi mjerila u zakonu uz čiju bi pomoć mogao individualizirati visinu imovinske kazne, mora je postaviti u odnos prema kazni lišenja slobode, koja je po sebi programirana, i preračunati rezervnu kaznu lišenja slobode u kaznu lišenja slobode. (...)



**§ 35.**  
**Ne bis in idem**  
**(čl. 103 III Ustava)**

## 204) BVerfGE 23, 191 (Dienstflucht) Izbjegavanje dužnosti

1. Isto djelo u smislu č. 103 st. 3 Ustava postoji kada se neizvršavanje poziva za služenje vojnog roka u civilnoj službi svodi na odluku savjesti počinioca koja je jednom zauvijek donešena, a važi i dalje; ovome se ne suprotstavlja presuda zbog izbjegavanja dužnosti koja je u međuvremenu donešena.

### Rješenje Drugog senata od 7. marta 1968.

- 2 BvR 354, 355, 524, 566, 567, 710/66 i 79, 171, 431/67 -

Apelanti su članovi vjerske zajednice Jehovini svjedoci i priznati su kao protivnici rata. Budući da se oni ne mogu odazvati pozivu za služenje vojnog roka u civilnoj službi osuđeni su pred nadležnim krivičnim sudom zbog izbjegavanja dužnosti. Prema zakonu o dopunskoj civilnoj službi ([*Gesetz über den zivilen Ersatzdienst*] ErsDiG) na kazne zatvora između 2 i 8 mjeseci. Apelanti su ove kazne u cjelini izdržali.

(...)

2. Dijelom po pravosnažnom okončanju krivičnih postupaka, dijelom za vrijeme izdržavanja kazne su apelanti dobili od Saveznog ministra za rad, službe koja je nadležna za prvi poziv, novi poziv da stupe u službu, ili im je dostavljeno novo rješenje o regrutaciji koje se nije moglo osporavati. Kako apelanti ponovo nisu stupili na dužnost u civilnoj službi ponovo su po prijavi Saveznog ministra za rad zbog izbjegavanja dužnosti optuženi i osuđeni.

Osporavane odluke krše pravo apelanata iz čl. 103 st. 3 Ustava. Prema njemu niko ne smije više puta biti kažnjen zbog istog djela na osnovu opštih krivičnih zakona.

1. a) Pravno načelo „ne bis in idem“ važi oduvijek kao temeljno načelo krivičnog procesnog prava. Njega je pravosuđe jednoglasno priznalo kao važeće pravo za presude koje su pale u redovnom postupku na osnovu usmeno provedene rasprave. Ono je posredstvom čl. 103 st. 3 Ustava dobilo ustavnopravni rang.

Načelo „ne bis in idem“ isključuje beskonačno gonjenje za isto djelo koje je bilo predmet ranijih presuda; suprotno tome, ako se radi o drugom djelu, načelo nije primijenljivo na osnovu toga što su ovo djelo i prvo djelo jednaki. Odlučujući je historijski postupak, na koju optužnicu i pokretanje postupka upućuju i u okviru kojeg je optuženi kao počinitelj ili učesnik mogao počinuti krivično djelo.

b) Ako se polazi od ovog načela, razvijenog prije stupanja na snagu njemačkog Ustava, ne smije se zaboraviti da je postojeće starije pravo sa stupanjem na snagu Ustava sadržajno bilo usmjereno na objektivno ustrojstvo vrijednosti Ustava (BVerfGE

7, 198 [205]). Ova načela se, dakle, moraju interpretirati u svjetlu osnovnog prava (usp. BVerfGE 3, 249 [252]).

2. Sudovi čiju odluku apelant napada, su mišljenja da čl. 103 st. 3 Ustava ne sprečava ponovno krivično gonjenje i kažnjavanje apelanta zbog odbijanje službe, iako je apelant ponovo obrazložio odbijanje razlozima savjesti koji predstavljaju osnov za prvo odbijanje službe. Ovdje se radi – kako to npr. navodi Viši zemaljski sud Stuttgart u svojoj presudi od 23. maja 1966. protiv apelanta Str. – u slučaju odbijanja službe – također i u formi činjenja koja se tiče odbijanja dopunske službe – o trajnom deliktu. U skladu sa tim bi kažnjivo držanje onog koji je obavezan na službu, a koji se nije odazvao prvom pozivu, bilo prekinuto – prvim – osuđivanjem, koje se na ovo oslanja. Kažnjivo (prema opisu krivičnog djela) ponašanje koje se u tome nalazi zbog toga nije obuhvaćeno prvom presudom, nego bi kao novo krivično djelo bilo kažnjivo prema § 264 StPO.

3. Ovakav pravni stav se ne može prihvatiti.

*Isto djelo u smislu čl. 103 st. 3 Ustava postoji i kada je ponovljeno odbijanje poziva na dopunsku civilnu službu svodi na odluku savjesti počinioca koja je jednom zauvijek donešena, a važi i dalje; presuda koja je u međuvremenu donešena se ovom ne suprotstavlja.*

(...)

c) Nije u skladu sa ovim činjeničnim stanjem – da se principijelno, jedna odluka savjesti protiv državnog zahtjeva da se jednom obavi dodatna služba – ako se ono uklapa u šablon trajnog krivičnog djela i ako se pretpostavlja da kažnjivo držanje vojnog obaveznika koji se nije odazvao prvom pozivu biva prekinuto – prvom – presudom koja se na ovo oslanja. Ovim se previča suština odluke savjesti koja prema članu 4 st. 1 Ustava ima poseban značaj. Odluka savjesti je svaki put ozbiljna, moralna, to znači odluka koja je orijentirana prema kategorijama „dobra“ i „zla“, koju pojedinac osjeća kao безусловnu unutrašnju obavezu koja važi u određenoj situaciji tako da on protiv nje ne bi mogao djelovati bez određenog nasilja nad savješću (BVerfGE 12, 45 [55]). U slučaju apelanata je jasno dokazana ozbiljnost i trajnost njihove odluke savjesti. Apelanti su nakon prvog osuđivanja i nakon drugog poziva ostali pri ranijim odlukama savjesti koje su principijelno donešene jednom zauvijek. (...) Ostajanjem pri istoj odluci i kod drugog poziva i odbijanjem služenja vojnog roka u dopunskoj službi nisu počinili novo „djelo“ u smislu čl. 103 st. 3 Ustava.





**§ 36.**  
**Garancija prava kod oduzimanja**  
**slobode**  
**(čl. 104 Ustava)**

## 205) BVerfGE 10, 302 (Vormundschaft) Starateljstvo

Sudska presuda je prema čl. 104 st. 2 rečenica 1 i 2 Ustava potrebna i onda kada staratelj, pri vršenju svoga prava na određivanje boravka, smješta punoljetnu poslovno nesposobnu osobu u ustanovu zatvorenog tipa.

### Rješenje Prvog senata od 10. februara 1960. - 1 BvR 526/53, 29/58 -

#### IZREKA:

Čl. 2 st. 2 rečenica 2 u vezi sa č. 104 st. 1 i 2 Ustava su povrijeđeni time što su osnovni sudovi München i Hamm propustili da odluče da li je dopušteno smještanje apelanta pod 1) – Osnovni sud München – i apelanta pod 2) – osnovni sud Hamm – u zatvorenu ustanovu za liječenje i njegu, kako je to zahtijevao staratelj.

Odluka zavisi od toga, da li u čl. 104 st. 2 rečenica 1 i 2 Ustava statuirano pravo na prethodnu sudsku odluku, a u slučaju nužde, na odluku koja se naknadno donosi, o dopuštenosti i trajanju oduzimanja slobode, postoji i onda kada staratelj u vršenju svoga prava na određivanje boravka smješta punoljetnog poslovno nesposobnog u zatvorenu ustanovu. Ne radi se, dakle, toliko o pitanju da li je staratelj ovlašten za smještanje, kolik o tome, da li država mora staviti na raspolaganje zaštitu kakva je zajamčena u čl. 104 st. 2 rečenica 1 i 2 Ustava. (...)

Starateljsko pravo ima oduvijek poseban javnopravni značaj. (...)

Država obavlja djelatnost brige posredstvom starateljstva, ili preko državnih činovnika (usp. §§ 32, 35, 41 Zakona o dobrobiti omladine [*Jugendwohlfahrtsgesetz*] od 9. Jula 1922), ili određuje osobu od povjerenja kao staratelja za pojedinačan slučaj (§ 1779 BGB). Čak je i takvo starateljstvo za pojedinačan slučaj jedna služba za čije preuzimanje postoji građanska obaveza; ona sa sobom nosi prava i obaveze javnog i privatnog prava.

Budući da starateljstvo počiva isključivo na državnom određivanju, to država nadzire njegovo provođenje na osnovu sopstvene vlasti najvišeg starateljstva. (...)

Ovdje se radi isključivo o oduzimanju slobode punoljetnoj osobi pod starateljstvom. Za ovaj slučaj je bitno da oduzimanje slobode iz čl 104 st. 2 rečenica 1 i 2 Ustava nije ograničeno na krivičnopravne slučajeve i hapšenja u interesu javnog mira, sigurnosti i reda, nego da ono izvan ovoga obuhvata oduzimanja slobode koja imaju karakter zbrinjavanja. To jasno opredjeljuje za primjenu čl. 104 st. 2 rečenica 1 i 2 Ustava u slučajevima oduzimanja slobode preko staratelja, budući da je starateljstvo, a posebno starateljstvo nad punoljetnim osobama, već stoljećima dio javne skrbi. Čini se da samo specifičnost da se skrb ovdje provodi u okviru ličnog vršenja vlasti i da se

država za njeno provođenje poslužila privatnom osobom stoji u suprotnosti sa ovim zaključkom.

Ipak se iz suštine lične vlasti jednog nosioca vlasti kojeg je odredila država ne može zaključiti da mora otpasti ustavnim pravom zajamčena pravna zaštita u odnosu na oduzimanje slobode, kada on sam doprinese oduzimanju slobode. Lična vlast staratelja mora služiti zaštiti i dobru osobe pod starateljstvom. Ovaj principijelno ima pravo, i u odnosu na staratelja, na pravnu zaštitu, kako se to pokazuje u mnogobrojnim ovlaštenjima na nadzor i kontrolu suda za određivanje starateljstva. Svi oni uključju državu radi zaštite osobe pod starateljstvom od zloupotrebe vlasti. Ne može joj se osporiti odgovarajuća zaštita kada se radi o visoko rangiranom dobru oduzimanja slobode i kada je garancija zaštite sadržana čak i u Ustavu.

Također se ne može zaključiti da smještanje osobe pod starateljstvom u zatvorenu ustanovu prema važećem pravu ne predstavlja neposredan akt brige, nego da je presvučena u formu – privatnopravnog – određivanja boravka posredstvom staratelja. Budući da je ovakva pojmovna kvalifikacija akta smještanja nepodobna za tumačenje čl. 104 st. 2 Ustava, može se već iz unutrašnjih protivrječnih rezultata na kojima počivaju ovakve kvalifikacije iščitati do kakvog tumačenja vodi tumačenje koje je ranije preovladavalo: Dopusti li država da državni službenici vode starateljstvo, onda oni djeluju u formi vršenja javne vlasti. Tako je odlučio i Savezni sud u vezi sa kaznama za jamstvo (BGHZ 9, 255). On je, međutim, ostavio otvorenim pitanje značaja čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava za smještaj maloljetnika posredstvom staratelja (BGHZ 17, 108); ali, prvoimenovana odluka je blizu zaključka da za staratelja koji je državni službenik, čak i pri restriktivnoj interpretaciji čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava, za razliku od staratelja koji nije službenik, mora biti donešeno sudsko odobrenje radi smještanja osobe koja je pod starateljstvom, iako obje odluke počivaju na istoj građansko-pravnoj odredbi o pravu na određivanje boravka.

Konačno, nekonzekventno je, općenito uzev, da se osobi koja je pod starateljstvom, otkáže zaštita iz čl. 104 st. 2 Ustava u odnosu na staratelja, dok on osigurava posebnu zaštitu svakom građaninu pri svakom oduzimanju slobode posredstvom javne vlasti. Srazmjerno je nevjerovatan pokušaj da će organi uprave, vođeni u pravnodržavnom smislu, ovlaštenje za oduzimanje slobode iskoristiti zbog ostvarenja problematičnih motiva.

Ako ovlaštenje za oduzimanje slobode leži u rukama nekog privatnog čovjeka, koji je za ovo određen, onda je opasnost zloupotrebe značajno pojačana. Osim želje da se oslobodi opterećenja sa teškom i neugodnom, možda i u domaćinstvu smještenom osobom pod starateljstvom, mogu igrati izvjesnu ulogu i sumnjivi ekonomski ili lični motivi.

Sve takve nejasnoće padaju tamo gdje se svrstavanje svakog smještanja ne može mjerodavno provesti unutar uobičajenih kategorija civilnog ili javnog prava, nego se pripisuju ideji javne skrbi koja određuje cjelokupno pravo starateljstva.

Oduvijek je bilo priznato da kompleks bračnog, porodičnog i starateljskog prava pored svoje načelne pripadnosti privatnom pravu sadrže snažne javno-pravne elemente. Dupli karakter starateljstva od početka leži u uzajamnom svrstavanju javno-pravnog djelovanja državnog staratelja i privatnopravne djelatnosti staratelja, u utjecaju na vođenje starateljstva posredstvom različitih formi sudskog nadzora starateljstva. Najjasnije se vidi uzajamno ograničavanje javnog i privatnog prava kod starateljstva nad punoljetnim osobama, jer država ovdje zbog opšte brige ukida status pune poslovne sposobnosti i postavlja staratelja, t.j. utemeljuje i ograničava njegovu vlast. Prilikom prinudnog smještaja se javno-pravni element osnažuje time što je on moguć samo uz pomoć javne vlasti koja se u svrhu uključenja odgovarajuće ustanove ili sama nudi, ili se koncesionira (*Gewerbeordnung* § 30 [Uredba o zanatima]) i zakonskom predstavniku se u slučaju potrebe prilikom smještanja u ustanovu stavlja na raspolaganje pomoć izvršnih državnih organa – sudskog izvršioca ili policije.

Njegovo pravo na prinudno smještanje u ustanovu postaje, dakle, efektivno stvarnom ili potencijalnom državnom potporom. U stvarnosti država – često u smislu očevitosti – smješta, čak i na vlastitu inicijativu, time što se stavlja na raspolaganje staratelju kao izvršnom organu.

Pri tom nije prihvatljivo da se smještanje punoljetne, duševno oboljele osobe posredstvom staratelja pravno vrednuje kao da se oduzimanje slobode odigrava u okviru privatnopravnih odnosa između građana. Država se ne može osloboditi odgovornosti za osnovna prava tako što će odrediti privatnu osobu da se stara o vršenju javnih zadataka i prepustiti joj odluku o korištenju državnih sredstava moći.

(...)

Ovdje ne treba odlučivati da li čl. 104 st. 2 rečenica 2 Ustava u slučaju oduzimanja slobode djeluje u okvirima roditeljske vlasti. Moguće je da su za smještanje maloljetnika od strane roditelja mjerodavni drukčiji aspekti nego što je to slučaj kod smještanja punoljetne osobe posredstvom staratelja. Roditeljska vlast i starateljstvo služe sličnim svrhama, ipak, postoji suprotstavljenost u pravnim osnovama. Roditeljska vlast počiva na prirodnom odnosu roditelja prema djeci i nastupa neposredno snagom zakona; služba staratelja je nasuprot tome državna ustanova i zasniva se sudskim određivanjem staratelja; njegova vlast nad osobom pod starateljstvom počiva, dakle, na aktu državne vlasti.

## **206) BVerfGE 10, 302** **(Arreststrafe)** **Kazna zatvora**

Sudska odluka o zakonitosti kazne zatvora, o njenoj vrsti i trajanju prema § 28 st. 1 WDO obuhvata u punom obimu, iz perspektive ustavnog tumačenja, provjeru razloga dopuštenosti i primjerenosti kazne zatvora.

**Rješenje Drugog senata od 7. novembra 1967.**  
**- 2 BvL 14/67 -**

u postupku zbog ustavnopravne provjere §§ 10 st. 1 br. 6 i 28 st. 1 Uredbe o vojnoj disciplini ([*Wehrdisziplinärordnung*] WDO)

§ 10 st. 1 WDO glasi:

Disciplinske kazne koje može izreći nadređeni su:

1. ukor,
2. strogi ukor.
3. nadzor nad primanjima,
4. novčana kazna,
5. ograničenje izlaska
6. zatvor.

§ 28 st. 1 WDO glasi:

Kazna zatvora se smije izreći nakon što što je sudija proglasi zakonitom u pogledu vrste i trajanja. O zakonitosti kazne zatvora odlučuje sudski član nadležnog, a u nuždi dostupnog vojnog suda (*Truppendienstgericht*).

U prvostepenom postupku je komandir tenkovskog bataljona zatražio da se, prema vrsti i trajanju, proglasi zakonitom kazna zatvora od 5 dana koju on prema § 28 st. 1 WDO namjerava izreći protiv okrivljenog. Nadležni sudija vojnog suda je postupak prema čl. 100 st. 1 rečenica 1 Ustava obustavio kako bi dobio odluku Saveznog ustavnog suda o tome da li je § 10 st. 1 br. 6 i § 28 st. 1 WDO u skladu sa čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava. U obrazloženju zahtjeva se navodi da oba propisa nisu u skladu sa čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava zato što sudiji ostavljaju mogućnost učešća samo utoliko što on može provjeriti zakonitost oduzimanja slobode koje su odredili organi izvršne vlasti. Čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava određuje, međutim, da sudija mora u cjelini preuzeti odgovornost za odgovarajuću mjeru. To bi značilo da on mora samostalno i isključivo odrediti oduzimanje slobode.

(...)

§ 10 st. 1 br. 6 i § 28 st. 1 WDO su u skladu sa Ustavom.

1. Izricanje disciplinskih mjera lišenja slobode ne spada u pravosuđe koje je prema čl. 92 povjereno sudijama. Dok je izricanje kriminalnih kazni pravosuđe u smislu čl. 92 Ustava (BVerfGE 22, 49 [74]), to ne važi za izricanje disciplinskih kazni čiji se karakter razlikuje od kriminalnih kazni (usp. BVerfGE 21, 378 [387]). Čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava određuje, zapravo, da sudija zadržava pravo na odluku o dopuštenosti i trajanju oduzimanja slobode. Ova načelna norma predstavlja, međutim, poseban propis koji se u pogledu značenja i dometa mora tumačiti samostalno.

2. Zatvor koji predviđa Uredba o vojnoj disciplini predstavlja oduzimanje slobode u smislu čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava. Ne postoje ustavnopravne sumnje da vojno disciplinsko pravo predviđa kazne zatvora (BVerfGE 21, 378 [387]). Čl. 104 st. 2 Ustava propisuje da samo sudija može odlučivati „o dopuštenosti i trajanju oduzimanja slobode“. Očigledno je u skladu sa ovim propisom kada sudija sam odredi oduzimanje slobode. Ustav, međutim, obuhvata i mogućnost „oduzimanja slobode koje ne počiva na sudskoj odluci“ i propisuje u čl. 104 st. 2 rečenice 2 do 4 i st. 3 Ustava da se sudska odluka, kada joj prethodi lišenje slobode, mora donijeti bez odlaganja.

Čl. 104 Ustava dopušta, međutim, naknadnu sudsku odluku samo u slučajevima u kojima ustavnopravna svrha ne bi mogla biti dostignuta oduzimanjem slobode, kada bi hapšenje moralo prethoditi sudskoj odluci. Isto mora važiti za propis kakav je ovaj; i on se odnosi na izuzetak koji je dopušten samo ako bi svrha koja se želi postići sa zatvorom bila nedostižna ili bi bila ozbiljno ugrožena u slučaju da na mjesto sudske odluke o zakonitosti kazne, koju namjerava izreći pretpostavljeni, dođe sudijska nadležnost za izricanje kazne. I u ovakvom izuzetnom slučaju u pojam „odluke“ ulazi da sudija u punom obimu preuzima odgovornost za izrečenu mejru (BVerfGE 10, 302 [310]).

3. U vojnoj službi je više nego u drugim životnim područjima potrebna brza i djelotvorna reakcija na kršenje discipline i reda. (...)

4. Odlučujuće je da i u okviru ovog postupka sudija u punoj mjeri preuzima odgovornost za oduzimanje slobode; jer, bez njegovog odobrenja se ne može izreći kazna zatvora prema § 28 WDO.

Sudijsko pravo na provjeru nije ograničeno odlukom o zakonitosti kazne zatvora prema § 28 st. 1 WDO.

(...) slijedi iz činjenice da sudija u punom obimu mora provjeriti zahtjev pretpostavljenog u disciplinskom postupku. On mora, prema tome, provjeriti primjerenost kazne zatvora koja se namjerava izreći. Njemu ovakva provjera omogućava da u punom obimu preuzme odgovornost za dopuštanje oduzimanja slobode koja se zahtijeva u čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava.

## **207) BVerfGE 105, 239** (Richtervorbehalt) **Pridržavanje sudijske odluke**

1. Iz čl. 104 st. 2 Ustava slijedi obaveza za državu da zajamči dostupnost nadležnog sudije – bar u toku dana – i da mu omogući kompetentno vršenje njegovih sudskih zadataka.

2. Čl. 104 st. 2 rečenica 3 Ustava sa istekom dana koji će uslijediti po njegovom izvođenju postavlja vanjske granice hapšenju neke osobe bez sudske odluke, ali ne oslobađa od obaveze da se donese takva odluka.

**Rješenje Drugog senata od 15. marta 2002.  
- 2 BvR 2292/00**

OBRAZLOŽENJE:

**A.**

Ustavna tužba se odnosi na hapšenje i pritvor koji su uslijedili bez sudske odluke u okviru izгона iz zemlje. (...)

2. a) Apelant je kod Osnovnog suda Syke podnio zahtjev da se utvrdi kako je njegovo hapšenje od 20. januara 1999. oko 15:30 sati i pritvor koji je potom uslijedio bez sudske potvrde bio protivpravan; ovaj zahtjev je ostao bez uspjeha. (...)

**B.**

Ustavna tužba je dopuštena. Poseban nedostatak je postojanje interesa za pravnom zaštitom u pogledu odluke Saveznog ustavnog suda, ne naprosto zbog toga što su apelanti protjerani i što je okončano ograničavanje njihove slobode. Ne bi odgovaralo značaju zaštite lične slobode, kako je garantira Ustav, ako bi se odustalo od prava na ustavnopravno objašnjenje, da li je u skladu sa pravom ograničavanje prava na slobodu pri ponovnom zadobijanju slobode. (...)

**C.**

Ustavna tužba je osnovana. Oспорavana odluka povređuje apelanta u njegovom osnovnom pravu iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava u vezi sa čl. 104 st. 2 Ustava.

**I.**

Čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava određuje da je lična sloboda „neprikosnovená“. Ovakva ustavnopravna odluka karakterizira pravo na slobodu kao posebno pravno dobro u koje se smije dirati samo iz važnog razloga (usp. BVerfGE 10, 302 [322]; 29, 312 [316]; 32, 87 [92]; 65, 317 [322]). Zaštićena je pred državnim zahvatima, u okviru važećeg opšteg pravnog poretka, stvarna tjelesna sloboda kretanja (usp. BVerfGE 94, 166 [198]; 96, 10 [21]), dakle od hapšenja, pritvaranja i sličnih mjera neposredne prinude (usp. BVerfGE 22, 21 [26]).

1. Prema čl. 104 st. 1 rečenica 1 Ustava lična sloboda koja je garantirana u čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava smije biti ograničena samo u na osnovu formalnog zakona. Formalna jamstva čl. 104 Ustava stoje sa materijalnim jamstvima iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava u neraskidivoj vezi (usp. BVerfGE 10, 302 [322]; 58, 208 [220]). Čl. 104 st. 1 Ustava preuzima pridržavanje zakona koje je sadržano već u čl. 2 st.



2 rečenica 2 Ustava i osnažje ga u pogledu svih organičavanja slobode, jer na nivo ustavne zapovijesti, pored zahtjeva za formalnim zakonom, podiže obavezu da se poštuje formalni propis koji slijedi iz takvog zakona (usp. BVerfGE 10, 302 [323]; 29, 183 [195]; 58, 208 [220]). Ograničenja slobode, dakle, uplitanja u tjelesnu slobodu kretanja moraju imati materijalne zakonske osnove (usp. BVerfGE 2, 118 [119]; 29, 183 [195]), pri čemu u obzir dolazi zemaljski ili savezni zakon. Sadržaj i dometi formalnog propisa nekog zakona koji ograničava slobodu sud mora tako protumačiti da oni oslobode učinak koji je primjeren značaju osnovnog prava (usp. 65, 317 [322 i dalje]; 96, 68 [97]).

2. Ograničenja slobode (čl. 104 st. 1 Ustava) i oduzimanja slobode (čl. 104 st. 2 ustava) Savezni ustavni sud razgraničava na osnovu intenziteta uplitanja. Oduzimanje slobode je najjača forma organičavanja slobode (usp. BVerfGE 10, 302 [323]). Ograničenje slobode postoji kada je neko javnom vlašću protiv svoje volje spriječen da dođe do nekog mjesta, koje mu je po sebi dostupno, ili da se tamo zadržava. Činjenična pretpostavka oduzimanja slobode dolazi u obzir samo kada se ukine tjelesna sloboda kretanja – koja je po sebi data – u svakom pravcu (BVerfGE 94, 166 [198]).

3. Za najteža zadiranja u pravo na ličnu slobodu, oduzimanje slobode, čl. 104 st. 2 Ustava se pridržavanju (formalnog) zakona prilaže dodatna ustavnopravna obaveza na pridržavanje sudske odluke, što ne stoji na dispoziciji zakonodavcu (usp. BVerfGE 10, 302 [323]). Pridržavanje sudije služi snažnijem osiguranju osnovnog prava iz čl. 2 st. 2 rečenica 2 Ustava. Svi su državni organi obavezni da vode računa o tome da pridržavanje sudije praktično djeluje kao osiguranje osnovnog prava (usp. uz čl. 13 st. 2 Ustava BVerfGE 103, 142 [151 i dalje]). Iz ovoga za državu slijedi ustavnopravna obaveza da zajamči dostupnost nadležnog sudije – bar u toku dana (usp. npr § 188 st. 1 ZPO, § 104 st. 3 StPO) – da mu omogući da kompetentno obavlja njegove sudijske zadatke (usp. BVerfG na nav. mj. s. 156).

a) Prema čl. 104 st. 2 rečenica 1 Ustava samo sudija odlučuje o dopuštenosti i trajanju lišenja slobode. Oduzimanje slobode pretpostavlja, prema tome, prethodan sudski nalog.

b) Naknadna sudska odluka, čiju dopuštenost čl. 104 st. 2 Ustava pretpostavlja u izuzetnim slučajevima, može uslijediti ako se ustavnopravni ciljevi koji se žele postići oduzimanjem slobode ne mogu dostići, ako hapšenje mora doći prije sudske odluke. Čl. 104 st. 2 rečenica 2 Ustava zahtijeva da se sudska odluka neodložno pribavi (usp. BVerfGE 10, 302 [321]); Grabic, na nav. mj.). „Neodložno“ se mora protumačiti tako da se sudska odluka mora pribaviti bez odugovlačenja koje se ne može opravdati stvarnim razlozima. Neizbježna su npr. odugovlačenja koja su uslovljena dužinom puta, poteškoćama u transportu, neophodnim registracijama i protokoliranjima, renitentnim držanjem uhapšenika ili slične okolnosti (usp. Dürig, na nav. mj.). Nemogućnost da se pronađe sudija ne može, s obzirom na ustavnopravne obaveze države da vodi računa o značaju pridržavanja sudije posredstvom podobnih

organizacionih mjera, važiti kao neizbježna zapreka da se nadoknadi sudska odluka (vgl. BVerfGE 103, 142 [151 i dalje, 156]).

c) Naknadno pribavljanje sudske odluke nije neophodno ni onda kada oduzimanje slobode okončava prije isteka roka iz čl. 104 st. 2 rečenica 3 ustava. Ovaj propis pritvaranju jedne osobe bez sudske odluke postavlja krajnje granice sa istekom dana koji će uslijediti po njegovom izvođenju (usp. BVerfGE 83, 24 [33]), ali ne oslobađa od obaveze da se takva odluka pribavi bez ikakvog odlaganja. (...)

Osporavne odluke su, međutim, u suprotnosti sa čl. 2 st. 2 rečenica 2 u vezi sa čl. 104 st. 2 rečenica 2 Ustava budući da je bez daljeg objašnjenja uzeto da je u skladu sa pravom da apelanti budu zadržani jedanaest sati u policiji, a da sudska odluka ni naknadno nije pribavljena.

(...)

2. Čl. 104 st 2 rečenica 2 Ustava zahtijeva da se sudski nalog koji nije bio pribavljen prije hapšenja apelanta, pribavi bez odlaganja. Nije dokazano provjerom činjenica da je ovom zahtjevu udovoljeno.

Ne može se uzeti da naknadno dobijanje sudske odluke nije npr. zbog toga bilo neophodno što je za protjerivanje apelanta, koje je bilo predviđeno za sutrašnje jutro, bilo izvjesno da će lišenje slobode biti okončano prije isteka 21. januara 1999. Prema utvrđenom činjeničnom stanju se ne mogu vidjeti stvarni razlozi koji bi mogli opravdati držanje apelanta 20. januara 1999. u policiji nakon 16 sati, unatoč činjenici da sudija nije odlučivao o zakonitosti hapšenja. (...)

**208) 2 BvR 388/09**

(Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen)

**Načelo hitnosti kod pritvorskih predmeta**

Savezni ustavni sud

-Služba za odnose sa javnošću-

Saopštenje za javnost br. 75/2009 od 7. jula 2009. godine

Rješenje od 13. maja 2009. godine

-2 BvR 388/09-

**O načelu hitnosti kod pritvorskih predmeta**

Apelant je privremeno uhapšen 14. novembra 2007. godine zbog sumnje da je nedozvoljeno držao vatreno oružje i zbog nanošenja teških tjelesnih povreda, te je od tada po osnovu rješenja o određivanju pritvora Osnovnog suda Mönchengladbach od 15. novembra 2007. godine neprekidno bio u istražnom pritvoru. Apelant je 31. marta 2008. godine zbog tih krivičnih djela osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora od ukupno tri godine i šest mjeseci. Istovremeno je rješenje o određivanju pritvora ostalo na snazi. Apelant je protiv te presude 4. aprila 2008. godine uložio žalbu. Predsjednik porotničkog suda je naložio da se presuda 21. aprila 2008. godine dostavi braniocu i opunomoćenici supsidijarne tužiteljice, što je izvršeno 20. maja 2008. godine. 4. juna 2008. godine izdat je nalog da se spis dostavi tužilaštvu, koji je tamo zaprimljen 20. juna 2008. godine. Tužilaštvo je uložilo žalbu Zemaljskom sudu Mönchengladbach 26. juna 2008. godine. Glavni pretres u žalbenom postupku, u kojem je žalba odbačena, a rješenje o pritvoru i dalje ostalo na snazi, održan je 27. januara 2009. godine. O reviziji koja je uložena 3. februara 2009. godine sud još nije odlučio. Apelant je protiv produženja istražnog pritvora, a nakon neuspješne žalbe na istražni pritvor, podnio apelaciju.

Drugo vijeće Drugog senata Saveznog ustavnog suda je usvojilo apelaciju koja je dopuštena u onom dijelu u kojem se odnosi na rješenje o produženju istražnog pritvora. Kod predmetnih odluka se nije vodilo računa o uputnom načelu hitnosti postupanja kod pritvorskih predmeta.

Iz pobijanih odluka Zemaljskog suda i Višeg zemaljskog suda nije jasno da je uslijedilo odmjeravanje prava optuženog na slobodu i prava države na krivično procesuiranje koje nalaže Ustav, pa ih je stoga trebalo ukinuti. Prilikom ponovnog odlučivanja kod odmjeravanja produženja istražnog pritvora Viši zemaljski sud će morati uzeti u obzir da prema stalnoj sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda sa trajanjem istražnog pritvora rastu i zahtjevi vezani za brzinu rada u pritvorskom

predmetu. U okviru odmjeravanja prava optuženog na slobodu i prava na krivično procesuiranje bitna je primjerenost trajanja postupka na osnovu objektivnih kriterija, pri čemu se kod dužeg trajanja istražnog pritvora postavljaju veći zahtjevi vezani uz postojanje opravdavajućeg razloga. To zahtijeva analizu toka postupka koja se odnosi na konkretan slučaj.

Prema stalnoj sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda, sama težina krivičnog djela i srazmjerno tome i visina očekivane kazne kod značajnog odugovlačenja postupka, koje se moglo izbjeći, a može se pripisati državi, nije dovoljno kao opravdanje za ionako dugo trajanje istražnog pritvora. Nije presudno da je li pojedinačna radnja sa kojom se kasnilo u postupku poprimila znatne razmjere, već jesu li postojeća odugovlačenja postupka sveukupno dosegla granicu koja u okviru odmjeravanja više ne dopušta daljnje produženje istražnog pritvora.

Viši zemaljski sud treba prema tim kriterijima ocijeniti tok postupka. Pri tome će u predmetnom slučaju morati uzeti u obzir da postupak po donošenju prvostepene presude nije bio proveden dovoljno brzo. Posebno period između naloga za dostavu i stvarne dostave presude Osnovnog suda, te kasna dostava spisa tužilaštvu, ukazuju na to da je pisarna Osnovnog suda predmet tretirala kao da se radi o krivičnom postupku protiv optuženog koji se brani sa slobode, te da se nije dovoljno vodilo računa o načelu hitnosti u pritvorskim predmetima. Daljnje otezanje sa postupkom moglo je biti skrivljeno obradom predmeta na žalbenom sudu. Iz spisa svakako nije vidljiv objektivan razlog za to da je od zaprimanja spisa na Zemaljskom sudu 26. juna 2008. godine i glavnog pretresa 27. januara 2009. godine proteklo sedam mjeseci.

Apelacija protiv samog rješenja o određivanju pritvora nije prihvaćena, pa se utoliko odustalo od obrazloženja te odluke.

## INDEKS POJMOVA

### A

Abortus 415  
 Acquis communautaire 643  
 Advokati 35, 230, 351, 558, 559, 560, 561  
 562, 730  
 Aerodrom 452, 454, 455, 456, 457, 458  
 Akontacija za sudske troškove 652,  
 Amnestija 245  
 Analogija 405, 805, 809  
 Apelcija po osnovu navodno povređenog  
 prava na saslušanje 788  
 → vidi Pravo na sudsko saslušanje  
 Apoteka 49, 238, 515, 516, 522  
 Apstraktna kontrola ustavnosti normi 38  
 → vidi Kontrola ustavnosti normi  
 Aspergerovo sindrom 264  
 Atomska centrala 212, 213, 214, 215, 328,  
 329, 330, 339, 699  
 Atomska energija 49, 212, 213, 214, 215,  
 698, 699, 701, 702  
 Atomsko naoružanje 811  
 Autorsko pravo 389, 604, 605, 644  
 Azil 842, 12, 30, 221, 257, 631, 633, 634  
 635, 636, 637, 638, 639, 640, 685, 777  
 → vidi Pravo na azil

### B

Blokada 812, 814, 815, 841  
 Blokada tijelima 812  
 → vidi Okupljanje, blokada sjedenjem  
 Brak, zaštita 200,

Budžet 27, 245, 539, 549, 627, 726, 735,  
 749, 778  
 Bundestag, Bundesrat/Savezno vijeće, Vijeće  
 njemačkih saveznih zemalja 27, 47, 50, 57,  
 196, 427, 678, 679, 686, 700, 714, 723, 724,  
 731, 740, 745, 746, 747,  
 Bundestag/njemački parlament, raspuštanje  
 37, 681, 700,

### C

Crkva 269, 605, 651

### D

Dejstvo osnovnih prava prema trećim licima  
 → vidi osnovno pravo  
 Demokratija 13, 466, 677, 726, 732, 737,  
 - demokratska otvorenost 298, 441  
 - demokratski poredak 673, 682, 683,  
 - demokratski princip 731, 732, 736, 737,  
 754  
 - demokratsko uređenje 322, 334, 356, 361,  
 440, 443, 673, 679  
 Demonstracije 339, 396, 397, 438, 440,  
 441, 443, 445, 447, 448, 449  
 Deportacija 221, 222, 452  
 → vidi Izručenje  
 Dijete 109, 111, 112, 159, 160, 168, 169,  
 180, 193, 194, 196, 198, 199, 200, 201, 202,  
 204, 252, 254, 260, 261, 262, 408, 425, 759  
 Disciplinska kazna (mjera) 328, 329, 330,  
 706, 707, 831,

Diskreciona ocjena, slobodna 240, 349,  
363, 542, 548, 580, 600, 634, 657, 708

Diskriminacija 176, 184, 186, 429

Dnevnica za rad 473, 474, 476, 841

Dogovori (neformalni) u krivičnom postupku

Donacije  
→ vidi Političke partije, financiranje

Društva u mješovitom vlasništvu 453

Država 840, 842, 844, 845, 846, 848

- dobrobit (Savezne države ili jedne od njenih zemalja)

- državna skrb 675

- kao povjerenik građana 453

- obaveza zaštite 162, 235

- obaveza da podstiče život svakog pojedinca

- odgojno-obrazovnim zadaci 311

Državna ustanova 830, 840

Državni službenik 462, 829, 838

- izbor zanimanja 291, 514, 515, 516, 517,  
518, 519, 520, 525, 536, 537, 541, 549, 550,  
558,

- mirovine 248

- nadoknade i primanja 248

- pravo na štrajk/ zabrana štrajka 480,  
481, 482

→ vidi Pravo, Zabrana

Dvostruko kažnjavanje, zabrana 757, 789

## E

Eksproprijacija  
→ vidi Razvlašćivanje

Ekstradicijski pritvor 222

Ekstremist 339, 340, 361, 397, 688

Emitiranje programa, televizijsko 668

Eutanazija 234

Evropska konvencija o ljudskim pravima i slobodama 226, 365, 761,

Evropska monetarna unija

Evropski uhidbeni nalog, izručenje 94, 96,

Evropska unija 54, 754

Evropski sud pravde/ Evropski sud 186,

Evropski sud za ljudska prava 29, 44, 118,  
481, 763

Evropsko pravo (pravo Evropske unije) 44,  
643, 644,

Finansijska pomoć 289, 673, 675

## G

Glasanje 679

Granice vlastite procjene 148, 841

Greška u slobodnoj (diskrecionoj) ocjeni  
109, 444, 474, 659, 693

## H

Habit (časnih sestara) 309,

Hapšenje, privremeno 133, 216, 218, 486,  
578, 828

Hitna organizacija javnog okupljanja/skupa  
→ vidi Javno okupljanje

Homoseksualac  
→ vidi Zajednica življenja partnera istog pola,  
registrirana

## I

Imovina 444

- imovinska kazna 816, 820

- porez na imovinu 628, 629, 630  
 Intervencija 101, 163, 171  
 Iscrpljivanje pravnih sredstava  
 Islam 138, 222, 283, 284, 285, 286, 290, 292, 301, 303, 307, 308, 309, 313  
 Izbori 441, 466, 679, 684, 736  
 - izborna kampanja 464, 466, 678  
 - izborni principi  
 - izborno pravo 734, 736, 737  
 - neposrednost izbora  
 - postupak provjere izbora  
 Izdvojeno mišljenje 72, 92, 280, 311, 330, 412, 456, 508, 511, 780  
 Izglasavanje nepovjerenja 745  
 Iznošenje istinitih činjenica/ činjeničnih tvrdnji u društvenoj sferi 391  
 Izručenje 12, 94, 95, 96, 221, 631, 632, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 784, 785, 838  
 Izvanredni sudovi, zabrana 774  
 Izvršenje 36, 37, 86, 87, 93, 94, 104, 146, 206, 208, 209, 212, 217, 218, 220, 221, 225, 226, 227, 286, 307, 310, 337, 438, 439, 480, 495, 497, 542, 543, 556, 575, 639, 654, 655, 656, 657, 661, 663, 705, 739, 745, 750, 756, 759, 762, 803  
 - prinudno 37, 144, 148, 162, 165, 166, 177, 211, 285, 289, 316, 318, 513, 545, 576, 607, 694, 815, 830, 843  
 - trenutno 29, 43, 47, 76, 122, 123, 177, 181, 207, 212, 213, 260, 261, 290, 324, 337, 375, 376, 447, 457, 474, 478, 535, 537, 539, 540, 546, 547, 551, 570, 514, 661, 674, 681, 684, 722, 725, 733, 739, 789, 798

## J

Javna služba 30,  
 Javni forum 456, 457  
 Javni (komunikacijski) prostor 454  
 Javno mnijenje 73, 332, 323, 365, 368, 370, 375, 679  
 Javno okupljanje 458  
 Uslovi iz propisa o javnom okupljanju  
 Jednakost 9, 45, 66, 149, 155, 156, 166, 173, 175, 182, 239-247, 252-257, 429-477, 518-599, 609-698, 700, 701, 705, 735, 806  
 - jednak (pravni) tretman 112, 169, 240, 243, 247, 251, 257, 259, 291, 302, 372, 541, 599, 618, 669  
 - princip jednakosti (pred zakonom) 66, 149, 155, 156, 166, 173, 182, 240, 241, 242, 244, 246, 247, 253, 256, 257, 261, 262, 276, 292, 310, 372, 518, 520, 536, 538, 540, 542, 598, 599, 610, 613, 619, 624, 626, 672, 674, 694, 695, 735, 806  
 - šansi 372, 538, 542, 659, 840  
 Jehovini svjedoci 824

## K

Kazna 67, 72, 85, 93, 149, 150, 151, 154, 195, 197, 203-268, 459, 568, 589, 638, 639, 693, 695, 706, 707, 712, 784, 785, 804-807, 816-820, 829-839  
 - izdržavanje 93, 111, 195, 205, 226, 227, 248, 672  
 - lišenja slobode 54, 87, 93, 149, 150, 162, 223, 226, 228, 317, 543, 707, 756, 816, 817, 821, 831, 834

- zapriječena 149, 150, 151, 154, 195, 197, 203, 204, 217, 232, 492, 695, 804, 805, 806, 815, 819
  - zatvorska 226, 228, 266, 542, 543, 657, 706, 710
  - doživotna 93, 94, 221-223, 806-808, 816, 818
  - Kipa (jevrejska) 309
  - Kockarnice 545-549, 563, 564, 565, 566
  - Kolektivna uvreda 397-398
  - Kolektivni ugovor 674
  - Konkretna kontrola ustavnosti normi  
→ vidi Kontrola ustavnosti normi
  - Kontrola 14, 25, 35, 38, 39, 86, 152, 196, 227, 349, 350, 443, 503, 506, 531, 549, 580, 613, 658, 659, 660, 681, 687, 767, 769, 794, 838
  - parlamentarna 37, 58, 466, 687, 689, 739, 744
  - sudska 25, 32, 33, 35, 43, 97, 117, 118, 129, 135, 151, 161, 184, 186, 226, 301, 313, 332, 334, 349, 355, 393, 394, 479, 488, 490, 498, 503, 506, 509, 530, 577, 578, 581, 591, 613, 653, 658, 659, 660, 661, 663, 704, 795, 798, 819, 828, 830, 832, 834, 835
  - Kontrola ustavnosti normi 838
  - apstraktna 38, 196, 490, 526, 838
  - konkretna 14, 38, 39, 137, 140, 154, 167, 181, 218, 223, 267, 288, 308, 309, 338, 416, 427, 458
  - preventivna 137, 438, 444, 449, 580, 683
  - Korištenje prikrevnih izvora/ informanata 685-690
  - Kritika, uvredljiva 395-396
  - Krivično pravo 72, 199, 203, 218, 235, 268, 796, 805
  - Krst/križ 275-280, 308, 309
  - Kršćansko-zapadnjačke (obrazovne i kulturološke) vrijednosti i/ili tradicije 305, 306, 310, 311, 313
- L**
- Lišenje slobode, zakonito  
→ vidi Kazna lišenja slobode
  - Ljudsko dostojanstvo 8, 19, 91, 92, 93, 95, 97, 102, 107, 141, 177, 191, 193, 196, 200, 209, 223, 267, 268, 273, 334, 335, 339, 358, 493, 543, 577, 584, 586, 612, 681, 683, 760
  - Ljudsko pravo 27, 70, 71, 72, 73, 93, 100, 198
- M**
- Međunarodno pravo 729, 731, 751, 761, 762
- N**
- Nacionalsocijalizam 684
  - Načelo 33, 42, 93, 95, 96, 102, 122, 130, 139, 144, 148, 149, 150, 155, 156, 162, 166, 205, 210, 211, 218, 220, 240, 241, 242, 249, 250, 251, 253, 255, 259, 261, 262, 276, 293, 302, 303, 334, 345, 346, 364, 365, 372, 378, 388, 389, 423, 456, 478, 479, 480, 482, 489, 499, 503, 505, 518, 532, 536, 545, 552, 565, 566, 577, 580, 596, 598, 599, 601, 603, 610, 612, 613, 618, 619, 622, 624, 640, 646, 647, 653, 654, 655, 659, 660, 668, 669, 672, 681,



- 683, 692, 695, 696, 697, 698, 700, 702, 705,  
706, 707, 710, 711, 725, 726, 754, 755, 758,  
776, 778, 788, 792, 796, 797, 799, 806, 808,  
819, 824
- hitnosti postupanja kod pritvorskih predmeta 836
  - krivnje 95, 711, 796, 799
  - neposrednosti 264
  - otvorenosti kod prikupljanja i korištenja ličnih podataka 503
  - pridržavanja zakona 372, 410, 426, 447, 541, 566, 672, 675, 697, 698, 700, 701, 702, 727, 754, 804
  - profesionalne državne službe 478, 479
  - srazmjernosti 103, 122, 138, 139, 143, 144, 148, 149, 150, 151, 192, 198, 199, 210, 211, 212, 216, 218, 219, 220, 225, 226, 282, 283, 289, 339, 364, 365, 388, 438, 442, 445, 455, 456, 457, 489, 498, 499, 500, 502, 504, 505, 506, 509, 510, 515, 520, 522, 530, 534, 541, 545, 547, 548, 552, 559, 565, 566, 582, 585, 587, 588, 596, 597, 603, 610, 611, 612, 622, 624, 626, 627, 654, 655, 656, 659, 683, 728, 754, 755, 758
  - vidi Srazmjernost
  - svjetonazorno-religijske neutralnosti 302
  - usklađenošću Ustava sa osnovnim načelima međunarodnog prava 481
  - vladavine prava 5, 6, 7, 21, 22, 23, 566
  - zaštite od samoinkriminacije 94, 95
  - zaštite povjerenja 228, 486, 566, 632, 708, 753, 756
  - Nadležnost 5, 7, 21, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 37, 38, 44, 57, 67, 70, 81, 165, 194, 213, 215, 289, 294, 333, 337, 343, 355, 373, 376, 412, 426, 464, 468, 471, 475, 505, 510, 517, 521, 535, 546, 548, 552, 554, 556, 557, 563, 564, 578, 581, 584, 591, 604, 605, 627, 646, 698, 734, 735, 736, 743, 744, 751, 761, 762, 769, 770, 775, 811, 832
  - za donošenje zakona 64, 517, 563
- Naknada za rad (nadnica)  
→ vidi Dnevnica za rad
- Naredba za pretres 591, 594
- Nastavnice/nastavnici 290, 292, 294, 306, 426, 434
- Ne bis in idem 15, 789, 823, 824
- Negativno utvrđivanje protivustavnosti 681, 714
- Nekažnjivost 235
- Ništavost zakona 653  
→ vidi Zakon, ništavost
- Novinarsko izvještavanje 394
- Numerus clausus 11, 372, 536, 537, 539, 540, 541
- NJ**
- Njemačko etičko vijeće 169, 174, 175
- O**
- Obavještajne agencije/službe 502-507, 510, 681, 685, 686, 688, 689, 690
- Običajno pravo
- Objavljivanju fotografija osoba 393
- Odbrambeno-politički akt 725
- Odbrambeno pravo 111, 214, 343, 362,

- 537
- Odluka savjesti 825, 843
- Odluke 848
- izvršenje 36, 37, 86, 87, 93, 94, 104, 146, 206, 208, 209, 212, 217, 218, 220, 221, 225, 226, 227, 286, 307, 310, 337, 438, 439, 480, 495, 497, 542, 543, 556, 575, 639, 654, 655, 656, 657, 661, 663, 705, 739, 745, 750, 756, 759, 762, 803, 839
- Oktoberfest, atentat 685, 686
- Okupljanje 297, 299, 337, 339, 438, 439, 445, 446, 448, 451, 452, 455, 457, 459, 460, 813, 815, 838, 839, 840
- Okvir za slobodnu procjenu  
→ vidi Granice vlastite procjene
- Opasnost zbog odlaganja 581, 592, 593, 594, 645
- Opozicija 32
- Opština 40, 215, 380, 804
- Organi krivičnog gonjenja 221, 592
- Organizacije 17, 27, 80, 109, 147, 204, 221, 329, 361, 380, 446, 448, 476, 551, 551, 581, 594, 633, 654, 689, 703, 725, 732, 736, 737, 741, 742, 743, 774, 775
- internacionalne 13, 30, 52, 156, 200, 258, 259, 599, 633, 637, 717, 727, 734, 741, 743, 755, 756, 757, 762
  - međudržavne 722, 727, 729, 743
  - regionalne 22, 374, 375, 376, 377, 378, 399
  - supranacionalne 42, 43, 58, 70, 73, 86, 87, 101, 102, 103, 106, 111, 114, 123, 124, 125, 126, 128, 130 - 133, 137 - 140, 147, 150, 151, 163, 179, 182, 207, 209, 210, 214, 215, 218, 226, 228, 229, 238, 266, 267, 269, 270, 271, 274, 276, 278, 280, 282, 283, 286 - 289, 291, 301, 304, 306, 308, 316, 317, 319 - 323, 325, 329, 330 - 336, 339, 342, 344, 356, 361, 362, 363, 364, 383, 396, 398, 409, 410, 422, 426, 428, 432, 434, 438, 439, 440, 443, 444, 446, 449, 451, 459, 463, 464, 465, 467, 468, 469, 471, 472, 473, 474, 487, 489, 491, 492, 493, 508, 511, 514, 515, 517, 518 - 522, 528 - 530, 533, 534, 546, 549, 550, 551, 555, 574, 576, 577, 579, 580, 588, 589 - 598, 599, 607, 632 - 634, 638, 640, 646, 654, 658, 661, 662, 675, 695, 754, 755, 760, 761, 784, 790, 795, 828
- Osnovno pravo
- bitan sadržaj 730, 736
  - gubitak 12, 236, 243, 289, 390, 392, 581, 631, 660, 662
  - institucionalna garancija 422
  - kolizija 38, 426, 481
  - korisnik 21, 117, 238, 504, 508, 567, 568, 570, 571, 651, 695
  - neposredna obaveznost osnovnih prava 453, 456
  - odredba o sadržaju ili ograničenju 599
  - ograničenja 84, 86, 96, 101, 110, 138, 139, 142, 143, 144, 145, 148, 150, 154, 185, 198, 219, 232, 234, 235, 236, 237, 255, 261, 267, 273, 291, 29, 295, 312, 319, 322, 332, 338, 339, 340, 345, 352, 3553, 363, 370, 381, 384, 390, 392, 398, 404, 405, 406, 442, 443, 444, 455, 456, 459, 464, 465, 468, 471, 472,

- 480, 483, 487, 488, 496, 507, 514, 515, 517,  
518, 521, 522, 526, 528, 530, 531, 532, 535 -  
537, 539, 541, 547, 549, 553, 563, 575, 583,  
603, 606, 609, 610, 617, 620, 624 - 628, 675,  
687, 695, 724, 754, 755, 756, 785, 789, 810,  
811, 834
- područje važenja 155, 518, 575, 750
  - područje zaštite/ zaštićeno područje 103,  
104, 107, 117, 121, 125, 127, 129, 155, 255,  
288, 292, 307, 325, 326, 332, 338, 342, 344,  
349, 350, 354, 361, 362, 454, 457, 459, 460,  
487, 493, 500, 519, 554, 556, 558, 568, 575,  
588, 633 650, 663, 674 704, 736
  - proširenje primjene/ proširenje zaštite  
osnovnih prava na druge pravne subjekte  
zajedničkog tržišta EU 642-664
  - vrednosni sistem 318, 650
- Ovlaštenja 27, 126, 138, 158, 206, 208,  
297, 342, 344, 368, 364, 369, 426, 455, 457,  
463, 472, 480, 488, 489, 402, 500, 504, 510,  
514, 517, 518, 531, 532, 545, 549, 569, 577,  
598-601, 603, 610, 612, 613, 617, 619, 621,  
624, 651, 668, 692, 694, 696, 697, 700, 722,  
724, 725 - 727, 730 - 732, 734, 736 - 740,  
743, 746 - 748, 750, 802 - 804

## P

- Parlamentarni interes za informiranošću  
686-689
- Plebiscit 441
- Političke partije/stranke
- financiranje 37, 371, 838
  - zabrana rada/ djelovanja 682
- Plata 195, 341, 380, 386, 387, 391, 462,  
473, 652, 673, 674, 675
- Podaci 58, 122, 124, 125, 126, 129, 131,  
132, 134, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 147,  
167, 168, 169 - 173, 177, 179, 181, 184, 223,  
351, 443, 486, 487, 488, 495, 497 - 501, 503  
- 511, 568 - 571, 587, 686
- čuvanje podataka 494
- korištenje podatka (neposredno, posredno)  
497, 501-503
- obrada podataka 145, 146
- pohranjivanje podataka, preventivno 497,  
498, 501-503, 506
- pravna zaštita i sankcije 503
- preuzimanje podataka 502, 503
- prikupljanje podataka 122, 125, 145, 146,  
147, 491, 497, 506, 509
- prosljeđivanje podataka 502-503
- sigurnost podataka 499, 501, 505, 508
- tajni podaci 686
- Podjela vlasti 725
- Pomaganje u samoubistvu  
→ vidi Pravo
- Popis stanovništva 145
- Popularna tužba 653
- Porez 30, 50, 76, 77, 103, 144, 240, 241 -  
245, 422, 423, 628 - 630, 696, 697
- na zemljište 240, 241, 244, 245, 574
  - poresko pravo 599
  - porez na promet 76
- Porodica 10, 159, 250, 259, 260, 261, 262,  
263, 407, 421, 597, 672
- porodično prezime 249

- pravno priznata 157-160
- starateljsko pravo 828
- utvrđivanje očitstva/porijekla, biološko/  
pravno očitstvo 157-161, 759
- Poslanik 32, 37, 38
- Poziv 20, 30, 72, 84, 100, 108, 109, 118,  
129, 130, 157, 163, 198, 236, 246, 247, 255,  
258, 259, 266, 271, 279, 301, 307, 313, 316,  
317, 323, 325, 326, 332, 338, 339, 340, 341,  
375, 395, 400, 412, 426, 459, 465, 502, 514,  
516, 517, 519, 520, 522 - 524, 527, 530, 537,  
538, 545, 547, 548, 549, 561, 570, 593, 594,  
633, 650, 651, 652, 655, 686, 688, 704, 722,  
723, 726, 728, 752, 760, 762, 809, 812, 824,  
825
- vidi Zanimanje
- Poziv na bojkot 316, 317, 323, 326
- Pravda 104, 708, 819
- Pravna praznina 169
- Pravno lice 42, 126, 287, 361, 366
- javnog prava 58, 147, 148, 296, 344, 366,  
367, 375, 326, 650, 651, 829
- privatnog prava 126, 318, 355, 361, 367,  
453, 533, 547, 550, 650, 828, 830
- Pravo 8, 12, 26, 27, 28, 30, 32, 38, 39, 40 -  
44, 58, 66, 70, 71, 72, 73, 80, 81, 86, 87, 93,  
94, 95, 96, 100 - 115, 118, 120, 123 - 133,  
136 - 148, 150 - 153, 157 - 161, 164, 167,  
169, 173, 175, 177 - 184, 189, 191, 193 - 837
- javne skrbi 564, 828, 829
- na fer postupak 95, 346, 350, 351, 352,  
645, 646, 711, 760, 797, 809
- na informacije zastupnika, frakcija ili  
njemačkog Saveznog vijeća 687
- na informaciono samoodređenje 121,  
123, 124-126, 137, 138, 140, 142, 144-147,  
159, 347, 499,
- na ispravku (osporene izjave) 399
- na ličnu slobodu 219, 834
- na odbijanje svjedočenja 560, 561
- na određivanje vlastite smrti 230
- na porodični život 159
- na postavljanje pitanje zastupnika, frakcija ili  
njemačkog Saveznog vijeća 687
- na poštivanje privatnosti i intimnog života  
159,
- na poznavanje vlastitog porijekla 157, 161,
- na privatnost 125, 177, 391, 392, 394,  
396,
- na samoodređenje 128, 129, 142, 164,  
190, 192, 232, 234, 235, 236, 440
- na slobodan razvoj ličnosti 95, 103, 104,  
157, 158, 160, 163, 167, 169, 173, 178, 179,  
181, 183, 230, 231, 232,
- vidi Razvoj ličnosti 237, 392, 411, 412,  
538, 803
- na slobodu 72, 73, 87, 93, 100, 101,  
108, 144, 164, 179, 218, 221-228, 232, 267,  
271-273, 277, 278, 280, 286-294, 301, 306,  
316, 319, 323, 325, 327, 332-339, 341, 343,  
344, 349, 359, 361, 362, 383, 388, 391, 396,  
400, 404-406, 409, 412, 438-440, 443-446,  
450-455, 467, 468, 471, 473, 474, 499, 517-  
520, 529, 533, 534, 538, 541, 545, 552, 555,  
629, 632, 651, 658, 662, 663, 734, 753, 813,  
833, 836, 837

- na sudsko saslušanje 14, 130, 582, 787, 788, 791, 793, 795, 838,
  - na štrajk 479, 480, 481, 482, 839,
  - na šutnju optuženog u krivičnom postupku 95,
  - na zakonitog sudiju 14, 303, 643, 644, 773,
  - na zaštitu časti 73, 396,
  - na zaštitu podataka 159, 396,
  - na život 8, 163, 189, 192, 193, 197-199, 206, 207, 209, 213, 214, 223, 785,
  - pojedinca da svoje cjelokupno ponašanje uskladi sa učenjem svoje vjere i da se ponaša u skladu sa tim uvjerenjem 301
  - subjektivno 140, 163, 209, 214, 270, 270, 285, 292, 335, 362, 368, 453, 540, 633, 736,
  - Pravosuđe 14, 27, 29, 44, 53, 58, 85, 102, 104, 114, 130, 155, 274, 276, 303, 318, 447, 492, 543, 588, 655, 704, 721, 722, 728, 731, 733, 752, 755, 762, 765, 774, 775, 789, 793, 794, 795, 796, 806, 809, 811, 818, 820, 824, 831,
  - Pravosudni pripravnik 300, 303
  - Pravosudna vlast 809
  - vidi Pravosuđe
  - Protivpravnost 325, 591, 660, 662, 798, 812, 818,
  - Prekid trudnoće 37, 190, 191, 192, 195, 196, 198-204,
  - Prekršaj 30, 123, 153, 154, 155, 271, 498, 504, 507, 761, 775, 775, 791, 795, 804,
  - Prethodna odluka 219, 559,
  - Pretpostavka nevinosti 217, 797,
  - Prigovor savjesti
  - vidi Odluka savjesti
  - Prijetnja izricanja smrtne kazne 221, 784
  - Princip socijalne države 205, 543, 673, 675,
  - Prinuda 35, 146, 148, 182, 286, 538, 598,
  - Prinudni rad 542, 545,
  - Prisila 95, 814,
  - vidi Prinuda
  - Prisilna liječnička/ medicinska mjera
  - Prisilno izvršenje
  - vidi Izvršenje, prinudno
  - Prisluškivanje telefonskih razgovora
  - mjere 391, 452
  - Pritvaranje 217, 788,
  - Privremena mjera 95, 300, 302,
  - Propisi o uravnoteživanju 622,
- R**
- Radio 29, 35, 200, 323, 324, 325, 327, 329, 343, 344, 347, 348, 349, 352, 365, 366-380, 381, 383-389, 486, 574, 651, 668, 689,
  - zakon o radiju 296, 298, 300
  - Rasprava, usmena 36, 263, 264, 350
  - Razvlašćivanje 598, 599, 609, 610, 614, 616, 617, 623, 624
  - salvatorska klauzula 628
  - zakonom 28, 29, 33, 34, 42, 64, 84, 85, 87, 121, 140, 141, 145, 151, 155, 169, 171, 223, 247, 250, 285, 296, 297, 303, 342, 343, 345, 359, 360, 367, 371, 374, 384, 467, 471, 479, 480-482, 497, 531, 539, 546, 565, 583, 591, 611, 638, 642, 673, 692-695, 699, 704, 710, 727, 733, 739, 747, 750, 753, 762, 775, 777, 779, 797, 802, 803, 807, 809, 818, 834

- Razvoj ličnosti, slobodan 95, 103, 104, 106, 115, 142, 157, 158, 160, 163, 167, 169, 173, 178, 179, 180, 181, 183, 230, 231, 232, 237, 292, 392, 411, 412, 493, 503, 598, 803
- Revizija 73, 396
- Ritualno klanje životinja 281
- Rješenje o izgonu stranca 654, 655
- S**
- Salvatorska klauzula 629  
→ vidi Razvlašćivanje
- Saslušanje 130, 558, 582, 787-789, 791-795
- Savezna država (federacija) 539, 557
- Savezna vlada 34, 39, 170, 174, 257, 287, 289, 427, 554, 555, 655, 668, 669, 685, 687, 688, 690, 714, 727, 738, 747, 749, 750, 754, 802
- informiranje 120, 342-344, 349, 352, 362-364, 369, 372, 488, 549, 556, 557, 574, 587, 687-689
- upozorenja 107, 442, 533, 534, 535, 557
- Savezni kancelar 556, 668, 743
- Savezni predsjednik 5, 7, 20, 27, 31, 37, 47, 58, 223
- Savezni finansijski sud 241, 698
- Savezni radni sud 311, 313, 314, 472, 473
- Savezni sud 49, 50, 162, 166, 173, 258, 322, 325, 327, 355, 358, 359, 415, 443, 472, 559, 602, 712, 811, 829
- Savezni upravni sud 100, 223, 537, 601
- Scientology 104
- Seksualni odgoj 423-426
- Sigurnosni nadzor 224-227, 229, 502
- Sigurnosno zadržavanje, naknadno izricanje mjere 224-229
- Sindikati 54, 59, 446, 458, 462, 463, 466, 470, 475, 476, 482, 598, 673
- Sloboda 54, 70, 72, 81, 85, 95, 99, 100, 101, 103, 104, 106, 107, 108, 111, 112, 114, 115, 119, 120, 131, 137, 142, 150, 156, 157, 160, 161, 163, 167, 169, 173, 178 - 181, 183, 190-192, 201, 221, 223, 230-232, 237, 250, 251, 258, 261, 265, 268, 270, 272, 280, 288, 291, 292, 293, 297, 304, 306, 308-311, 315, 320, 322, 326, 327, 334, 335, 340, 341, 349, 353, 354, 355, 357, 360-363, 365-370, 375, 383, 387, 390, 393, 403, 406, 410-413, 415-417, 419, 434, 440, 441-435, 415-417, 432, 437, 440, 442, 449, 452-456, 458, 459, 461, 466-472, 478, 481-493, 503, 510, 513-515, 517-523, 525, 536-538, 540, 547, 550, 597-599, 601, 605, 607, 624, 635, 643, 659, 672, 675, 705, 735, 758, 803, 833, 834
- djelovanja 100-102, 140, 142, 150, 151, 165-179, 191, 270, 176, 277, 296, 297, 316, 320, 339, 360, 362-364, 385, 406, 408, 410, 411, 441, 453, 462, 464-469, 479-482, 489, 523, 535, 537, 540, 555, 596, 611, 618, 674, 682-685, 695, 696, 697, 708, 715, 725, 730, 737, 740, 741, 745, 749, 751, 755, 801, 812, 830
- informiranja 288, 315, 344, 345, 349, 364, 368, 370, 376, 393, 557, 558
- istraživanja 145, 146, 175, 176, 504, 530, 535, 563, 798

- izbora zanimanja 209, 301, 463, 464, 465, 467, 513-515, 517-523, 528-531, 534, 536-538, 541, 545-547, 552, 659
- iznošenja mišljenja 107, 119, 120, 317, 320, 332, 333, 335-339, 341, 354, 357, 361, 396, 398, 405, 413, 456, 533
- koaliranja 52, 463, 464, 465, 467-474, 476, 674-676
- ličnosti 72, 93, 95, 99, 100-118, 123-131, 136, 137, 142, 143, 150, 157, 158, 160, 163, 167, 169, 178, 180-183, 191, 194, 196-198, 204, 218, 230-232, 235, 237, 257, 261, 273, 292, 302, 319, 322, 333, 335, 339, 341, 345, 350, 351, 387-390, 392-395, 397, 404-408, 411-420, 424-426, 440, 493, 503, 576, 585, 586, 591, 662, 675, 683, 684, 687, 703, 704, 803
- medijska 347, 393, 394
- obavljanja zanimanja 232, 233-237, 247, 283, 301, 514, 515, 517, 519, 522, 528, 529-531, 537, 550, 559, 560-563, 565, 566, 568, 588, 658, 660
- od vanjskog utjecaja putem izvršne vlasti i zakonodavca 780
- ograničenje slobode 217, 234, 389, 443, 456, 480, 489, 520, 527, 552, 802, 803
- okupljanja 297-299, 337-339, 397, 437-459, 813, 814
- putovanja 100
- radija 200, 322, 342-346, 348-350, 352, 366-381, 383-390, 393, 651, 668
- savjesti 193, 265, 267, 273, 291, 824, 825
- štampe 113, 120, 315, 322, 323, 325, 327, 343, 345, 348, 353, 354, 355, 357, 359, 361, 362, 363, 365, 370, 371, 392, 393, 394, 395, 400, 411, 441
- svjetonazora 9, 109, 253, 265, 267, 270-272, 276, 278, 279, 280, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 291, 293-302, 304, 308, 366, 432, 433, 757
- udruživanja 10, 461, 468, 479, 480, 481, 559, 560, 561
- umjetnosti 267, 334, 389, 390, 403-420, 605
- vjere/religije 267, 268, 269, 272-275, 278, 280, 282, 284-286, 288, 291-294, 297, 301-305, 307, 309-313, 434
- vjeroispovijesti 33, 265-268, 271-273, 275-280, 286, 287, 290-295, 298-310, 432, 434, 435
- znanosti 10, 39, 47, 64, 85, 143, 403, 552, 699
- Slobodan prostor procjene/odlučivanja 523
- Služba (sudskog/sudijskog) dežurstva 590, 591, 592, 594
- vidi Sudija
- Socijalna država 13, 205, 671,
- Socijalna pomoć 672,
- Spolno određenje, pripadnost 167, 171
- Sporazum (o priznanju krivice) u krivičnom postupku 710-712
- Stan 11, 67, 211, 251, 493, 573-578, 582, 585-593, 597, 612, 620, 621,
- pretres stana 590, 591, 592,
- Statut 38, 39, 42, 526, 529, 668, 725, 741,

743, 743, 750, 804, 805,  
 Stranac 253, 254, 452, 596, 634, 635, 639,  
 640, 654, 656, 662, 683, 756, 784,  
 Sudija 25, 29, 31, 32, 33, 35, 36, 47, 58,  
 65, 71, 92, 193, 210, 218, 219, 241, 280,  
 303, 305, 311, 316, 319, 417, 490, 511, 575,  
 577, 579, 580, 588, 591, 594, 645, 704, 705,  
 762, 774, 776, 778-780, 784, 812, 818, 831,  
 832, 834, 835  
 - nezavisnost/nepriistrasnost [sudija/sudova]  
 33, 774, 775, 794  
 - postavlja je državnih službenika za sudije  
 na određeno vrijeme u upravnim sudovima  
 777-781  
 - služba (sudskog/sudijskog) dežurstva  
 590-592, 594  
 - sudsko/sudijsko odlučivanje 590-594  
 - sudijsko pravo 832  
 Sudska praksa 97, 135, 151, 161, 184, 186,  
 226, 301, 313, 332, 334, 349, 355  
 Sudska rasprava  
 - javnost 17, 22, 37, 47, 73, 94, 95, 104,  
 106, 115-117, 120-128, 131, 142, 157, 182,  
 201, 218, 221, 224 226, 228, 230, 240, 259,  
 263, 288, 296, 305, 307, 323, 335, 342, 344,  
 345-347, 350, 351, 360, 362, 363, 387, 389,  
 391, 392-397, 399, 405, 411, 412, 415  
 - televizijsko snimanje 342, 348  
 Sudsko saslušanje 14, 130, 582, 787, 788,  
 791, 792, 793, 795, 838, 843  
 → vidi Pravo na sudsko saslušanje  
 Suodlučivanje 739, 743  
 Supsiđijarnost 564

## Š

Šarnir norma 497  
 Škola 275, 276, 278-280, 290, 293-295,  
 305-313, 423-425, 432-435, 483, 539, 540,  
 605  
 - vjerski neutralna 306, 308, 311  
 Školska molitva 432-435  
 Štićenik 161, 163-166

## T

Tajna 131, 146, 147, 487, 500, 689  
 Tajnost bežičnog komuniciranja 486, 487,  
 488, 490  
 Tarifna autonomija 475  
 Telekomunikacija 126, 131, 487, 489, 490,  
 491, 495-501, 505, 506, 507, 508, 510, 511,  
 567-571  
 - IP adresa 497, 498, 503, 504  
 - nadzor i snimanje 569  
 - ponuđači telekomunikacijskih usluga 497,  
 498  
 - povjerljivost 502, 507, 560, 561, 687  
 - promet i sadržaj (tele-) komunikacija  
 → vidi Tajnost bežičnog komuniciranja  
 Televizija 325, 388  
 Teorija stepenovanja  
 Terorizam 122  
 Tjelesni integritet 8, 139, 155, 159, 163,  
 164, 189, 194, 197, 209, 210, 213, 214, 502,  
 645, 646  
 Tržišna vrijednost 242  
 Tumačenje 7, 21, 26, 27, 31, 44, 63, 64,  
 65, 66, 70-73, 120, 134, 136, 158, 173, 218,



225, 226, 238, 253, 256, 285, 309, 310, 311,  
 313, 318, 322, 325, 329, 330, 333, 334, 335,  
 336, 338, 341, 355, 358, 359, 393, 398, 406,  
 423, 451, 459, 460, 476, 487, 517, 574, 575,  
 577, 578, 583, 601, 602, 634, 644, 655, 658,  
 698, 729, 732, 741, 748, 768, 770, 794, 806,  
 808, 809, 810, 811, 817, 820, 829  
 - prošireno 1, 3, 5, 21, 80, 141, 158, 339,  
 405, 469, 741, 808  
 - osnovnih prava 28, 35, 41-44, 70, 72, 76,  
 80, 84, 85, 86, 106, 108, 109, 111, 112, 116,  
 117, 124, 132, 133, 136, 13, 140, 144, 158,  
 159, 161, 163, 164, 180, 191, 192, 198, 209,  
 210-213, 215, 216, 218, 226, 234, 235, 236,  
 255, 259, 266, 268, 273, 274, 285, 289, 298,  
 299, 304, 307, 308, 309, 313, 316, 319, 322,  
 330, 332, 334, 338, 364, 365, 369, 383, 393,  
 397, 406, 413, 415, 422, 426, 442, 446, 447,  
 453, 454, 455, 456, 457, 471, 472, 490, 499,  
 500, 501, 508, 509, 521, 538, 548, 613, 638,  
 642, 646, 651, 656, 663, 672, 687, 689, 702,  
 721, 722, 723, 728, 730, 732, 735, 755, 756,  
 758, 759, 761, 763, 769, 791, 799, 803, 813,  
 814, 838, 841, 842  
 - u skladu sa Ustavom 38, 65, 66, 67, 93,  
 100, 101, 126, 133, 135, 143, 149, 150, 158,  
 162, 209  
 - zakona 14, 17, 19, 25, 26, 27, 28, 30,  
 33, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 45, 47, 49, 51,  
 52, 53, 54, 64, 65, 66, 67, 76, 150, 151, 152,  
 153, 155, 165, 167-170, 172, 173, 177, 186,  
 190, 192, 195, 196, 205, 206, 207, 210, 214,  
 215, 217, 222, 221, 225, 229, 232, 235, 236,

240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 248, 250,  
 253, 256, 257, 258, 273, 281, 283, 285, 296,  
 304-307, 309, 310-313, 319, 320, 322, 332,  
 333, 337, 338, 340, 343, 344, 353, 360, 367,  
 369, 370, 372, 373, 375, 377, 381, 387, 389,  
 392, 395, 398, 405, 406, 410, 422, 424, 426,  
 427, 438, 439, 442, 443, 450, 455, 459, 465,  
 470, 473, 474, 476, 487, 489, 491, 494, 495,  
 497, 498, 499, 500, 505-508, 510, 511, 515,  
 517, 518, 522, 523, 525, 529, 531, 534, 538,  
 540, 546, 548, 552, 556, 557, 562, 563, 566,  
 567, 569, 570, 575, 582, 583, 591, 596, 598-  
 601, 603, 604, 609, 613, 615-619, 622-625,  
 627, 632, 635, 639, 644, 651, 655, 659, 672,  
 675, 681, 693, 694, 695, 697, 698, 700-709,  
 743, 798, 801-810, 817, 820,

## U

Ugrožavanje reda i mira u školama ili na  
 neutralnosti države (apstraktno, konkretno)  
 308  
 Univerzitet 33, 35, 171, 210, 536, 651  
 Upozorenje 396, 533, 534, 535  
 → vidi Savezna vlada  
 Upravni akt 615, 627, 656  
 Ured za zaštitu ustavnog poretka (Savezni,  
 zemaljski) 360, 363, 364, 686, 689, 690  
 Ustavni organ 26, 27, 37, 678  
 Ustavno uređenje 44, 100, 101, 103, 191,  
 404, 405, 681  
 Usvajanja pastoraka u vanbračnim  
 porodicama 259, 261, 262, 263  
 → vidi Porodica

**V**

Vajmarski ustav 28, 54, 745  
 Veliki petak, (zakonski) praznik 296-299  
 - obaveza na posebnu zaštitu tišine 296-299  
 - održavanje javnog skupa 296-299  
 Vlasništvo 12, 70, 80, 426, 444, 454, 457, 495, 595, 597, 598, 599, 602, 604, 605, 607, 609, 611, 614, 616, 620, 621, 623, 624-627, 846, 847, 848  
 - zaštita 96, 106, 107, 111, 112, 114-117, 119-121, 123, 125-128, 132, 145, 150, 153, 159, 166, 179, 182, 186, 190, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 200, 201, 203, 209, 218, 224, 231, 234, 235, 237, 259, 260, 262, 282, 284, 298, 320, 332, 333, 336, 343, 347, 350, 351, 354, 357, 362, 393, 410, 426, 440, 447, 466, 470-474, 491, 493, 503, 514, 515, 518, 519, 521, 532, 551, 561, 562, 566, 569, 576, 584, 585, 600, 607, 620, 625, 629, 635, 637, 640, 654, 655, 660, 661, 674, 683, 688, 699, 703, 723, 730, 731, 735, 753, 757, 781, 795, 808, 814, 829, 838, 842, 843,  
 Vojnik 43, 53, 328, 329, 330, 331, 337, 388, 707, 741, 742, 743,  
 Vrednovanje nekretnina 241

**Z**

Zabrana 14, 21, 33, 35, 47, 145, 149, 151, 153-155, 167, 193, 194, 196-199, 203, 230, 232, 255, 284, 290, 298, 301, 302, 307, 308, 313, 327, 338, 345, 347, 352, 354, 382, 416,

417, 420, 429, 444, 445, 449, 455, 464-466, 478-482, 502, 503, 513, 522, 531, 532, 535, 538, 558, 559, 560, 563-566, 596, 597, 603, 606, 611, 632, 646, 655, 678, 681, 682, 695, 708, 715, 753, 774, 783, 801, 809, 839, 842,  
 - adekvatnost 298,  
 - demonstracija/demonstriranja 438-449, 452  
 - korištenja dokaza kod povrede obaveze pribavljanja sudske naredbe 645-647  
 - nošenja marame za referendare (pripravnike) u sudskim pripravnicičkim službama 300  
 - paušalna zabrana nošenja marame 305  
 - personalnog preplitanja između organa sudske i izvršne vlasti 778  
 - pomaganja u samoubistvu u formi obavljanja zanimanja 230, 235, 236-238, 147, 283, 301, 514, 516, 517, 519, 528, 529, 530, 531, 534, 537, 550, 559-561, 563, 565, 566, 568, 588, 658, 660, 844,  
 - pretjerivanja 119, 149, 151, 153, 154, 194, 210, 596,  
 - štrajka za državne službenike 478, 780, 481,  
 - uspostavljanja partnerskih društava advokata sa ljekarima i farmaceutima 558-563  
 Zahtjev distinkcije 226, 227,  
 Zajednica življenja partnera istog pola, registrirana 839,  
 Zakletva 271, 273,  
 Zakon 14, 17, 19, 21, 22, 25, 26-30, 33,

- 36-50, 51-58, 64-67, 77-89, 92-96, 102, 103, 107, 110, 123, 133, 135, 136, 139, 143, 146, 148, 149,-154, 155-160, 165, 167, 169, 170, 172,173, 177, 181, 186, 190, 192, 195, 196, 203, 205, 206, 207, 210, 214, 217, 222, 225, 232, 236, 240, 241-246, 247, 250, 253, 256, 257, 258, 260, 273, 274, 281, 282, 284, 285, 296, 306, 309-313, 316, 319, 320, 322, 329, 332, 333, 335, 337, 340, 343, 344, 345, 355, 359, 360, 363-367, 368-370, 372-377, 381, 382, 387, 392, 395, 398, 405, 406, 410, 424, 426, 427, 428, 438-447, 450, 455, 459-463, 465-467, 469-471, 473, 481, 489, 490, 494, 495, 496, 497-501, 505-509, 510, 511, 515, 517, 518, 522, 523, 534, 536, 540, 541, 546, 547, 549, 550, 551-553, 557, 561, 563, 567, 568, 570, 599, 609, 611, 613, 616, 626, 632, 642, 653, 668, 692, 696, 702, 704, 706, 708, 714, 715, 724, 736, 737, 738, 745, 749, 750, 753, 755, 756, 758, 762, 768, 790, 793, 797, 798, 802-805, 807, 808, 815-817, 819, 824, 834, 842, 844, 847,
- opšti 34, 40, 48, 87, 101, 102, 104, 107, 124, 130, 143, 150, 153, 154, 204, 215, 240, 268, 272, 316, 319, 320, 322, 332, 338, 341, 342, 344, 345, 354-356, 359, 263, 369, 372, 380, 389, 398, 406, 424, 425, 433, 445, 466, 471, 790, 718, 525, 534, 536, 541, 547, 550, 597, 609, 613, 629, 655, 656, 668, 672, 692, 706, 729, 740, 755, 804, 805, 818, 819, 824, 841,
  - Zakon o atomskoj energiji 49, 214, 702,
  - Zakonitost 44, 126, 205, 224, 225, 228, 452, 506, 541, 552, 557, 594, 601, 613, 614, 656, 663, 692, 830, 831, 832, 835,
  - Zakonodavac 19, 29, 34, 64, 76, 80, 86, 101, 133, 135, 136, 138-142, 144, 148, 151, 153-158, 161, 163, 168, 173, 176, 181, 184, 186, 192, 193, 196-198, 200-208, 220, 226, 227, 229, 233-238, 241, 245, 259, 344, 430, 447, 502-504, 506, 515, 517-519, 527-529, 535, 536, 538, 541, 547, 549, 558, 562, 601-606, 610-613, 616, 629, 639, 699, 708, 736, 743, 753-758, 762, 779, 795-799, 803, 804, 808-811, 815-819,
    - sloboda uređivanja
    - Zakonski pozitivizam 704,
    - Zanimanje 33, 105, 236, 284, 394, 518-520, 533, 547, 549, 560, 658, 842,
    - Zastupnik 244, 352, 396, 684, 687, 705, 760, 843,
    - Zaštita
      - autonomije i života 233, 235,
      - ljudskog dostojanstva 81, 85, 92, 93, 96, 97, 191, 197, 208, 223, 272, 293, 310 341, 359, 406, 493, 482, 483, 491, 640, 682,
      - vidi Ljudsko dostojanstvo
      - načela zakonitosti 224, 225, 228, 692,
      - od negativnih posljedica retroaktivne primjene zakonskih propisa 225,
      - od izvršenja 217, 223, 608, 657, 796,
      - povjerenja 95, 127, 177, 229, 438, 486, 491, 566, 687, 709, 738, 745, 755, 756, 808, 828, 839,
      - životinja 281, 282-286, 254, 844,
      - Zatvorenik 84-88, 226-228, 542-545,



