

Osnovne značajke prava na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom ustavnom pravu*

SINIŠA RODIN**

Sažetak

Autor izlaže povijesno utemeljenje i razvoj prava na slobodno razvijanje osobnosti kojega jamči Čl. 2 I Tz. Usprkos činjenici da je taj članak u formalnom smislu ostao nepromijenjen od dana donošenja Temelnog zakona do danas, pravo na slobodno razvijanje osobnosti razrađeno je i dodatno razvijeno praksom Saveznog ustavnog suda. Pravo na slobodno razvijanje osobnosti zajamčeno tom odredbom prvenstveno je pozitivno ustavno pravo, ali njegovo značenje izvire iz nadpozitivnog pojma slobode. Savezni ustavni sud razvio je Čl. 2 I Tz u dva glavna smjera. S jedne strane, kada se taj članak tumači statički i zajedno s Čl. 1 I Tz, njime je zaštićeno opće pravo osobnosti, a kada se tumači u dinamičkom smislu, njime se štiti opća sloboda djelovanja. Široko tumačenje pojma ustavnog poretka za potrebe Čl. 2 I Tz dovelo je, također, i do proširenja ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe. Tako podnositelji imaju pravo podnijeti ustavnu tužbu ističući da bilo koje pravno pravilo koje navodno krši njihova temeljna prava ne pripada ustavnom poretku. Autor zaključuje: Zatvoreni popis temeljnih sloboda i prava moguć je samo u odsutnosti njihove konkretizacije. Svako tumačenje Saveznog ustavnog suda, dakle konkretizacija, nužno dovodi do promjene njihova opsega i sadržaja. Tako se osigurava primjena temeljnih prava kao subjektivnih ustavnih prava i ograničava vladavina većine.

1. Određenje problema

Koja su naša prava i slobode? Odakle ona izvire, što ih određuje i koje su njihove granice? Odgovori na ova pitanja ovise o diskurzivnom okviru u kojem ih tražimo. Stoga je prije svega potrebno ograničiti diskurs.

*Članak predstavlja ranu verziju istraživanja koje je autor vodio na Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht u Heidelbergu. Konačna, znatno opsežnija verzija objavljena je u Zborniku Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1/2 (1997.) Rezultati istraživanja prikazani su na znanstvenom skupu Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti "Klasifikacija prava i sloboda čovjeka prema posljedicama njihova kršenja", Zagreb, 18. travnja 1997. Autor bi želio izraziti posebnu zahvalnost Max-Planck institutu u Heidelbergu koji je omogućio ovo istraživanje.

** *Siniša Rodin*, viši asistent na Katedri za Ustavno pravo na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

Vremenski okvir na koji se diskurs odnosi označen je pojavom škole društvenog ugovora koja je ukazala na razliku između prirodnog stanja (the state of nature)¹, u kojem prevladava izvaninstitucionalna društvena interakcija, i stanja društvenosti za koje je karakteristična normativna regulacija. O tome upravo i govori Locke, ističući da u prirodnom stanju izvršna vlast prirodnog zakona pripada svakome. Prelaskom u društveno stanje, ona se alocira nadležnim državnim magistratima.²

U prirodnom stanju pojedinci u ostvarivanju svojih ciljeva nisu ograničeni ničim doli svojim osobnim moćima i sposobnostima. Da bi se iz prirodnog stanja prešlo u društveno, potrebno je zaključiti tzv. društveni ugovor koji predstavlja kvalitativni skok u višu fazu društvene integracije.

No, zbog čega dolazi do zaključivanja društvenog ugovora? Što navodi pojedince na stvaranje zajednice? Odgovori klasičnih teoretičara društvenog ugovora međusobno se razlikuju. Hobbesov odgovor upravo proizlazi iz njegova opisa prirodnog stanja. Ono je toliko jadno i nepodnošljivo da mu je potrebno stati na kraj. Izlazak iz prirodnog stanja uvjet je opstanka i progressa.³ Rousseau navodi kako su u prirodnom stanju zapreke individualnoj egzistenciji postale prevelike da bi ih pojedinac mogao sam savladati. Zbog toga je potrebno upotrijebiti zajedničke snage, što je moguće samo u organiziranoj zajednici. S druge strane, Locke kao jedan od ključnih čimbenika konstituiranja političke zajednice vidi potrebu za osiguranjem privatnog vlasništva.⁴ Isto, dakako, vrijedi i za ostala dobra čije je uživanje moguće osigurati jedino pravno uređenim zajedničkim djelovanjem.

Od trenutka zaključivanja društvenog ugovora pojedinci su uključeni u sustav pozitivnih (ugovornih) prava. Sloboda koju su do tada uživali kao prirodnu slobodu postaje pravno određena, te stoga i ograničena.

Svi suvremeni ustavi koji sadrže jamstva temeljnih sloboda i prava nužno se moraju tumačiti u opisanom kontekstu. Prava i slobode ponajprije su pozitivna prava i pozitivne slobode. Ona proizlaze iz društvenog ugovora i mimo njega ih nije moguće ni odrediti, ni ostvarivati. Međutim, njihov sadržaj nije i ne može biti konačno određen. Konkretizacija sadržaja temeljnih sloboda i prava, te uvjeti njihove primjene uvijek ovisе o tumačenju Ustava u konkretnom slučaju.

¹Vidi, npr., Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Penguin Books Ltd., London, 1985.; Locke, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney, 1991.

²Locke, *supra*, bilješka 2, na str. 272: "And in this case, and upon this ground, every Man hath a Right to punish the Offender, and be Executioner of the Law of Nature."

³Hobbes, *supra*, bilješka 2, na str. 223.

⁴Locke, *supra*, bilješka 2, na str. 330, 1.

U predstavljenom kontekstu problem koji bih želio razmotriti izgleda neuobičajeno. Želio bih predstaviti temeljno pravo koje egzistira unutar i na temelju njemačkog ustavnog poretka, čije kršenje ima posve konkretne posljedice, a čiji sadržaj nije unaprijed određen, već je njegova konkretizacija u rukama Ustavnog suda pa ga se zbog toga ponekad navodi kao “neimenovano temeljno pravo” (unbennantes Freiheitsrecht).⁵ Štoviše, to je temeljno pravo po svom sadržaju šire od jamstava Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda.

2. Temeljna prava u njemačkom ustavnom pravu

Jamstva temeljnih prava regulatorni su prioritet njemačkog Temelnog zakona. U ustavnoj sistematici ona su smještena na prvo mjesto, te su sva tijela državne vlasti neposredno vezana odredbama kojima su ta prava zajamčena. Naime, temeljna prava kao neposredno važeće pravo, obvezuju sve tri grane vlasti: zakonodavnu, izvršnu i sudbenu.⁶

Njemačka ustavna teorija, posebice teorija temeljnih prava, suočena je s problemom kojega Alexy naziva problemom utemeljenja (Fundierungsproblem).⁷ On počiva u tome što, s jedne strane, Temeljni zakon priznaje nadpozitivno pravo kojim je vezan i sam ustavotvorac,⁸ čemu se, s druge strane, suprotstavlja široko zastupano shvaćanje da su u današnjem njemačkom ustavnom pravu temeljna prava ponajprije pozitivna prava zajamčena Ustavom,⁹ te da subjektivna temeljna prava mogu postojati i ostvarivati se samo unutar ustavnopravnog poretka.

Starija njemačka teorija polazi od formalno-pravnih postavki. Na takvim postavkama izgrađena je, primjerice, teorija statusa (Statustheorie) Georga Jellineka, koja danas, premda zastarjela, predstavlja jedno od ishodišta teorije temeljnih prava. Prema Jellineku, različita prava koja pojedinci imaju u odnosu prema državi *ovise o njihovom prethodnom priznanju od strane*

⁵Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995., na str. 183.

⁶Ustav (Njemačka), članak 1, stavak 3.

⁷Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, zweite Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994., str. 25, 6.

⁸Ustav (Njemačka), članak 1, stavak 2: “Njemački narod stoga prihvaća nepovrediva i neotuđiva ljudska prava kao temelj svake ljudske zajednice mira i pravednosti u svijetu.” Vidi i značajnu odluku Saveznog ustavnog suda od 23.10.1951. BVerfGE 1, 14 (61): “Eine verfassungsgebende Versammlung...” “... ist nur gebunden an die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze...”

⁹Tako i Alexy govori o teoriji ustavnih temeljnih prava kao o teoriji pozitivnih prava. Alexy, *supra*, bilješka 7, na str. 21.

države. Jellinek razlikuje četiri građanska stanja (statusa) u kojima građani ostvaruju svoju pripadnost državi: pasivni status (status subjectionis) koji određuje obaveze pojedinca prema državi i u kojem je njegova autonomija isključena, negativni status (status negativus, odn. status libertatis) koji određuje granicu individualne slobode koju država jamči, pozitivni status (status positivus) koji ovlašćuje pojedince na različita socijalna primanja od države i aktivni status (status activus) koji ovlašćuje građane na aktivno sudjelovanje u državnim poslovima.¹⁰

U današnjem ustavnom kontekstu Njemačke, Jellinekova se teorija odbacuje kao neodgovarajuća. Tako Starck ističe da temeljna prava ne smiju više ovisiti o slobodnoj dispoziciji države.¹¹ Jellinekovu teoriju odbacuje i Hesse. Kako ističe, ona se razbija o čl. 1, stavak 1 (nepovredivost ljudskog dostojanstva) i stavak 2 (natpozitivna narav temeljnih prava) Temelnog zakona koji predstavlja stvarnu zaštitu, a ne formalna jamstva sposobnosti biti “nositeljem prava i dužnosti”.¹² Hesse tvrdi da Jellinek ne može objasniti zbog čega Ustav štiti konkretne slobode, te ih različitim razinama zakonskog pridržaja ograničava, umjesto da zajamči opće pravo na slobodu od nezakonitog pritiska.

U skupinu temeljnih prava natpozitivne naravi ubraja se jamstvo ljudskog dostojanstva koje je propisano člankom 1, stavak 1 Temelnog zakona za koje se smatra da je pozitivnopravni izraz prirodnog prava. Pravo na ljudsko dostojanstvo natpozitivno je pravo (überpositives Recht) i prethodi državi.¹³ Potvrdu tome nalazimo već u jednoj ranoj odluci bavarskog Ustavnog suda koji je zaključio da je Ustav priznao od ranije postojeća prirodna prava, među njima i pravo na ljudsko dostojanstvo.¹⁴ Tako formulirano pravo ima višu pravnu snagu od ostalih ustavnih odredaba, te se označava, kako navodi Nipperdey, normom višeg ranga (Norm höheren Ranges), nadzakonskom normom (übergesetzliche Norm) ili elementarnim temeljnim pra-

¹⁰Jellinek, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1919., str. 86, 7; Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre* (3. izd. 1914.), str. 418.

¹¹Starck, Christian, Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms, u: C.Starck (ed.), *Rights, Institutions and Impact of International Law According to the German Basic Law*, na str. 38.

¹²Hesse, Konrad, *supra*, bilješka 5, na str. 128.

¹³Nipperdey, H.C., Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, Zweiter Band, Duncker & Humblot, Berlin, 1954., str. 2.

¹⁴Die... Verfassung selbst hat die Würde der menschlichen Person und den Gleichheitsgrundsatz im Sinne materieller Gerechtigkeit als Menschenrechte, d.h. als dem positiven Recht vorausliegende Rechte erkannt und anerkannt. Es ist die Auffassung des Verfassungsgesetzgebers selbst, dass er die Rechte nicht geschaffen, sonder vorgefunden hat.” Bayerische VGH (Entscheidung vom 10.6.1950.) (*GVBl*, 1950., 104.)

vom (elementares Grundrecht). Takvom vrstom normi vezan je i zakonodavac, ali i ustavotvorna skupština.

Filozofsko utemeljenje za priznanje natpozitivnog prava nalazimo, primjerice, kod Radbrucha, koji smatra da nepravedno pozitivno pravo gubi svoju pravnu prirodu.¹⁵ Radbruchovu koncepciju gotovo je doslovce prihvatio Vrhovni sud.¹⁶ Što se tiče ustavnog prava, situacija je slična. Ustavni sud priznaje postojanje natpozitivnog prava koje obvezuje i Ustavotvornu skupštinu (pouvoir constituant).¹⁷

Metodološki pristup njemačkog ustavotvorca, odnosno pozitivizacija prirodnih prava, te pripadajuća praksa Saveznog ustavnog suda, naveli su svojedobno Gjankovića¹⁸ na zaključak da bi Savezni ustavni sud imao mogućnost ocjenjivati ustavnost normi samog Temelnog zakona. Sud je, doista, izričito naveo da je u njegovoj nadležnosti kontrola sukladnosti pozitivnog prava s natpozitivnim, te da svoj autoritet izvodi iz biti svoje sudbene dužnosti i ideje prava. Međutim, odluke Ustavnog suda mogu imati tek zakonsku snagu,¹⁹ i to u zakonom propisanim situacijama.²⁰ Osim toga, iako Ustavni sud ne isključuje takvu mogućnost, u dosadašnjoj praksi suda još nije zabilježen slučaj oglašavanja neke ustavne norme neustavnom. Mišljenja njemačkih znanstvenika o takvoj mogućnosti podijeljena su. Jedni, poput Backhoffa i Radbrucha, smatraju da sudbena vlast ne crpi svoj autoritet isključivo iz pisanog ustava, već i iz ideje pravednosti.²¹ Tome se dodaje argument da, s obzirom na to da su prema čl. 79. stavak 3 Ustava

¹⁵“... wo Gerechtigkeit nicht einmal erstebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur 'unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.” Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *SJZ* 5 (1946.) 105, 107.

¹⁶*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs*, 3, 94 (107): “Das Gesetz findet dort seine Grenze, wo es in Widerspruch zu den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes oder zu dem Naturrecht tritt oder der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat. Wird der Grundsatz der Gleichheit bei der Setzung des positiven Rechts überhaupt verleugnet, dann entbehrt das Gesetz der Rechtsnatur und ist überhaupt kein Recht.”

¹⁷BVerfG 1 14(61): “Sie ist nur gebunden an die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze...” O tome vidi: Gjanković, Ustavni sud Zapadne Njemačke, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (1955.), str. 94.

¹⁸Gjanković, *supra*, bilješka 17, na str. 94.

¹⁹Članak 94, stavak 2 Temelnog zakona; vidi i: Seuffert, Walter, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkungen, 104 *AöR* (1979.), 169.

²⁰Čl. 31, stavak 2 Zakona o Saveznom ustavnom sudu, *BGBI*, I S, 1473.

²¹Backhoff, Otto, Zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen, 7 *NJW* (1952.), str. 242, 3.

izvjesne promjene Ustava zabranjene, Ustavni sud mora imati mogućnost ocjene ustavnosti Ustava, u najmanju ruku u formalnom smislu. S druge strane, Appelt dodaje da iz materijalno-pravnih zahtjeva ne proizlazi i nadležnost Ustavnog suda da kontrolira ustavnost ustavnih normi.²² Appelt zaključuje da se Ustavni sud mora ograničiti na tumačenje Ustava prema smislu (Sinn) i doslovnom tekstu (Wortlaut), te da ne smije odlučivati o njegovoj valjanosti.

Međutim, važno je zapamtiti međusobnu isprepletenost prirodno-pravnog utemeljenja i pozitivno-pravnih jamstava temeljnih prava. Tako i Hesse, priznajući ulogu natpozitivnog prava ipak ostaje u pozitivno-pravnim okvirima. Ustavno-pravni status temeljnih prava ne može se shvatiti kao puko priznanje predrđavnog i pretpravnog, te od države i pozitivnog prava nezavisnog statusa “prirodne” slobode i jednakosti. Sloboda i ravnopravnost pojedinca nikada ne proizlaze “iz prirode”, već postoje samo utoliko ukoliko se mogu stvarno aktualizirati. Bez pravnih jamstava, oblikovanja (Ausgestaltung) i ograničenja (Begrenzung) putem države, i bez pravne zaštite, temeljna prava ne bi bila sposobna osigurati pojedincima realan status slobode i ravnopravnosti.²³

Tako se u ustavnom okviru temeljna prava, u pozitivno-pravnom smislu javljaju kao prava dvostrukog karaktera. U subjektivnom smislu, ona su prava pojedinca, a mogu se dalje razvrstati kao ljudska i građanska prava. U objektivnom smislu, temeljna prava određuju bitne elemente objektivnog ustavnog poretka. Ustavne odredbe kojima se propisuju temeljna prava predstavljaju objektivno pravo. Ona su kao apstraktne i generalne norme ujedno i temelj za zaštitu subjektivnih prava i sloboda.²⁴ Oba aspekta temeljnih prava podložna su tumačenjima Ustavnog suda. Kako je rekao Häberle, funkcija je ustavne jurisdikcije da se ozbilji ustavni normativitet.²⁵ U subjektivnom smislu, to je slučaj kad Ustavni sud, primjerice, štiti pojedince od protuustavnog djelovanja države, a u objektivnom smislu, kad ih Ustavni sud tumači kao temeljna načela Ustava (vergassungsrechtlichen Grundentscheidungen) ili temeljna pravna pravila (Grundsatznormen) koja ograničavaju zakonodavca u oblikovanju pravnog poretka. U takvoj situaciji temeljna prava mogu štititi ne samo pojedince već i čitave pravne institute,

²²Appelt, Willibalt, Erstreckt sich das Richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen?, 1 *NJW* (1952.) str. 1 *et seq.* Vidi i: Müller, Fr., *Die Einheit der Verfassung*, Berlin, 1979., str. 50 *et seq.*

²³Hesse, *supra*, bilješka 6, na str. 282.

²⁴Usp. Badura, Peter, *Staatsrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1986., str. 62.

²⁵Häberle, P. (hrsg.), *Verfassungsgerichtbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976., str. 14.

primjerice pravo vlasništva ili brak.²⁶ U opisanom kontekstu treba razumjeti i pravo na slobodno razvijanje osobnosti.

3. Temeljno pravo na slobodno razvijanje osobnosti

Članak 2, stavak 1 njemačkog Ustava propisuje: “Svatko ima pravo slobodno razvijati svoju osobnost ako time ne krši prava drugih, ustavni poredak ili čudoredni zakon”.²⁷

3.1. Povijesno utemeljenje

Povijesno gledano, članak 2 stavak 1 Ustava potječe iz građansko-liberalnog razumijevanja slobode.²⁸ Međutim, u njemačkom pozitivnom Ustavnom pravu, pravo na slobodno razvijanje osobnosti novijeg je datuma. Ono se najprije javlja u Ustavu zemlje Hessen iz 1946. godine u sljedećoj formulaciji: “Čovjek je slobodan. On smije činiti i dopustiti sve ono što ne krši prava drugih ili ne vrijeđa ustavnopravni poredak zajednice”.²⁹ I Nipperdey ističe da pravo na slobodno razvijanje osobnosti nije klasično pravo koje se razvijalo kroz njemačku ustavnu povijest.³⁰ Povijest nastanka ove ustavne norme govori da je ustavotvorac njome mislio zajamčiti opću slobodu djelovanja (*allgemeine Handlungsfreiheit*). Taj koncept našao je svoj izraz i u Nacrtu temeljnog zakona koji je bio izrađen na jezeru Herrenchiemsee: “Svatko ima slobodu, u granicama pravnog poretka i dobrih običaja, činiti sve ono što drugima ne nanosi štetu.” Nešto izmijenjena formulacija javlja se u redakcijskom prijedlogu Nacrta koji je uz manje redakcijske izmjene prihvaćen kao ustavni tekst.³¹

²⁶Richter, Ingo und Folke Schuppert Gunnar, *Casebook Verfassungsrecht*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996., str. 10.

²⁷Slično tome, članak 22, stavak 1 hrvatskog Ustava propisuje: “Čovjekova je sloboda i osobnost nepovrediva”.

²⁸Ericksen, U.U., *Allgemeine Handlungsfreiheit*, u: Isense/Kirschhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band VIII, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989., str. 1187.

²⁹Usp. Stein, Ekkehart, *Staatsrecht*, 15. Auflage, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995., str. 247.

³⁰Nipperdey, Hans Carl, *Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, Bettermann, Neumann, Nipperdey, *Die Grundrechte*, Band IV/2, Duncker & Humblot, Berlin, 1966., str. 742.

³¹Prijedlog Temelnog zakona od 13. prosinca 1948. sadržavao je sljedeću formulaciju: “Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder Sittengesetze verstößt.” Usp.: Stein, *supra*, bilješka 29 na str. 248. Konačni ustavni

S obzirom na to da članak 2(1) pod pojmom osobnosti misli na individualitet, on je povezan s člankom 1(1), koji sadrži jamstvo ljudskog dostojanstva. No, dok članak 1(1) štiti temeljnu ustavnu vrijednost i programatski i neposredno, članak 2(1) dinamične je prirode - on jamči slobodu da svatko ima pravo, u okvirima ustavnih ograničenja, djelovati na razvijanju svoje osobne naravi.

3.2. Tumačenje Saveznog ustavnog suda

U njemačkoj pravnoj teoriji postoji spor o opsegu opće slobode djelovanja. Tako primjerice Hesse smatra da članak 2(1) obuhvaća tek jednu užu osobnu sferu.³² Međutim, kako iz ustavotvorne povijesti članka 2(1), tako i iz prakse Ustavnog suda proizlazi da to temeljno pravo štiti ukupno ljudsko ponašanje, a ne određeni njegov segment koji je kao takav posebno naveden u Ustavu.³³

Važeće tumačenje članka 2 stavak 1 Temeljnog zakona koje zauzima Ustavni sud, polazi od ustavne formulacije da je opća sloboda djelovanja (*allgemeine Handlungsfreiheit*) zajamčena svakome, u mjeri u kojoj se njome ne krše prava trećih osoba, običajno pravo (čudoredni zakon, *Sittengesetz*) ili ustavni poredak.³⁴ Riječju, tri ustavna kriterija propisana člankom 2, stavak 1 granice su ostvarivanja opće slobode djelovanja. Ovako formuliranoj slobodi Sud je dao veoma široko tumačenje.³⁵ Tako je u jednoj ranoj odluci objasnio da u okviru pojma slobodnog ostvarivanja osobnosti treba razumjeti slobodu djelovanja u najširem smislu.³⁶

Jedan od prvih i vjerojatno najznačajniji predmet u kojem je Ustavni sud definirao doseg članka 2(1) Ustava jest i predmet "Elfes" iz 1957. godine.³⁷ Tada je pojašnjeno da Ustav pod slobodnim ostvarivanjem osob-

tekst glasi: "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."

³²Hesse, *supra*, bilješka 5, na strani 184, 5.

³³Pieroth, Bodo, *Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG*, 115, *AöR* (1990.), 33.

³⁴Za noviji primjer vidi predmet "Reiten im Walde", BVerfGE 80, 137 (154): "Eine Einengung des Schutzbereichs von Art 2. Abs. 1 GG, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Ihr stünde nicht nur die Entstehungsgeschichte der Grundrechtsnorm entgegen". Üsp. BVerfGE 6, 32 (39 f.).

³⁵Za praksu njemačkih sudova u tom području vidi: Peters, Hans, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1963.

³⁶BVerfGE 4, 7 (15 f.).

³⁷BVerfGE 6, 32.

nosti *nije mislio usku definiciju toga pojma na puko ostvarivanje jezgre osobnosti*.³⁸ Članak 2 treba tumačiti u svjetlu članka 1 Temelnog zakona koji definira ljudsko dostojanstvo kao najvišu vrijednost ustavnog poretka.³⁹ Upravo zato što Savezni ustavni sud pravo na slobodno razvijanje osobnosti shvaća ne kao pravo na zaštitu jezgre osobnosti, već kao pravo na sveobuhvatno ostvarivanje osobnosti svakog pojedinca, u njemačkom ustavnom pravu kaže se da članak 2(1) Ustava ima “sveobuhvatnu” funkciju (Auffangfunktion), a da je nasuprot specijalnim temeljnim pravima zajamčenim izričitim slovom Ustava, pravo iz članka 2(1) sveobuhvatno temeljno pravo (Auffanggrundrecht). Na temelju kasnije prakse Ustavnog suda članak je definiran i kao zaštita pojedinaca od prekomjernih regulatornih tereta.⁴⁰ Na temelju toga Pieroth zaključuje kako se ne radi samo o općoj slobodi djelovanja, već i o općoj slobodi od njena ograničavanja.⁴¹ No, u skladu s takvim širokim određenjem članak 2(1) određuje se kao *lex generalis* u odnosu prema ostalim temeljnim slobodama i pravima i nužno je supsidijarnog karaktera. Njegova primjena dolazi u obzir ako nijedna druga ustavna norma ne štiti pravo na koje se stranka poziva.⁴² Ovakvo rješenje dovodi do jedne izuzetno značajne posljedice, a to je *moгуćnost Ustavnog suda da iz apstraktnog i neodređenog općeg prava na slobodu djelovanja izvede posebna prava koja nisu izričekom navedena u Ustavu*. Otuda se i izvodi naziv “neimenovano temeljno pravo”. Tako je na temelju prava na slobodno razvijanje osobnosti Sud pružio zaštitu širokom krugu posebnih, nespecificiranih prava poput privatne i intimne sfere,⁴³ prava na osobnu čast,⁴⁴ prava na osobnu sliku i izgovorenu riječ,⁴⁵ prava na zaštitu podataka,⁴⁶ prava na izlazak iz države,⁴⁷ prava na saznanje podataka o vlastitom podrijetlu.⁴⁸ Štoviše, opća sloboda djelovanja koja proizlazi iz prava na slo-

³⁸Usko određenje toga pojma zastupa, primjerice, Hesse, *supra*, bilješka 5, na str. 184, 5.

³⁹BVerfGE 6, 32 (37).

⁴⁰BVerfGE 29, 402 (408): To je takvo temeljno pravo koje “... nur auf Grund solcher Vorschriften mit einem Nachteil belastet zu werden, die formell und materiell der Verfassung gemäss sind.”

⁴¹Pieroth, *supra*, bilješka 40, na str. 33.

⁴²Usp. Badura, *supra*, bilješka 25, na str. 160.

⁴³BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350); 32, 379; 34, 238 (245); 47, 46 (73); 49, 286 (298); 54, 148 (154).

⁴⁴BVerfGE 35, 202 (220).

⁴⁵BVerfGE 34, 238 (246).

⁴⁶BVerfGE 65, 1; 80, 367; 84, 239.

⁴⁷BVerfGE 6, 32 (36).

⁴⁸BVerfGE 79, 256.

bodno razvijanje osobnosti štiti svaki oblik ljudskog djelovanja, bez obzira na značaj koji pripada djelovanju kojim se osobnost razvija.⁴⁹

Spomenuti predmet *Elfes* je paradigmatičan. Podnositelj ustavne tužbe kojemu je bila uskraćena putovnica pozivao se, između ostalog, na povredu članka 11(1) Ustava, koji štiti slobodu kretanja na čitavom području Savezne Republike Njemačke. Doslovni tekst ne govori o pravu na odlazak iz područja savezne države. Tome svjedoči i zakonodavna povijest toga propisa. O pravu na izlazak iz države nije se govorilo u Parlamentarnom vijeću na Herrenchimsee. Međutim, Sud nije bio uvjeren da je zbog razloga sistematike bilo potrebno u slobodu kretanja zajamčenu člankom 11 Temelnog zakona uključiti i pravo na izlazak iz zemlje. Naime, prema mišljenju Suda, sloboda izlaska iz zemlje ne proizlazi iz članka 11(1) Ustava, već iz opće slobode djelovanja, te stoga ima karakter temeljnog prava i uživa primjerenu zaštitu. Na taj način sud je dopisao novo temeljno pravo, koje nigdje nije izričito zajamčeno u tekstu Ustava, ali se uklapa u okvir slobodnog ostvarivanja osobnosti.

Poseban je problem odnos prava na slobodno razvijanje osobnosti s međunarodnim jamstvima, posebice jamstvima Europske konvencije za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda. Analiza odnosa njemačkog i međunarodnog prava prelazi okvire sadašnje rasprave. Napomenimo tek da međunarodni ugovori prema Temeljnog zakonu imaju snagu akta o njihovoj inkorporaciji.⁵⁰ Dakle, ukoliko je akt o inkorporaciji zakonske snage, inkorporirani ugovor slijedit će njegovu pravnu snagu. Jedno od suvremenijih tumačenja govori pak da norme međunarodnog prava, posebice Europske konvencije, predstavljaju *lex specialis* i kao takve imaju prednost nad kasnijim njemačkim zakonima koji bi im eventualno proturiječili.⁵¹ Međutim, u kontekstu prava na slobodno razvijanje osobnosti, jamstva Europske konvencije uža su od jamstava Temelnog zakona, kako ih je protumačio Savezni ustavni sud.⁵²

⁴⁹Kirchhof, Paul, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung, 21 *EuGRZ* 1994., na str. 20; vidi i: BVerfGE 54, 143 (146); 80, 137 (152).

⁵⁰O tome vidi, npr., Hilf, Meinhard, General Problems of Relations between Constitutional Law and International Law; Riedel Eibe H., Assertion and Protection of Human Rights in International Treaties and their Impact in the Basic Law, u: Starck, Christian, *Rights, Institutions and Impact of International Law According to the German Basic Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.

⁵¹Hilf, *supra*, bilješka 50, na str. 189.

⁵²Stein, *supra*, bilješka 29, na str. 255.

3.3. Granice prava na slobodno razvijanje osobnosti

Kako smo vidjeli, pravo na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom ustavnom pravu široko je definirano, ali s druge strane i ograničeno. Stoga se njegov sadržaj može tumačiti tek u kontekstu ustavnih ograničenja, a to su ustavni poredak, ćudoredni zakon i prava trećih.

(a) Ustavni poredak (Verfassungsmässige Ordnung)

Opća sloboda djelovanja može zakonito biti ograničena svakim zakonom koji pripada ustavnom poretku. Pod pojmom “ustavni poredak”, Ustavni sud smatra sve pravne norme koje su u formalnom i materijalnom smislu u skladu s Ustavom.⁵³ To određenje potječe iz odluke u spominjanom predmetu “Elfes”.⁵⁴ Ustavni poredak u smislu članka 2(1) Ustava pravni je poredak koji je u skladu s Ustavom, odnosno ukupnost pravnih pravila koje su u materijalnom i u formalnom smislu u skladu s Ustavom.⁵⁵ Ustavnom poretku pripadaju i sudska tumačenja pozitivnog prava u okvirima dopustivog stvaranja prava od strane sudova.⁵⁶ Ovakvo široko određenje ustavnog poretka, kad ne bi bilo kvalificirano dodatnim uvjetima, moglo bi stvoriti mogućnost da se primjena članka 2(1) učini posve ovisnom o zakonskoj regulaciji. Takva je situacija, primjerice, vladala u Njemačkoj na temelju Weimarskog ustava iz 1919. godine, prema kojem je zakonodavac u svako doba mogao ograničiti primjenu temeljnih prava. U tom smislu govori se o pravima “praznog hoda” (leerlaufende Rechte).⁵⁷ Njemački Ustav polazi od potpuno drugih pretpostavki i određuje izravnu primjenjivost temeljnih prava.⁵⁸ Stoga je Ustavni sud odbacio mogućnost neograničenog zakonodavnog ograničenja temeljnih prava. Tako je Sud na temelju načela

⁵³Wassermann, Rudolf, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2. Auflage, Band 1, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, 1989., str. 259.

⁵⁴BVerfGE 6, 32 (37 ff); Za novije određenje vidi: BVerfGE 50, 256 (262); 59, 275 (278); 72, 200 (245); 80, 137 (153).

⁵⁵BVerfGE 6, 32, Leitsatz 3.

⁵⁶BVerfGE 74, 129 (152): “Zu dieser Ordnung gehören nicht nur die vom Normgeber gesetzten verfassungsmässigen Vorschriften, sondern auch deren Auslegung durch den Richter und ebenso die im Wege zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung getroffenen Entscheidungen. Indessen sind der anerkannten Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung Grenzen gezogen und zwar nicht nur durch den Grundsatz der Gesetzesbindung in Art 20 Abs. 3 GG. Legt der Richter offene Rechtsbegriffe in einem Gesetz aus oder bildet er Recht fort, stehen die sich daraus ergebenden Einschränkungen des Grundrechts aus Art 2 Abs. 1 GG nur mit der Verfassung im Einklang, wenn sie den Grundentscheidungen des Grundgesetzes, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit entsprechen.”

⁵⁷BVerfGE 6, 32 (40).

⁵⁸Članak 1, stavak 3 Temeljnog zakona: “Dolje navedena temeljna prava, kao neposredno važeće pravo, obvezuju zakonodavnu, izvršnu i sudbenu vlast.”

proporcionalnosti (Verhältnismäßigkeit) osigurao da ustavno pridržana prava zakonodavca na zakonodavnu regulaciju ne isprazne sadržaj jamstava temeljnih prava. Ako zakonodavac ima mogućnost ostvariti ustavni regulatorni cilj sredstvima koja u manjoj mjeri ograničavaju temeljna prava, tada će sve oštrije regulatorne mjere biti neustavne.⁵⁹

U skladu s time, pojam ustavnog poretka ne određuje se prema kriteriju formalnog Ustava, dakle, ustavnog teksta, već su ti kriteriji znatno širi.⁶⁰ Prema shvaćanju Ustavnog suda, zakoni ne samo da moraju biti u formalnom skladu s Ustavom već i u materijalnom skladu s najvišim temeljnim vrijednostima demokratskog poretka, nepisanim elementarnim temeljnim načelima Ustava (elementaren Verfassungsgrundsätzen), te temeljnim rješenjima Ustava (Grundentscheidungen), a posebice s temeljnim načelom pravne države i socijalne države.⁶¹ Zakoni nipošto ne smiju vrijeđati ljudsko dostojanstvo - najvišu ustavnu vrijednost, niti ograničiti duhovnu, političku i gospodarsku slobodu na takav način da se zadire u bit njezina sadržaja, kako je propisano člankom 19(2) Ustava.⁶² I, posebice, zakonska ograničenja moraju biti proporcionalna zaštićenom dobru (Verhältnismässig).⁶³ Zakon može biti dijelom ustavnog poretka samo ako je u skladu s načelom proporcionalnosti, odnosno ako važni razlozi interesa zajednice opravdavaju zahvaćanje u zaštićeno područje.⁶⁴ Pri tome je potrebno da se steknu dva uvjeta. Mjera mora biti potrebna za zaštitu osobito važnog dobra, koje ima veću težinu od individualnog prava, i mora biti prijeko potrebna (unentberlich) za zaštitu toga dobra.⁶⁵

Ustavni sud razvio je ljestvicu vrijednosti za određivanje različitih sfera osobnosti.⁶⁶ Intenzitet zaštite najveći je u unutrašnjoj sferi osobnosti, koja

⁵⁹Starck, Christian, *Entwicklung der Grundrechte in Deutschland*, u: Immenga, Ulrich (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1980., str. 102.

⁶⁰Za uža određenja pojma vidi: Erichsen, U.U., *supra*, bilješka 28, na str. 1199.

⁶¹BVerfGE 6, 32 (41).

⁶²Jamstvo biti sadržaja (Wesengehalt) temeljnih prava uneseno je u Ustavni zakon o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj, *Narodne novine* 34/1992. (pročišćeni tekst), članak 63. Iako slična odredba u tekstu hrvatskog Ustava ne postoji, čini se da je takvo jamstvo implicitno.

⁶³Načelo proporcionalnosti javlja se u hrvatskom Ustavu u kontekstu članka 17, koji regulira ograničenja temeljnih prava u doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti republike. Odnosi li se ta odredba i na članak 16, pitanje je tumačenja.

⁶⁴BVerfGE 18, 315 (327): "überwiegende Gründe des Gemeinwohls den Eingriff rechtfertigen oder gar gebieten". Vidi i: 21, 245 (249).

⁶⁵BVerfGE 7, 377 (405 ff); 11, 168 (183); a naročito 21, 245 (249 ff).

⁶⁶Erichsen, *supra*, bilješka 28, na strani 1200, 1.

protumačena zajedno s člankom 1(1) Ustava predstavlja “jezgru privatnog života” (“Kernbereich privater Lebensgestaltung”) koja je potpuno zaštićena od djelovanja javne vlasti.⁶⁷

(b) Ćudoredni zakon (Sittengesetz)

Ćudoredni zakon jedna je od Ustavom postavljenih granica ostvarivanja prava na slobodno ostvarivanje osobnosti. Kako navodi Erbel, to ograničenje štiti zajednicu od preširoke uporabe individualnih sloboda,⁶⁸ a njegovo određenje ostavljeno je sudbenoj vlasti. Ustav, naime, polazi od pretpostavke da sve norme nisu pravnog karaktera, već da ovise i o shvaćanju ćudoređa, o čemu trebaju odlučivati sudovi.⁶⁹ Neki smatraju da se običajno-etičke granice odnose na sva temeljna prava i bez posebnog izričitog navođenja.⁷⁰ Utoliko bi “neimenovano temeljno pravo”, dakle članak 2 stavak 1 Temeljnog zakona, u ćudorednom zakonu imao na sličan način neodređeno ograničenje. Ponekad se ćudoredni zakon navodi kao kriterij valjanosti pravnih pravila uopće. U tom smislu Isense podsjeća da nećudoredno pravo ne obvezuje.⁷¹ Podlech ističe: “Ćudoredni zakon nije moral!”⁷²

Ustavni sud rijetko se izjašnjavao o tom pojmu. Tako je u odluci “Homosexuellen” zauzeo stav da je spolni odnos osoba istog spola suprotan ćudorednom zakonu.⁷³

(c) Prava trećih osoba

U prava trećih osoba ubrajaju se subjektivna privatna i javna prava fizičkih i pravnih osoba.⁷⁴ Ona se kao granice ostvarivanja ovog temeljnog prava javljaju na temelju činjenice da se pozitivna temeljna prava mogu ostvarivati samo u pravno uređenoj zajednici te da u takvoj zajednici nitko ne može uživati više prava od ostalih ravnopravnih subjekata. Riječju,

⁶⁷BVerfGE 6, 32 (41).

⁶⁸Erbel, Günter, *Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte*, Duncker / Humblot, Berlin, 1971., str. 254 *et seq.*; Vidi i: Wasserman, *supra*, bilješka 53, na str. 208.

⁶⁹Badura, *supra*, bilješka 25, na str. 102.

⁷⁰Isense, Josef und Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band VI, Freiheitsrechte, C.F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989., str. 1202.

⁷¹Haben die Deutschen nicht Jahrzehnte hindurch immer wieder zu hören bekommen, dass unsittliches Recht von vornherein unverbindlich sei? Karlsruhe ist nicht mehr unangreifbar, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26. 9. 1996., str. 13.

⁷²Podlech, u: Wasserman, *supra*, bilješka 53, na str. 279.

⁷³BVerfGE 6, 389 (434). O tome kritički Podlech, u: Wasserman, *supra*, bilješka 53, na strani 278.

⁷⁴Usp. Nipperdey, H.C., *supra*, bilješka 30, na str. 781, 2.

članak 2 stavak 1 Temeljnog zakona ne pokriva djelovanje koje bi kršilo prava trećih.⁷⁵ Podlech ističe da prava trećih formuliraju uvjet simetrije (Symmetriebedingung). Pravni poredak ne smije dopustiti da treće osobe budu prikraćene u korištenju svojih subjektivnih prava zbog širokog tumačenja prava na slobodno razvijanje osobnosti.⁷⁶

3.4. Procesno-pravni učinci članka 2 stavak 1

Široko tumačenje članka 2 stavak 1 Temeljnog zakona ima značenje procesnopravne posljedice. Najznačajnija od njih je da je širokim tumačenjem proširen i ustavni temelj za podizanje ustavne tužbe.

Ustavna tužba nije bila predviđena u izvornom tekstu Temeljnog zakona. Zaštita temeljnih sloboda i prava uvedena je Ustavnim promjenama 1969. godine, kad je usvojen članak 93, stavak 1 broj 4a Temeljnog zakona.⁷⁷ Osnova za podizanje ustavne tužbe propisana je člankom 93, stavak 1, točka 4a Temeljnog zakona. To pravo ima svatko tko smatra da je javna vlast povrijedila neko od njegovih temeljnih prava ili neko od prava zajamčenih u čl. 20, stavak 4, te člancima 33, 38, 101, 103 i 104 Ustava. Međutim, Savezni ustavni sud je odstupio od čistog pozitivističkog koncepta. Pri tome je pošao od pretpostavke da pravo zajamčeno člankom 2 stavak 1 Ustava može biti ograničeno “ustavnim poretkom” u smislu u kojem ga je sam definirao (vidi *supra*). S obzirom na to da ustavnim poretku pripadaju sva pravna pravila koja su u formalnom i materijalnom smislu u skladu s Ustavom, to i podnositeljima ustavne tužbe mora biti omogućeno ukazati na činjenicu da *bilo koje* pravno pravilo koje ograničava opću slobodu djelovanja ne pripada ustavnim poretku. Riječju, u procesnom smislu članak 2 stavak 1 Temeljnog zakona razvio se u jamstvo da temeljna prava mogu biti ograničena samo na ustavan način, što kontrolira i tumači Savezni ustavni sud.⁷⁸ Posljedica je toga tumačenja da je ustavnu tužbu moguće podnijeti na temelju tvrdnje kako je bilo koje pravno pravilo neustavno, odnosno da ne pripada ustavnim poretku,⁷⁹ ili,

⁷⁵Pri tome Nipperdey opravdano ukazuje na razliku između prava trećih i njihovih interesa. Ograničenje iz članka 2 stavak 1 ne odnosi se na interese. Nipperdey, *supra*, bilješka 30, na strani 782.

⁷⁶Podlech, u: Wasserman, *supra*, bilješka 53, na str. 279.

⁷⁷21. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes od 12. svibnja 1969. (*BGBI.* I, S. 359); vidi i: Starck, Christian, *supra*, bilješka 59, na strani 89, 101.

⁷⁸Usp. Podlech, u: Wassermann, *supra*, bilješka 53, na str. 286.

⁷⁹BVerfGE 6, 32 (41): “Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehörte nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstöße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs 1 GG verletzt.”

kako ispravno primjećuje Podlech, temelj za pokretanje ustavne tužbe proširen je do teme mjere da je izjednačen s opsegom zaštite u postupku konkretne kontrole ustavnosti propisa.⁸⁰ Ustavna tužba bit će dopuštena i na temelju tvrdnje da zakonodavac nije bio nadležan za donošenje određenog akta.⁸¹

Time se vraćamo na opću problematiku određenja temeljnih prava u njemačkom ustavnopravnom poretku, posebice na njihovo prirodno-pravno utemeljenje i pozitivno-pravno egzistenciju. U materijalno-pravnom smislu, pravo na slobodno razvijanje osobnosti predstavlja pravno određenu slobodu koja je ograničena, ali u tim granicama ujedno i zaštićena, a ne neograničenu i apstraktnu “prirodnu” slobodu.⁸² Navedeno temeljno pravo moguće je ostvariti samo u okvirima pozitivno određenog pravnog poretka, što je naročito bitno za njegova procesna jamstva. U procesnom smislu, Savezni ustavni sud proširio je zaštitu temeljnih prava preko granica pisanog Ustava bez potrebe da se pozove na prirodno natpozitivno pravo. Tako su procesnopravne posljedice izvedene iz materijalno-pravnog određenja toga temeljnog prava. Jer, kad bi se građanima uskratila mogućnost pokretanja ustavne tužbe zbog povrede članka 2 stavak 1, njegova učinkovitost bila bi dovedena u pitanje, a pravo bi se preobrazilo u tzv. pravo praznog hoda, što je suprotno konceptu Temeljnog zakona. Iako sud nije to izričito rekao, čini se da je u području širenja procesnih jamstava primijenio tumačenje *effet utile*. Ni ovdje sud nije izašao iz pozitivno-pravnih okvira, već je samo široko odredio pojam ustavnog poretka, izjednačivši ga, *de facto*, s pravnim poretkom i načelom ustavnosti i zakonitosti. Ovakvo rješenje koje je sud nastavio kontinuirano primjenjivati nije bilo pošteđeno kritike, pa i otvorenog pozivanja na promjenu takve prakse.⁸³

Međutim, ne treba zaboraviti da Ustavni sud kroz svoje odluke projicira izvjesno shvaćanje društva, odnosno tumači izvjesna temeljna rješenja Ustava (*Grundentscheidungen*). U pozadini ovakvog širokog tumačenja može se uočiti želja Ustavnog suda da, u skladu s pluralističkim shvaćanjem društva, u ustavni proces uključi što je moguće više legitimnih interesa. To se uočava, kako u procesnim tako i u materijalnim aspektima. Primjerice, u predmetu *Erft-Verband* iz 1959. godine zaključio je da postupak ustavne tužbe mogu pokrenuti i u njemu sudjelovati i pravne osobe.⁸⁴ Istodobno je ponovljeno da svatko može pokrenuti ustavnu tužbu

⁸⁰Podlech, u: Wassermann, *supra*, bilješka 53, na str. 287.

⁸¹BVerfGE 24, 367, leitsatz 1.

⁸²Tako i Badura, *supra*, bilješka 24, na str. 161.

⁸³Vidi, npr., izdvojeno mišljenje koje je uz predmet *Reiten im Walde* priložio sudac Grimm: “Daher sollte diese vom Grundgesetz nicht vorgesehene Banalisierung der Grundrechte und damit verbundene Ausuferung der Verfassungsbeschwerde rückgängig gemacht werden.” BVerfGE 80, 137 (168).

⁸⁴BVerfGE 10, 89 (99): “Die Beschwerdeführer können sich auf Art. 2 Abs. 1

protiv zakona za koji smatra da mu ograničava slobodu ostvarivanja osobnosti, a ne pripada ustavnom poretku.⁸⁵

Širenje temelja za pokretanje ustavne tužbe otvorilo je put za ocjenjivanje zakona prema načelu proporcionalnosti, tako da se danas opća sloboda djelovanja shvaća kao sloboda od nepotrebnih i prekomjernih zakonskih ograničenja.⁸⁶

4. Zaključak

Privodeći kraju ovo izlaganje o naravi prava na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom ustavnom pravu, istaknimo njegove četiri glavne značajke.

1. Pozitivnopravnost: Pravno sadržano u članku 2(1) Temelnog zakona nije prirodno pravo. Ono je određeno ustavnim poretkom i samo u njegovim okvirima se može ostvarivati. Ustav određuje i granice njegova ostvarivanja, a to su ustavni poredak shvaćen kao sveukupnost pravnih normi, pisanih i nepisanih, koje su u formalnom i materijalnom smislu u skladu s Ustavom.

2. Sveuobuhvatnost: Kako sadržaj prava iz članka 2(1) Temelnog zakona tako i granice njegova ostvarivanja nisu precizno definirani, te ih stoga Savezni ustavni sud može široko interpretirati, što i čini. Gotovo da i nema područja ljudskog djelovanja koje uz ustavna ograničenja nije obuhvaćeno tim pravom. Stoga je Savezni ustavni sud u mogućnosti svojim tumačenjima i “dopisivati” sadržaj toga temeljnog prava, a time i Temelnog zakona.

3. Supsidijarnost: Međutim, zaštita prava na slobodno razvijanje osobnosti supsidijarne je naravi. To je i razumljivo, imajući u vidu opća načela tumačenja prava. Savezni ustavni sud pruža primarnu zaštitu određenim (specificiranim) temeljnim pravima koja su izričito zajamčena Temeljnim zakonom. Tek ako ni jedno od njih nije primjenjivo na konkretnu situaciju, Sud pristupa primjeni članka 2(1).

GG berufen obwohl sie keine natürlichen Personen sind.”

⁸⁵Die Beschwerdeführer haben u.a. Rügen erhoben, die nicht unmittelbar besondere Grundrechte betreffen. Diese Rügen können nur auf dem Wege über Art. 2 Abs 2 GG berücksichtigt werden; denn jedermann kann mit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz geltend machen, dieses Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmässigen Ordnung, weil es in formeller oder materieller Hinsicht nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sei. BVerfGE 10, 89 (99). Vidi i: BVerfGE 6, 32 (41); 6, 389 (433); 7, 111 (119); 9, 3 (11 f.) 9, 83 (88).

⁸⁶Richter/Schuppert, *supra*, bilješka 26, na str. 95. Vidi: BVerfGE 17, 306 (Mitfahrer, 20, 150 (Sammlung); 55, 159 (Falkner); 80, 109 (Kraftfahrzeughalter).

4. Procesnopravne posljedice: S obzirom na neodređenost sadržaja prava na slobodno razvijanje osobnosti, te činjenicu da se osobnost može slobodno razvijati samo u okvirima ustavnopravnog poretka, Savezni ustavni sud smatrao je da je i granice njegova ostvarivanja potrebno odrediti široko. Zakonodavac smije ograničiti slobodu razvijanja osobnosti, ali samo mjerama koje su dio ustavnopravnog poretka. Stoga je i postupak ustavne tužbe za zaštitu prava iz članka 2(1) Temeljnog zakona moguće pokrenuti na temelju tvrdnje da je pravo na slobodno razvijanje osobnosti povrijeđeno bilo kojim pravnim aktom (uključujući, pod posebnim okolnostima i zakone) koji nisu dio ustavnopravnog poretka.

Možemo li što naučiti na temelju iznesenog njemačkog primjera? Kao prvo, čini se da svaka klasifikacija temeljnih sloboda i prava nužno mora biti nepotpuna, bez obzira na narav pravnog instrumenta u kojem su ta prava zajamčena. Zatvoreni popis temeljnih sloboda i prava moguć je samo u odsutnosti njihove konkretizacije. Svako tumačenje, dakle konkretizacija, nužno dovodi do promjene njihova opsega i sadržaja. Na taj se način, sudskom konkretizacijom osigurava primjena temeljnih prava kao subjektivnih ustavnih prava koja uživaju učinkovitu sudsku zaštitu i tako ograničava vladavinu većine.

Druga pouka govori da sveobuhvatna i učinkovita zaštita temeljnih (subjektivnih) prava može pružiti sadržajno širu zaštitu od međunarodnih instrumenata i mehanizama koje oni uspostavljaju. Također je moguće zapaziti da je sveobuhvatna sudska zaštita temeljnih prava moguća i bez pozivanja na natpozitivno pravo.

I, konačno, nemoguće je ne zapaziti sličnost između mehanizama zaštite temeljnih prava koji postoje u njemačkom pravnom sustavu i paralelnih mehanizama u Hrvatskoj. Međutim, preslikavajući tek mehanizme zaštite, ostajemo prikraćeni za rezultate gotovo pedesetogodišnje evolucije ustavno-sudske prakse zaštite temeljnih prava.

Siniša Rodin

*BASIC ELEMENTS OF THE RIGHT TO A
FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY IN
GERMAN CONSTITUTIONAL LAW*

Summary

The article discusses the historical foundations and development of the right to free development of personality guaranteed by Article 2 section 1 of the BL. Though Article 2 section 1 has remained unchanged since enactment of the BL, the right to free development of personality has been significantly developed and elaborated by the Federal Constitutional Court. On the one hand, when interpreted in conjunction with Art. 1 section 1 of the BL it protects the general right of personality, and on the other hand a broadly defined general freedom of action. Both lines of jurisprudence are supported by a large number of cases which have granted protection to a number of unspecified rights. Examples are protection of private and intimate life sphere, data protection rights, right to personal dignity, right to one's own spoken word, etc. That leads to a conclusion that any attempt to create a comprehensive formal catalogue of fundamental rights must necessarily remain incomplete. An exhaustive list of fundamental rights is possible only in absence of their concretization. As the German experience shows, any interpretation, i.e. concretization of fundamental rights, necessarily leads to the change of their scope and substance.