

Boštjan Tratar*

NEMAČKI KONCEPT TEORIJE DEJSTVOVANJA USTAVNIH PRAVA NA CIVILNO PRAVO

SAŽETAK

Autor prikazuje stanovišta nemačke pravne teorije koja utemeljuje dejstvo ustavnih prava i u civilnom pravu, koje se duže vreme tretiralo kao autonomno i nezavisno od ustavnog prava (tj. ustavnih prava). Pod uticajem tzv. proširenog poimanja ustavnih prava u nemačkom pravnom poretku (takođe objektivno poimanje ustavnih prava) kao objektivnih pravnih načela, koja treba da važe u celokupnom pravnom poretku, u nemačkoj teoriji su nastale, pre svega, teorije o neposrednom dejstovanju – *unmittelbare Drittwirkung* (glavni predstavnik je *Nipperdey*) i posrednom dejstovanju – *mittelbare Drittwirkung* (glavni predstavnik je *Dürig*). Prema teoriji neposrednog dejstovanja ustavnih prava u privatnom pravu, ustavna prava u civilnom pravu trebalo bi da dejstvuju neposredno, tj. za to im ne bi trebao zakon ili interpretativni međukoraci. Kod posrednog dejstovanja, dejstovanje se upostavlja odgovarajućom interpretacijom generalnih klauzula privatnog prava (npr. savesnosti i poštenja) i neodređenih pravnih pojmova, pri čemu treba imati pred očima ustavna prava kao smernice vrednosti u društvu. Ovu teoriju je potvrdio i nemački Savezni ustavni sud (*Bundesverfassungsgerichtshof*) u predmetu *Lüth*, kojim je ustavnim pravima izričito priznao dejstvo »zračenja« na privatno pravo.

Ključne reči: ustavna prava, Nemačka, građansko pravo, neposredni/posredni *Drittwirkung*, dejstvo zračenja (*Ausstrahlungswirkung*), *Nipperdey*, *Dürig*, *Alexy*, presuda *Lüth*

* Dr.sc., docent, Fakultet za državne i evropske studije, Brdo pri Kranju, Generalni državni pravobranilac Republike Slovenije, Ljubljana.

UVODNA RAZMATRANJA

Pitanje uticaja ustavnih prava na privatnopravne odnose subjekata nije izričito uređeno u nemačkom ustavu (Temeljnem zakonu – GG). Ovo pitanje je podstaklo pravnoteorijsku raspravu¹ o dejstvovanju ustavnih prava u Nemačkom pravu, koja se tradicionalno zove *Drittwirkung* («treće dejstvo»)². Ova pravna stanovišta postala su čak izvozni pravni produkt Nemačke.³

Sasvim uopšteno se navodi da, kako ustavnopravna, tako i privatnopravna struka (danas) priznaje pretežno dejstvovanje ustavnih prava u privatnopravnom uređenju. Pitanje u vezi sa dejstvovanjem ustavnih prava između privatnopravnih subjekata, tj. postojanja *Drittwirkunga* ("ako" – *Ob*), tako ne bi trebalo više da bude sporno.⁴ Mnogo više bi trebalo da bude sporno pitanje na koji način bi ustavna prava trebalo da deluju u privatnopravnim odnosima ("kako" – *Wie*). Kao odgovor na to pitanje, koji su neki čak označili problemom veka, u nemačkom prostoru se pojavilo više mišljenja i argumenata, od kojih se dve temeljne teorije označavaju kao klasične teorije o dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Centralni deo rasprave, s obzirom na način i tip dejstvovanja ustavnih prava na privatnopravne subjekte, predstavlja razlikovanje među neposrednim dejstvom (unmittelbare *Drittwirkung*) i posrednim dejstvom (mittelbare *Drittwirkung*).⁵

¹ Raspravu o ovim pitanjima otvorio je takođe i članak iz 1949. godine u kome je autor *Krüger* kritikovao civilno sudstvo u *weimarskoj* republici, koje svoje odluke nije ni pokušalo da utemelji u odredbama ustava. Prema autorovom mišljenju, civilne sudove bi trebalo podstaknuti da svoje odluke obogate uključenjem odgovarajućih ustavnopravnih aspekata. Prema M. Orehar Ivanc, *Varstvo osebnostnih pravic v ustavnem in civilnem pravu*, Ljubljana 2004, 129.

² Vidi D. Vogt, *Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes*, Mannheim 1960, 146. V. takođe A. Berger, *Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland*, Duncker&Humblot, Berlin 2014, 27 i dalje.

³ I. von Münch/ P. S. Coderch/ J. Ferrer i Riba, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1998, 13.

⁴ Vidi P. Egli, *Drittwirkung der Grundrechte*, Schulthess, Zürich, Basel, Genf 2002, 17.

⁵ Uporedi W. Rübner, *Grundrechtsadressaten*, u: J. Isensee/ P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1992, 550; J. Hager, *Grundrechte im*

1. Teorije o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava – *unmittelbare Drittwirkung*

Zajedničko svim varijantama teorije o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata (tj. neposrednom *Drittwirkungu*)⁶ u Nemačkoj je to da bi ustavna prava u odnosima između privatnopravnih subjekata trebalo da dejstvuju neposredno, što znači da nam za njihovo dejstvovanje između privatnopravnih subjekata nije potreban zakon niti interpretativni međukoraci. Ustavna prava, prema navedenom, ne obavezuju samo države, već i privatnopravne subjekte neposredno.⁷

Glavni predstavnik ove teorije je *Hans Carl Nipperdey (1895–1968)*,⁸ koji proizilazi iz *apsolutnog dejstvovanja* (*»absolute Wirkung«*) ustavnih prava.⁹ Apsolutno dejstvovanje znači da su ustavna prava po svojoj prirodi objektivno obavezujuće ustavno pravo koje neposredno normativno dejstvuje.¹⁰ Ustavna prava se prema navedenom tretiraju kao interpretativna pravila, koja važe kao normativna pravila za celokupni pravni poredak, u smislu njegove jedinstvenosti, iz koje proizlaze i neposredna (subjektivna) prava pojedinaca.¹¹ Zato se privatnopravni subjekti u slučaju kršenja od strane drugog privatnopravnog subjekta

Privatrecht, u. Juristenzeitung, 1994, 373; H. Niessen, *Die Wirkung der Grundrechte im deutschen und italienischen Privatrecht*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Verlag dr. Kovač, Hamburg 2005, 112–115.

⁶ Nem. *unmittelbare Drittwirkung*, *direkte Drittwirkung* ili takođe *absolute Drittwirkung*. T. Langner, *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Peter Lang, Frankfurt am Main 1998, 56.

⁷ Vidi H.-G. Suelmann, *Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994, 39.

⁸ Zagovornik ove teorije je takođe i *Walter Leisner*, kao i neki naslednici, npr. *M. Koll, F. Laufke, G. Müller, E. Steindorff, H. Krüger, K. Stern*. Vidi M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, 12.

⁹ Navedeno prema Egli, 18. Više o *Nipperdeyevem* poimanju privatnog prava u svetlu ustava vidi opšte T. Hollstein, *Die Verfassung als »Allgemeiner Teil«*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, 304 i dalje.

¹⁰ Vidi H.-G. Suelmann, 39.

¹¹ »Vielmehr haben sie als normative Regelung der gesamten Rechtsordnung als Einheit zu gelten, aus der auch unmittelbar subjektive private Rechte der Einzelnen fließen«. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, 1961, str. 15, navedeno prema Egli, str. 18.

pozivaju na ustavna prava i ostvaruju ih kao privatnopravne odredbe.¹² Dakle, ustavna prava ne djeluju samo protiv države i drugih nosilaca vlasti, već i neposredno protiv privatnopravnih subjekata.¹³

Pristalice neposrednog *Drittwirkung*a postuliraju apsolutno djelovanje u tom smislu samo kao osnovno načelo, bez postavljanja teze da je svako ustavno pravo između privatnopravnih subjekata neposredno obavezujuće.¹⁴ *Nipperdey* pokušava zbog stepenosti upotrebe (*»Stufenfolge der Anwendbarkeit«*¹⁵) ustavnih normi u privatnopravnim odnosima, ovo pitanje razrešiti za svaku pojedinačnu ustavnu normu, s obzirom na njen specifični sadržaj, njenu suštinu i njenu funkciju.¹⁶ Od temeljnog značaja, kod utemeljivanja teorije o neposrednom djelovanju, je promena značenja ustavnih prava i s tim povezano širenje sadržaja djelovanja ustavnih prava u privatnu sferu.¹⁷

Zagovornici neposrednog djelovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata (npr. *Nipperdey*, *Enneccerus*, *Gamillscheg*) čak naglašavaju da su ustavna prava nastala historijski kao (subjektivna) odbrambena prava nasuprot države (tj. kao negativna prava) i u ovoj funkciji ne mogu da djeluju i u privatnopravnim odnosima.¹⁸ Ustavna prava nemaju samo negatornu funkciju kao odbrambena prava (tj. prava negativnog statusa prema kategorizaciji *G. Jellineka*), već su, s obzirom na navedeno, temeljne norme za celokupni pravni poredak (vrednosne smernice za pravni poredak – *Wertentscheidungen*).¹⁹ *Nipperdey* na ovom temelju utvrđuje da ustavna prava kao načela poretka za celokupni zajednički život obavezuju neposredno i u pravnim odnosima između privatnopravnih subjekata, a ne tek na osnovu odredbi koje izdaje zakonodavac u smislu određivanja načina ostvarivanja ustavnog prava. Naročito, npr. ljudsko dostojanstvo (odredba prvog stava člana 1. GG) znači u nemačkom pravu temeljnu vrednost, na osnovu koje pojedinac

¹² Tako takođe M. Ruffert (2001), 12.

¹³ Tako Egli, 18.

¹⁴ T. Hollstein, 306, 308.

¹⁵ *Nipperdey*, 755, navedeno prema Egli, 18.

¹⁶ Tako P. Egli, 19.

¹⁷ Vidi H.-G. Suelman, 40.

¹⁸ Tako Egli, 19.

¹⁹ T. Hollstein, 305.

ima što je moguću višu efektivnu i obimnu zaštitu svoje slobode.²⁰ Ovo važi utoliko više, ako uzmemo u obzir da su u GG obezbeđena ustavna prava nastala u industrijskom masovnom društvu nakon kraja drugog svetskog rata.²¹ Na osnovu ovog razvoja, postalo je jasno da pojedinac postaje u rastućem broju grupa, udruženja i velikih preduzeća zavisn i da mu sada treba zaštita i od tih socijalnih sila ("*soziale Gewalten*").²² Promenjenom istorijskom položaju trebalo je prilagoditi i pomenute (nove, proširene) funkcije ustavnih prava kao vrednosnih smernica.²³ *Nipperdey* je iz novog poimanja ustavnih prava kao temeljnih rešenja (*Grundentscheidungen*) celokupnog pravnog poretka, izvodio, tzv. *status socialis*,²⁴ koji pojedincu obezbeđuje pravnu poziciju sa безусловnim dejstvovanjem u pravnim odnosima. Prema ovom pravnom stanovištu, ustavnopravno obezbeđene slobode ne smeju ostati ograničene (samo) na odnose između države i državljana (vertikalni pravni odnosi), već moraju biti obezbeđene i neposredno nasuprot privatnopravnim subjektima ili udruženjima (horizontalni pravni odnosi).²⁵

Teoriju neposrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata su na početku potvrđivali, pre svega, na području radnog prava.²⁶ Neposrednim *Drittwirkungom* tražili su mnoštvo radnopravnih činjeničnih stanja, koje bi mogli da reše posebnom konstelacijom vlasti u radnom odnosu.²⁷ Sredinom 20. veka je tako bilo

²⁰ Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, 6 in dalje. Egli, 19-20.

²¹ *Ibid.*

²² Langner, 1998, 58. Takođe M. Ruffert (2001), 12.

²³ Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, 6 i dalje. Egli, 19-20.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Vidi P. Egli, 20.

²⁶ O tome vidi F. Gamillschleg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, 1964, 35.

²⁷ Nemački Savezni radni sud (Bundesarbeitsgericht) je npr. u svojoj odluci BAGE 1, 185 (193) zapisao da su ustavna prava »Ordnungsätze für das soziale Leben, die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben In einem Staatswesen, dessen Grundgesetz ...der öffentlichen Gewalt ... verbietet, die Menschenwürde anzutasten, Diskriminierung der Rasse, der Religion der Abstammung usw. Vorzunehmen und die im Rahmen der allgemeinen Gesetze geübte Freiheit der religiösen, politischen oder sozialen Meinungsäußerung einzuschränken, sind Grundwertungen der Menschenwürde, der bürgerlichen Gleichheit und der geistigen Freiheit in dieses Ordnungsgefüge eingegangen, mit denen sich auch die Ordnung im Betrieb oder Verträge und Massnahmen der Rechtsgenossen nicht in offenen, den

prema Egli²⁸ samo nekoliko teoretičara radnog prava, koji teoriju o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata nisu potvrđivali. Međutim, ovo potvrđivanje je zastirala sve veća kritika Nipperdeyevе teorije. Kritičari su opravdano navodili da teorija neposrednog *Drittwirkung*a premalo uzima u obzir okolnost da svi privatnopravni subjekti na isti način (*»in gleicher Weise«*) učestvuju u ustavnopravnoj zaštiti dok država u odnosu prema državljanima nema takve zaštite.²⁹ Ako je pojedinac u svom ustavnom pravu osiguran od kršenja prava od strane drugog lica, to istovremeno može značiti kršenje ustavnih prava drugog. Neposredna vezanost privatnopravnih subjekata na ustavna prava tako bi vodila do znatnog ograničavanja privatnopravne autonomije (slobode ugovornog uređivanja) i time do značajnog ograničavanja samoodgovorne slobode pojedinaca.³⁰ Osim toga, teoriju neposrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata teško je prema Egli spojiti sa odredbom trećeg stava člana 1. GG, po kojoj su samo zakonodavna, izvršna i sudska grana vlasti dužne da poštuju ustavna prava kao neposredno važeće pravo, ali ne i privatnopravni subjekti.³¹

Sistematička analiza GG pokazuje da neposredno dejstvovanje ustavnih prava ili prava sličnih ustavnim pravima, izričito određuje samo druga rečenica trećeg stava člana 9. GG, kao i prvi i drugi stav člana 48. GG. To govori protiv neposrednih *Drittwirkung* odredbi o ustavnim pravima koje ne sadrže nikakvo ovako eksplicitno uputstvo.³² Kao i dominantna teorija na području radnog prava, tako je i nemački Savezni

freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat missachtenden Widerspruch setzen dürfen.«
Navedeno po Egli, 19.

²⁸ Egli, 20.

²⁹ Tako Egli, 20.

³⁰ Radi se, na neki način, o konkurenciji između sudije i zakonodavca. Naime, sudija preko ustavnog prava preuzima oblikovanje privatnopravnih normi, što je zadatak zakonodavca. U tom smislu, može se raditi o posezanju u načelo podele vlasti. Što bi više sudije odlučivali na ovaj način, više bi time posezali u originalne sadržaje privatnog prava. Pritom je upitna i pravna zaštita. S obzirom na navedeno, privatnopravni subjekti se boje udaljavanja od privatne autonomije, zato je ona time ugrožena. T. Langner, 60.

³¹ Tako Egli, 20.

³² Vidi BGHZ 30, 7 (10); BGHZ 31, 308 (311).

radni sud (*Bundesarbeitsgericht*) i Savezni sud³³ (*Bundesgerichtshof*) pod uticajem *Nipperdeya* prvo zastupao teoriju o neposrednom *Drittwirkungu* ustavnih prava.³⁴ Neposredno dejstvovanje ustavnih prava između ustavnopravnih subjekata je oslonilo nemački Savezni radni sud, sa jedne strane, na *Nipperdeyevu* teoriju, u kojoj je naglašavao promenu značenja, odnosno funkcija ustavnih prava, koje bi sada poimali kao pravila poretka (*Ordnungssatz*) za celokupan socijalni život i koja su neposredno važna i za privatnopravne odnose.³⁵ Sa druge strane, nemački Savezni radni sud pozivao se i na opredeljenje GG u vezi sa socijalnom državom u odredbi prvog stava člana 20. GG i odredbe prvog stava člana 28. GG.³⁶ One govore u prilog neposrednom privatnopravnom dejstvovanju odredbi o ustavnim pravima, jer su one za pravne odnose između »pravničkih drugova« u slobodnoj i socijalnoj zajednici nužno potrebne (...*für den Verkehr der Rechtsgenossen untereinander in einer freiheitlichen und sozialen Gemeinschaft unentbehrlich seien*).³⁷ Ovu poziciju je nemački Savezni radni sud (*Bundesarbeitsgericht*) narednih godina, uprkos velikom otporu drugih pravnih disciplina i rastuće kritike teorije neposrednog *Drittwirkungu* iz krugova teoretičara radnog prava, čak više puta ojačao.³⁸ U novije vreme, nemački Savezni radni sud je ovu sudsku

³³ Vidi odluke BGHZ 38, 317 (319); BGHZ 33, 145 (149); BGHZ 30, 7 (10); BGHZ 31, 308 (311).

³⁴ Savezni radni sud navodi u odluci BAGE 1, 185 (193): «Zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung sollen nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren..., die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben».

³⁵ Kritičari teorije neposrednog *Drittwirkungu* mislili su da je ova teorija otišla predaleko. Priznati pravima apsolutno važenje značilo bi da sudija mora u svakom civilnopravnom predmetu, rasuđivati vrednost ograničenja na svakoj strani pravnog odnosa. Privatnopravno zakonodavstvo bi u jednom delu izgubilo svoje važenje jer bi je zamenio sudija s pravilom, koje je stvoreno za pojedinačan slučaj, a to je nespojivo s načelom podela vlasti te podela nadležnosti između zakonodavstva i sudske grane vlasti. Teza je neposredno i u suprotnosti sa trećim stavom člana 1. GG, po kome su na odredbe ustava o pravima vezani samo zakonodavna, izvršna i sudska grana vlasti. Navedeno prema M. Orehar Ivanc, 131.

³⁶ Odluka u predmetu BAGE 1, 185 (193).

³⁷ Ibidem. V. Egli, 22.

³⁸ Odluke u predmetima BAGE 44, 201 (210); BAGE 41, 150 (157); BAGE 41, 54 (61); BAGE 29, 195 (200); BAGE 28, 168 (172); BAGE 24, 438 (443); BAGE 16, 96 (100); BAGE 15, 275 (279); BAGE 14, 61 (63); BAGE 13, 168 (178); BAGE 7, 256 (260);

praksu napustio i zastupa, kao i Savezni sud i Savezni ustavni sud³⁹, teoriju posrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata.⁴⁰

Jedan od predstavnika teorije o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata je i *Franz Laufke*⁴¹. Kod teorijskog utemeljivanja, poziva se na promjenjeno (tj. već pomenuto prošireno) značenje ustavnih odredbi s obzirom na prethodni vek. Objasnjava da je francuska revolucija bila usmerena na uništenje svih struktura. Nasuprot pojedinca stajala je u načelu samo država, prema tome su se u to vreme jemstva slobode pojedinca pokrivala sa ograničavanjem državne vlasti. Po njegovom mišljenju, danas se radi i o postojanju i drugih socijalnih snaga (osim države), u odnosu na koje treba pojedincima osigurati ustavna jemstva. *Laufke* se poziva na na odredbe prvog i trećeg stava člana 9, trećeg stava člana 19, prvog stava člana 21 i odredbu člana 140. GG.⁴² *Laufke* je došao do zaključka da je GG ustav koji ne uređuje samo državni život (ustavno uređenje u državi), već i brojna druga područja života u državi kao ustavna dobra. Pritom se poziva na odredbu drugog stava člana 1. GG, po kojoj bi ljudska prava trebalo da budu osnova svakog ljudskog društva. Odredbama prvog i drugog stava člana 1. GG *Laufke* daje centralno značenje u GG, da se pojedincu obezbedi najefektivnija zaštita ljudskih prava. Želju za najvećom mogućom efektivnošću vidi i u odredbi trećeg stava člana 1. GG. Ustavnim odredbama u vezi sa pravima daje najveću moć dejstvovanja. GG priznaje najmanje ona prava koja se označavaju kao ljudska prava, kao pred-državna prava. Međutim, sa pomenutim stajalištem ne bi trebalo da bude spojivo poimanje po kojem su ustavna prava usmerena samo protiv države.⁴³ Međutim, GG proizilazi iz načela ugovorne slobode (privatnopravne autonomije), a postavlja mu takođe i

BAGE 4, 274 (276); BAGE 4, 240 (243); BAGE 4, 22 (25); BAGE 2, 221 (224); BAGE 1, 348 (357).

³⁹ Vidi odluku BAGE 47, 363 (375).

⁴⁰ Vidi P. Egli, 20–22.

⁴¹ Vidi H.-G. Suelmann, 41

⁴² *Ibid.*, 41.

⁴³ Vidi H.-G. Suelmann, 42.

granice. Iz toga je *Laufke* zaključio da zakonodavac nema nadležnosti da proširi ili ograniči ugovornu slobodu preko mere koju određuje GG.⁴⁴

Takođe i *Hildegard Krüger* spada u rane zagovornike teorije o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Kod utemeljivanja teze o apsolutnom dejstvovanju ustavnih prava, između ostalog se oslanjala na tezu da je većina pravnih dobara koja danas štite ustavna prava, ponekad uživala privatnopravnu i krivičnopravnu zaštitu.⁴⁵ Zato po njenom mišljenju nije bilo potrebe da bi ustavna prava, pored odbrambene funkcije, imala i druge (šire) funkcije, odnosno apsolutnu zaštitu (znači zaštitu protiv svih, ne samo države).⁴⁶ Usvajanjem GG pojavljuju se ustavna prava kao zaštita ljudskog dostojanstva i slobodno oblikovanje ličnosti, koje nemaju privatnopravnu ili krivičnopravnu prošlost i zato su bile premalo zaštićene.⁴⁷ Prava pojedinca su u skladu sa odredbom prvog stava člana 2. GG ograničene pravima trećeg, zato treba pravo na slobodni razvoj ličnosti usmeriti, ne samo protiv države, već i protiv trećih, tj. privatnopravnih subjekata.⁴⁸ Pozivanje na istorijski razvoj ustavnih prava kao odbrambenih prava (*prava negativnog statusa*) po njenom mišljenju je pogrešno, jer su prava nastala »za naš narod iz našeg vremena«. ⁴⁹ Upravo poniženje čoveka u određenom vremenu pre usvajanja GG i naglašavanje slobode čoveka, prema mišljenju *Krügerjeve*, teraju nas u to da poimamo ustavna prava kao zaštitna prava (*Schutzrechte*), koja nisu usmerena samo protiv države, već i protiv svakoga.⁵⁰

Dok su pre navedeni predstavnici teorije o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata proizilazili iz promene značenja ustavnih prava i prihvatili proširenje njihovog

⁴⁴ Uporedi i: »Sobald ein Rechtsgeschäft die im Grundgesetz gezogenen Schranken überschreitet, ist und bleibt es ausserhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit, auch wenn es gegen kein ausserverfassungsmässiges Gesetz verstösst«, F. Laufke, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, 1956, 167, navedeno prema H.-G. Suelmann, 42.

⁴⁵ Videti H.-G. Suelmann, 42.

⁴⁶ Tako H.-G. Suelmann, 42.

⁴⁷ *Ibid.*, 42.

⁴⁸ *Ibid.*, 43.

⁴⁹ *Ibid.*, 43.

⁵⁰ *Ibid.*, 43.

dejtvovanja u posleratno vreme, *Walter Leisner* je konstatovao odgovarajući način dejtvovanja ustavnih prava već kod njihovog nastanka.⁵¹ Posle detaljne analize istorije razvoja ustavnih prava, *Leisner* je u svojoj disertaciji naveo⁵² da su ustavna prava već nastala sa »svestranom tendencijom«. U 19. veku su zaista imala, pre svega, odbrambeni karakter, uperen, pre svega protiv države, a sve od *Weimarskog vremena* posežu i u privatno pravo. Naime, od nastanka GG ustavna prava kao najviše vrednosti zrače iz centralne vrednosti ljudskog dostojanstva u sve oblasti prava. Ovom posebnom materijalnom sadržaju odgovara samo »svestrana« zaštita, koju treba, s obzirom na nedeljivost vrednosnih predstava na neki način obezbeđivati u svim pravcima.⁵³ Nije moguće zastupati stanovišta da bi, npr. ljudsko dostojanstvo bilo nepokolebljivo zaštićeno kao ustavno pravo protiv državne sile, a da u privatnom pravu ne bi dejtvovalo. Upravo »nedodirljivost« vrednosti ljudskog dostojanstva (kao vrednosti) sasvim jasno pokazuje da ona nije u dispoziciji pojedinca, što znači da možemo u načelu prihvatiti »*Drittwirkung*«. ⁵⁴ Prigovor da neposredno dejtvovanje može dovesti do pravne nesigurnosti, *Leisner* je odbacio objašnjenjem da treba i na području javnog prava uzimati u obzir ustavna prava, kada se radi o komplikovanim pravnim odnosima.⁵⁵ S obzirom na ograničenja ugovorne slobode (privatnopravne autonomije), *Drittwirkungom* ustavnih prava,

⁵¹ *Ibid.*, 43.

⁵² Radi se o radu »*Grundrechte und Privatrecht*«, 1960.

⁵³ Na *Leisnera* je upozorio i *Sajovic*, koji je pozivanjem na njegov rad naveo da se »u teoriji postavlja pitanje koliko duboko je moguće "degradirati" civilnopravno vrednovanje do nivoa golih elemenata, komponenti, stvarnih odnosa. Ograničavanje vodila dakle znači da je sloboda oblikovanja civilnopravnih odnosa, prema pozitivističkim vrednovanjima, samo još imanentni sadržaj imovinskog postupanja. Međutim, kod postavljanja problema ne smemo da zaboravimo da je voljnost postupanja (oblikovanja položaja, odnosa) u vezi sa normom svojski temeljni pravni izvor. Bez obzira na ovu zadnju napomenu, treba uopšteno utvrditi da vodilo autonomije stranaka ugovorne slobode pada pod jednaka ograničenja koja poznajemo u vezi sa inače civilnopravnim načelima. Takođe i u vezi sa ugovornom slobodom, postavlja se utemeljenje u tome da pojedincu nije moguće dozvoliti više nego zakonodavcu. Tako je oblikovan i zaključak u civilističkoj teoriji: izvršavanje sadržaja ugovorne slobode mora da se kreće u okvirima temeljnih prava.« B. Sajovic, *O pravu civilnog prava*, Ljubljana 1998, 97.

⁵⁴ Vidi H.-G. Suelmann, 43.

⁵⁵ *Ibid.*

Leisner je zastupao poimanje da ugovorna sloboda nije ništa drugo nego privatnopravna globalna kompetencija, koja je na stepenu zakona i koja omogućava posege u sopstvena i tuđa ustavna prava.⁵⁶ Izvršavanje ove kompetencije ne poseže u ugovornu slobodu sve dok se kreće unutar zakonodavne kompetencije (*Gesetzesvorbehalt*). Kod ostvarivanja ugovorne slobode (privatnopravne autonomije), dakle treba neposredno poštovati ustavna prava⁵⁷ (neposredna vezanost na ustavna prava).⁵⁸ Prema *Leisnerovoj* koncepciji, dejstvovanje ustavnih prava u privatnom pravu ne razlikuje se mnogo od dejstvovanja ustavnih prava u odnosu država-državljanin. *Leisner* je navodio da privatnopravna pravila pretežno već uzimaju u obzir ostvarivanje ustavnih prava, tako da se ustavna prava uključuju u privatno pravo bez »revolucionarnih smetnji«. ⁵⁹ I pravne posledice kršenja ustavnih prava u civilnom pravu, određuju se po civilnom pravu (tj. ništavost, nadoknada štete)⁶⁰ i upotrebljavaju se pravila koja važe za apsolutna prava.⁶¹ Sve u svemu, *Leisner* navodi da *Dürigova* teorija vodi, u suprotnosti sa jasnom koncepcijom neposrednog dejstvovanja ustavnih prava u privatnom pravu, bilo do potpune nejasnosti ili makar do više ili manje »neposrednog *Drittwirkunga*«. ⁶²

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Tako i *Sajovic*, pozivanjem na *Leisnera*, »da moraju vodila, koja nisu pozitivno postavljena, razumljivo predstavljati sadržaje prirodnopravno utemeljenog pravnog reda«. B. *Sajovic*, 97.

⁵⁸ Vidi H.-G. *Suelmann*, 44.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ »Die Grundrechte werden ja nicht »als öffentliches Recht« in der Drittrichtung angewandt, sondern »als Privatrecht«, d.h., soweit sie nicht Ausdrückliches über die Art der Drittwirkung bestimmen, unterliegt ihre Anwendung voll den –regeln des Privatrechts«. W. *Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960, 357. Navedeno prema H.-G. *Suelmann*, 44.

⁶² Više vidi H.-G. *Suelmann*, 45. *Leisner* naime, misli da se radi o neposrednom *Drittwirkung* ako ga priznamo, jer i u slučaju generalnih klauzula (npr. načelo savesti i poštenja u pravnom prometu, zabrana zloupotrebe prava, načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja itd.), koje pominje teorija posrednog *Drittwirkunga*, generalne klauzule ne bi trebalo da imaju samostalnu normativnu težinu.

2. Teorije o posrednom dejstvovanju ustavnih prava – *mittelbare Drittwirkung*

Suprotno teoriji o neposrednom *Drittwirkungu* teorija o posrednom *Drittwirkungu* (tj. teorija o posrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata) pripisuje ustavnim pravima samo posredno dejstvovanje u privatnopravnom poretku, tj. upotrebom privatnopravnih propisa.⁶³ Po navedenom poimanju, samo državna vlast je neposredno obavezana da poštuje ustavna prava.⁶⁴

Najpoznatiji predstavnik teorije o posrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata sigurno je *Günter Dürig* (1920–1996). *Günter Dürig* govori o: »... očuvanju privatnopravne samostalnosti očuvanjem privatnog prava od preuzimanja ustavnopravnih pravila ... prisilnim dejstvovanjem ...«. ⁶⁵ Prema teoriji posrednog *Drittwirkunga*, ustavna prava ne dejstvuju na pravne odnose između privatnopravnih subjekata neposredno, već samo posredno preko generalnih klauzula i neodređenih pravnih pojmova (*»wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Begriffe«*) privatnog prava.⁶⁶ Prema navedenoj teoriji, ustavna prava sama ne mogu da imaju efekta u privatnom pravu, već im uvek treba određena norma privatnog prava, preko koje mogu da deluju u privatnopravnim odnosima.⁶⁷ Posredno dejstvovanje ustavnih prava između privatnopravnih subjekata se vidi u upotrebi i interpretaciji privatnopravnih generalnih klauzula (npr. načelo savesnosti i poštenja u pravnom prometu, zabrana zloupotrebe prava, načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja itd.) i neodređenih pravnih pojmova (npr. loše postupanje, opasna delatnost, pojam dobrog domaćina,

⁶³ Ova teorija se označava kao »dominantna«. T. Langner, 66.

⁶⁴ Tako H.-G. Suelman, 36. Vidi takođe G. Brüggermeier, *Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective*, u: T. Barkhuysen/ S. Lindenbergh (ur.), *Constitutionalization of Private Law*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006, 59 i sl.

⁶⁵ G. Dürig, *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, 1956, 183, navedeno prema P. Egli, 22. »... die Erhaltung der privatrechtlichen Eigenständigkeit durch die Bewahrung des Privatrechts vor Übernahme von Verfassungsrechtssätzen mit zwingender, nicht erst vom Privatrecht nach eigenen Sachgesetzen mediatisierter Wirkung.«

⁶⁶ O tome takođe M. Ruffert, 13.

⁶⁷ Svaka pogrešna upotreba materijalnog prava znači kršenje ustavnog prava. T. Langner, 61.

nezahvalnost). Svi oni koji koriste pravo, moraju kod interpretacije ovih neodređenih pojmova, kao npr. dobar moral, načelo dobre vere i poštenja, poštovati ustavnopravne temeljne vrednostne odluke – *Wertentscheidungen* (vrednosne smernice).⁶⁸

Suštinska polazišna tačka u utemeljivanju teorije o posrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata je za *Düriga* odredba prve rečenice prvog stava člana 1. GG.⁶⁹ Ustavnopravno jemstvo nedodirljivosti ljudskog dostojanstva otelotvoruje najviše ustavno načelo nemačkog pravnog poretka (*»oberste Konstitutionsprinzip«*) i kao takvog ga treba u civilnom pravu nesumnjivo poštovati.⁷⁰ Oslanjanjem na ustavno jemstvo nedodirljivosti ljudskog dostojanstva iz prve rečenice prvog stava člana 1. GG i obezbeđivanjem slobode razvoja (*Entfaltungsfreiheit*) iz prvog stava člana 2. GG kao njegovog primarnog pojavnog oblika, *Dürig* izvodi ustavni zahtev za samostalnošću i sopstvenoj zakonitosti civilnog prava nasuprot sistemu ustavnih prava.⁷¹ Suštinski sastavni deo slobode razvoja koji temelji na odredbi prve rečenice prvog stava člana 1. GG i prvog stava člana 2. GG, jeste pravo pojedinca da može u odnosima sa drugim privatnopravnim subjektima da raspolaže sa svojim ustavno osiguranim dobrima (...über ihre grundrechtlich geschützten Güter disponieren zu können«).⁷² To okružuje i slobodu nasuprot države da možemo nesmetano od nje da se udaljimo od ustavnih prava u prometnu ili menjačku pravednost civilnog prava između priređenim subjektima.⁷³ Prema navedenom, iz ovih odredbi proizilazi temeljna ustavnopravna obaveza javne vlasti da ugovore, jednostrane pravne poslove, postupanja i napuštanje privatnika spozna za zakonite, iako se suprostavljaju ustavnim jemstvima.⁷⁴ *Dürig* iz ovoga

⁶⁸ Vidi P. Egli, 23.

⁶⁹ V. A. Berger, 33–34.

⁷⁰ Tako Egli, 23.

⁷¹ G. Dürig, Komentar uz član 1 GG, robna fusnota 16, nav. prema Egli, 23. Tako takode H.-G. Suelmann, 36.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ G. Dürig, Komentar uz član 1.GG, navedeno prema P. Egli, 23: »Aus diesen Bestimmungen folgt daher grundsätzlich die verfassungsrechtliche Pflicht der öffentlichen Gewalt, Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte, Handlungen und

izvodi da za presudu zakonitosti ili nezakonitosti privatnopravnih radnji ne mogu biti odlučujuća ustavna prava, već isključivo norme privatnog prava. Očuvanje privatnopravne slobode razvoja (*Entfaltungsfreiheit*) po *Dürigu* istovremeno znači da privatno pravo "odbranim" od neposrednog dejstvovanja ustavnih prava.⁷⁵

Za razliku od teorije o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava, teorija o posrednom dejstvovanju ustavnih prava, koju je zastupao *Dürig*, u nemačkoj pravnoj teoriji se vrlo afirmisala. Odlučujuća u ovom razvoju bila je okolnost što se nemački Savezni ustavni sud pridružio teoriji o posrednom *Drittwirkungu*, iako se to u presudi *Lüth* nije eksplicitno desilo, već je bilo napomenuto da ne postoji nikakav povod da bi sporno pitanje dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata razmatrali u punom obimu. Predsedavajući Hamburškog kluba za štampu *Erich Lüth* (1902 – 1989) u obraćanju iznajmljivačima filmova i filmskim producentima pozvao je na bojkot filma pod nazivom "*Besmrtni ljubavnici*" ("*Unsterbliche Geliebte*" – 1939) dela reditelja *Veita Harlana* (1899 – 1964), jer je on u vreme Trećeg rajha snimio jedan antisemitski film ("*Jud Süß*" – 1940) i druge filmove (npr. "*Der große König*" – 1941 i "*Die goldene Stadt*" – 1942), koji su služili nacionalsocijalističkoj ideologiji. Tužbi filmskog producenta protiv koga je bio usmeren poziv na bojkot, civilni sud je ugodio. Na osnovu ustavne pritužbe, koju je uložio *Lüth* kod nemačkog Saveznog ustavnog suda, bila je presuda civilnog suda poništena, jer je ona žaliocu kršila ustavno pravo na slobodno izražavanje mišljenja koju štiti odredba prve rečenice prvog stava člana 5. GG. Nemački Savezni ustavni sud je u svojim izvođenjima uz ovu presudu prvo naglasilo odbrambeni karakter ustavnih prava protiv posega javne vlasti kao istorijsku osnovu. Međutim, ojačanu moć dejstvovanja ustavnih prava izvodio je iz njihove objektivno-pravne

Unterlassungen Privater untereinander als rechtmässig anzuerkennen, auch wenn sie grundrechtlichen Garantien widersprechen.«

⁷⁵ Značajan prilog tezi o posrednom dejstvovanju ustavnih prava je u njenom temeljnom htenju da sačuva samostalnost privatnog prava i da ga osigura od neposrednog dejstvovanja ustavnih prava, tj. dejstvovanja koje nije posredovano preko pravila privatnog prava. Privatno pravo treba da bude samostalna celina; ustavne norme ga inače suoblikuju, ali samo na način i sredstvima koja pripadaju civilnom pravu. M. Orehar Ivanc, 132.

dimenzije što utiče i na civilno pravo: »Ovaj vrednosni sistem, čije središte je unutar društvene zajednice slobodno razvijajuća ljudska ličnost i njeno dostojanstvo, kao ustavnopravna temeljna vrednosna odluka mora da važi za sva pravna područja; zakonodavstvo, uprava i sudstvo dobijaju u tome smernice i impulse. Tako samo po sebi ima uticaj i na civilno pravo...«⁷⁶ Po načelnom potvrđivanju dejstovanja ustavnih prava na privatno pravo, nemački Savezni ustavni sud je zauzeo široko stanovište u vezi sa tipom i načinom ovog dejstovanja. Sud je oslanjanjem na terminologiju *Düriga* pojasnio da se pravni sadržaj ustavnih prava kao objektivnih normi u privatnom pravu vidi preko medija ovom pravnom području neposredno preovlađujućih propisa. Zračenje (*Ausstrahlung*) ustavnih prava na privatnopravni poredak trebalo bi da se realizuje posebno kod konkretizacije privatnopravnih klauzula i neodređenih pravnih pojmova, kao mesta prodora ustavnog prava na civilno područje. Time je nemački Savezni ustavni sud naveo da izražavanje mišljenja, koje sadrži pozivanje na bojkot, nije nužno protiv dobrog običaja u smislu odredbe člana 826. BGB. To se može prema proceni svih okolnosti slučaja ustavnopravno opravdati pravom na slobodu izražavanja mišljenja koju osigurava odredba prve rečenice prvog stava člana 5. GG.⁷⁷

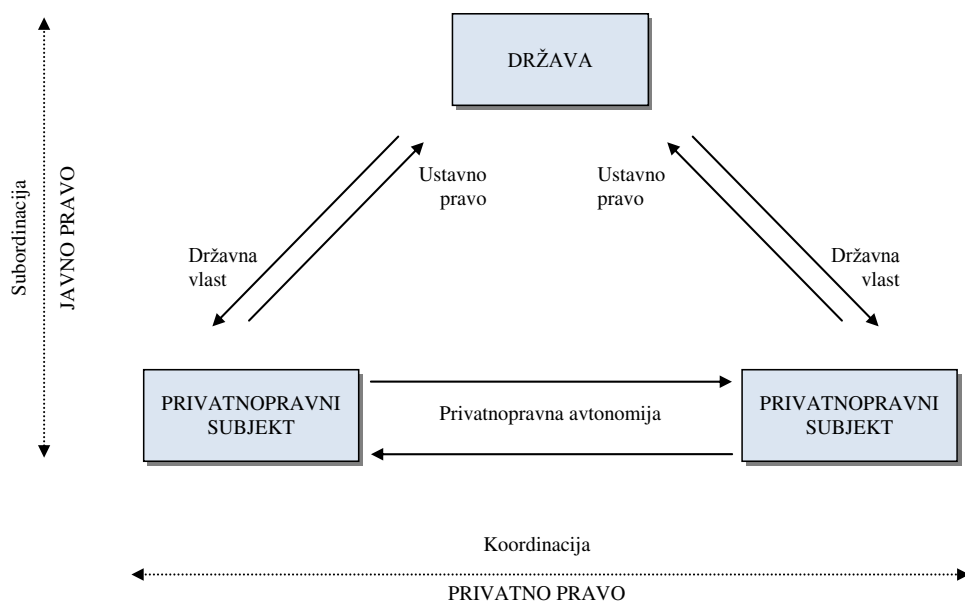
Nemački Savezni ustavni sud je u svojoj presudi izbegao upotrebu pojma posrednog *Drittwirkung*a i, umesto ovog, postavilo *terminus* zračenja ("*Ausstrahlungswirkung*") ustavnih prava,⁷⁸ ali iz procene odluke možemo zaključiti da se Sud nadovezao na teoriju koju je razvio *Dürig*. Prema ovoj teoriji, ustavna prava ne deluju neposredno između privatnopravnih subjekata, već posredno, tako da državna vlast mora u svim pojavnim oblicima kod objašnjavanja i upotrebe prava ili kod njegovog oblikovanja, poštovati temeljne vrednosne odluke ustavnih

⁷⁶ Vidi BVerfGE 7, 198 (205). »Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht...«.

⁷⁷ Vidi BVerfGE 7, 198 (215). Vidi takode G. Brüggermeier, 59 i nasl.

⁷⁸ Vidi takode BVerfGE 34, 269 (280).

prava.⁷⁹ Ovu sudsku praksu dejstvovanja zračenja (*Ausstrahlungswirkung*) ustavnih prava na privatnopravno uređenje, koju je zacrtao presudom u slučaju *Lüth*, nemački Savezni ustavni sud je u kasnijim odlukama potvrdio i dalje konkretizovao.⁸⁰



*Posredno dejstvovanje ustavnih prava među
privatnopravnim subjektima⁸¹*

I *Dieter Vogt* se zauzimao za posredno dejstvovanje ustavnih prava u privatnopravnim odnosima. U obimnom predavljanju, prikazao je razloge za i protiv *Drittwirkungu* i tako pedesetih godina udružio naučnu

⁷⁹ Greška teze o posrednom dejstvovanju je u tome da u skladu sa njom na ustavna prava nisu neposredno vezani ne samo privatnopravni subjekti, već i zakonodavac na privatnopravnom području, a to je u suprotnosti sa trećim stavom člana 1. GG. Osim toga, teza o posrednom dejstvovanju ustavnih prava ne odgovara na pitanje, na koji način treba ustavna prava da budu posredovana u privatnopravne odnose, odnosno šta je temelj za dejstvovanje u tim odnosima. M. Orehar Ivanc, 132.

⁸⁰ Vidi primere BVerfGE 14, 263 (277); BVerfGE 24, 278 (282); BVerfGE 25, 256 (263); BVerfGE 30, 173 (178); BVerfGE 32, 273 (277); BVerfGE 32, 311 (316); BVerfGE 34, 2002 (204); BVerfGE 42, 143 (148); BVerfGE 49, 89 (142); BVerfGE 49, 228 (240); BVerfGE 60, 234 (234); BVerfGE 62, 230 (242); P. Egli, 24–25. Vidi takode G. Brüggermeier, 59 i nasl.

⁸¹ Priredeno prema internoj skripti prof. dr. Jestaedta za zimski semestar 2002/2003.

raspravu.⁸² Navodio je da su se ustavna prava u 19. veku i u vreme *Weimarske republike* poimala kao odbrambena prava (tj. prava negativnog statusa) protiv države. Priznanje *Drittwirkung* se tako ne može oslanjati na izvorni pojam ustavnih prava. Pojam ustavnih prava koji je razvila pravna teorija ne ostaje neopozivo isti. Svako utemeljivanje novog dejstvovanja ustavnih prava mora da proizilazi iz starog, do sada priznatog dejstvovanja ustavnih prava. Promena klasičnog pojma ustavnih prava zahteva razloge koji opravdavaju drugačije posmatranje suštine ustavnih prava. Ko želi da prihvati nova dejstvovanja ustavnih prava, ima dokazni teret za ova nova dejstvovanja.⁸³ Za prihvatanje *Drittwirkung* sa neposrednim dejstvom ustavnih prava u privatnopravnim odnosima morali bismo predstaviti posebne razloge, zašto bismo u ovo vreme prihvatili ovakvo neposredno dejstvovanje i iz čega ga izvodimo. *Vogt* ne vidi razloga za promenu pojma ustavnih prava, zato proizilazi iz istorijskog pojma ustavnih prava i odbacuje neposredno dejstvovanje ustavnih prava između privatnopravnih subjekata.⁸⁴ Protiv posrednog *Drittwirkung*, *Vogt* ne vidi nikakve nedoumice, jer pojam ustavnih prava (s obzirom na dejstvovanje preko generalnih klauzula) ostaje netaknut.⁸⁵

3. Neke novije teorije o dejstovanju ustavnih prava na privatno pravo

Osim klasičnih teorija, u ustavnopravnoj teoriji nastale su i nove teorije, koje pokušavaju da utemelje način dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Teorija o posrednom dejstovanju ustavnih prava, koju je zagovarao *Dürig*, u poređenju sa teorijom o neposrednom dejstovanju ustavnih prava u pravnoj teoriji i sudskoj praksi, mnogo je više prihvaćenija.⁸⁶ Naizgled pouzdana upotreba teorije o posrednom dejstovanju ustavnih prava između privatnopravnih

⁸² Radi se o njegovom radu »*Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes*«, 1960.

⁸³ Vidi *Vogt* (1960), 48; navedeno prema H.-G. Suelmann, 38.

⁸⁴ Tako *Vogt* (1960), 219, navedeno prema H.-G. Suelmann, 39.

⁸⁵ Vidi H.-G. Suelmann, 39.

⁸⁶ Tako tvrde K. Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1994, 1546; I. von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, Frankfurt am Main, 1998, 21; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht der BRD*, Heidelberg, 1995, 159; Egli, 26; H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, 1996, 528.

subjekata ne sme zanemariti činjenicu da su suštinska pitanja što se tiče odnosa ustavnih prava i privatnog prava još uvek nejasna.⁸⁷ Kritičari upozoravaju da nemački Savezni ustavni sud u vezi sa pitanjem dejstvovanja ustavnih prava u privatnom pravu još uvek nije našao neku konzistentnu koncepciju.⁸⁸ Osim klasičnih teorija, i nove su teorije pokušavale da nađu teoretično svestrano i opšte prihvatljivo rešenje u vezi sa utemeljenjem dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata.⁸⁹

Jürgen Schwabe se tako u načelu uhvatio u koštac sa dve klasične teorije dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata i odbacio ih je time što se kod *Drittwirkungu* ustavnih prava radi o prividnom problemu (*Scheinproblem*).⁹⁰ Zagovarao je stanovište da se dejstvovanje ustavnih prava u privatnopravnom poretku uspostavlja ustavnopravno priznatom dužnošću države da poštuje ustavna prava.⁹¹ Za razliku od obe originalne teorije o *Drittwirkungu*, *Schwabe* oslanja dejstvovanje ustavnih prava između privatnopravnih subjekata neposredno na odredbu trećeg stava člana 1. GG, po kojoj ustavna prava obavezuju zakonodavnu, izvršnu i sudsku granu vlasti kao neposredno važeće pravo.⁹² Po *Schwabeju*, država, time što je postavila sistem privatnog prava i što ga ostvaruje, učestvuje u slučajevima kada su u tom sistemu obezbeđena pravna dobra pojedinca ograničena ili kršena od strane drugih privatnopravnih subjekata.⁹³ Država bi zato morala takva kršenja prava, odnosno sloboda, iako su posledica privatnopravnog subjekta, računati kao državni poseg.⁹⁴ Naime, i kod ograničenja, odnosno kršenja prava u slučaju privatnog prava, poseže se u ustavna pravna privatnopravnih subjekata državnom vlašću, iako u obliku naredbe i zabrane.⁹⁵ *Schwabe* naglašava da je privatno pravo, koje daje osnovu za

⁸⁷ Usporedi Egli, 26.

⁸⁸ Vidi P. Egli, 26. Vidi takođe G. Brüggermeier, 43 i nasl.

⁸⁹ Egli, 26.

⁹⁰ Govori o tzv. *sogenannte Drittwirkung*; P. Egli, 26; H.-G. Suelmann, 55.

⁹¹ Uporedi H. Niessen, 115.

⁹² Vidi H.-G. Suelmann, 55.

⁹³ Vidi takođe T. Langner, 5.

⁹⁴ Tako takođe H.-G. Suelmann, 55.

⁹⁵ Tako P. Egli, 27.

pravne odnose između privatnopravnih subjekata, istovremeno i pravo koje je ozakonila zakonodavna grana vlasti i sudija, koji u sporu odlučuje, deluje kao organ sudstva. Zakonodavna i sudska grana vlasti su, prema odredbi trećeg stava člana 1. GG, neposredno obavezni da poštuju ustavna prava. Ustavna prava dejstvuju time i u privatnopravnom poretku, po svojoj funkciji kao (subjektivna) odbrambena prava nasuprot države.⁹⁶ *Schwabe* pri tome čuva klasično poimanje ustavnih prava kao odbrambenih prava protiv državne vlasti tj. kao prava negativnog statusa).⁹⁷

Schwabe takođe misli da su obe klasične teorije o *Drittwirkungu* i posezanje nemačkog Saveznog ustavnog suda za promenom značenja, odnosno funkcija ustavnih prava i objektivnim vrednosnim poretkom, nepotrebni.⁹⁸ Stanovište *Schwabeja*, koje podseća na *state action doctrine*, koju je razvio američki Vrhovni sud, je dominantna nemačka ustavnopravna teorija odbacila.⁹⁹ Prema odredbi trećeg stava člana 1. GG, su kako zakonodavna grana vlasti, tako i sudska grana vlasti dužne da neposredno poštuju ustavna prava. Temeljno pitanje, da li se privatnopravni subjekat može pozivati na ustavna prava i u odnosu prema drugim privatnopravnim subjektima, ovim tako nije rešeno.¹⁰⁰ Sudovi bi mogli odgovor na ovo pitanje da potvrde samo tada kada bi ustavna prava ovlašćivala i obavezivala i privatnopravne subjekte između sebe, što znači kada bi ustavna prava spadala u normativne kriterijume (gornja premisa u silogizmu), odlučujuće za sudsku procenu ovog pravnog odnosa. Ovu kritičku nedoumicu, u vezi sa razumevanjem *Jürgena Schwabeja*, *Karl*

⁹⁶ *Schwabe* priznaje tako samo vertikalno dejstovanje ustavnih prava. H.-G. Suelmann, 57.

⁹⁷ Vidi T. Langner, 76.

⁹⁸ Upravo zato u naslovu svog članka koristi dikciju »*Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*«. T. Langner, 75.

⁹⁹ Prema *Schwabeju*, radi se o konstrukciji neposrednog dejstovanja ustavnih prava na privatnopravno postupanje. Svoje ideje suštinski zasniva na pripisivanju privatnopravnog postupanja državi, tako da svako privatnopravno postupanje u suštini izvodi iz države. Svako privatnopravno postupanje trebalo bi da ima izvor u državi. Privatne vlasti ("*private Gewalt*"), prema njegovom mišljenju, nema i s tim nema trećih. U pravnoj državi se tako svaki poseg privatnopravnog subjekta državno legitimise. Zato takođe, prema njegovom mišljenju, ne postoji razlika između javnog i privatnog prava. Tako H. Niessen, 116.

¹⁰⁰ O kritikama *Schwabejeve* teorije više u H.-G. Suelman, 60.

Doehring¹⁰¹ je izrazio sledećim kratkim rečima: »Sama činjenica da sud kao državni organ procenjuje neki privatnopravni odnos ne menja njihov pravni karakter. Sud mora da poštuje ustavna prava, koliko važe; zar ne deluju (samo zato), jer se radi o odlučivanju suda.«¹⁰² U pogledu na navedeno se ustavna prava ne tretiraju kao materijalno pravo koje upotrebljavaju sudovi, jer je već zakonodavac po odredbi trećeg stava člana 1. GG obavezan da poštuje ustavna prava. Kršenje materijalnog prava od strane privatnopravnih subjekata ne možemo objašnjavati kao posege u ustavna prava od strane zakonodavca, protiv koga bi ustavna prava kao (subjektivna) odbrambena prava obezbeđivala zaštitu.¹⁰³ Na privatnopravnom području, privatnopravni subjekat ne deluje po zakonskom ovlašćenju, već na osnovu autonomne odluke koju zakonodavac priznaje. Kršenja ustavnih prava ne možemo samo na osnovu ovog generalnog priznanja pripisati zakonodavcu. Iz gole činjenice da određena radnja nije zabranjena pozitivnim (državnim) pravom još ne možemo zaključiti da država time na bilo koji način učestvuje u kršenju ustavnog prava od strane privatnopravnog subjekta, odnosno ne možemo državi pripisati odgovornost za kršenje od strane privatnopravnog subjekta.¹⁰⁴

Ako proizilazimo iz spoznaje da su teorija o neposrednom dejstvovanju, teorija o posrednom dejstvovanju i stanovište *Jürgena Schwabeja* po rezultatu ekvivalentni, *Robert Alexy* je, s druge strane, razvio model koji bi trebalo da spoji sve navedene tri teorije.¹⁰⁵ Po njegovom poimanju svaka od tri dosadašnje konstrukcije odgovara samo

¹⁰¹ K. Doehring, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main 1984, 209.

¹⁰² »Die Tatsache allein, dass ein Gericht als Staatsorgan eine private Rechtsbeziehung zu beurteilen hat, ändert nicht deren Rechtscharakter. Der Gericht hat die Grundrechte zu beachten, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet.« Vidi K. Doehring, 90; nav. prema P. Egli, 28.

¹⁰³ K. Stern, *Das Staatsrecht der BRD*, 1988, 1551: »Freiheitsbeeinträchtigungen von Seiten Privaten können nicht durchwegs als Grundrechtseingriffe des Gesetzgebers gedeutet werden, gegen welche die Grundrechte als subjektive Abwehrrechte Schutz gewähren.« Navedeno prema Egli, 28.

¹⁰⁴ Vidi P. Egli, 28–29.

¹⁰⁵ Vidi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, New York 2002, 358.

određenim (ograničenim) aspektima problematike dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Savršeno i odgovarajuće rešenje može dati samo model koji bi obuhvatio sve aspekte.¹⁰⁶ Njegov model tri ravni (*Drei-Ebenen-Model der Drittwirkung, a Three-Stage Model of Horizontal Effect*) obuhvata:¹⁰⁷ dužnosti države (*Pflichten des Staates, the level of state duties*), prava nasuprot države (*Rechte des Bürgers gegen den Staat, the level of rights against the state*) i pravne odnose između privatnopravnih subjekata (*Bürger-Bürger-Verhältnis, the level of legal relations between private individuals*).¹⁰⁸ Alexy teoriju posrednog *Drittwirkung*a uvršćuje na prvu ravan modela koji obuhvata dužnosti države.¹⁰⁹ Ustavna prava, kao objektivna načela (*objective principles, an objective order of values*), važe za sva područja prava, zato je država dužna da ih poštuje, kako u civilnom zakonodavstvu, tako i kod odlučivanja (civilna sudska praksa).¹¹⁰ Na drugoj ravni Alexy se hvata u koštac sa (za *Drittwirkung*) relevantnim pravima nasuprot države¹¹¹ (*horizontally relevant rights against the state*).¹¹² Alexy tvrdi da dužnost sudske prakse da kod objašnjenja i upotrebe civilnopravnih normi poštuje ustavna prava kao temeljne vrednosti, još ne znači da sudija krši ustavna prava u obliku (subjektivnih) prava ako postupa protiv takve dužnosti. To bi važilo samo ako bi sudska praksa nemačkog Saveznog ustavnog suda u vezi sa dejstvovanjem ustavnih prava na privatno pravo konzistentna. U sudskoj presudi *Lüth*, nemački Savezni ustavni sud je zapisao da je presuda civilnog suda kršila žaliočevo pravo na slobodno izražavanje mišljenja iz odredbe prve rečenice prvog stava člana 5. GG. Za konkretizaciju druge ravni svog modela, Alexy je postulirao pravo pojedinca nasuprot civilnom sudstvu na primereno poštovanje onih ustavnih načela koja govore o priznatim pozicijama državljanina. Ako ovo pravo kršimo, time istovremeno kršimo i ustavno pravo, koje

¹⁰⁶ T. Langner, 80.

¹⁰⁷ Vidi takođe R. Alexy, 358.

¹⁰⁸ Vidi P. Egli, 29.

¹⁰⁹ T. Langner, 80.

¹¹⁰ Vidi R. Alexy, 358. Vidi takođe BVerfGE 13, 263 (278); 37, 132 (140).

¹¹¹ Ovde se radi o tzv. *defenzivnim pravima* protiv države, odnosno *prava negativnog statusa*.

¹¹² Vidi R. Alexy, 358.

otelovljuje dotično načelo.¹¹³ Treća ravan se bavi dejstvom ustavnih prava u pravnim odnosima između privatnopravnih subjekata (*Bürger-Bürger-Verhältnis*).¹¹⁴ Na ovoj ravni Alexy postavlja pitanje neposrednog *Drittwirkung* u model,¹¹⁵ pri čemu pojam neposrednog *Drittwirkung* posebno definiše: »On je u tome da postoje iz ustavnopravnih razloga određena prava i ne-prava, slobode i ne-slobode, nadležnosti i ne-nadležnosti u odnosu državljanin-državljanin, koje bez ovih razloga ne bi postojale.«¹¹⁶ Alexy objašnjava da proizilazi, s obzirom na ova pojmovna opredeljenja neposredni *Drittwirkung* ustavnih prava, kako iz teorije posrednog *Drittwirkung*, tako i od strane Schwabeja postulirane teorije preko države danog *Drittwirkung*. Ovaj zaključak uprkos tome, ne želi da razume kao da postoji samo ravan neposrednog *Drittwirkung*. Svaka od tri ravni njegovog modela zapravo se tiče jednog aspekta iste stvari. Između ove tri ravni tako ne vlada nikakva hijerarhija, nikakvo stepenovanje,¹¹⁷ već uzajamni implikacijski odnos (*a relationship of mutual implication*¹¹⁸). Koju ćemo argumentacionu ravan u pravnom objašnjenju dejstvovanja ustavnih prava u privatnom pravu izabrati, pitanje je celishodnosti.¹¹⁹

Alexyjeva model tri ravni ni u teoriji ni u sudskoj praksi nije ostavio veći uticaj. Teorija nije preuzela njegovo učenje, a takođe ni sudska praksa u proceni slučajeva sa problematikom *Drittwirkung* nije posegla za njegovim izvođenjima.¹²⁰ Razlog za to je verovatno u tome što je teško napraviti stvarno razlikovanje među konvencionalnim teorijama i trostepenim modelom Alexyja. Čak je i pokušao da sve konstelacije koje

¹¹³ O tome takode M. Ruffert, 19.

¹¹⁴ Vidi M. Ruffert, 19.

¹¹⁵ *Ibid.*, 20.

¹¹⁶ Vidi P. Egli, 30. "Sie besteht darin, dass aus grundrechtlichen Gründen bestimmte Rechte und Nicht-Rechte, Freiheiten und Nicht-Freiheiten, Kompetenzen und Nicht-Kompetenzen in der Bürger/Bürger-Relation bestehen, die ohne diese Gründe nicht bestehen würden."

¹¹⁷ Tako T. Langner, 80.

¹¹⁸ R. Alexy, 358.

¹¹⁹ Vidi P. Egli, 30.

¹²⁰ Ovu teoriju nisu mnogo kritikovali, jer se navodi da je uopšte nije moguće dobro razumeti (i zato je nije moguće kritikovati). Razlog za manju kritiku je i u tome što udružuje klasične teorije *Drittwirkung* i zato bi kritičari morali da kritikuju svoje sopstvene teorije. T. Langner, 82.

su razvijene u raspravi o *Drittwirkungu*, spoji u jedan model. *Alexy* problematiku inače celovito razmatra, ali i on na kraju zaključuje da je civilni sudija *prima facie* vezan na važeće civilno pravo. Ko želi, na osnovu ustavnih prava i tamo zapisanih vrednosti, da odstupi od civilnog prava, mora da snosi *teret argumentacije*. Takvo stanovište su već zastupali zagovornici teorije *posrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata*.¹²¹

ZAKLJUČAK

Ustavna prava se u nemačkoj teoriji i sudskoj praksi tretiraju primarno kao odbrambena prava, uperena protiv države (tj. prava negativnog statusa). Tako i treći stav člana 1. nemačkog Temelnog zakona (GG), kao adresate ustavnih prava označuje zakonodavnu, izvršnu i sudsku granu vlasti. GG sadrži i neke odredbe koje ustavnim pravima ili njima sličnim pravima priznaje dejstva i neposredno između privatnopravnih subjekata (tj. u horizontalnim pravnim odnosima). U nemačkom ustavu (GG) inače ne postoje izričite ustavne odredbe koje bi uređivale problematiku dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Upravo zbog navedenog, u nemačkoj ustavnoj teoriji pojavilo se nekoliko stanovišta koja su pokušala da odgovore na pitanje o dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Zajedničko svima je da sve potvrđuju to da ustavna prava dejstvuju i u privatnopravnim odnosima. Tako zapravo pitanje da li ustavna prava na području privatnog prava uopšte dejstvuju, u nemačkoj ustavnoj teoriji nije više sporno. Međutim, postoje različita poimanja u vezi sa pitanjem kako ustavna prava i vrednosti utiču na konkretan privatnopravni odnos (tj. način uticanja ustavnih prava na privatnopravne odnose).

U centru ustavnoteorijskih rasprava u vezi sa ovim pitanjem su pre svega teorija koju je razvio *Hans Carl Nipperdey* o neposrednom dejstvovanju ustavnih prava te teorija *Günterja Düriga* o posrednom dejstvovanju ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Po teoriji neposrednog dejstvovanja, ustavna prava neposredno obavezuju privatnopravne subjekte. Ustavna prava treba ubrajati u normativna

¹²¹ Vidi P. Egli, 31.

pravila pravnog poretka kao celine iz koga neposredno proizilaze i (subjektivna) prava privatnopravnih subjekata. Prema teoriji posrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata, ustavna prava dejstvuju samo posredno, tj. »zrače« preko generalnih klauzula i neodređenih pravnih pojmova privatnog prava na odnose privatnopravnih subjekata. Iako su prvo na području radnog prava, kao i kod nemačkog Saveznog radnog suda zastupali teoriju neposrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata, danas u nemačkoj teoriji i sudskoj praksi preovlađuje teorija posrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. U tom smislu, važna je odluka nemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu *Lüth*, koja je posegla za teorijom posrednog dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata. Sud je u ovoj odluci naveo da ustavna prava nije moguće razumeti samo kao odbrambena prava državljana protiv države (tj. kao prava negativnog statusa), već i kao objektivne ustavne vrednosne odluke, koje moraju da se priznaju u celom pravnom poretku (tj. vrednosne smernice). Sud je takođe objasnio da ustavna prava "zrače" svoj objektivni pravni sadržaj na privatnopravno područje, a posebno kod konkretizacije generalnih klauzula privatnog prava i neodređenih pravnih pojmova. Presudu u predmetu *Lüth*, kojom je nemački Savezni ustavni sud priznao dejstvo »zračenja« ustavnih prava, kasnije je više puta potvrdio, tako da je to postala ustaljena sudska praksa. Protiv ove ustaljene sudske prakse pojavilo se stanovište *Jürgena Schwabeja*, koji je pitanje dejstvovanja ustavnih prava između privatnopravnih subjekata označio kao prividan problem i dejstvovanje ustavnih jemstava na području privatnog prava je utemeljio ustavnopravnom vezanošću države na ustavna prava, kako proizilazi iz odredbe trećeg stava člana 1. GG. Takođe, nije bila uverljiva ni pomenuta trostepena teorija koju je oblikovao *Robert Alexy*, koji je pokušao sva dotadašnja stanovišta o dejstvovanju ustavnih prava nekako da ujedini u jednu teoriju.

GERMAN CONCEPT ON THEORY OF THIRD PARTY EFFECT OF CONSTITUTIONAL RIGHTS ON CIVIL LAW

SUMMARY

The author presents the main positions of German legal theory which founds the third party effect of constitutional rights in civil law. The civil law was during a long period of time treated as an autonomous part of law, independent from constitutional law (especially constitutional rights). Under the influence of enlarged comprehension of constitutional rights (s. c. objective function of constitutional rights) in German law system, i. e. objective legal principles, that should be valid in whole legal system originally appeared in German legal theories on direct third party effect (*unmittelbare Drittwirkung*) (the main representative is *Nipperdey*) and theories on indirect third party effect (*mittelbare Drittwirkung*) (the main representative is *Dürig*). By the theory of direct third party effect of constitutional rights in private law the constitutional rights should have direct effect on civil law. That means that no other laws or other additional (interpretative) steps are needed. By indirect third party effect the effects of constitutional rights are achieved by the use and by the proper interpretation of general clauses of private law and indefinite legal notions, whereby it is necessary constantly to take into consideration constitutional rights as value guidelines in a respective society. The indirect third party effect theory was also confirmed by the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgerichtshof*) in the case of *Lüth*, in which the court explicitly recognized the effect of »radiation« of constitutional rights on private law.

Keywords: constitutional rights, Germany, civil law, direct/indirect *Drittwirkung*, radiation effect (*Ausstrahlungswirkung*), *Nipperdey*, *Dürig*, *Alexy*, *presuda Lüth*.

Jasmin Hasić*

**IDENTIFYING AND TESTING CAUSAL MECHANISMS BY
APPLYING J.S. MILL'S INDIRECT METHOD OF DIFFERENCE**

ABSTRACT

This paper is aimed at investigating Mill's ideas of causation, with particular reference to his Indirect Method of Difference. More specifically, I will try to inspect *whether an application of Mill's Indirect Method of Difference yields a positive result that allows a strong inference of a causal relationship being present; and if so, does one still need to specify a causal mechanism and test it with different cases?*

In the following pages, I will offer a comprehensive interpretation of Mill's basic methods, and argue that his Indirect Method of Difference is intended to ascertain the presence of a probable cause, within a set of all positive cases and the absence of it within the set of all negative cases. I deem that such condition is very rigorous, and that Mill's method is only hypothetical in identifying the presence of both necessary and sufficient conditions, as the cause of a certain phenomenon.

Keywords: John Stuart Mill, Indirect Method of Difference, Method of Agreement, causation.

* LL.M, doktorski kandidat na Fakultetu političkih nauka Univerziteta LUISS Guido Carli u Rimu.