

Sborník příspěvků z mezinárodní konference

EVROPSKÝ KONSTITUCIONALISMUS V KONTEXTU SOUDNÍHO DIALOGU



EUROPEAN CONSTITUTIONALISM IN THE CONTEXT OF JUDICIAL DIALOGUE

Book of proceedings from international conference

SBORNÍK PŘÍSPĚVKŮ Z MEZINÁRODNÍ KONFERENCE

EVROPSKÝ
KONSTITUCIONALISMUS
V KONTEXTU
SOUDNÍHO DIALOGU

EUROPEAN
CONSTITUTIONALISM
IN THE CONTEXT
OF JUDICIAL DIALOGUE

BOOK OF PROCEEDINGS FROM INTERNATIONAL CONFERENCE

JOSEPH H. H. WEILER

ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΑ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΚΑΝΟΝΟΜΙΑΣ
ΚΑΙ ΣΥΝΑΝΤΗΣΗ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΟΜΟΓΕΝΕΙΑΣ
ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΟΜΟΓΕΝΕΙΑΣ

...
SITUATION AND FUTURE OF EUROPEAN CONSTITUTIONALISM
AFTER THE EXISTENCE OF ITS SUCCESSORS TO THE ECJ



EDIČNÍ POZNÁMKA

Vážení čtenáři,

když Ústavní soud začal v druhé polovině roku 2014 připravovat mezinárodní konferenci, rozhodl se ji orientovat evropským směrem. Nazval ji proto:

Evropský konstitucionalismus v kontextu soudního dialogu

a požádal o vystoupení zástupce střeoevropských ústavních soudů, představitele evropských institucí a světové i domácí právní vědce. Konference, která se konala ve dnech 18 a 19. června 2015, pak optimistická očekávání beze zbytku splnila. Nabídla totiž zajímavý mix právní teorie, praktických pohledů, evropské optiky i národních specifik. Sborník z této konference, který právě držíte v rukou, je také jejím zrcadlem. Naleznete v něm téměř všechna vystoupení, která na konferenci zazněla. Je přitom logické, že řečníci pečlivě upravovali svá vystoupení pro publikační účely, a proto jsme se pro úsporu času nutného k vydání publikace rozhodli jednotlivé příspěvky nepřekládat a ponechat je v původním znění. Každý příspěvek je však pro lepší orientaci opatřen edičním shrnutím v českém nebo anglickém jazyce. Do autorských textů jsme obsahově nezasahovali a provedli pouze základní jazykovou korekturu.

Za všechny, kteří se podíleli na přípravě konference a sborníku,
Vám přeji zajímavé čtení!

Vlastimil Göttinger
editor

OBSAH		
	Jaroslav Fenyk	
	Úvodní slovo	6
	Joseph H. H. Weiler	
	Dialogue and Distrust: the Accession of the EU to the ECHR	10
	Brigitte Bierlein	
	Europäischer Konstitutionalismus im kontext des gerichtsdialogs	20
	Tamás Sulyok	
	Ungarisches Verfassungsgericht im Europäischen Verfassungsverbund	28
	Jan Zobec	
	The relationship between EU law and Slovenian constitutional law in the light of the case law of the Constitutional Court of Slovenia	36
	Ivetta Macejková	
	Prieskum ústavnej konformity právnych noriem vychádzajúcich z práva Európskej únie Ústavným súdom Slovenskej republiky	46
	Luzius Wildhaber	
	European Constitutionalism and the Dialogue of Judges	58
	Jiří Malenovský	
	Ambivalentní komunikace a spolupráce Soudního dvora EU a ústavních soudů jejích členských států	66
	Robert Alexy	
	Die absolute und die relative Dimension der Grundrechte	74
	Jiří Zemánek	
	České ústavní soudnictví v evropském ústavním prostoru	88
	Jan Kysela	
	Evropský konstitucionalismus: hierarchie, heterarchie a povídání mezi soudy	100
	Jiří Příbáň	
	The Semantics and Multiple Structures of European Constitutionalism: A Systems Theoretical Perspective	112



JAROSLAV FENYK

Soukromý univerzitní profesor (2002, Univerzita v Miskolci), profesorem trestního práva jej prezident republiky jmenoval v roce 2009. Je profesorem na katedře trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, tutéž pozici zastával na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze; přednáší na dalších českých a zahraničních univerzitách a institutech. Byl členem řady expertních komisí, výborů a členem redakčních rad odborných a vědeckých periodik. V letech 1999-2006 byl ve funkci náměstka nejvyšší státní zástupkyně. Od roku 2006 do roku 2013 byl advokátem. V roce 2013 jej prezident republiky jmenoval soudcem Ústavního soudu a následně místopředsdou Ústavního soudu.

Awarded the Private University Professor (2002, University of Miskolc in Hungary), appointed to Professorship of Criminal Law by President of the Republic in 2009. He is professor at the Department of Criminal Law at the Faculty of Law at Masaryk University in Brno, and has also held the same position at the Faculty of Law at Charles University in Prague. He also lectures at other universities and institutions in the Czech Republic and abroad. He has been a member of number of expert committees, associations and a member of many editorial boards of professional and academic periodicals. He worked as Deputy to the Supreme Public Prosecutor in the years 1999 to 2006. From 2006 to 2013, he worked as an attorney-at-law. He was appointed Justice of the Constitutional Court by President of the Republic in 2013, and consequently Vice-president of the Constitutional Court.

ÚVODNÍ SLOVO

Vážené dámy, vážení pánové,
milí hosté,

rád bych Vám poděkoval za to, že jste si v tyto letní dny udělali čas a přijali naše pozvání. Úvahy o uspořádání této konference nosím v hlavě od okamžiku, kdy jsem byl pověřen vedením mezinárodních vztahů Ústavního soudu, a od té doby stále zdůrazňuji – parafrází Johna Donneho – že „žádný Ústavní soud není ostrov sám pro sebe...“, ale je naopak součástí širšího systému ochrany lidských práv.

Ústavní soudy jsou ve dvacátém prvním století nositeli mnohem většího množství úkolů, než tomu bylo před druhou světovou válkou. Tehdy funkce ústavního soudnictví začínaly a končily u abstraktní kontroly norem, zatímco dnes jsou ohniskem zájmu především lidé a zástita jejich základních práv a svobod. Na ni také vynakládáme největší množství sil.

Nejsme na to ale sami.

Náš kontinent měl to obrovské štěstí, že již sedmdesát let nezažil „velkou válku“. Snad i díky tomu, že jednotlivé státy začaly spolupracovat a sdílet hodnoty, které jsou Evropě společné – právo na život, lidskou důstojnost, rovné zacházení a právo na spravedlnost pro všechny, kteří se jí dovolávají. Ochrana lidských práv se tím přelila z úrovně národní na úroveň evropskou. Základní práva proto nejsou střežena již jen ústavními soudy, ale i soudy nadnárodními, které pokud již nedisponují autonomním právním řádem, mají alespoň vlastní katalog lidských práv.

V uplynulých desetiletích jsme zaznamenali dynamický rozvoj evropského soudnictví, které přineslo skutečně velký posun ve vnímání pojmu „ochrany práv“ a svojí emancipací přidělalo vrásky právním teoretikům. Ústavní soudy se již nemohou tvářit, že se jich nic evropského netýká, a nemohou dále vyzvat striktně dualistický systém, který je sice snadno uchopitelný, ale pro nové milénium nepoužitelný.

Národní ústavní soudy hledají modus vivendi s Evropou, s evropskými hodnotami a s evropskými soudy. Pryč je doba řevnivosti, nastala doba hledání konsensu a efektivní koordinace činností. Také proto pořádáme tuto konferenci, abychom se dozvěděli co nejvíce o budoucnosti našeho společného hodnotového rámce, tedy o budoucnosti evropského konstitucionalismu. Druhý pojem, který nás spojuje, je potřeba dialogu. Jedná se především o dialog mezi soudy, mezi soudy národními a evropskými, mezi soudy nadřízenými a podřízenými, o dialog vedený po horizontální i vertikální linii. Jako výzvu k dalšímu a pokračujícímu dialogu bychom ostatně chtěli pojmut i tuto konferenci.

Ve světle dříve řečeného není divu, že jsme naši konferenci nazvali „Evropský konstitucionalismus v kontextu soudního dialogu“. Během příprav jsme se rozhodli, že ji rozdělíme do tří základních bloků, které by měly zrcadlit tři úhly pohledů – národní, evropský a doktrinární. Na úvod každého konferenčního dne také zazní pilotní vystoupení, jež tematicky předznamená příspěvky následující. Renomé pánů profesorů Weilera a Alexyho je zárukou, že jistě budeme mít dlouho o čem diskutovat.

První část naší konference přinese pohled národních ústavních soudů.

Velmi si vážím toho, že pět kolegů z ústavních soudů střední Evropy přijalo naše pozvání a podělí se s námi o své unikátní zkušenosti, o problémy, které jim v rozhodovací praxi způsobují otázky s „evropským prvkem“, a já pevně věřím, že se touto formou konferenčního justičního dialogu dokážeme obohatit a inspirovat navzájem.

Vzácní kolegové z Polska, Rakouska, Maďarska, Slovinska a Slovenska jistě znají ten zvláštní pocit institucionální osamělosti, kdy se v rámci plurality právních regulací necítí být součástí obecné národní justice, ale přítom svým posláním nepatří ani do struktur justice evropské.

Stále častěji si klademe otázku, jak vlastně mohou národní ústavní soudy bezpečně rozlišit, zda se jedná o právní normu svým původem národní nebo nadnárodní (derivovanou, transponovanou či implementovanou)? A mají ústavní soudy přizpůsobovat procesní stránku řízení rodnému listu přezkoumávané normy? I kdybychom si řekli, že ano, jak potom bude vypadat celostní hierarchie norem, hodnot a institucí?

Zkrátka, velmi se těším na všechna nadcházející vystoupení, protože budou reflexí toho, jak se s evropským konstitucionalismem a justičním dialogem vyrovnávají ti, pro něž otázky ochrany ústavnosti nejsou jen právně-filozofickým postulátem, ale denním chlebem.

Jelikož je motivem konference soudní dialog, mělo by v druhé části naší konference zaznít také stanovisko expertů (a nebojím se říci přímo „insiderů“) na činnost obou evropských soudů. O vztahu národních ústavních soudů k rozhodnutím Evropského soudu pro lidská práva nám řekne ten nejpovolanější – jeho emeritní předseda Luzius Wildhaber, který však má velmi blízko i k Ústavnímu soudu České republiky. Profesor Wildhaber v tomto sále nesedí poprvé a rozhodně ani naposledy. Za Soudní dvůr EU pak vystoupí jeho dlouholetý soudce Jiří Malenovský, který – kromě toho že zde zastupuje pana předsedu Skourise – je také předním odborníkem na mezinárodní právo. Profesor Malenovský rozumí našim problémům také proto, že byl čtyři roky soudcem zdejšího soudu.

Myslím si, že bude nesmírně podnětné dozvědět se od obou pánů profesorů, jak se vlastně evropské soudy dívají na soudy ústavní, jak hodnotí jejich úlohu a na jaké místo stavějí potřebu vertikálního dialogu. Také by mne velmi zajímalo – a jistě by to bylo i podnětným příspěvkem do diskuse – jak oba pánové vnímají současný přínos ústavních soudů pro posilování právní koheze v rámci Evropy (Rady Evropy i Evropské unie); jsou spíše spojujícím mostem nebo rušivým elementem?

Velmi zajímavá vystoupení však přinese i třetí část naší konference, v níž si zítra – díky našim řečníkům – ozřejmíme východiska evropského konstitucionalismu a také směr, kterým by se v budoucnu mohl ubírat. Po úvodním vystoupení pana profesora Alexyho a exposé kolegy Zemánka o pozici našeho ústavního soudnictví v evropském ústavním prostoru, si tak budeme moci vyslechnout postřehy tří renomovaných právních vědců k otázkám, které jsou podle jejich názoru esenciální právě v oblasti evropského konstitucionalismu. Společně s nimi se tak můžeme například ptát, zda má odlišování národních, unijních a mezinárodních standardů ochrany práv negativní vliv na komunikaci mezi ústavními a evropskými soudy, nebo zda vůbec existuje architektura „evropského“ právního řádu, jehož hierarchické prvky logicky determinují i budoucí možnosti mezisoudních dialogů.

Čekají nás dva dny plné zajímavých vystoupení a věřím, že ještě zajímavějších diskusí. Současný stav evropského konstitucionalismu zatím přináší více otázek než odpovědí. Doufám, že i díky této konferenci se nám může podařit nepříznivý poměr změnit.



JOSEPH H. H. WEILER

Studoval právo ve Velké Británii (Sussex a Cambridge) a na Evropském univerzitním institutu ve Florencii, kde později působil jako profesor a vedoucí katedry práva. V USA působil jako profesor na University of Michigan, na Harvard Law School a New York University. Zabývá se mezinárodním právem a mj. také styčnými plochami práva a náboženství. Hrál významnou roli ve známém případě Lautsi proti Itálii, kde při ústním jednání před velkým senátem Evropského soudu pro lidská práva úspěšně zastupoval hned 8 vlád různých zemí pro bono.

He studied law in the Great Britain (Sussex and Cambridge) and the European University Institute in Florence, where he was a member and the head of the Department of Law later on. He served in the U.S.A. as Professor of Law at the University of Michigan, the Harvard Law School, and the New York University. His specific interests include international law and the interface between law and religion, to mention a few. He played an important role in the well-known case of Lautsi v. Italy where he successfully represented as many as 8 governments of different countries, on a pro bono basis, in the oral hearing held before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights.

DIALOGUE AND DISTRUST: THE ACCESSION OF THE EU TO THE ECHR

I. Dialogue, contestation and uniformity

There is no doubt that the notion of dialogue has become a part of our legal vocabulary.¹ But – as true of many other fashionable concepts – it is used in all kinds of different ways which may obscure the reason we value dialogue in the first place. So I want to begin with some cautionary remarks.

Dialogue does not necessarily mean agreement, and some of the most important positive developments in the evolution of European law have been in cases when national constitutional courts did not agree with the European Court of Justice or did not agree with certain developments in the legal order of the European Union. For example: while one did not necessarily have to accept the concept of democracy that the German Constitutional Court developed in its Lisbon judgment,² it was very important that at least one constitutional organ explicitly raised the issue of the democratic nature of decision-making in the European Union.³ So dialogue is important, but contestation sometimes generates important results.

Dialogue also does not necessarily mean uniformity: we do not all have to end up protecting fundamental human rights in our states in the same way. To me, it is totally understandable that different historical, social and political contexts can bring about different results, suitable for different societies. So we should disabuse ourselves of the notion that dialogue and harmony mean that every constitutional court will end up with the same position. The reason I mention this is because if there is now one common bit of vocabulary used in constitutionalism around the world it is the word proportionality.⁴ There might be a tendency to think that if constitutional courts apply proportionality correctly then the result they reach must be the same. But at the heart of proportionality there is also a balancing of values that can vary from one court to another, and their decisions – albeit different – may have equal normative validity.⁵

If dialogue demands contestation and does not entail uniformity, there is often disagreement at its bottom. And we should not think that such disagreement could or should always be overcome. But contestation need not rest on dogmatism, and disagreement need not preclude openness. So I would like to explore the frontiers of dialogue, and draw attention to the legal and political sensibility that I think was needed – but was perhaps lacking – in the way the European Court of Justice (ECJ) dealt with the accession of the European Union to the European Convention of Human Rights (ECHR).

1 The Declaration on Article 6(2) of the Treaty on European Union, annexed to the Treaty of Lisbon [2007] OJ C 306/01, mentions the dialogue between the ECJ and ECtHR as a way of preserving specific features of EU law once the EU accedes to the European Convention on Human Rights. 'Dialogue' and similar metaphors have been used to describe the relationship between parliaments and courts in the domestic constitutional context (Jeremy Waldron, 'Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators' (2004) 23 *Supreme Court Law Review* 2nd 7; Luc B. Tremblay, 'The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures' (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 617), but also to depict the exchanges between courts in transnational domain (Christopher McCrudden, 'Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights' (2000) 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 499; Anne-Marie Slaughter, 'A Global Community of Courts' (2003) 44 *Harvard International Law Journal* 191; Vicki C. Jackson, 'Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement' 119 *Harvard Law Review* 109), including the relationship between the ECJ and other courts (see for example Takis Tridimas, 'The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability' in Anthony Arnall and Damian Chalmers (eds), *The Oxford handbook of European Union law* (Oxford

University Press 2015); and Anthony Arnall, 'Judicial Dialogue in the European Union' in Julie Dickson and Pavlos Eleftheriadis (eds), *Philosophical Foundations of European Union Law* (Oxford University Press 2012)).

2 *Lisbon Judgment* (2009) 2 *BvE* 2/08. See Daniel Halberstam and Christoph Möllers, 'The German Constitutional Court Says "Ja zu Deutschland!"' (2009) 10 *German Law Journal* 1241.

3 Joseph H. H. Weiler, 'Editorial: The "Lisbon Urteil" and the Fast Food Culture' (2009) 20 *European Journal of International Law* 505.

4 Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72.

5 For an approach to the use of foreign law in proportionality analysis that is at the same time sensitive to the contextual differences between constitutional systems, see Justice Aharon Barak's opinion in *United Mizrahi Bank Ltd. v Migdal Cooperative Village* CA 6821/93 (1995) paras 83–107.

II. Opinion 2/13 and (the lack of) dialogue

Now I come to Opinion 2/13 of the European Court of Justice, which held that the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention of Human Rights is incompatible with European Union law.⁶ The decision may prevent, for the foreseeable future, the possibility of the European Union's joining the European Convention of Human Rights. To be sure, this issue is not important for the protection of fundamental rights. While we can construct hypothetical cases and show that there is a lacuna or overlap of protection, we cannot really say that the fundamental rights are compromised because the European Union is not a member of the European Convention of Human Rights. Citizens and residents of the European Union do not have a deficit of judicial protection; they have a surfeit of judicial protection. They get protection from their national constitutional courts, the European Court of Justice, and the European Court of Human Rights.

But it is still very important that the European Union does join the European Convention of Human Rights. Human rights and constitutionalism are part of our political discourse and there is something awful and unacceptable that the EU demands that every new member state become a member of the European Convention of Human Rights while it is not a member itself. The reason we insist that new member states become members of the Convention is not only because of substantive protection, because very often they have good constitutions with very good constitutional courts, but because we like the idea, which is part of the spirit

of the European Convention system, that there will be an outside control of the way we manage our businesses in our member states. The remarkable feature of the Convention is that every constitutional or high court accepts that at a certain point its state may find itself before the court in Strasbourg. It is a kind of European system of judicial checks and balances, and we think it is important. So what is very problematic about the outcome of the opinion of the European Court of Justice is not that in the real world some human rights will be compromised; rather, it is that the major political organ of the European Union – more and more constitutional – is not part of that system of protection.

The Opinion is even more important in another sense, which transcends the question of the Protocol of Accession's compatibility with EU law: it is the most elaborate expression of the ECJ's view on the nature of the Union and of European integration. This may have potentially far-reaching ramifications for a whole range of issues which may come before the Court, important as a particularly authoritative voice, among others, in defining our self-understanding of who we are, who and what we aspire to be, what are the means by which we mean to realize those aspirations and, not least, which of these aspirations we wish to achieve through constitutionally binding means (with the concomitant empowerment of Courts and judges) and which we would rather leave to the political, social and moral orders of our national societies and European society. Opinion 2/13 raises acute questions as regards the "Masters of the Treaty" issue, shades of which were already raised in Opinion 1/91, where there were indications of the ECJ's willingness to assert certain fundamental principles of the European constitutional order

⁶ Opinion 2/13 of 18 December 2014, nyr <curia.europa.eu/juris/liste.js?num=C-2/13> accessed 7 September 2015. For an overview see 'Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!' (2015) 52 Common Market Law Review 1, and Louise Halleskov Storgaard, 'EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection – On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR' (2015) Human Rights Law Review, advance access. If you go on the Internet, pages, and pages, and pages are written about this. See, for example: Steve Peers, 'The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection' (EU *Law Analysis*, 18 December 2014) <eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> accessed 7 September 2015; Tobias Lock, 'Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR' (*Verfassungsblog*, 18 December 2014) <www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-egh-zum-emrk-beitritt-der-eu> accessed 7 September 2015; Leonard F.M. Besselink, 'Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13' (*Verfassungsblog*, 23 December 2014)

<www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.Ve2cDc7lfzI> accessed 7 September 2015; S. Douglas-Scott, 'Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: a Christmas Bombshell From the European Court of Justice' (UK Constitutional Law Association Blog, 24 December 2014) <wp.me/p1cVqo-NO> accessed 7 September 2015; Martin Scheinin, 'CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances' (*Verfassungsblog*, 26 December 2014) <www.verfassungsblog.de/en/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances/#.Ve2cDc7lfzI> accessed 7 September 2015; and the special section of *Verfassungsblog*, 'Union Meets Convention: How to Move on with Accession after CJEU Opinion 2/13' <www.verfassungsblog.de/en/category/focus/union-meets-convention-how-to-move-on-with-accession-after-cjeu-opinion-213-en-en-en-en-en/> accessed 7 September 2015, which arose as a reaction to one of the rare papers written in support of Opinion 2/13 (Daniel Halberstam, "It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward' (2015) 16 German Law Journal 105).

which could, in principle, be even impervious to procedurally unassailable Treaty (constitutional) amendment.⁷

A “soft way” to read this decision (and Opinion 1/91) would be to say that Article 6 is not to be interpreted as an invitation to adhere to the ECHR in a way which does violence to other no less fundamental constitutional provisions of the same Treaty. Otherwise, we would implicitly be assigning to Article 6 a hierarchically superior value than to other competing Articles and constitutional principles of the Union legal order. Could we say that it should be assigned such normative super-value simply because it was incorporated later? If a Treaty Amendment violated, without stating an explicit intention to do so, one of the provisions of the Charter, would we wish the ECJ simply to give it effect?

If the “soft way” is indeed the correct interpretative key to Opinion 2/13, this would, however, mean that in a possible amendment of Article 6 – trying to clear the way for this or another Protocol – there should be an explicit expression of the intention to override competing constitutional principles of the EU legal order in a manner reminiscent of the Canadian and UK arrangements for their internal Bills of Rights.⁸ Such an approach would acknowledge that the ultimate Pouvoir Constituent in the Union are the Member States and their peoples speaking through the Treaty amendment procedure, but it would also ensure that they do not, inadvertently, stumble into a Treaty (constitutional) amendment with consequences of a gravity not understood or foreseen at the time of Amendment.

It is clear from Opinion 2/13 that their position was not that any contradiction between the Protocol and any provision of the Treaty would have led them to such a dramatic decision but only those incompatibilities which threatened some of the most fundamental characteristics of the Union’s constitutional order. This is a most respectable position to adopt. We have seen the same approach in the decision of the French Conseil Constitutionnel, when in examining the compatibility

of the Maastricht Treaty with the French legal order it asserted without much fanfare or subsequent cries of woe, that a Treaty which would molest the essential republican nature of France would be unacceptable.⁹ It is also not dissimilar to the position of the German Constitutional Court in the Lisbon Decision already mentioned, where it held that preserving the democratic character of the Federal Republic was a line that could not be traduced.¹⁰

The ECJ was not, thus, inventing a simplistic hierarchy between two Articles in the Treaty and assigning Article 6 an inferior position, but identifying an essential, ontological, constitutional identity of the Union derived from the very constitutional economy of the Treaty, which would, according to its view, be violated by the proposed Protocol and which, in its view, the Masters of the Treaty (Member States and their Peoples) did not intend to compromise in Article 6. On this reading, the ECJ had not only a right but even a duty to render the Opinion it did, and the shrill critiques are misguided and misplaced. Indeed, if the “soft view” is the correct way to understand the ECJ, then its Opinion is to be welcomed because – always assuming that we agree with the substance of its analysis of the EU order – should the Pouvoir Constituent press ahead with the project of accession to the ECHR without any substantive corrections to the Protocol, by, for example, amending Article 6 in the “Canadian” manner indicated above, then the Member States and their peoples should be aware of the consequences for the legal order of the Union which many have come to cherish. The logic of this reading of the Opinion, however, also means that the ECJ – in the face of such an amended Article 6 or any other expression of a will of the Pouvoir Constituent to press ahead with accession – should yield without any expression of normative misgivings.

There is also a possible “hard view” of the Opinion of the ECJ whereby certain principles of the EU constitutional order are given by the Court a status equivalent to the so-called “eternity clauses” famously found in the German Constitution,

7 Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079. See also Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759, where the ECJ concluded that, given the important constitutional implications of accession and the lack of explicit competence of the EU to accede to the European Convention on Human Rights, it could only be achieved by way of a Treaty amendment (paras 23–36). See more on this in Juliane Kokott and Frank Hoffmeister, ‘Opinion 2/94, Accession of the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms’ (1996) 90 *The American Journal of International Law* 664.

8 Section 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982); Section 4 of the UK Human Rights Act (1998).

9 Decision 92-308 DC of 9 April 1992.

10 *Lisbon Judgment* (2009) 2 BvE 2/08.

among other places.¹¹ This would mean that certain features of the EU have become impervious to Treaty Amendment, at least of the piecemeal type. This was a possible reading of Opinion 1/91 and somewhat less so in Opinion 2/13, but – in any event – this would be an unfortunate position and I do not think the ECJ would wish its decision to be read in this way. Such an entrenchment would be difficult, if not impossible, to explain and justify by reference to the constitutional and political history of the Union and sound constitutional theory. Its far-reaching nature would require at minimum an explicit expression by the Pouvoir Constituent. To hold otherwise would, among other things, seriously undermine the legitimacy of the ECJ, not least in the eyes of its most important interlocutors, its Member State Brethren and Sisterhood.

Now, for decades since the late 1970s when the Commission first proposed that the European Union, or as it was then, Community, would join the Convention, the European Court of Justice has been accused of hostility to that idea.¹² The suspicion has been that they have been hostile to it because they insist on having the final say on everything that happens within the European Union. They are uncomfortable, and you see it reflected in their discussions about the accession treaty. This attitude is visible in their deliberations on the possibility that requests for advisory opinions of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the interpretation of rights could circumvent the preliminary ruling procedure,¹³ in their concerns about the prospect that Member States and the EU could bring their disputes to the ECtHR within the *ratione materiae* scope of EU law,¹⁴ in their complaint about the ECtHR's ultimate control over the co-respondent mechanism,¹⁵ in their analysis of the procedure for prior involvement which did not explicitly exclude the opportunity for the ECtHR to rule on whether the ECJ has already

decided on the same question,¹⁶ and in their objection that the ECtHR could review Common Foreign and Security Policy matters which the ECJ itself cannot review.¹⁷ The question is how can constitutional courts in our member states live comfortably with similar arrangements? When the individual gets to Strasbourg, exhaustion of local remedies does not in all situations mean that the case has already reached the constitutional court of a country; nobody is going to the barricades because of this. So when this decision was handed down immediately a lot of people said that they would find a reason why the European Union could not join because they did not want to accept the authority of Strasbourg.¹⁸

I am not sure that I am convinced by that thesis. Whatever the merits of such reductionist, extra-legal, explanations, they cannot constitute a substitute for serious engagement with the reasoning of the ECJ. In any event, they are of limited normative value. The fact that an executioner might gleefully and for improper reasons swing the ax does not, in and of itself, signal that the punishment was not legally sound. An elaborately reasoned decision which boasts of work by some of the finest legal minds in Europe deserves huge respect, the most careful consideration, and even presumption of veracity. A presumption, however, is just that – a presumption. The importance of the Opinion is such that the interpretative community of European law would be shirking its duty if it did not subject the Opinion to the most exacting critical scrutiny.

We must also notice that in this Opinion, the court was substantively doing what it was required to do, because Article 6 and Protocol No. 8 in Lisbon explicitly say that the Union should join the European Convention of Human Rights but not in a way that will affect the competencies of the Union itself.¹⁹ Now, we can argue whether

11 Ulrich K. Preuss, "The Implications of 'Eternity Clauses': The German Experience" (2011) 44 Israel Law Review 429.

12 Commission Memorandum of 4 April 1979 on the accession of the European communities to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms COM (79) 210 final, 2 May 1979, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79; Kim Economides and Joseph H. H. Weiler, "Accession of The Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum" (1979) 42 The Modern Law Review 683. On the history of ECJ's approach to other international human rights courts in the context of autonomy of EU law, see Gráinne De Búrca, "The Road Not Taken: The European Union as a Global Human Rights Actor" (2011) 105 American Journal of International Law 649, 676–680.

13 Opinion 2/13, paras 196–200.

14 Ibid paras 201–13.

15 Ibid paras 222–35.

16 Ibid paras 236–48.

17 Ibid paras 254–56.

18 This is an impression about the sentiment shared by many commentators. See, for example, blog entries cited in note 8 above.

19 Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

the judges did a good job, but they would also be betraying their duty if they did not look at it in a serious way. It is one of the longest decisions they have ever written and – uncharacteristically – it is a very reasoned opinion. So I would take with more than one grain of salt the thesis that Opinion 2/13 is just a camouflage in order not to join Strasbourg because they do not want to have the authority of the ECtHR.

Let us thus take for granted that they were doing their job in good faith, that they were doing it competently, and that the various problems they raised are real problems in the fit between the accession treaty to the ECHR and the constitutional order of the European Union. And yet the result is – for political reasons – that this has maybe shut the door to the European Union accession, which is not a good outcome. Could there be a way for judges not to compromise themselves on the principles of European law, which in their view are incompatible with the accession treaty, but not to shut the door to accession? I think there was a way to do that. Although the deed is now done, it should be considered for the future, because the procedure of asking an opinion of the court for a draft treaty has already in the past raised problems.²⁰

Let me first underline that it is not only the European Union treaty that says that accession cannot compromise or affect the competences of the European Union and the powers of institutions. It is the draft agreement on accession itself that accepts that. It does so in both article 1(3) and appendix 5 paragraph 22, which presents the official interpretation of how to read the agreement.²¹ So – going back to the theme of dialogue – there was a formal legal understanding on the part of the member states of the Council of Europe that the accession would be conditioned on its not affecting the competences and powers of the European Union and its institutions. And there was a way for the ECJ to adopt a similar approach without compromising the message it wanted to deliver.

This is how the ECJ might have squared the circle: it could have written a conditional opinion. It could have said the agreement is compatible with the constitu-

tional order of the European Union provided that it is interpreted in a specific way, and every condition of incompatibility that they set out would be constructed as a way to interpret various provisions of the agreement. The European Union would then go on in its act of ratification and append that accession with a statement of “this is how we understand it.” And then it would be up to other member states to object and say “no, no, no we cannot accept this interpretation.” Then there could be a negotiation initiated by the other side. The way it reads now, the European Court simply and essentially says, “it is incompatible, go back to the negotiating table.” This opposite approach would have been a lot more constructive and would not have slammed the door quite in the way that it has been slammed. The way things stand now we are just back to the status *quo ante*.

Much comment has been made on the difference between the overall framing of the answer by the Advocate General and the Court.²² To simplify, the Advocate General framed her Opinion in a more ECHR-friendly way – a kind of positive “So Lange” approach: the Protocol is OK provided some corrections are introduced. The *dispositif* of the Court is more categorical in its rejection. It points out the incompatibilities, and it would logically follow that if these were corrected the Protocol would become compatible. The readers of the Opinion cannot but wonder why the Court did not, then, follow the positive “So Lange” framing of the Advocate General? Questions of substance aside, it is the difference in framing between the two which gives the impression of a more negative, recalcitrant and categorical Court which might lead some to conclude that the real import of the Opinion is not to provide a roadmap for amending the Protocol, but to point to a deeper constitutional incompatibility between the ECHR and the EU legal orders.

But in political terms there is, in fact, not much to choose between the Opinion of the Advocate General and the Court. The idea that the negotiating team of the Union would now return to its partners in the Council of Europe and seek to renegotiate the Protocol in the light of the Opinion of the Court – and there are noises from the Commission that this may be their intention – seems as a Herculean if

²⁰ For example, in the aforementioned Opinion 1/91 [1991] I-6079, where the court dealt with the draft agreement on the creation of the European Economic Area. See more in Barbara Brandtner, “The ‘Drama’ of the EEA: Comments on Opinions 1/91 and 1/92” (1992) 3 European Journal of International Law 300.

²¹ Draft revised agreement of 5 April 2013 on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 47+1(2013)008rev2.

²² The Advocate General Kokott’s opinion could be read as an invitation to deliver this kind of qualified approval. View of Advocate General Kokott delivered on 13 June 2014, Opinion procedure 2/13 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160929&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=840412>> accessed 9 September 2015.

not Sisyphean task. What interest would the other Members have to restart this lengthy process? What credibility would the Union negotiating team have? What guarantees could they give that the ECJ would not strike down this or that feature of a newly negotiated Protocol? Both Advocate General and the Court should have opted for a different framing, which might not have altogether avoided the problems but may well have facilitated a follow-up strategy and placed both the Court and the Union in a far more comfortable position.

In the Opinion, the ECJ rightly gives much weight to the importance of mutual trust among the legal orders of the Member States; and yet, there is an unmistakable underlying display of mistrust by the European Court towards both national courts and even the ECHR, a mistrust that pushed it to insist on *ex ante* guarantees, with legal provisions writ in stone, so that any number of possible dangers to the integrity of the Union legal order – some more real, some rather remote – could never take place. It does not seem to believe that, through this Opinion and other vehicles, it could generate an understanding, at least in relation to some of the issues, about dangers and lines which should not be crossed, and that it could achieve the results through this method and then worry about possible transgressions of corrections *ex post*. The Court could have simply explained, especially when the issues concern Member State courts and Member State legal orders, that the correct interpretation of the Protocol requires certain discipline in its actuation and operation by the national legal orders and that the Protocol is compatible on those understandings. It would then fall on other stakeholders to challenge this interpretation. This would be a much better position than the existing one wherein full-fledged negotiations seem to be required.

The proposal might be contentious, so I want to underline two things. The first is that *acquis constitutionnel* cannot and should not be called into question. It used to be said 30 years ago that the problem of protecting fundamental rights in

the legal order of the European Union is that different member states sometimes have different levels of protection. If the European Union measure does not meet the highest level of protection of any member state, then how could it be accepted by the constitutional court of that state? And then in a series of decisions the European Court of Justice – I think wisely – explained and said “we have our own autonomous legal system.”²³ The best case to illustrate this is the *Hauer* decision, which concerned the prohibition of starting new vineyards in a certain year because of the economic situation.²⁴ The plaintiff, Mrs. Hauer, said, “this violates my right to private property.” The European Court explains that if this were a regulation of the German government and it went before the Bundesverfassungsgericht, that court could reach the conclusion that it violates the right to private property in Germany. But it also explains that this does not mean that we have to reach the same result in the circumstances and conditions of the European Union.²⁵ Because not only may the economic circumstances be different, but the very way we balance private property against collective good in Europe might be different than the way it is done in Germany. National constitutional courts must accept that when the European Court of Justice reviews the constitutionality of a European Union measure for human rights, it might reach an outcome that is different from the outcome of a similar measure that came before the domestic constitutional court in a domestic situation; so the whole saga of *Solange I* and *Solange II* is history.²⁶

The second problem I would like to underline is, in my view, more complicated. What if the measure that comes before the European Court of Justice violates the European Convention on Human Rights? Take for example the *Melloni* case.²⁷ A member state issues an arrest warrant in absentia. And in another member state they say even though it is a European Arrest Warrant we do not recognize it because in our country to arrest somebody in absentia violates fundamental human rights. Now let us say – as was the case in *Melloni* – that the European

23 I deal with this issue at length in “Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space” in Joseph H. H. Weiler, *The Constitution of Europe: “Do the New Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration* (Cambridge University Press 1999).

24 Case 44/79 *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 3727.

25 *Ibid* para 14.

26 *Internationale Handelsgesellschaft von Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1974) 37 BVerfGE 271; [1974] CMLR 540, and *Re Wünsche Handelsgesellschaft* (1986) 73 BVerfGE 339; [1987] CMLR 225.

27 Case C-399/11 *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal*, judgment of 26 February 2013, nyr <curia.europa.eu/juris/documents.js?num=C-399/11> accessed 9 September 2015.

Court of Justice looks at this and says, in one sentence, that the European directive which allows an arrest warrant in absentia does not violate the European Convention on Human Rights according to the case law of Strasbourg.²⁸ Now the matter comes before a national judge. My intuition is that when the European Court of Justice is articulating the sound of human rights of the European Union, the national constitutional court would defer to it. But when it comes to the European Convention on Human Rights, things might be different. Even if according to European Union standards there is no violation of human rights, the European Convention on Human Rights is the safety net below which nobody is allowed to go, not even the European Union. Must the national judge accept the authority of the European Court of Justice in Luxemburg when it comes to interpretation of the European Convention on Human Rights? There is no easy answer to this.

When it comes to interpreting European Union law it is not only the jurisdiction of the European Court of Justice that matters, because we can also defer to its expertise. But when it comes to interpreting the European Convention on Human Rights, the European Court of Justice has no more expertise than a constitutional court. In fact, it might have less expertise. And neither is this just a matter of expertise. The member state is bound by the Convention in parallel and independently of the membership in the European Union. And I quote from the European Court of Justice itself, which said in the *Åkerberg* case, the same day as *Melloni* that: “the ECHR ... does not constitute, as long as the European Union has not acceded to it, a legal instrument which has been formally incorporated into European Union law. Consequently, European Union law does not govern the relations between the ECHR and the legal systems of the Member States, nor does it determine the conclusions to be drawn by a national court in the event of conflict between the rights guaranteed by that convention and a rule of national law.”²⁹ I would also add: and a rule of the European Union. Why would a national court slavishly accept the holding of the European Court of Justice in Luxemburg that a measure does not violate the European Convention on Human Rights if that national court thinks that it does violate the convention and that the ECJ misinterpreted the case law of the Convention? If the national court were to accept what the European Court of Justice does, then the country would find itself in

violation of the European Convention on Human Rights. Now the tragic – or the tragicomic – thing is that had the European Court of Justice not shut the door on accession, these kinds of problems would have actually been resolved. But, since we are back to the *status quo ante*, this is a really delicate issue to which I do not think there is a simple answer.

III. Conclusion

I would like to finish by saying something more general about dialogue. How can the dialogue between national courts in general – and constitutional courts in particular – with the European Court of Justice be improved? I think that both types of court are not doing the best job. The European Court of Justice decisions are very apodictic. They are not narrative, they are not explanatory, there are no dissenting opinions, they are not dialogical. Sometimes the most delicate issues – balancing values, human rights, legal order – get resolved in 37 words where the German Constitutional Court or the Italian Constitutional Court or the Spanish Constitutional Court would spend three pages. That is not good for dialogue. If you are going to make very important decisions and expect them to be followed and to be understood, then you need to learn to explain yourself better. You have to understand the concerns of national courts. And then when you decide, it is part of a dialogue.

Why do I say that constitutional courts do less than an optimal job? First of all, they do not refer a lot. You know, it took 50 years for the German constitutional court to make its first preliminary reference. But even when they do refer, they could be more dialogical: explain their concerns in a much deeper way and even suggest how they think the treaty ought to be interpreted. And if the preliminary reference is dialogical, then the preliminary ruling can be equally dialogical. It is an invitation to the European Court of Justice for dialogue. But sometimes the preliminary reference is as apodictic as the preliminary ruling is apodictic. So there is talk about dialogue when judges meet together in conferences, but when they actually sit as judges it is a kind of entente cordiale. And we all know what the entente cordiale needs.

²⁸ Ibid para 50.

²⁹ Case C-617/10 *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, judgment of 26 February 2013, nyr, para 44 <curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-617/10> accessed 9 September 2015.

RESUMÉ

JOSEPH WEILER:
**Dialog a nedůvěra – přístup Evropské unie
k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod**

Příspěvek prof. Weilera se zabývá justičním dialogem mezi Soudním dvorem Evropské unie (dále jen „SD EU“) a ústavními soudy členských států Evropské unie (dále jen „EU“) v kontextu nedávno vydaného posudku SD EU 2/13 k návrhu smlouvy o přistoupení EU k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“). V úvodu svého příspěvku se autor zabývá samotným pojmem „dialog“, který podle jeho názoru automaticky neimplikuje souhlas či uniformitu. Naopak nezbytnou součástí dialogu je také nesouhlas, který je často hybatelem pozitivního vývoje. Na tomto základě autor zkoumá hranice justičního dialogu, přičemž především akcentuje nezbytnost právní i politické vnímavosti jeho aktérů. Nesprávné vedení justičního dialogu pak demonstruje právě na posudku SD EU 2/13. Způsob, jakým SD EU přistoupil k přezkumu smlouvy o přistoupení EU k Úmluvě, podle jeho názoru výše zmíněnou vnímavost postrádá. Kategorický závěr SD EU o neslučitelnosti smlouvy o přistoupení s unijním právem totiž – alespoň na dohlednou dobu – „zabouchl dveře“ možnému přistoupení EU k Úmluvě. V závěru svého příspěvku pak autor formuluje doporučení stran toho, jak mohou obě strany dialogu, tj. SD EU i ústavní soudy členských států EU, přispět k jeho zlepšení.



BRIGITTE BIERLEIN

Získala v roce 1971 doktorát na vídeňské univerzitě a v roce 1975 složila justiční zkoušku, po které se stala soudkyní civilních a trestních soudů ve Vídni. Od roku 1977 do roku 1986 byla prokurátorkou na vídeňské prokuratuře a po krátkém působení u ministerstva spravedlnosti byla jmenována hlavní vídeňskou prokurátorkou. V roce 1990 se ujala funkce generální advokátky v Úřadu generálního prokurátora u rakouského Ústavního soudu. Od 1. ledna 2003 je místopředsedkyní rakouského Ústavního soudu.

Brigitte Bierlein erlangte im Jahr 1971 den Dokortitel an der Universität Wien und bestand im Jahr 1975 die Richteramtsprüfung, nach der sie zur Richterin am Bezirksgericht und Strafbezirksgericht in Wien wurde. Ab 1977 bis 1986 war sie Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Wien und nach einer kurzen Tätigkeit am Bundesministerium für Justiz wurde sie zur Oberstaatsanwältin in der Oberstaatsanwaltschaft Wien ernannt. Im Jahr 1990 übernahm sie die Funktion der Generalanwältin in der Generalprokuratur beim Obersten Gerichtshof. Seit dem 1. Januar 2003 ist sie die Vizepräsidentin des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes.

EUROPÄISCHER KONSTITUTIONALISMUS IM KONTEXT DES GERICHTSDIALOGS

Sehr geehrter Herr Präsident,
Exzellenzen,
liebe Kolleginnen und Kollegen,
geschätzte Damen und Herren!

1. Einleitung

Zunächst herzlichen Dank für die Einladung, bei dieser wichtigen internationalen Konferenz sprechen zu dürfen. Präsident *Holzinger*, der wegen der zeitgleich stattfindenden Beratungen im österreichischen Verfassungsgerichtshof leider verhindert ist, wünscht der Konferenz einen erfolgreichen Verlauf.

Der Vizepräsident des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH), *Koen Lenaerts*, sprach vor kurzem in einem Beitrag¹ das Verhältnis des EuGH zu den nationalen Verfassungsgerichten an. Er fragte, wo aus Sicht eines Bürgers der Europäischen Union das höchste Gericht in Europa etabliert sei: Ist das oberste Grundrechtsgericht in Luxemburg oder in Straßburg, oder doch in Karlsruhe, in Brunn bzw. – aus meiner persönlichen Sicht – in Wien?

Heute beschränken sich Verfassungsgerichte nicht mehr auf die Auslegung des jeweiligen nationalen Verfassungsrechts. Dies hat auch der unter Leitung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes im Mai des Vorjahres in Wien abgehaltene XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte gezeigt.

Völkerrechtliche und unionsrechtliche Einflüsse auf die nationalen Rechtsordnungen gewinnen immer mehr an Bedeutung.² Dies gilt vor allem im Bereich der Grundrechte. Grundrechtsschutz ist nicht länger eine autonom innerstaatliche Angelegenheit: Neben den nationalen Grundrechtsgarantien gibt es auf völkerrechtlicher Ebene die Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und auf unionsrechtlicher Ebene die primärrechtlich verankerte Grundrechte-Charta (GRC), insgesamt also drei Grundrechtskataloge mit zumindest ähnlichen Schutzrichtungen.

Verfassungsgerichte mit unterschiedlich weiten Zuständigkeiten wachen national und europaweit über die Auslegung und Einhaltung der Grundrechte. Bei der Abgrenzung ihrer Kompetenzen ist die Frage, welches Höchstgericht in Grundrechtsangelegenheiten das letzte Wort hat, sekundär. Die an den Grundrechtsschutz gestellten Herausforderungen lassen sich nicht allein in Straßburg, in Luxemburg, in Brunn oder Wien lösen. Die Bewältigung dieser Herausforderungen setzt verstärkte Dialogbereitschaft aller dem Grundrechtsschutz verpflichteten Akteure voraus.

Ich möchte anhand von wenigen Beispielen zeigen, dass der österreichische Verfassungsgerichtshof (öVfGH) beim Auf- und Ausbau eines Europäischen Netzwerkes der Verfassungsgerichte eine Vorreiterrolle einnimmt und durch seine Rechtsprechung den Dialog zwischen Wien, Straßburg und Luxemburg – unter Einbindung der anderen nationalen Verfassungsgerichte Europas – fordert und fördert. Dieses aktive Zusammenwirken der Höchstgerichte wird in der deutschen Fachliteratur mit dem Begriff des „Europäischen Verfassungsgerichtsverbundes“³ umschrieben.

¹ *Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 1/2015, 3.

² Vgl. weiterführend *Grabenwarter*, Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven, in: XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa (2014), Volume I, 63.

³ *Vofskuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1.

2. Der Dialog zwischen dem österreichischen Verfassungsgerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Wie einige andere nationale Verfassungsgerichte rezipiert der öVfGH die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg.

Hervorzuheben ist die besondere Stellung der EMRK im österreichischen Rechtssystem: Die im Jahr 1958 von Österreich ratifizierte EMRK wurde im Jahr 1964 mit einem eigenen Bundesverfassungsgesetz rückwirkend in den Verfassungsrang gehoben.⁴ Sie steht also – anders als in allen anderen Vertragsstaaten – in Österreich im Verfassungsrang.

Damit sind die Garantien der EMRK in Österreich unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht. Konventionsrechten kommt damit der gleiche Rang und die gleiche Bedeutung zu wie genuin nationalen Grundrechtsverbürgungen.⁵

Zwei aktuelle Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes (öVfGH) zum Thema der Kindesadoption durch gleichgeschlechtliche Paare illustrieren den Dialog zwischen dem EGMR und dem öVfGH:

a) EGMR 19.2.2013, *X ua. gegen Österreich*, 19010/07

Im Jahr 2013 sprach der EGMR aus, dass die Verweigerung der Möglichkeit einer sogenannten „Stiefkindadoption“ durch ein homosexuelles Paar, das in einer mit einem unverheirateten heterosexuellen Paar vergleichbaren Situation lebt, einen Verstoß gegen Art. 14 (Diskriminierungsverbot) und gegen Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) begründe.

Dem Fall lag die Beschwerde eines lesbischen Paares zugrunde.

Der 1995 außerehelich geborene leibliche Sohn einer der Beschwerdeführerinnen, für den diese das alleinige Sorgerecht hatte, lebte im gemeinsamen Haushalt. Das zuständige österreichische Gericht verweigerte die Zustimmung zur Adoption des Kindes durch die andere Partnerin mit Verweis auf die einschlägige nationale Rechtslage, die nur Ehepaaren die Adoption des leiblichen Kindes des Partners oder der Partnerin erlaubte.

Nach erfolglosem Ausschöpfen der innerstaatlichen Rechtsmittel wandten sich die Beschwerdeführerinnen an den EGMR. Sie machten eine Verletzung von Art. 14 und Art. 8 EMRK wegen ihrer sexuellen Orientierung geltend.

Der EGMR qualifizierte das Zusammenleben zwischen den beiden Frauen und dem Kind als „Familienleben“ und erachtete Art. 8 EMRK grundsätzlich für anwendbar. Er verglich die Situation der Beschwerdeführerinnen zunächst mit jener eines *verheirateten* Paares, bei dem ein Ehepartner das Kind des anderen adoptieren will. Gestützt auf die Entscheidung *Gas und Dubois gegen Frankreich*⁶ wiederholte der EGMR, dass die Konvention den Mitgliedstaaten *keine* Verpflichtung auferlege, gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zum Institut der Ehe einzuräumen. Wenn ein Mitgliedstaat – wie Österreich mit dem Institut der Eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare – eine alternative Form der Anerkennung wähle, komme ihm dabei ein weiter Beurteilungsspielraum („*margin of appreciation*“) zu. Insofern erblickte der EGMR im Vergleich zu Ehepartnern keine Verletzung von Art. 14 iVm Art. 8 EMRK.

Der Gerichtshof stellte allerdings fest, dass die Situation der Beschwerdeführerinnen mit jener eines *unverheirateten* heterosexuellen Paares vergleichbar sei, bei der ein Partner das Kind des anderen adoptieren möchte. Im Falle eines unverheirateten heterosexuellen Paares hätte das österreichische Gericht geprüft, ob die beantragte Adoption dem Kindeswohl diene. Dies sei bei der vorliegenden gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft nicht geschehen. Der EGMR stellte fest, dass diese Ungleichbehandlung ausschließlich auf die sexuelle Ori-

⁴ BGBl 1964/59.

⁵ *Holoubek*, Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, in: XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa (2014), Volume I, 269.

⁶ EGMR 15.3.2012, *Gas und Dubois gegen Frankreich*, Appl. 25951/07.

tierung der Beschwerdeführerinnen zurückzuführen sei. Die Ungleichbehandlung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sie einem legitimen Ziel diene und es verhältnismäßig – also notwendig – wäre, unverheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren das Recht auf Stiefkindadoption zu verwehren.⁷ Der generelle Ausschluss der Stiefkindadoption gleichgeschlechtlicher Paare sei aber weder für den Schutz der traditionellen Familie noch für das Kindeswohl erforderlich. Die Differenzierung wurde daher als konventionswidrige Diskriminierung beurteilt.

Infolge dieses Urteils änderte der österreichische Gesetzgeber die nationalen adoptionsrechtlichen Regelungen und schuf eine gesetzliche Grundlage für die Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare.

Der öVfGH hat die Rechtsprechung des EGMR mit seinem Erkenntnis vom 11. Dezember 2014, G 119, 120/2014, systematisch fortentwickelt und ging noch einen Schritt weiter als der EGMR:

b) VfGH 11.12.2014, G 119, 120/2014

Der öVfGH hob auf Antrag eines lesbischen Paares jene nationalen Regelungen, die eingetragene Partner als gemeinsame Adoptiveltern eines fremden Kindes ausschließen, wegen Verstoßes gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK als verfassungswidrig auf. Damit sind gleichgeschlechtliche Paare, die in einer eingetragenen Partnerschaft leben, in adoptionsrechtlicher Hinsicht Ehepaaren gleichgestellt. Jede Adoption – egal, ob durch verschiedengeschlechtliche oder gleichgeschlechtliche Partner – hat sich aber stets am Kindeswohl zu orientieren.

Ein weiteres Beispiel betrifft die Religionsfreiheit:

c) VfSlg. 19.349/2011 (Kreuz in Schulen)

⁷ Der Unterschied zum Fall *Gas und Dubois gegen Frankreich* bestand darin, dass es dort zu keiner Differenzierung zwischen unverheirateten homo- und heterosexuellen Paaren kam, da das französische Recht unverheiratete Paare – egal welcher sexuellen Orientierung – generell von der Stiefkindadoption ausschloss.

Der öVfGH zitiert beziehungsweise rezipiert den EGMR selbst dann, wenn dessen Rechtsprechung in einem Spannungsverhältnis oder gar im Widerspruch zu seiner eigenen Position steht.⁸ Gerade diese Vorgehensweise fördert den Dialog zwischen den Höchstgerichten und hat in der Vergangenheit auch dazu geführt, dass der EGMR seine eigene Rechtsprechung korrigierte.

Im Jahre 2011 hat sich der öVfGH mit der Frage der Zulässigkeit des Anbringens von Kruzifixen in Schulen auseinanderzusetzen. Dabei ist der öVfGH bewusst von dem einen italienischen Fall betreffenden, damals noch nicht rechtskräftigen Urteil der zweiten Kammer des EGMR abgewichen und hat die Zulässigkeit des Anbringens von Kruzifixen bejaht. Der Fall betraf ein (landes)gesetzliches Gebot, wonach im Klassenraum ein Kreuz anzubringen ist, wenn die Mehrheit der Kinder einem christlichen Religionsbekenntnis angehört. Der öVfGH erblickte darin keine Verletzung im Recht auf (negative) Religionsfreiheit gemäß Art. 9 EMRK. Entgegen der von Straßburg vertretenen Ansicht ging der öVfGH davon aus, dass damit weder eine staatliche Präferenz für eine bestimmte Religion oder Glaubensüberzeugung ausgedrückt, noch eine Verpflichtung zu religiösen Handlungen begründet werde.

Kurz darauf urteilte die Große Kammer des EGMR ganz ähnlich:⁹ Es wurde ausgesprochen, dass sich nicht beweisen lasse, dass ein Kruzifix an der Wand Einfluss auf die Schüler habe, auch wenn es sich in erster Linie um ein religiöses Symbol handle. Der Gerichtshof betonte den weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten der Konvention („margin of appreciation“)¹⁰ auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts.

Die Entscheidung des EGMR belegt, dass dieser die nationalen Identitäten sowie die kulturellen, politischen, religiösen und rechtlichen Besonderheiten der Mitgliedstaaten der EMRK anerkennt und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt.

⁸ Zu Beispielen aus der Rechtsprechung vgl. *Grabenwarter*, Europäische Grundrechte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, JRP 2012, 298 (299 f.).

⁹ EGMR 18.3.2011, *Lautsi ua. gegen Italien*, Appl. 30814/06.

¹⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention5 (2012) § 18 Rz 20.

3. Der Dialog zwischen dem österreichischen Verfassungsgerichtshof und dem Gerichtshof der Europäischen Union

Der angesprochene Dialog wird nicht nur zwischen Wien und Straßburg geführt, sondern auch zwischen dem öVfGH und dem EuGH in Luxemburg.

Zwar stellt das Unionsrecht im verfassungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich keinen Prüfungsmaßstab dar. Im System des österreichischen Verfassungsrechts sind Verstöße gegen Unionsrecht grundsätzlich Verstößen gegen einfaches Gesetzesrecht gleichzuhalten und damit vor den Verwaltungsgerichten bzw. den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.¹¹ Der öVfGH greift lediglich offenkundige Widersprüche zum Unionsrecht auf. Anderes gilt hinsichtlich der mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 6 EUV primärrechtlich verankerten Rechte der GRC:

a) VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua.

Der öVfGH ist in seinem Erkenntnis vom 14. März 2012, U 466/11 ua.,¹² zum Ergebnis gelangt, dass die von der GRC garantierten Rechte zufolge des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes vor dem öVfGH als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gemäß Art. 144 B-VG geltend gemacht werden können. Sie bilden im Anwendungsbereich der GRC auch einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle (nach Art. 139 und 140 B-VG). Dies jedenfalls dann, wenn die betreffende Garantie der GRC in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht. Diese Differenzierung ist notwendig, weil die einzelnen Verbürgungen der GRC zum Teil nicht verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichen, sondern bloße „Grundsätze“ darstellen (wie etwa Art. 22 GRC – Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen oder Art. 37 GRC – Umweltschutz).

¹¹ Vgl. zB VfGH 7.6.2013, B 1537/2012.

¹² VfSlg. 19.632/2012 – Gegenstand der Entscheidung waren zwei Verfahren betreffend das Recht auf mündliche Verhandlung im Asylverfahren vor dem (damaligen) Asylgerichtshof.

¹³ *Grabenwarter*, Europäische Grundrechte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, JRP 2012, 298 (301).

Die GRC normiert aber für den Anwendungsbereich des Unionsrechts in zahlreichen Bestimmungen „Rechte“, welche die gleiche Aufgabe erfüllen wie die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte für den österreichischen Rechtsbereich. Es würde daher dem Konzept der bei einem nationalen Gericht zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit widersprechen, wenn diese äquivalenten Rechte keinen Prüfungsmaßstab für den Verfassungsgerichtshof bilden könnten.¹³

Mit seiner Entscheidung U 466/11 ua. hat der öVfGH die Grundlage für einen intensiven Dialog mit dem EuGH geschaffen und die Aufgabenteilung zwischen den Höchstgerichten präzisiert:

Der öVfGH prüft und sichert die Einhaltung der durch die GRC gewährleisteten Rechte. Dem EuGH kommt die alleinige Kompetenz zu, im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens die Auslegung der Charta-Rechte vorzunehmen.

Der öVfGH ist vorlageberechtigtes und vorlageverpflichtetes Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV.¹⁴ Der EuGH ist und bleibt Hüter des Unionsrechts und seiner Einheitlichkeit, der nun für das Handeln der Unionsorgane, aber auch für einen Teil des Handelns der Mitgliedstaaten der Union die GRC als konkreten Maßstab zur Hand hat.

b) Vorratsdaten

Als weiteres Beispiel des Zusammenwirkens von öVfGH und EuGH möchte ich abschließend das Problem der sog. Vorratsdatenspeicherung hervorheben.

Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie¹⁵ sah eine anlasslose, ausnahmslose und flächendeckende Speicherung von Telefon-, SMS- und E-Mail-Daten für eine bestimmte Dauer vor. Die Daten sollten dann den Strafverfolgungsbehörden zur Verfolgung schwerer Straftaten zur Verfügung gestellt werden.

¹⁴ *Grabenwarter*, Europäische Grundrechte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, JRP 2012, 298 (304).

¹⁵ Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. L 105/2006, 54.

Die Umsetzung der Richtlinie in österreichisches Recht erfolgte insbesondere durch eine Novelle zum Telekommunikationsgesetz. Die gesetzlichen Bestimmungen verpflichteten Anbieter von öffentlichen Kommunikationsdiensten zur Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten (zB der gewählten Rufnummern, der genaue Zeit und der Namen der Teilnehmer) für die Dauer von sechs Monaten nach Beendigung der Kommunikation.

Mit seinem Urteil vom 8. April 2014¹⁶ erklärte der EuGH die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie aus Anlass eines unter anderem durch den öVfGH initiierten Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AUEV wegen Widerspruchs zu Art. 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art. 8 (Schutz personenbezogener Daten) GRC für ungültig.¹⁷

Damit ist die unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine Vorratsdatenspeicherung vorzusehen, weggefallen.

Der EuGH hielt in seiner Begründung fest, dass die Richtlinie alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie sämtliche Verkehrsdaten erfasste. Die Richtlinie traf daher auch Personen, die keinerlei Anhaltspunkt dafür lieferten, in irgendeinem Zusammenhang mit schweren Straftaten zu stehen. Die Richtlinie beinhaltete in den Augen des EuGH somit einen schweren Eingriff in die Rechte der GRC, ohne Vorkehrungen vorzusehen, die den Eingriff auf das absolut Notwendige beschränkten. Auch bot die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie keine den Anforderungen des Art. 8 GRC entsprechenden Garantien gegen Missbrauch.

Auf Grund der Initiative des öVfGH wurde damit ein den grundrechtlichen Garantien der GRC widersprechender sekundärrechtlicher Akt aufgehoben.

Im Gefolge hat der öVfGH die in Durchführung der Richtlinie ergangenen nationalen Bestimmungen über die Vorratsdatenspeicherung aufgehoben, und zwar wegen

Verstoßes gegen das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 Datenschutzgesetz 2000) und das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK)¹⁸.

4. Schluss

Auf Grund der Parallelität grundrechtlicher Gewährleistungen auf nationaler, unionsrechtlicher und völkerrechtlicher Ebene braucht es auch in Zukunft nationaler Verfassungsgerichte, die sich aktiv am Diskurs um den gerichtlichen Grundrechtsschutz beteiligen.

In bilateraler Hinsicht ist es mir an dieser Stelle ein besonderes Anliegen, einen regelmäßigen Dialogpartner des öVfGH hervorzuheben: Der öVfGH unterhält seit langem ganz hervorragende Beziehungen zu seinem unmittelbaren Nachbarn, dem Verfassungsgericht Tschechiens unter der Leitung seines Präsidenten Prof. *Rychetský*.

Ich bin überzeugt, dass dieses von hoher gegenseitiger Wertschätzung und großem Respekt getragene Verhältnis seine gebührende Fortsetzung erfahren und zum Gedeihen des hohen rechtsstaatlichen Standards unserer beiden Gerichtshöfe im europäischen Kontext beitragen wird!

¹⁶ EuGH 8.4.2014, verb. Rs. C293/12 und C594/12, *Digital Rights Ireland Ltd und Kärntner Landesregierung, Seitlinger ua.*

¹⁷ Zuvor hat er im Jahre 2009 die VorratsdatenspeicherungsRL für kompetenzrechtlich einwandfrei erachtet: EuGH 10.2.2009, Rs. C-301/06, *Irland/Parlament und Rat*, Slg. 2009, I-593.

¹⁸ VfGH 27.6.2014, G 47/2012

RESUMÉ

BRIGITTE BIERLEIN:
Evropský konstitucionalismus v kontextu soudního dialogu

Dr. Bierlein ve svém příspěvku představuje vzájemný dialog rakouského Ústavního soudního dvora (dále jen „ÚSD“) jak s ESLP, tak se SD EU. Spolupráci a vzájemné ovlivňování judikatury demonstruje na několika případech. Vliv ESLP na rakouskou ústavní judikaturu spatřuje např. v otázce adopce dětí homosexuálními páry. Naopak rozhodnutí ESLP o tom, že umístění kříže ve škole nemá bez dalšího vliv na náboženskou svobodu žáků, považuje za inspirované rakouskou judikaturou, přestože původně směřoval k poněkud odlišnějším závěrům. Ve vztahu k SD EU zmiňuje spolupráci také především v oblasti lidských práv. Ochranu a dodržování Listiny základních práv EU zabezpečuje ÚSD, výkladové otázky však zůstávají výsostnou pravomocí SD EU. Spolupráci opačným směrem pak lze demonstrovat na příkladu směrnice o uchovávání údajů v souvislosti se službami elektronických komunikací, kterou SD EU pro její rozpor s Listinou základních práv EU zrušil právě na základě předběžné otázky položené ÚSD. Závěrem autorka poukazuje na paralelní ochranu lidských práv na národní, unijní i mezinárodní úrovni, a s ní související nutnost aktivní účasti soudů na společném diskursu, a vyslovuje zároveň přání pokračovat v intenzivním dialogu s českým Ústavním soudem.



TAMÁS SULYOK

Byl zvolen soudcem Ústavního soudu Maďarska v září 2014, od dubna 2015 je pak místopředsedou tohoto soudu. Právníckou fakultu Univerzity v Szegedu absolvoval v roce 1980.

Mezi lety 1982–1991 by právním poradcem, v roce 1991 se stal advokátem, jímž byl až do okamžiku svého zvolení soudcem Ústavního soudu. Mezi roky 2000–2014 byl honorárním konzulem Rakouské republiky. Od září 2015 je hostujícím profesorem Právnícké fakulty v Szegedu.

Er wurde zum Richter des Verfassungsgerichts Ungarn im September 2014 gewählt, seit April 2015 ist er der stellvertretende Vorsitzende des Gerichts. Er absolvierte die Juristische Fakultät der Universität Szeged im Jahr 1980.

In Jahren 1982–1991 arbeitete er als Rechtsberater, im Jahr 1991 wurde er zum Anwalt, als welcher er bis zum Zeitpunkt seiner Wahl zum Richter des Verfassungsgerichtes tätig war. In Jahren 2000–2014 war er als Honorarkonsul der Republik Österreich tätig. Seit September 2015 ist er Gastprofessor der Juristischen Fakultät der Universität Szeged.

UNGARISCHES VERFASSUNGSGERICHT IM EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSVERBUND

I. Kurzer Überblick nach Inkrafttreten des UGG-s 2012

Ende der *actio popularis* – Einführung des institutionellen Grundrechtsschutzes in Ungarn

Das UVG bekam schon bei seiner Geburt eine seltsame Kompetenz: Personen ohne persönliche Betroffenheit waren berechtigt, eine abstrakte Normenkontrolle zu beantragen.

Diese Popularklage hatte das UVG wegen der unmöglichen Menge der Eingaben fast *funktionsunfähig gemacht*.

Das UVG war früher *nicht berechtigt*, die *Verfassungsmäßigkeit der Gerichtsentscheidungen zu prüfen*. Als einzige Möglichkeit des persönlichen Grundrechtsschutzes galt die konkrete Normenkontrolle von Gerichtsentscheidungen aufgrund der Unvereinbarkeit einer Gesetzespassage mit *der Verfassung*.

Das ungarische GG hat *die Gerichtsbarkeit der Grundrechte* nach deutschem Vorbild formuliert, und seit 01.01.2012 müssen die ungarischen Gerichte das UGG *anwenden und müssen das einfache Recht im Einklang mit dem UGG auslegen*. Parallel hat das UVG die Kompetenz bekommen, *den Einklang der Gerichtsentscheidungen mit dem ungarischen GG überprüfen zu dürfen*, und als ultima ratio die Gerichtsentscheidungen *zu annullieren*.

System des institutionellen Grundrechtsschutzes in Ungarn: Prozessrechtliches Instrument: die Einführung der *Urteilverfassungsbeschwerde* (Absatz (2) Artikel

„R“ UGG, Artikel 28 UGG, Punkt d) *des Absatzes (2) Artikel 24 UGG*) –, Materiell-rechtliches Instrument: *Regel des Verfassungskonformes Auslegungsgebots des UGG-s für die Gerichte* –gemäß Artikel (2) des Absatzes „R“ UGG und Artikel 28 UGG:

II. Ungarn im Europäischen Grundrechtsschutzsystem

1. Dialog zwischen UVG – EGMR

2. Anzahl der Fälle:

1993 – Beitrittsjahr zur EGMR (fortan: Konvention) – 127

bis 2000 weniger als 300 pro Jahr,

ab 2004 durchschnittlich über 500 Fälle pro Jahr,

2013 – 990 Fälle pro Jahr.

3. Geltung der Konvention in Ungarn

Die Konvention hat in Ungarn *keine unmittelbare Geltung*, sie wurde ins ungarische Recht auf einfacher *gesetzlicher Ebene* eingeführt – *erreicht also nicht den Rang des Verfassungsrechts*.

4. Weg zum Gerichtsverbund zwischen UVG und EGMR.

Die Konvention gilt in der Rechtsprechung des UVG als *Mindestniveau an Menschenrechten* – die Konvention wurde im Rahmen eines Gerichtsverbundes durch die *Entscheidung des UVG¹* über den gesetzlichen – aber unter den verfassungsrechtlichen – Rang erhoben.

UVG befolgt die Rechtsprechung des EGMR *auch in dem Fall*, wenn die Befolgung *laut seiner vorherigen Rechtsprechung nicht unbedingt nötig wäre*.

¹ 61/2011 (VII.13.) ABH

Das UVG folgte und folgt diesem Maßstab *konsequent*, dafür sprechen die folgenden Entscheidungen:

- 32/2014. (XI. 3.) ABH: Entscheidung über die Größe der Gefängniszellen;
- 14/2015. (V. 26.) ABH: Entscheidung über Ersatzprivatkläger (Nach ungarischem Strafverfahrensrecht kann das Opfer einer Straftat unter bestimmten Umständen als Ersatzprivatkläger anstelle der Staatsanwaltschaft Anklage erheben und nimmt als solcher dann im Gerichtsverfahren die Rechte des Staatsanwaltes wahr.);
- 3100/2015. (V. 26.) ABH: Entscheidung über die Sanktionen im Wettbewerbsrecht; usw.

Formen des Dialogs:

- **mittelbar** – **allgemeine Form**: Entscheidungen des EGMR werden in den Begründungen als Bezugsargumente benutzt,
- **unmittelbar** – Maßstab des EGMR direkt angewendet

5. Eigenartigkeiten des Dialogs zwischen EGMR und UVG kurz erwähnen:

5.1. Gleiche Entscheidung aufgrund gleicher und verschiedener Begründungen:

Sowohl der EGMR als auch das UVG haben *gegen* die Einführung einer 98 %-igen Sondersteuer auf Abfindungen im öffentlichen Dienst *entschieden*.

Die Begründung des EGMR war *Verletzung des Eigentumsrechts*², dieser wurde vom UVG in der Entscheidung 184/2010. (X.28.) ABH **gefolgt**, und das Steuergesetz wurde vom UVG annulliert.

Danach hat der ungarische Gesetzgeber das Steuergesetz *wieder in Kraft gesetzt*, und parallel die Kompetenz des Verfassungsgerichtes durch eine Verfassungsänderung im Bezug auf Steuergesetze *ingeschränkt*. In dieser Lage hat das UVG in der Entscheidung 37/2011 (V.10.) ABH das wiedereingeführte Steuergesetz wieder annulliert, jedoch die Entscheidung wurde nicht mehr mit dem Eigentumsrecht –

dass kein Rechtstitel mehr für die verfassungsgerichtliche Überprüfung war – sondern mit *der Verletzung der Menschenwürde* begründet.

5.2. Bumerang-Effekt im Gerichtsdialog:

Die Übernahme des Maßstabs des EGMR führte das UVG zu seinem ursprünglichen Maßstab zurück:

1. Maßstab von UVG aus dem Jahr 1992:

„Die gegebene historische Lage muss innerhalb des Rahmens des Rechtsstaates und im Interesse seines Ausbaus in Betracht genommen werden. Es ist aber nicht möglich, die grundlegenden Garantien des Rechtsstaates *im Bezug auf die historische Lage* und auf die rechtsstaatlich geforderte Gerechtigkeit *auf die Seite legen*.“

2. Im Jahre 1999 niedrigerer Maßstab des EGMR: *Rekvényi v. Hungary*³:

Das EGMR betonte, dass *die historische Lage eines Staates ein Grund der Einschränkung* des Art. 10 der Konvention (*Meinungsfreiheit*) sein kann. Bei der *margin of appreciation* wurde *the historic background* des Staates zum Bezugsgrund der Einschränkung.

3. Im Jahre 2000: Umkehr von UVG zum **niedrigeren Maßstab** des EGMR:

In den Fällen 13/2000. (V. 12.) ABH, 14/2000. (V. 12.) ABH, Meinungsfreiheit, 55/2001. (XI. 29.) ABH (Versammlungsrecht) wurde *historic background* in der Rechtsprechung des UVG zum *Bezugsgrund* der Einschränkung der Meinungsfreiheit bzw. Versammlungsfreiheit.

4. Im Jahre 2008: Umkehr des EGMR zum **ursprünglichen Maßstab** des UVG – Vajnai *.I.* Ungarn 33629/06 (08. 07. 2008)

Die *historische Lage* kann *kein Bezugsgrund der Grundrechtseinschränkung* sein, weil Ungarn seit der *Rekvényi*-Entscheidung zu einer stabilen Demokratie entwickelt wurde, so *verloren die historischen Umstände die grundrechtliche Relevanz*.

² RECHTSSACHE N.K.M. *.I.* HUNGARY (pl. Individualbeschwerde Nr. 66529/11); RECHTSSACHE R.Sz. *.I.* HUNGARY (Individualbeschwerde Nr. 41838/11)

³ 25399/94

5. Im Jahre 2013 ist der Bumerang zurückgeflogen:

In der Entscheidung 4/2013. (II.21.) ABH – kehrt das UVG zu seinem ursprünglichen Maßstab laut seiner Entscheidung von 1992 zurück: *historic background* darf wieder kein Bezug für Grundrechtseinschränkung sein.

Diese Dialoggeschichte zeigt, dass das UVG die Rechtsprechung des EGMR fortlaufend folgte, und auf diesem Weg *nach 20 Jahren zu seiner ursprünglichen Rechtsprechung zurückkehrte* – vom EGMR hat *seinen ursprünglichen Maßstab zurückbekommen*.

III. Dialog zwischen EuGH und UVG:

Das UVG beantragte keine Vorabentscheidung, die ordentlichen ungarischen Gerichte haben seit dem Beitrittsjahr 2004 insgesamt 84 Vorabentscheidungsverfahren beantragt.

Seit dem Beitrittsjahr wurden gegenüber Ungarn 14 Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, davon in 5 Fällen wurde die Verletzung des Abkommens festgestellt.

Zwei Fälle führten zwischen UVG und EuGH – wegen verfassungsrechtlichem Bezug zwischen den Gerichten – zum Dialog.

1. Dialogmöglichkeiten zwischen UVG und EuGH:

Bedingungen der Kooperation zwischen EuGH und UVG sind *zweiseitig*:

- *verfahrensrechtlich*: Verfahren wird vor den beiden Gerichten eingeführt,
- *materiell-rechtlich*: dass im Rechtsstreit vor dem EuGH verfassungsrechtlich relevante Rechtsfragen streitig gemacht werden, diese Rechtsfragen können *direkt von der Verfassung* oder von den *verfassungsrechtlich relevanten Gesetzen* stammen.

4 Rechtssache Nr. 286/12.

5 33/2012. (VII. 17.) ABH

6 Artikel 4. Abs. 2. 2. EUV: *Achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmässigen Strukturen*

Der erste Fall kann in *Kollisionsfragen*, der zweite in *parallele Entscheidungen und unterschiedliche Begründungen* – aufgrund von *unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen*- resultieren.

2. Parallele Entscheidung neben verschiedenen Bemessungsgrundlagen:

Im Fall der *Zwangspensionierung der Richter mit 62 Jahren* stellte das EuGH die Verletzung des EU-Rechtes aufgrund der *Verletzung des Eigentumsrechts* fest⁴, das UVG annullierte das *erwähnte Gesetz wegen Verstoß gegen das Unabhängigkeitsgebot* der Richter⁵.

3. Kollision zwischen EU-Recht und Verfassungsrecht

Bei Kollisionsfragen zwischen dem EU-Recht und der Verfassung kommt die absolute oder relative Auffassung des Vorrangsprinzips in den Vordergrund.

Wird das Vorrangsprinzip des EU-Rechtes absolut ausgelegt, ist die Kollision *nur virtuell*.

Seit dem mit dem Lissabon Vertrag eingeführten Abs. (2) Artikel 4 2. EU-Vertrag⁶ – scheint die absolute Auslegung des Vorrangsprinzips *nicht mehr haltbar* zu sein –

Der Kernbereich des staatlichen Verfassungsrechts sollte vom Unionsrecht *unangetastet* bleiben.

4. Problem des „letzten Wortes“ – Kooperation oder Dialog?

Welches Gericht ist berechtigt den Umfang dieses Kernbereiches näher festzulegen: die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten oder das EuGH, oder beide im Kooperationsverbund?

einschliesslich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten.

Die Entscheidung über *die Reichweite der Ewigkeitsklausel* im GG *habe das BVerfG für sich vorbehalten*, aber mangels einer Ewigkeitsklausel beinhalten die mitgliedstaatlichen Verfassungen *die Kernelemente und den Kernbereich der Identität der Verfassung*.

Wie verhalten sich diese Kernelemente der Verfassung in einer Kollision mit dem EU-Recht?

Armin von Bogdandy/Stefan Schill finden die Lösung in dem Prinzip der *loyalen Zusammenarbeit* (Art. 4. Abs. 3. EUV), als rechtlicher Grundlage *der verfassungsrechtlichen Kooperationspflicht zwischen Verfassungsgerichten und EuGH*:

„Dies *verbietet* die Annahme, dass die mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichte ‚*souverän*‘ über die Gehalte des Art. 4. Abs. 2 EUV entscheiden dürfen. Die in Art 4. Abs. 2. 2. EUV niedergelegten Begriffe sind *nicht ‚self judging‘*, d.h. Teil eines *nicht überprüfbaren Ermessensspielraumes* der Mitgliedstaaten, sondern unterliegen *der Auslegungshoheit des EuGH* nach Art. 19. Abs. 1. UAbs 1. S. 2. EUV.⁷

Die Auslegung der EuGH kann allerdings *nur den Rahmen* des Begriffs der Identität der Verfassung *bestimmen* und muss *sicherstellen*, dass dem mitgliedstaatlichen Selbstverständnis *genug Raum bleibt*.“⁸

7 Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.

8 Armin von Bogdandy/Stefan Schill: Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Max Planck Institut Heidelberg 2010. 729

9 (3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.

Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

Zu diesem genügenden Raum würde gehören, wenn *Regeln des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts* von EuGH bei Erwägung des Vorrangs *nicht nur als „einfaches“ mitgliedstaatliches Recht in Betracht genommen würden*, sondern *die verfassungsrechtliche Norm als mögliche Elemente der Identität der Verfassung* im Sinne Art 4. Abs 2. 2. EUV *in der Begründung* der Gerichtsentscheidungen *expressis verbis gewertet würde*.

5. Schlüssel des Dialogs in einer Kollision: explizite Begründungspflicht des EuGH

In Kollisionsfällen zwischen Verfassungsrecht und EU-Recht finde ich also aufgrund des Art. 4. Abs 2. 2. EUV und Art. 5. Abs. 3. 2. EUV⁹ eine *explizite Begründungspflicht* bei der Feststellung des Vorrangs des Unionsrechts *unbedingt nötig*, weil das EuGH nur auf diesem Weg seine Pflicht *zur Rahmenbestimmung* der verfassungsrechtlichen Identität der Mitgliedstaaten gemäß des obig angeführten erfüllen kann.

In den Fällen *Winner Wetten GmbH C-409/06* (vom 8. September 2010.)¹⁰ und *Jóri v. Ungarn* [Kommission / Ungarn] C-288/12 (vom 8. April 2014.)¹¹ *konnte kaum festgestellt werden*, dass das EuGH sich in diese Richtung bewegen möchte.

Obwohl diese Entscheidungen den Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht klar festlegen, *wurde die explizite Begründung* aufgrund des Art. 4. Abs. 2. 2. EUV *von EuGH nicht für nötig gehalten*.

10 Winner Wetten GmbH C-409/06 (vom 8. September 2010.) [61.] „Es kann nämlich nicht zugelassen werden, dass Vorschriften des nationalen Rechts, auch wenn sie Verfassungsrang haben, die einheitliche Geltung und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen“ (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Dezember 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Slg. 1970, 1125, Randnr. 3).

11 Kommission ./ Ungarn C-288/12 (vom 8. April 2014.) „Im vorliegenden Fall habe Ungarn nicht nachgewiesen, dass die vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Datenschutzbeauftragten durch einen objektiven Grund gerechtfertigt sei. Erstens könne die Reform der Kontrollstelle keine zulässige Rechtfertigung darstellen, auch wenn Ungarn das Recht habe, das institutionelle Modell seiner Kontrollstelle zu ändern. Zweitens habe Ungarn nicht nachgewiesen, dass der Datenschutzbeauftragte auf das Recht, sein Amt weiterzuführen, verzichtet und sich geweigert habe, die Datenschutzbehörde zu leiten. Drittens sei unerheblich, ob die in Rede stehende ungarische Regelung Teil des Grundgesetzes und seiner Übergangsbestimmungen sei und ob das Gesetz von 2011 die Kriterien der Richtlinie 95/46 erfülle.“

IV. Zusammenfassung:

Das europäische Grundrechtsschutzsystem hat *mehrere Ebenen* mit *mehrstufiger Gerichtsbarkeit*, *diese beiden* sind die wichtigen Garantien für die Effektivität des gemeinsamen Grundrechtsschutzes.

Mehrstufige Gerichtsbarkeit: EuGH – EGMR – Verfassungsgerichte – mit durchführbaren *Kompetenzen*.

Staatliche Souveränität ist *kein Abgrenzungsprinzip* mehr für eine Kompetenz – die *EU-Gerichtshöfe* haben *übernationale Kompetenzen*.

Mehrere Grundrechtsebenen wo *identische oder ähnliche Grundrechte* geschützt werden.

Der Verfassungsgerichtsverbund ist also *das einzige effektive Modell* der europäischen Gerichtsbarkeit der Grundrechte.

Dialog und Kooperation im doppelten Sinne:

- *Dialog zwischen der Rechtsprechung der Gerichte*
Gegenseitige Beachtung der Rechtsprechung der anderen Gerichte
- Dialog in der Arbeit und in der Wissenschaft:
 - *Fachliche Kooperation und Dialog* zwischen den Richtern und zwischen den Angestellten der Gerichte,
 - *Bildung von gemeinsamen Arbeitsgruppen* aus Mitarbeiter verschiedener Gerichte für Fälle, wo es nötig scheint,
 - *Fachkonferenzen* zu den im Dialog relevanten Themen

Dieses komplexe System **des vielseitigen Dialogs** kann die parallele Geltendmachung von **gesamteuropäischen** und **nationalen Grundrechten** garantieren, die ermöglichen soll, **die Grundrechte zu optimieren statt sie zu zersplittern**.

RESUMÉ

TAMÁS Sulyok:
Maďarský Ústavní soud v evropském ústavním svazku

Příspěvek se vztahuje k maďarskému Ústavnímu soudu a jeho soudnímu dialogu s ESLP a SD EU. Nejprve se autor v článku věnuje nejdůležitějším změnám, které ve vztahu k Ústavnímu soudu Maďarska nastaly s účinností nové ústavy. Článek se následně zaměřuje na dialog maďarského Ústavního soudu a ESLP, ke kterému autor uvádí příklad dvacetiletého vývoje judikatury k možnosti zásahu do základních práv z důvodu historického vývoje státu. Autor zmiňuje i rozsudek ESLP ve věci Rekvényi proti Maďarsku, ve kterém byl tento důvod použit pro odůvodnění, že nedošlo k porušení čl. 10 Úmluvy (svoboda projevu). V následující části článek popisuje dialog maďarského Ústavního soudu a SD EU. V této části autor popisuje svůj názor na řešení případů, ve kterých došlo ke kolizi ústavního práva členského státu a práva evropského, a závěrem upozorňuje na judikaturu SD EU a skutečnost, že v případech Winner Wetten a Jóri proti Maďarsku SD EU sice stanovil aplikační přednost unijního práva před ústavním právem členských států, ale neodůvodnil své rozhodnutí přímo čl. 4 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii.



JAN ZOBEC

Byl zvolen soudcem Obecného soudu v Koperu a poté v roce 1985 soudcem Vrchního soudu v Koperu. Od roku 1992 byl soudcem Vrchního soudu v Ljubljani, kde působil až do května 2003, kdy se stal soudcem Nejvyššího soudu Slovinska. Jako odborník na soukromé právo se účastnil příprav první novely slovinského civilního soudního řádu. V březnu 2008 se ujal funkce soudce slovinského Ústavního soudu.

He was appointed as judge of the General Court in Koper, and subsequently, in 1985, of the High Court in Koper. He served as judge of the High Court in Ljubljana from 1992 till May 2003 when he was appointed as judge of the Supreme Court of Slovenia. He helped draft the first amendment to the Slovenian Rules of Civil Procedure as an expert in private law. He became a justice of the Constitutional Court of Slovenia in March 2008.

THE RELATIONSHIP BETWEEN EU LAW AND SLOVENIAN CONSTITUTIONAL LAW IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SLOVENIA

1) The Constitutional Framework

Before Slovenia could join the EU, it was necessary to amend the Constitution. After heated debates, it was the minimalist and abstract approach that prevailed in the form of article 3a of the Constitution, which has been described as “the conduit pipe” through which EU law becomes part of the domestic law.¹ This amendment is crucial for understanding the relationship between the national (Slovene) and European law. Its essence can be expressed in short thusly: The EU law shall apply in Slovenia in line with the EU’s own internal rules.² Even though it does not refer to the EU, the mentioned Article governs in general terms the possibility to transfer under certain conditions the exercise of a part of its sovereign rights to international organizations. From the very beginning Article 3a has nevertheless been referred to (including by legal scholars) as the so-called European Article, which is not surprising mainly for two reasons: 1) because the intention of the legislature was to establish a constitutional basis for the accession of Slovenia to the EU, and 2) because, due to the EU’s established manner of operation, special provisions were included in this Article regulating the effects of legal acts and decisions adopted within such international organizations (the third paragraph of Article 3a), as well as provisions intended to regulate the relationship between the Parliament and the Government (the fourth paragraph of

Article 3a) which is significantly different from the usual relationship between the two bodies as regulated on the national constitutional level.

And what are the conditions that permit such transfer of the exercise of sovereign rights? The conditions are detailed in the first paragraph of Article 3a of the Constitution: 1) the transfer is possible only by a treaty ratified by the Slovene Parliament with a two-thirds majority of all deputies, i.e. with the same majority as is needed for amending the Constitution itself, 2) only the exercise of a part of its sovereign rights is transferred (and not the sovereign rights themselves) to an international organization, and, 3) most importantly, the transfer is possible only to those international organizations which are based on respect for human rights and fundamental freedoms, democracy and the rule of law.

Other than these three substantive constitutional limits to the EU law in Slovenia, there are no further limits, and the Slovene Constitution also does not contain an explicit “eternal” clause (*Ewigkeitsklausel*), providing for the so-called irreducible epistemic core of the national constitutional order, which shall remain preserved intact in order to secure the autonomy, independence and identity of the national legal order. However, Avbelj rightly observes that in its decision No. Rm-1/09 (dated 18 March 2010), when reviewing the constitutionality of the Arbitration Agreement between Slovenia and Croatia for determination of the disputed sea and land borders between the two states, the Constitutional Court invoked the Basic Charter on the Sovereignty and Independence of the Republic of Slovenia as an applicable constitutional act and as *a permanent and inexhaustible constitutional source of the statehood of the Republic of Slovenia*. That author then convincingly implies that the use of the language of “permanent and inexhaustible constitutional source of the statehood of the Republic of Slovenia” signals that the Court might assert the same doctrine also against the EU law, if the need should arise.³

¹ See M. Avbelj, Slovensko ustavno pravo v odnosu do prava EU (Slovene Constitutional Law in Relation to the EU Law); p. 5 (unpublished manuscript on file with the author). The author refers to the case *Tate v. Minister for Social Welfare* [1995] 1 I.R. 418 at 437, per Carroll J., where the Irish High Court used this expression. See also D. L. Scannell, *The Influence of the General Principles of Community Law on Rules of Procedure and Rules of Substance in Ireland*, *Judicial Studies Institute Journal* 1:1, p. 68.

² As M. Avbelj observes, at the time of the drafting of the amendment, the exact understanding of the requirements stemming from the EU’s internal rules was not articulated explicitly, but it could be inferred

from the scholarly writings of the experts involved that it had been strongly influenced by the classic understanding of EU law: supremacy understood as hierarchy. See M. Avbelj, *Supremacy or Primacy of EU Law - (Why) Does it Matter?*, *European Law Journal*, Vol.17, No. 6, p. 755.

³ See M. Avbelj, *EU Law and Slovenia: the Case of a Maturing Relationship*, p. 13 (unpublished manuscript on file with the author).

In Slovenia, after their incorporation into the national legal order, treaties are applied directly (of course if such is permitted by the nature of their provisions). In the internal legal order they rank lower than the Constitution, which is the highest legal act, and higher than the laws. The sub-constitutional level does not apply to those international treaties that govern human rights and fundamental freedoms if they provide a level of protection of human rights greater than the level stemming from the Constitution; these treaties are deemed to be at the constitutional level in accordance with the fifth paragraph of Article 15 of the Constitution (the principle of maximum protection of human rights).

In accordance with the general constitutional rules governing the relationship between the constitutional and international law, the TEU and the TFEU would always be hierarchically subordinate to the Constitution. However, precisely the third paragraph of Article 3a of the Constitution, according to which legal acts and decisions adopted within such international organizations – namely within the EU – are applied in Slovenia in accordance with the legal regulations of these organizations, is of particular importance here. This entails that in Slovenia the obligations of a Member State that follow from EU law are not binding solely on the basis of the Lisbon Treaty, that is not only on the basis of the primary and secondary EU law and in light of how such is interpreted by the Court of Justice of the European Union (CJEU), but are also binding on the basis of the will of the constitution-framers, which means that these obligations are elevated to the constitutional level. This in turn also exerts an important influence on the relationship between the constitutional and EU law.

To conclude, the first paragraph of Article 3a of the Constitution, according to which the transfer of the exercise of part of its sovereign rights is possible only to

an international organization based on respect for human rights and fundamental freedoms, democracy and the principles of the rule of law, and the provision of the third paragraph of Article 3a of the Constitution, according to which the legal acts and decisions adopted within such international organizations – that is the EU – are applied in Slovenia in accordance with the legal regulation of these organizations, are the key provisions with regard to the relationship between EU law and Slovene (constitutional) law.

Several criticisms could be directed to the “European” article of the Slovene Constitution. It is clear that the Slovene Constitution suffers from the EU deficit.⁴ Namely, one searches in vain in the Slovene Constitution for a provision mentioning the EU, despite the fact that it is now more than 11 years since Slovenia entered the Union. As Avbelj convincingly argues, the “European” article was flawed from the very moment of its enactment, and is all the more so today when the name of the Union is settled and the Community no longer exists.⁵ Above all, it is obvious that the EU is not an international organization of the times past. By subsuming the EU under the international organization, hence grouping EU law together with international law, the Constitution fails to do justice to the actual legal and political character of the integration.⁶ Therefore, the conclusion could be inferred that the “European” article in the Constitution is manifestly outdated and hence (at least no longer) European. If at the time of drafting there were excusable reasons for that, namely the lack of time and some serious uncertainties as to which terminology to use (European Communities or the EU) and whether Slovenia would at all enter the European integration,⁷ no such excuses exist after more than 12 years since its enactment.

4 See M. Avbelj, *supra* n 1, p. 9, and *supra* n 3, p. 10. See also C. Ribičič, *Položaj slovenske ustave po vključitvi v EU (The Position of the Slovene Constitution after Accession to the EU)*, *Pravna praksa* 25 (2006), p. 29.

5 See M. Avbelj, *supra* n 1, p. 9.

6 See M. Avbelj, *supra* n 3, p. 10, 11. The author observes that reliance on the constitutions of some old member states that have not been amended since the late 1950s and are therefore themselves increasingly out of touch with the present state of the EU fails to persuade either. To the contrary, most of the constitutional texts in the EU Member States have by now moved away from an abstract to a concrete

constitutional approach, dedicating a special title or at least a few provisions to the EU. See also M. Claes, *Constitutionalizing Europe at its Source: The “European Clauses” in the National Constitutions: Evolution and Typology*, *Yearbook of European Law* (2005) 24 (1), p. 81–125.

7 See M. Avbelj, *supra* n 3, p. 10; see also M. Cerar in: *Komentar Ustave Republike Slovenije, Dopolnitev A (Commentary on the Constitution of the Republic of Slovenia – Supplement – A)* – A L. Šturm (ed.), p. 75, 76.

2) The Constitutional Court Case Law and the Interpretation of Article 3a of the Constitution, as Well as the Development of the Court's Attitude towards the EU Law

The attitude of the Constitutional Court towards EU law began to take shape almost from the very entry of Slovenia into the EU and thereafter could be divided into three periods. Initially, the Constitutional Court was in this regard reserved, somewhat diffident and tentative. Yet, it faced its first "European" case soon after the accession. The first period could therefore be named after that case (JATA). The main characteristic of the second period (from the end of 2007 up to October 2012) is the calmness in relation to EU law, and such law only sporadically came before the constitutional judges. The third period commenced after October 2012 as the Court engaged with EU law more frequently and the relationship with EU law began to grow in a more identifiable and recognizable way.

i) The first period:

In the so-called JATA case, the company JATA, a feed manufacturer, challenged the Rules, an implementing regulation, which in accordance with a particular directive on the content of feedstuffs actually dictated the disclosure of a larger part of the recipe for such feedstuff. The Constitutional Court stayed the implementation of the contested rules at first (Order No. U-I-113/04, dated 8 July 2004), but it did not submit a question for preliminary ruling concerning the validity of the directive, inasmuch as two other (administrative) courts already had done so, and it simply waited for the decision of the ECJ in order to adopt the final decision.

In the final decision (the Order rejecting the petition, dated 7 February 2007), the Constitutional Court adopted some important standpoints intertwined within the reasoning. Stated briefly, these are the following: 1) The Constitutional Court reviews the constitutionality of the regulation implementing EU law, 2) the issue whether EU law needs to be implemented by a law or a regulation is an internal constitutional issue, 3) as long as the secondary legislation respects human rights to the same extent as they are guaranteed by the Constitution (the EU is based on the principles of freedom, democracy, the rule of law and respect for human rights and fundamental freedoms that are guaranteed by the ECHR and are general principles of EU law arising from the common traditions of the community) and the CJEU has ruled that the directive is valid, then the regulation implementing it is not unconstitutional.

ii) The second period:

Following this decision, the Constitutional Court did not take a stance on EU law for quite some time, and later, from the end of the year 2007 onwards, the interactions with EU law were infrequent and less prominent. Such, too, was the manner in which the Constitutional Court adopted standpoints with regard to EU law. During that period, there is one particular case I would like to mention, Decision No. Up-1201/05, dated 6 December 2007, in which the Constitutional Court indicated that it would be prepared to examine the argument that the Supreme Court departed from the settled case law of the CJEU in the same manner as it previously reviewed the alleged departure from the settled case law of the highest national courts – that is to say that the court may depart from the case law if it gives plausible reasons for such departure. This in fact entailed a denial of the obligation of precedents stemming from the judgments of the CJEU, inasmuch as a departure from the case law of the CJEU is only possible on the basis of a renewed dialogue with the CJEU. In light of the different standpoints adopted later on, this standpoint can be, gently put, considered obsolete today.

Next among the more important cases on the topic is Decision No. Up-2012/08, dated 5 March 2009. The Constitutional Court held that the Qualification Directive (regarding asylum) exerts legal effects upon the Member States and that, consequently, when applying national law the courts must, from the time of notification onwards, irrespective of the expiry of the implementation deadline, interpret the national law in accordance with the purpose and wording of the directive to the greatest extent possible in order to achieve the desired objectives of the directive. The courts are therefore bound by the principle of loyalty which requires that the national law be interpreted in the light of EU law.

In case No. Up-958/09 (U-I-199/09), dated 15 April 2010, the Constitutional Court established there to be a violation of the constitutional right to be heard in judicial proceedings, as the Supreme Court that had changed (reversed) the decision of a lower court did not pronounce itself with regard to the party's allegations that the statutory regulation is unconstitutional and inconsistent with the so-called Asylum Procedures Directive, as well as with regard to the motion the proceedings should be stayed and either initiate the proceedings for review of the constitutionality of the law or submit a question to the CJEU for a preliminary ruling.

iii) The third period:

From the end of 2012 onwards, major shifts in the understanding of EU law and the “European” Article in the Constitution began to occur. The first shift can be detected already in Decision No. U-II-1/12, U-II-2/12, dated 17 December 2012, by which the Constitutional Court based its decision to ban the calling of a referendum also on the argument of the principle of sincere cooperation determined by Article 4 of the TEU that lays down a general obligation of the Member States to respect the European law and adopt general or particular measures necessary to fulfil the obligations arising from the Treaties or the acts of the institutions. The liberty to choose the means with regard to implementation of the directives still entails that Member States must choose the most appropriate method and manner for their implementation. Even throughout the implementation period, a Member State may not adopt any measures that would jeopardize the attainment of the objectives of the Directive. Any failure to comply with these objectives affects the credibility of the states in terms of their obligations undertaken as Member States of the EU. The Constitutional Court clearly explained for the first time that respect for the obligations arising from EU law entails not only respect for EU law but also respect for the first and third paragraphs of Article 3a of the Constitution. The respect for EU law is therefore a constitutionally protected value in and of itself to which the state has committed itself under the third paragraph of Article 3a of the Constitution. The Constitutional Court further stated that this applies irrespective of whether EU law is interpreted in such a way that the principle of the primacy unconditionally prevails over the provisions of the Constitution or that EU law must in certain exceptional cases withdraw and make way for the Constitution. Yet, the Constitutional Court has explicitly refrained from adopting a position as to whether or not there are certain instances in which the Slovene Constitution requires that EU law not be applied.

Decision No. U-I-37/10, dated 18 April 2013, by which the Constitutional Court abrogated with effect upon the expiry of a period of one year the Decree implementing the Natura 2000 network entails a continuation of such an understanding of the Constitution. The Decree was abrogated because it regulated certain matters originally, as a regulation (an act adopted by the executive power), without any basis in the law. What is important from the viewpoint of EU law, however, is the standpoint as to why the Constitutional Court did not abrogate the Decree with immediate effect, but with effect upon the expiry of a period of one

year. The Constitutional Court has stated that the immediate abrogation of the Decree would have resulted in an inability to perform the environmental impact assessments for interventions in the environment in certain areas (e.g. the impact on birds, which would have undermined one of the objectives of the Birds Directive). This would have undermined the effectiveness of EU law on the territory of the state and the safeguarding of the conservation of natural heritage that is also an important constitutionally protected value. It would therefore have given rise to a situation even more unconstitutional than the one established in the Decision. The underlying rationale, even though not explicitly expressed, is still the same as in the former case (Decision No. U-II-1/12, U-II-2/12).

By Order No. U-I-65/13, dated 26 September 2013, the Constitutional Court stayed its proceedings pending the final decision of the CJEU on the validity of the Data Retention Directive. In this case, the Constitutional Court again avoided submitting a preliminary question to the CJEU, stating that the proceedings before the CJEU had already been instituted on the request of two other courts. The Constitutional Court faced the issue of the constitutionality of the implementing statutory regulation that in fact entailed challenging the validity of the directive in terms of its consistency with Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights. In this Order, the Constitutional Court stated clearly for the first time that the third paragraph of Article 3a of the Constitution requires that also the Constitutional Court, in exercising its powers, take into account EU law as it follows from the said paragraph. In doing so an unambiguous signal was sent to the Slovene legal public: The whole body of EU law – primary and secondary rules, as well as the jurisprudence of the CJEU – is thus binding upon the Constitutional Court, which must apply it in accordance with the standards, rules, and principles prescribed by EU law itself. Hence the structural principles of the EU law, as laid down in the Treaties, explained and developed in the case law of the CJEU, are thus given a constitutional status. As such, they are binding on all the bodies of the state. In the case at issue, the Constitutional Court had to take into account that the implementing statute entailed the application of EU law, which entails that according to the first paragraph of Article 51 of the Charter the Member States are also bound by the provisions of the Charter. If the complaints on the merits in fact entail allegations that the Directive is contrary to the provisions of the Charter, then the CJEU has exclusive jurisdiction to review such issues.

This trend in the development of the attitude towards EU law was fully confirmed by Decision No. U-I-146/12, dated 14 November 2013, in which the Constitutional Court reviewed the constitutionality of the statutory regulation of the termination of employment contracts in terms of discrimination on grounds of age and gender. The challenged statutory regulation was not expressly determined as an implementing statute. However, its subject matter extended to an area that is regulated by European Union law. The Constitutional Court therefore performed a review based on the assumption that this is a regulation entailing the application of EU law in the Slovene legal order.

The Constitutional Court has reiterated its standpoint on its competence with regard to national regulations that extend to the scope of application of EU law. In accordance with this standpoint, the Constitutional Court is not competent to review the conformity of such regulations with the directives. This does not entail, however, that its competence to review the consistency of these regulations with the Constitution is excluded. And in the case of a dismissal of civil servants who have fulfilled the conditions for acquiring the right to an old-age pension, the Constitutional Court reviewed the consistency of precisely such regulation with the Constitution. The Constitutional Court thus had the opportunity to provide an answer with regard to the issue of the effect of EU law on the interpretation of national law, including the Constitution (the right to non-discriminatory treatment determined in the first paragraph of Article 14 of the Constitution). It adopted the following key standpoints: a) On the basis of the third paragraph of Article 3a of the Constitution, the Constitutional Court must take into account the primary and secondary legislation of the EU, as well as the case law of the CJEU, b) in the exercise of their competences, all state authorities, including the Constitutional Court, must apply EU law in accordance with the legal order of the EU, which entails that the effect of EU law within the internal legal order thus depends on the rules that at a given moment regulate the functioning of the EU (both these standpoints are a repetition of the standpoint stated in case No. U-I-65/13 mentioned above), c) due to the third paragraph of Article 3a of the Constitution, the fundamental principles defining the relationship between internal law and EU law (principle of primacy, sincere cooperation, including the principle of consistent interpretation, direct applicability of EU law, direct effect of EU law, conferral of competences, subsidiarity, and proportionality) are at the same time also internal constitutional principles that have the same binding effect as does the Constitution, d) just like internal principles of constitutional law, these principles, too,

bind the Constitutional Court such that it must take into account EU law, namely in such manner as that law derives from the acts of the EU or as it has developed in the case law of the CJEU, in the exercise of its competences.

In a constitutional complaint case (tax matter), Decision No. Up-1056/11, dated 21 January 2013, the Constitutional Court was faced with the issue of reviewing a violation of the duty to submit the case to the CJEU in conformity with the conditions determined by the third paragraph of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union and the case law developed by the CJEU with regard to the mentioned provision. The issue that the Constitutional Court had to resolve could be boiled down to a simple question: whether a violation of the right of access to a court constituted by law, or a violation of the right to judicial protection, which, in accordance with Article 23 of the Constitution entails the right to judicial protection by “an independent, impartial court constituted by law” had occurred. This constitutional provision in relation to the third paragraph of Article 3a of the Constitution and the third paragraph of Article 267 of the TFEU requires that the Supreme Court, if the question regarding the interpretation of European Union law is essential for the decision in the case at issue (when the conditions set out in the CILFIT judgment are not fulfilled), submit the question to the CJEU for a preliminary ruling, or to justify, why in its own view these conditions are not met and hence the reference is not necessary. The Constitutional Court therefore stated that a violation of the right to judicial protection by a “court constituted by law” had occurred and explained that the Supreme Court is that highest court in the state against whose decisions there is no legal remedy under national law and it therefore has the duty to submit the case to the CJEU. The constitutional complaint decided by the Constitutional Court is namely a special legal remedy which protects only human rights and fundamental freedoms. The Constitutional Court has also emphasized that it does not perform a review for any and all errors in the application of EU law, but it does so only to determine whether the judicial protection was provided by a court constituted by law.

Decision No. Up-150/13, dated 23 January 2014 (common policy on asylum – the application of the so-called Qualification Directive regarding the interpretation of the notion of serious threat) should also be mentioned. The Constitutional Court adopted a standpoint with regard to instances when a national court is confronted with a question whose solution is within the exclusive jurisdiction of the CJEU and when the latter has already resolved such question by a judgment. In such

instances, the national court must take into account the criteria set out in the judgment of the CJEU determining the notions of EU law, assess the allegations on this basis, and in addition give reasons for its assessment. Although a judgment of the CJEU is binding, it is a source of law that nevertheless does not decide each individual case. Rather, the national court must adopt a decision on the basis of and in accordance with such judgment. In short, decisions of the CJEU are a binding source of law which must be followed by the national courts. The latter must give reasons as to how they have applied the rulings of the CJEU. If the reasoning of the national court is such that it leaves serious doubts as to whether the court implemented the criteria set out in the CJEU judgment, then such ambiguity entails a violation of the right to be given reasons (right to a reasoned judgment as a separate element of the right to a fair trial, per Article 22 of the Constitution).

The relationship between the constitutional law and EU law is concluded by the first case submitted for a preliminary ruling by the Constitutional Court. I am referring to case No. U-I-295/13 concerning the write-off of eligible liabilities of a bank towards shareholders and bondholders due to emergency measures (state aid) to ensure stability of the financial system. In this case, the Constitutional Court must decide on the constitutionality of the legislation conferring the powers to the Bank of Slovenia to issue a decision declaring that eligible liabilities of a bank are written off in part or in full to the extent necessary to cover the losses of the bank.

The contested statutory regulation was adopted with the intent to establish in the Republic of Slovenia a legal framework for burden-sharing in accordance with the new European Union requirements regarding admissible state aids that arise from interpretation of the Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of “State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis” (OJ C 216, 30 July 2013 – Banking Communication). It was allegedly imperative to adopt the amendment to the Banking Act to allow the realization of measures for the recovery of the banking system so that state aids would be admissible. Moreover, the adopted regulation was, according to the opposing party in the proceedings, a reorganization measure under the Directive of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganization and winding up of credit institutions (OJ L 125, 5 May 2001 – Directive 2001/24/EC).

The complaints of the petitioners concerning the contested provisions of the Banking Act, which implemented the measures required by the Commission in its Banking Communication, in fact refer only to the Banking Communication. These are the issues of a) a violation of the principle of retroactivity, of the principle of legitimate expectations, and of the protection of private property; b) inconsistency of the Banking Communication with the Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the “Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent” (OJ L 315, 14 November 2012 – Directive 2012/30/EU); and c) the interpretation of Directive 2001/24/EC. Given that the complaints regarding the unconstitutionality of the statutory provisions of the Banking Act in substance entail an allegation that the Banking Communication is contrary to the principle of protection of legitimate expectations, the first paragraph of Article 17 of the Charter and Directive 2012/30/EU, and that these complaints relate to the question of interpretation of the Directive 2001/24/EC, the decision regarding the interpretation and validity of the Banking Communication and interpretation of Directive 2001/24/EC is essential for review as to the constitutionality of the provisions of the national law.

3) Concluding Findings

The development of constitutional case law reviewing the “European” Article of the Slovene Constitution clearly shows how EU law has entered the Slovene constitutional order. With regard to this, the essential role was played by the Constitutional Court with its EU law-friendly interpretation of the said Article, and particularly the third paragraph, according to which the Constitutional Court established the commitment of all state authorities to respect EU law in the manner established by EU law itself (where the case law of the CJEU also plays an important role), and thus also committed itself to respect EU law.⁸ The Constitu-

⁸ The Slovene Constitutional Court has often insisted on the centrality of the respect of the principle of loyalty. See cases Nos. Up-2012/08, U-II-1/12, U-II-2/12.

tional Court has not just explicitly declared itself to be bound by EU law (decision No. U-I-146/12), but it has also proven this in practice by actively engaging in a judicial dialogue with the CJEU.⁹

However, the Constitutional Court also clearly expressed its standpoint that the central role in the correct application of EU law in Slovenia has to be played by ordinary courts and the Supreme Court as the highest judicial authority in Slovenia. In the procedure relating to constitutional complaints, the Constitutional Court has consistently insisted on the doctrine of exhaustion of legal remedies. The first prerequisite for access to the Constitutional Court is the exhaustion of all accessible legal remedies at one's disposal, not only in a formal and nominal sense, but also from the viewpoint as to the substance of the complaint. For a constitutional complaint to be admissible, the complainant must prove that he or she has invoked and argued the violation of a particular human right from the first instance up to the Supreme Court. Hence, the latter is the final authority among ordinary courts to rule on the protection of human rights. Therefore, it could be assumed that the Constitutional Court could be accessed by cases involving violation of the rights enshrined in the Charter only in those circumstances in which the Supreme Court will have failed to discharge its tasks under EU law and hence also under national constitutional law.

Unlike the German Federal Constitutional Court, the Slovene Constitutional Court has not (temporarily and in a limited manner) relinquished the constitutional law review of the implementation regulations, but exercises its powers also with regard to such.¹⁰ Nevertheless, collisions with EU law are not excluded. There will be no such collisions, however, when resolving constitutional complaints in which the Constitutional Court exercises its control over how human rights were respected at a trial. In such cases, the judiciary and the Supreme Court at the top of the system remain competent to resolve these issues, as is evident from the cases presented above. As these cases demonstrate, there are direct contacts with EU law in the proceedings for the review of the constitutionality of laws and other regulations. Nevertheless, the Constitutional Court has refrained from rushing to a conclusion as to how conflict between the national constitutional law and EU

law should be resolved. With regard to national legislation, however, it has left no doubt that the latter must comply with EU law, as it is, pursuant to the Constitution, in any case hierarchically inferior to EU law.¹¹

At first sight it might seem that with its recent standpoints the Constitutional Court abandoned the standpoint developed in the JATA case, where, with regard to the first paragraph of Article 3a of the Constitution, the relationship between the constitutional law and EU law regarding the issue of human rights could become strained. As long as the acts of the EU provide the same level of protection as provided by the Constitution, there are no difficulties. The difficulties, however, may arise when the Constitution provides a higher level of protection than does EU law. This must not be forgotten. The first paragraph of Article 3a of the Constitution provides that the exercise of a part of sovereign rights may be transferred to international (supranational) organizations, specifically to the EU, which must be based on respect for human rights and fundamental freedoms, democracy, and the principles of the rule of law. And the exercise of part of sovereign rights was transferred only because (and as long as) the European integration was and so long as it remains based on respect for the intrinsic values of the Western liberal democracies. When assessing the relationship between the national constitution and EU law, the underlying rationale and basis for this relationship should be the one that endorses the heterarchical structural model of European integration, according to which two equally autonomous legal orders co-exist within Slovene territory – Slovene and European. Hence it follows that the supremacy of the Slovene Constitution is compatible with application systems that confer priority to the application of norms of other legal systems, such as EU law, as long as these do not detract from certain national constitutional limits that can under no circumstances become unrecognizable.¹²

Only at first glance it thus seems that with regard to the third paragraph of Article 3a of the Constitution the Constitutional Court adopted the standpoint that was undoubtedly established by the CJEU already in the judgments of *Costa/ENEL*, *Internationale Handelsgesellschaft*, and *Simmental*, and later confirmed in the judgment of *Tanja Kreil*, that also (every) constitutional provision contrary to EU

⁹ See case No. U-I-295/13, Order dated 6 November 2014.

¹⁰ See cases Nos. U-I-113/04 and U-I-37/10.

¹¹ See M. Avbelj, *supra* n 3, p. 21, 22.

¹² See M. Avbelj, *supra* n 2, p. 758, 759.

law must withdraw and make way for EU law and that, therefore, other constitutional provisions must be interpreted in accordance with this requirement. It is precisely due to the requirement for the respect for human rights, democracy, and the principles of the rule of law that the third paragraph of Article 3a, which requires that the constitutional provisions contrary to EU law must withdraw, seems not to apply unconditionally also with regard to the provisions of the Constitution that govern human rights.

Judge Sovdat claims that the tensions between the third and the first paragraphs of the said Article must be resolved *in favorem* human rights.¹³ She has found the basis for her position particularly in the principle of maximum protection of human rights enshrined in Article 53 of the Charter, according to which nothing in the Charter is to be interpreted as restricting or adversely affecting the rights as recognized, in their respective fields of application, inter alia, by the Member States' constitutions. Given this, Sovdat argues for conducting the "dialogue" in the opposite direction from what we have known so far. For now, it is the constitutional courts that submit questions to the CJEU and the latter answers them. The full effectiveness of Article 53 of the Charter would require that the CJEU examines how national constitutional courts interpret the provisions of the constitutions that govern a human right which is governed by the Charter. And that holds true not only for the constitutions of any Member States from which the question originated but for the constitutions of all Member States. The reason this should be so is precisely because the judgment of the CJEU is a binding source of law for all courts in all Member States.

The question could nevertheless be raised how such an intriguing idea should be reconciled with the concept of horizontal effect of human rights. Namely, as far as human rights are in mutual relations and hence colliding with each other, the call for the principle of maximum protection of human rights seems rather unconvincing. Giving way to one of the competing human rights inevitably diminishes and impairs the other. The most obvious example: How can we argue for the maximum protection of human rights in cases of collisions between the right to privacy on the one hand and freedom of the press on the other?¹⁴

In any case, and apart from all these considerations and speculations, we must remain realistic. The Slovene Constitutional Court still awaits its opportunity to enter the club of those constitutional courts which have unambiguously explicated their standpoints on the relationship between national constitution and EU law in terms relating to distinct, yet autonomous legal orders, clearly drawing the distinction between primacy and supremacy and that have affirmed themselves as bodies of jurisdiction with a constitutional function which may not be deprived of responsibility for the boundaries of their constitutional empowerment for integration and for safeguarding of the inalienable constitutional identity.

¹³ See J. Sovdat, Razmerje med pravom Evropske Unije in Ustavnim redom v odločitvah Ustavnega sodišča Republike Slovenije, Delovno gradivo ob obisku delegacije Ustavnega sodišča Belgije [The Relationship between the EU Law and the Constitutional Order in the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia – working papers], 11 to 13 May 2015.

¹⁴ For more on this topic, see M. Avbelj, Is There *Drittwirkung* in EU Law?, in A. Sajo and R. Uitz (Eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven, Utrecht 2005, p 146 ff.

RESUMÉ

JAN ZOBEC:

**Vztah mezi právem EU a slovinským ústavním právem
ve světle judikatury Ústavního soudu Slovinska**

Příspěvek Jana Zobce se věnuje vztahu práva EU a slovinského ústavního práva z pohledu judikatury Ústavního soudu Slovinska. První část se zabývá nezbytnou změnou slovinské ústavy v souvislosti se vstupem Slovinska do Evropské unie, která umožnila, aby se právo EU stalo součástí vnitrostátního práva. V druhé části příspěvku je představen způsob, jakým se k interpretaci předmětného článku 3a ústavy Slovinska staví slovinský Ústavní soud, přičemž vývoj jeho postojů k právu EU je rozdělen do tří etap. Pro první etapu byl charakteristický spíše rezervovaný přístup, během druhé etapy se Ústavní soud věnoval právu EU jen sporadicky a až v rámci třetí etapy (tj. od konce roku 2012) došlo ze strany slovinského Ústavního soudu k výraznějšímu uchopení práva EU, které v listopadu roku 2014 vyústilo v podání první předběžné otázky Soudnímu dvoru EU. Ze závěrečné shrnující části je však zřejmé, že dle autora příspěvku Ústavní soud Slovinska doposud nevyužil příležitosti vztah mezi ústavním pořádkem a právem EU zcela jasně vymezit.



IVETTA MACEJKOVÁ

Vystudovala Právnickou fakultu Univerzity Komenského v Bratislavě. Na Okresním soudě Bratislava-venkov zastávala funkci místopředsedkyně a později předsedkyně soudu. V letech 1996–1998 byla předsedkyní Krajského soudu v Bratislavě, kde až do roku 2006 působila jako předsedkyně trestního a správního senátu. V roce 2006 se stala soudkyní a členkou trestního kolegia Nejvyššího soudu Slovenské republiky. Prezident Slovenské republiky ji jmenoval soudkyní a zároveň předsedkyní Ústavního soudu Slovenské republiky v únoru 2007.

She graduated from the Faculty of Law of Comenius University in Bratislava. She served as deputy chairwoman, and later chairwoman, of the District Court for Bratislava-venkov. She chaired the Regional Court in Bratislava in 1996–1998, and served as the chair of its Criminal and Administrative Tribunal until 2006. She became judge and member of the Criminal Collegium of the Supreme Court of the Slovak Republic. She was appointed as justice and president of the Constitutional Court of the Slovak Republic in February 2007.

PRIESKUM ÚSTAVNEJ KONFORMITY PRÁVNÝCH NORIEM VYCHÁDZAJÚCICH Z PRÁVA EURÓPSKEJ ÚNIE ÚSTAVNÝM SÚDOM SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Vážené dámy, vážení páni,

dovoľte, aby som hneď v úvode môjho príspevku najprv poďakovala predsedovi Ústavného súdu Českej republiky Pavlovi Rychetskému za jeho pozvanie na túto konferenciu, ktoré som vzhľadom na dlhoročné a naozaj nadštandardné vzťahy medzi českým a slovenským ústavným súdom veľmi rada prijala.

Jednou z viacerých zaujímavých a vysoko aktuálnych tém tejto konferencie je aj otázka „*aktuálneho stavu prieskumu právnych noriem pred ústavnými súdmi, pokiaľ tieto normy vychádzajú z nadnárodných právnych zdrojov*“, pričom práve túto problematiku by som vo svojom príspevku rada aspoň v krátkosti priblížila, a to z pohľadu Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“) vo vzťahu k niektorým slovenským právnym normám vychádzajúcim z práva Európskej únie.

Od 1. mája 2004, keď Slovenská republika vstúpila do Európskej únie, bolo ústavnému súdu doručených viacero návrhov na začatie konania o súlade právnych predpisov, ktorými sa navrhovatelia domáhali, aby ústavný súd preskúmal ústavnú konformitu takých noriem slovenského právneho poriadku, ktoré majú svoj pôvod, resp. ktoré vychádzajú z práva Európskej únie.

Vo svojom príspevku by som rada stručne priblížila tri z týchto konaní vedených na ústavom súde, a to

1) konanie vedené pod sp. zn. PL. ÚS 12/2012, v ktorom navrhovateľ namietal ústavnú nekonformitu slovenskej právnej úpravy umožňujúcej odovzdanie (vydanie) občana Slovenskej republiky na základe európskeho zatýkacieho rozkazu,

2) konanie vedené pod sp. zn. PL. ÚS 115/2011, v ktorom navrhovateľ namietal ústavnú nekonformitu slovenskej právnej úpravy vymáhania neoprávnenej štátnej pomoci na základe rozhodnutia Európskej komisie (ďalej aj „Komisia“),

3) konanie vedené pod sp. zn. PL. ÚS 10/2014, v ktorom navrhovateľ namietal ústavnú nekonformitu slovenskej právnej úpravy umožňujúcej preventívne plošné uchovávanie údajov o elektronickej komunikácii.

1. Konanie vedené pod sp. zn. PL. ÚS 12/2012 – otázka ústavnej konformity odovzdania (vydania) občana Slovenskej republiky na základe európskeho zatýkacieho rozkazu

V konaní vedenom na ústavnom súde pod sp. zn. PL. ÚS 12/2012 navrhovateľ (okresný súd) namietal nesúlad ustanovenia § 14 ods. 4 zákona č. 403/2004 Z. z. o európskom zatýkacom rozkaze a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon č. 403/2004 Z. z.“) ustanovujúceho, že skutočnosť, že vyžiadaná osoba je občanom Slovenskej republiky, nie je dôvodom pre odmietnutie vykonania európskeho zatýkacieho rozkazu, s čl. 23 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“), v zmysle ktorého občana nemožno nútiť, aby opustil vlasť, a nemožno ho vyhostiť, ako aj s čl. 74 ods. 1 písm. a) Zmluvy medzi Československou socialistickou republikou a Maďarskou ľudovou republikou o právnej pomoci a úprave právnych vzťahov v občianskych, rodinných a trestných veciach (uverejnenej pod č. 63/1990 Zb.), v zmysle ktorého k vydaniu nedôjde, ak vyžiadaná osoba je štátnym občanom dožiadanej zmluvnej strany v čase, keď dôjde žiadosť o vydanie.

Navrhovateľom napadnuté ustanovenie zákona č. 403/2004 Z. z. sa súčasťou slovenského právneho poriadku stalo v rámci implementácie Rámcového rozhodnutia Rady 2002/584/SVV z 13. júna 2002 o európskom zatykači a o postupoch odovzdávania osôb medzi členskými štátmi (ďalej aj „rámcové rozhodnutie“).

Ústavný súd uznesením sp. zn. PL. ÚS 12/2012 z 11. júla 2012 návrh okresného súdu odmietol ako podaný zjavne neoprávnenou osobou, pretože na strane okresného súdu nebola splnená podmienka, v zmysle ktorej ak návrh na začatie konania o súlade právnych predpisov podáva všeobecný súd, musí konaniu pred

ústavným súdom predchádzať konanie pred všeobecným súdom, v ktorom má materiálne dôjsť k použitiu ustanovenia napadnutého všeobecným súdom.

Napriek tomu, že so samotným odmietnutím návrhu navrhovateľa som sa stotožnila, k rozhodnutiu ústavného súdu som pripojila svoje odlišné stanovisko, v ktorom som o. i. vyjadrila poľutovanie nad tým, že ústavný súd nevyužil príležitosť a v rámci *obiter dictum* sa nevyjadril k otázke, či pokladá implementáciu rámcového rozhodnutia do slovenského právneho poriadku za ústavne konformnú.

Vo svojom odlišnom stanovisku som konštatovala, že implementáciu rámcového rozhodnutia do slovenského právneho poriadku realizovanú zákonom č. 403/2004 Z. z. a následne zákonom č. 154/2010 Z. z. o európskom zatýkacom rozkaze (ďalej len „zákon č. 154/2010 Z. z.“), ktorý nahradil pôvodný zákon č. 403/2004 Z. z., nie je podľa môjho názoru možné považovať za ústavne konformnú.

Ústavnoprávny nedostatok implementácie rámcového rozhodnutia do slovenského právneho poriadku pritom podľa môjho názoru nespočíval v samotnej skutočnosti, že Slovenská republika umožňuje vydávanie (odovzdávanie) vlastných občanov členským štátom Európskej únie na základe európskeho zatýkacieho rozkazu – v tejto otázke sa stotožňujem s názorom Ústavného súdu Českej republiky vyplývajúcim z jeho nálezu sp. zn. PL. ÚS 66/04 z 3. mája 2006, a teda zákon o európskom zatýkacom rozkaze považujem za súladný s čl. 23 ods. 4 ústavy,¹ ale ústavnoprávny nedostatok implementácie rámcového rozhodnutia do slovenského právneho poriadku podľa môjho názoru spočíval v spôsobe, akým bolo v čase rozhodovania ústavného súdu rámcové rozhodnutie implementované do slovenského právneho poriadku.

Možno stručne zhrnúť, že rámcové rozhodnutie všeobecne ukladá členským štátom povinnosť vyhovieť európskemu zatýkaciu rozkazu a vydať vyžiadanú osobu. Len v prípadoch taxatívne ustanovených rámcovým rozhodnutím je justičný orgán členského štátu výkonu povinný (čl. 3), resp. oprávnený (čl. 4) odmietnuť vykonať európsky zatýkací rozkaz, pričom v čl. 4 ods. 6 ako istú kompenzáciu

prelomenia tradičnej zásady extradičného konania – zásady nevydávania vlastných občanov – poskytlo rámcové rozhodnutie členským štátom možnosť, aby vo svojich vnútroštátnych právnych predpisoch, ktorými budú implementovať toto rámcové rozhodnutie, zakotvili, že odmietnu vydanie vlastného občana, ak bol európsky zatýkací rozkaz vydaný na účely výkonu nepodmienečného trestu odňatia slobody alebo ochranného opatrenia, ak sa zároveň zaviazu, že vykonajú rozsudok alebo ochranné opatrenie v súlade so svojím vnútroštátnym právom. Išlo teda o možnosť, ktorú členským štátom ponúкло rámcové rozhodnutie, no výhradne na členských štátoch ostalo, či túto možnosť aj využijú, či tieto dôvody odmietnutia vykonania európskeho zatýkacieho rozkazu zakotvia i do svojich vnútroštátnych predpisov, ktorými implementujú rámcové rozhodnutie. Obdobne aj čl. 5 ods. 3 rámcového rozhodnutia poskytol členským štátom možnosť podmieniť svojím vnútroštátnym predpisom vydanie svojho občana na trestné stíhanie inému členskému štátu podmienkou, že v prípade uloženia trestu odňatia slobody, resp. ochranného opatrenia bude občan tieto sankcie vykonávať vo vlasti.

Vychádzajúc z právnej úpravy platnej v čase rozhodovania ústavného súdu som vo svojom odlišnom stanovisku vyslovila výhrady k tomu, že ako pôvodný zákon o európskom zatýkacom rozkaze (zákon č. 403/2004 Z. z.), tak aj druhý zákon o európskom zatýkacom rozkaze (zákon č. 154/2010 Z. z.), ktorým bol prvý zákon o európskom zatýkacom rozkaze nahradený, medzi dôvody odmietnutia vykonania európskeho zatýkacieho rozkazu zahrnul len dôvody ustanovené rámcovým rozhodnutím ako povinné. Avšak vo vzťahu k nepovinným dôvodom odmietnutia vykonania európskeho zatýkacieho rozkazu slovenský zákonodarca nevyužil všetky možnosti poskytované rámcovým rozhodnutím, keď z vlastnej vôle do vnútroštátnej slovenskej právnej úpravy odmietnutia vykonania európskeho zatýkacieho rozkazu nezahrnul aj rámcovým rozhodnutím ponúkanú možnosť, že Slovenská republika odmietne vydanie vlastného občana, ak bol európsky zatýkací rozkaz vydaný na účely výkonu nepodmienečného trestu odňatia slobody alebo ochranného opatrenia a Slovenská republika sa zároveň zaviazala, že vykoná rozsudok alebo ochranné opatrenie v súlade so svojím vnútroštátnym právom.

¹ Vychádzajúc z predmetného nálezu Ústavného súdu Českej republiky možno podľa môjho názoru obdobne aj vo vzťahu k Slovenskej republike konštatovať, že európsky zatýkací rozkaz umožňuje len časovo obmedzené odovzdanie občana na jeho trestné konanie v členskom štáte Európskej únie pre konkrétne vymedzený skutok, resp. na výkon trestu, pričom po skončení tohto konania, resp. po výkone trestu mu

nič nebráni vrátiť sa späť na územie Slovenskej republiky, a preto časovo obmedzené vydanie (odovzdanie) občana na trestné konanie, resp. výkon trestu prebiehajúci v inom členskom štáte Európskej únie nemôže byť považované za nútenie opustiť vlasť v zmysle čl. 23 ods. 4 ústavy, resp. v zmysle čl. 14 ods. 4 Listiny základných práv a slobôd.

Slovenský zákonodarca nevyužil ani rámcovým rozhodnutím ponúkanú možnosť, aby do vnútroštátnej slovenskej právnej úpravy zakotvil oprávnenie súdu, ktorý rozhoduje o vydaní občana Slovenskej republiky na trestné stíhanie na základe európskeho zatýkacieho rozkazu, podmieniť toto vydanie tým, že v prípade uloženia trestu odňatia slobody, resp. ochranného opatrenia bude občan Slovenskej republiky tieto sankcie vykonávať v Slovenskej republike.

Zastávam názor, že napriek tomu, že (na rozdiel od čl. 16 ods. 2 nemeckého základného zákona²) slovenská ústava výslovne neobsahuje požiadavku, aby zákonná právna úprava vydávania slovenských občanov rešpektovala zásadu (materiálneho) právneho štátu, je evidentné, že vzhľadom na znenie prvej vety čl. 1 ods. 1 ústavy („*Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát.*“) musí byť zákonná úprava vydávania občanov na základe európskeho zatýkacieho rozkazu v súlade s ústavným súdom stabilne presadzovanou požiadavkou materiálneho právneho štátu, ktorého neoddeliteľnou súčasťou je aj prípustnosť zásahov do základných práv a slobôd len spôsobom a v miere, ktoré obstoja v teste proporcionality, pričom v prípade vydania (odovzdania) občana na výkon trestu (resp. na trestné stíhanie) do iného členského štátu Európskej únie na základe európskeho zatýkacieho rozkazu ide o zásah do osobnej slobody (čl. 17 ods. 2 ústavy), ktorý je potrebné podrobiť testu proporcionality.

Ústavnoprávny nedostatok implementácie rámcového rozhodnutia spočíval podľa môjho názoru konkrétne v tom, že slovenský zákonodarca pri formulovaní slovenskej právnej úpravy obsiahnutej v zákone č. 403/2004 Z. z., resp. rovnako v zákone č. 154/2010 Z. z. nevyužil dostatočne všetok priestor, ktorý rámcové rozhodnutie poskytuje v súvislosti s ochranou osobnej slobody občanov Slovenskej republiky, teda že slovenský zákonodarca ani v jednom z oboch zákonov, ktorými postupne došlo k implementácii rámcového rozhodnutia do právneho poriadku Slovenskej republiky, negarantoval právo občanov Slovenskej republiky na osobnú slobodu v takom širokom rozsahu, ako mu to umožňovalo rámcové rozhodnutie,

a práve tým slovenský zákonodarca vo vzťahu k občanom Slovenskej republiky, resp. vo vzťahu k ich ústavou garantovanému právu na osobnú slobodu v zmysle čl. 17 ods. 2 ústavy zlyhal v naplnení požiadavky nevyhnutnosti, potrebnosti či použitia najmenej drastických – šetrnejších prostriedkov.

Inak povedané, slovenský zákonodarca tým, že v zákonnej úprave neposkytol občanom Slovenskej republiky práva v celej (maximálne novej) šírke ponúkanej (umožnenej) rámcovým rozhodnutím, konal nad rámec svojej medzinárodnej povinnosti, čím porušil svoju povinnosť v čo najväčšej novej miere šetriť (chrániť) základné práva.

Nadväzujúc na uvedené je potrebné uviesť, že cca tri mesiace po rozhodnutí ústavného súdu slovenský zákonodarca zákonom č. 344/2012 Z. z. zo 17. októbra 2012 novelizoval zákon č. 154/2010 Z. z. o európskom zatýkacom rozkaze, pričom o. i. zaviedol aj možnosť, aby v prípade, ak sa európskym zatýkacím rozkazom žiada na účely výkonu trestu odňatia slobody o vydanie občana Slovenskej republiky alebo osoby s obvyklým pobytom na území Slovenskej republiky do iného členského štátu, táto vyžiadaná osoba mohla vysloviť nesúhlas s výkonom uloženia trestu odňatia slobody v štáte pôvodu s tým, že výkon rozhodnutia, ktorým jej bol uložený trest odňatia slobody, prevezme Slovenská republika.

Aj keď zakotvenie tejto možnosti nepochybne predstavuje zásadný posun oproti právnemu stavu platnému v čase rozhodovania ústavného súdu, nemožno to podľa môjho názoru považovať za dostatočné, pretože do slovenskej právnej úpravy, ako vyplýva z uvedeného, je podľa môjho názoru potrebné zakotviť aj rámcovým rozhodnutím ponúkanú možnosť, aby súd, ktorý rozhoduje o vydaní občana Slovenskej republiky na trestné stíhanie na základe európskeho zatýkacieho rozkazu, bol oprávnený podmieniť toto vydanie tým, že v prípade uloženia trestu odňatia slobody, resp. ochranného opatrenia bude občan Slovenskej republiky tieto sankcie vykonávať v Slovenskej republike.

² Bližšie tiež rozhodnutie Spolkového ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko sp. zn. 2 BvR 2236/04 z 18. júla 2005.

2. Konanie vedené pod sp. zn. PL. ÚS 115/2011 – otázka ústavnej konformity slovenskej právnej úpravy vymáhania neoprávnenej štátnej pomoci na základe rozhodnutia Európskej komisie

V konaní vedenom na ústavnom súde pod sp. zn. PL. ÚS 115/2011 navrhovateľ (skupina poslancov Národnej rady Slovenskej republiky) namietal nesúlad viacerých ustanovení zákona č. 231/1999 Z. z. o štátnej pomoci v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o štátnej pomoci“) a zákona č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „Exekučný poriadok“) s viacerými ustanoveniami ústavy, Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len „dohovor“) a Dodatkového protokolu k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len „dodatkový protokol). Navrhovateľom napadnuté ustanovenia sa stali súčasťou zákona o štátnej pomoci a Exekučného poriadku na základe ich novelizácie vykonanej zákonom č. 102/2011 Z. z., pričom v zmysle dôvodovej správy k tomuto zákonu *účelom napadnutých ustanovení* bolo plnenie povinností Slovenskej republiky vyplývajúcich z práva Európskej únie, a to konkrétne *plnenie povinností Slovenskej republiky vymáhať – na základe rozhodnutia Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci – od príjemcu neoprávnene poskytnutú štátnu pomoc.*

Problematika štátnej pomoci je upravená v primárnom práve Európskej únie v čl. 107 až čl. 109 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, pričom pôvodne išlo o čl. 87 až čl. 89 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva.

Ústavný súd nálezom sp. zn. PL. ÚS 115/2011 z 12. decembra 2012 vyslovil nesúlad viacerých navrhovateľom napadnutých ustanovení s ústavou, dohovorom a dodatkovým protokolom.

A. Ústavný súd sa v prvom rade zaoberal otázkou ústavnej konformity ustanovenia § 26 zákona o štátnej pomoci predstavujúceho východisko novej koncepcie vymáhania neoprávnenej štátnej pomoci na základe rozhodnutia Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci, ktorú vytvorila novela zákona o štátnej pomoci a Exe-

kučného poriadku (zákon č. 102/2011 Z. z.). Rozhodnutie Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci sa podľa novej právnej úpravy § 26 zákona o štátnej pomoci stalo exekučným titulom, do ktorého boli zahrnuté aj prípadné rozhodnutia ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky určujúce povinného, ktorý musí vrátiť neoprávnenú štátnu pomoc, a taktiež sumu neoprávnenej štátnej pomoci, ktorú musí povinný vrátiť. Nová právna úprava zároveň zbavila odkladného účinku opravný prostriedok (rozklad) proti týmto rozhodnutiam ústredných orgánov štátnej správy.

Pokiaľ ide o zákonodarcom priznanú priamu vykonateľnosť rozhodnutia Komisie o vymáhaní neoprávnenej pomoci vo vzťahu k príjemcovi, ústavný súd vychádzajúc z ustálenej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie konštatoval, že takéto rozhodnutie Komisie je preskúmateľné v rámci európskeho súdneho systému, a preto vnútroštátne sudy nemajú právomoc ani na preskúmanie platnosti rozhodnutia Komisie a ani na posúdenie, či zvyhodňujúce opatrenie predstavuje štátnu pomoc v zmysle európskeho práva, a preto navrhovateľom napadnuté ustanovenie nemožno v tejto časti považovať za ústavne nekonformné.

Pokiaľ však ide o rozhodnutia ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky prijaté na realizáciu (vykonanie) rozhodnutia Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci, ústavný súd konštatoval, že tieto rozhodnutia v rámci konania o opravných prostriedkoch preskúmateľné sú, pričom sú preskúmateľné aj súdmi. V zmysle čl. 46 ods. 2 druhej vety ústavy totiž nesmie byť z právomoci súdu vylúčené preskúmanie rozhodnutí týkajúcich sa základných práv a slobôd. Vydanie týchto rozhodnutí pritom prichádza do úvahy práve v prípadoch, ak z rozhodnutia Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci nevyplýva výška neoprávnenej štátnej pomoci alebo označenie osoby, ktorej sa taká neoprávnená štátna pomoc poskytnula.³ V takýchto prípadoch je to práve rozhodnutie ústredného orgánu štátnej správy Slovenskej republiky, ktorým sa určuje (individualizuje) povinný subjekt a prípadne aj suma peňažného plnenia, ktorá sa má vymôcť. Tieto rozhodnutia sa preto nepochybne týkajú základného práva dotknutých subjektov na ochranu vlastníctva v zmysle čl. 20 ústavy a práva na ochranu majetku v zmysle čl. 1 dodatkového protokolu.

³ Ide predovšetkým o prípady, ak Komisia prijme rozhodnutie o vymáhaní týkajúce sa schém pomoci a nie je schopná označiť v samotnom rozhodnutí všetky subjekty, ktoré dostali neoprávnené poskytnutú a nezlučiteľnú pomoc.

V nadväznosti na uvedené ústavný súd poukázal na to, že ponechanie možnosti podania rozkladu ako opravného prostriedku v rámci správneho konania proti týmto rozhodnutiam za súčasného vylúčenia odkladného účinku tohto opravného prostriedku znamená, že tieto rozhodnutia by mohli byť v exekúcii vykonané skôr, ako by boli preskúmané nielen v rozkladnom, ale prípadne i po ňom nasledujúcom súdnom konaní. Zákonodarca tak adresátom týchto rozhodnutí ponechal k dispozícii zdanlivo viac prostriedkov právnej ochrany, avšak vzhľadom na podmienky ich uplatnenia im tieto vôbec nemusia zaručiť zmysluplnú a efektívnu ochranu. Keďže ústava a dohovor zaručujú základné, resp. ľudské práva, ktoré sú reálne a prakticky uplatniteľné, teda nie iluzórne, dospel ústavný súd k záveru, že zákonodarca vylúčením odkladného účinku opravného prostriedku proti týmto rozhodnutiam ústavne neakceptovateľným spôsobom obmedzil základné právo na súdnu a inú právnu ochranu v zmysle čl. 46 ods. 1 a 2 ústavy, právo na prejednanie vecí súdom v zmysle čl. 6 ods. 1 dohovoru, ako aj základné právo na ochranu vlastníctva v zmysle čl. 20 ods. 1 ústavy a právo na ochranu majetku podľa čl. 1 dodatkového protokolu (zahŕňajúce minimálne procesné garancie ochrany vlastníckeho práva) v rozpore s ich podstatou a zmyslom (čl. 13 ods. 4 ústavy), a tým zasiahol aj do princípov právneho štátu (čl. 1 ods. 1 ústavy) zahŕňajúcich požiadavku ochrany základných práv a slobôd.

B. Ústavný súd vyslovil nesúlad prechodného ustanovenia § 30d zákona o štátnej pomoci, na základe ktorého sa exekučnými titulmi mali stať aj rozhodnutia Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci vydané pred účinnosťou zákona č. 102/2011 Z. z., a to aj v prípade, keď vo veci medzičasom v prospech príjemcu štátnej pomoci rozhodli slovenské sudy.

Ústavný súd predovšetkým poukázal na nesúlad napadnutého ustanovenia s princípom delby moci tvoriacim súčasť právneho štátu podľa čl. 1 ods. 1 ústavy, pretože toto ustanovenie vytvára situáciu, že aj keď všeobecné sudy pred účinnosťou tohto ustanovenia určitým spôsobom právoplatne rozhodli vo veci vrátenia neoprávnenej štátnej pomoci, tak sa priamo uplatní nová právna úprava odporujúca predchádzajúcemu súdnemu rozhodnutiu, čo koniec-koncov znamená nahradenie právoplatného súdneho rozhodnutia priamo následne vydaným zákonom. Zákonodarca tak síce formálne nezmenil ani nezrušil súdne rozhodnutie, ale spravil ho obsoletným, lebo rozhodol vo veci, o ktorej už existovalo súdne rozhodnutie, čo v právnom štáte nie je možné akceptovať.

Napadnuté ustanovenie zároveň tým, že sa vzťahovalo aj na súdom už právoplatne rozhodnutú vec, zasahovalo do *res iudicata* ako formy uzavretého skutkového a právneho vzťahu, a teda v prípade napadnutého ustanovenia išlo zároveň aj o prípad ústavou zakázanej pravej retroaktivity tvoriacej súčasť obsahu právneho štátu podľa čl. 1 ods. 1 ústavy.

Ústavný súd napokon konštatoval, že napadnuté ustanovenie nezodpovedá ani požiadavke generality právnej normy, pretože zákonodarca vedel, že v čase prijímania tohto prechodného ustanovenia existoval jediný prípad, ktorého sa dotkne, a je vylúčené, aby sa objavili ďalšie.

C. Ústavný súd vyslovil nesúlad ustanovenia § 30 ods. 3 Exekučného poriadku v časti, v zmysle ktorej exekútor, ktorý sám vyhlásil svoju zaujatosť, musel v exekúcii neoprávnenej štátnej pomoci vykonávať do rozhodnutia súdu o jeho (ne)vylúčení z exekúcie všetky, nielen neodkladné úkony. V zmysle uvedeného teda aj exekútor, ktorý by bol zaujatý pre pomer k veci, účastníkom alebo ich zástupcom, by musel až do rozhodnutia súdu o jeho vylúčení vykonať aj nezvratné úkony v exekučnom konaní, v ktorom je pritom vylúčené *restitutio in integrum*.

Ústavný súd poukázal o. i. aj na to, že pre povinného môže byť významné, aby vo veci nekonal proti nemu negatívne zaujatý exekútor, napr. preto, aby zvolil spôsob výkonu exekúcie, ktorý ho nadbytočne nepoškodí. Urýchlenie exekučného konania o relatívne krátku dobu nie je dostatočným (primeraným) dôvodom na také závažné obmedzenie práv povinného, aké umožňuje napadnuté ustanovenie, a preto nie je v súlade s ustanoveniami čl. 46 ods. 1 ústavy ani čl. 6 ods. 1 dohovoru zaručujúcimi právo na spravodlivý proces, ako ani s čl. 1 ods. 1 ústavy upravujúcim princíp právneho štátu.

Ústavný súd zároveň zdôraznil, že exekúcia zameraná na vrátenie neoprávnenej štátnej pomoci sa vždy týka majetku povinného. Ak sú v jej priebehu porušené jeho procesné práva podľa čl. 46 ods. 1 ústavy a čl. 6 ods. 1 dohovoru, tak to v konkrétnom exekučnom konaní môže znamenať i porušenie jeho hmotných práv (vlastníckeho práva) podľa čl. 20 ods. 1 ústavy a čl. 1 dodatkového protokolu. Ústavný súd vo svojej judikatúre opakovane uznal existenciu minimálnych garancií procesnej povahy obsiahnutých v čl. 20 ods. 1 ústavy,⁴ medzi ktoré patrí aj nestrannosť orgánu verejnej moci v konaní, ktoré sa týka vlastníckeho práva.

Preto ak napadnuté ustanovenie prikazuje, aby vo veci nad nevyhnutnú mieru konal aj zaujatý (resp. potenciálne zaujatý) orgán verejnej moci (exekútor), tak sa tým dostáva do nesúladu aj s čl. 20 ods. 1 ústavy a čl. 1 dodatkového protokolu v spojení s čl. 1 ods. 1 ústavy upravujúcim princíp právneho štátu.

D. Ústavný súd vyslovil nesúlad ustanovenia § 41 ods. 4 Exekučného poriadku v časti, v ktorej vylučovalo, aby sa v exekučnom konaní, v ktorom sa na základe rozhodnutia Komisie vymáha neoprávnená štátna pomoc, overovala pravosť rozhodnutia Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci.

Ústavný súd o. i. uviedol, že rozhodnutie Komisie ako orgánu Európskej únie má na Slovensku iné postavenie ako rozhodnutia iných štátov, ktoré majú byť nútené vykonané. Exekučný poriadok síce formálne zahŕňa rozhodnutia orgánov Európskej únie vrátane Komisie medzi „cudzie rozhodnutia“, ale zaobchádza s nimi zásadne odlišne, pretože ústredný orgán štátnej správy Slovenskej republiky vydávajúci potvrdenie o vykonateľnosti cudzieho rozhodnutia (v prípade rozhodnutia Komisie Ministerstvo zahraničných vecí Slovenskej republiky) skúma a overuje iba pravosť rozhodnutia (§ 42 ods. 2 Exekučného poriadku).

Overenie pravosti rozhodnutia je plne v rukách orgánu verejnej moci a v právnom štáte predstavuje minimálnu garanciu právnej istoty povinného i oprávneného. V praxi je realizovateľné okamžite. Vylúčenie overenia pravosti pri rozhodnutiach Komisie o neoprávnenej štátnej pomoci preto podľa názoru ústavného súdu nie je v súlade s princípom právnej istoty (čl. 1 ods. 1 ústavy), ako ani s požiadavkou na zaistenie minimálnych procesných garancií ochrany vlastníckeho práva účastníkov exekučného konania v zmysle čl. 20 ods. 1 ústavy a čl. 1 dodatkového protokolu (právo vlastníť majetok).

E. Ústavný súd vyslovil nesúlad ustanovenia § 44 ods. 2 Exekučného poriadku v časti, v ktorej vylučovalo rozhodnutie Komisie o povinnosti vrátiť neoprávnenú štátnu pomoc a naň nadväzujúce rozhodnutia ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky o výške neoprávnenej štátnej pomoci, ktorá má byť vrátená,

a o určení jej prijímateľa z preskúmania súdom rozhodujúcim o udelení poverenia na vykonanie exekúcie.

Pokiaľ ide o vylúčenie predmetného rozhodnutia Komisie z preskúmania rozhodnutia súdom, ústavný súd ho považoval za správne, pretože orgány Slovenskej republiky nemajú právomoc preskúmať rozhodnutia orgánov Európskej únie.⁵

Pokiaľ však ide o rozhodnutia ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky nadväzujúce na rozhodnutie Komisie, ústavný súd konštatoval, že napadnuté ustanovenie podstatne znižuje úroveň súdnej ochrany účastníkov exekučného konania a zvlášť povinného, ak ide o nútené vymożenie neoprávnenej štátnej pomoci, v porovnaní s účastníkmi iných exekučných konaní. V tejto súvislosti ústavný súd tiež uviedol, že vo vzťahu k týmto nadväzujúcim rozhodnutiam je v záujme právnej istoty potrebné, aby súd skúmal, či bol exekučný titul vydaný orgánom na to príslušným, či je exekučný titul formálne a materiálne vykonateľný a či sú navrhovaní oprávnený a povinný hmotnoprávne legitímovaní z exekučného titulu.

Vzhľadom na uvedené ústavný súd vyslovil nesúlad časti napadnutého ustanovenia s čl. 20 ods. 1 druhou vetou ústavy (rovnaký zákonný obsah a ochrana vlastníckeho práva všetkých vlastníkov) a s čl. 46 ods. 2 ústavy (právo na prístup k súdu vo veci, o ktorej rozhodol orgán verejnej správy) v spojení s čl. 12 ods. 2 (zákaz diskriminácie) a čl. 1 ods. 1 ústavy (právny štát).

F. Ústavný súd napokon vyslovil aj nesúlad viacerých ustanovení Exekučného poriadku,⁶ ktoré *vylučovali odkladný účinok námietok proti exekúcii*, ak exekučným titulom bolo rozhodnutie Komisie o povinnosti vrátiť neoprávnenú štátnu pomoc a naň nadväzujúce rozhodnutia ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky.

Ústavný súd o. i. konštatoval, že exekúcia vždy predstavuje závažný zásah do majetkovej sféry a práv povinného, pričom tejto závažnosti musia zodpovedať

4 Napr. nález ústavného súdu sp. zn. I. ÚS 23/01 z 15. júla 2003, nález sp. zn. III. ÚS 328/05 z 29. marca 2006 alebo nález sp. zn. III. ÚS 260/07 z 13. decembra 2007.

5 Nález ústavného súdu sp. zn. II. ÚS 501/2010 zo 6. apríla 2011.

6 Ustanovenia § 52 ods. 1 poslednej vety, § 96 ods. 1 poslednej vety, § 107 ods. 1 poslednej vety, § 123 ods. 1 poslednej vety, § 137 ods. 1 poslednej vety a § 168 ods. 2 Exekučného poriadku.

právne prostriedky zaručujúce jej legálnosť, medzi ktorými majú významné miesto námietky proti exekúcii. Ak námietky proti exekúcii nemajú odkladný účinok, tak do značnej miery nemajú význam, pretože povinný subjekt bude v lehote stanovenej zákonom na rozhodnutie o nich (65 dní) pravdepodobne zbavený majetku a vzhľadom na zákaz *restitutio in integrum* už bude následne rozhodnutie súdu vyhovujúce námietkam len nevykonateľnou deklaráciou. Navrhovateľom napadnuté ustanovenia pritom znižujú úroveň právnej ochrany povinného subjektu pred zásahom do jeho vlastníctva, ktorý by bol nad rámec vrátenia neoprávnenej štátnej pomoci. Legitímny cieľ sledovaný zákonodarcom – urýchlenie procesu vymáhania neoprávnenej štátnej pomoci – možno dosiahnuť aj miernejšími prostriedkami zachovávajúcimi reálny význam námietok proti exekúcii, napr. skrátením lehôt súdu na rozhodnutie o námietkach proti exekúcii. Zjavná možnosť miernejších prostriedkov dosiahnutia legitímneho cieľa znamená, že napadnuté ustanovenia nerešpektujú princíp proporcionality (s ohľadom na princíp nevyhnutnosti), a tým sa dostávajú do nesúladu s čl. 1 ods. 1 ústavy (právny štát), ako aj s čl. 20 ods. 1 ústavy a čl. 1 dodatkového protokolu (právo vlastníť majetok), ako aj s čl. 46 ods. 1 ústavy (právo na súdnu ochranu).

3. Konanie vedené pod sp. zn. PL. ÚS 10/2014 – otázka ústavnej konformity preventívneho plošného uchovávaní údajov o elektronickej komunikácii

V konaní vedenom na ústavnom súde pod sp. zn. PL. ÚS 10/2014 navrhovateľ (skupina poslancov Národnej rady Slovenskej republiky) namietal nesúlad viacerých ustanovení zákona č. 351/2011 Z. z. o elektronickej komunikácii v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o elektronickej komunikácii“), Trestného poriadku a zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o Policajnom zbore“) s viacerými ustanoveniami ústavy, Listiny základných práv a slobôd (ďalej len „listina“), dohovoru a Charty základných práv Európskej únie (ďalej len „charta“).

Navrhovateľom napadnuté ustanovenia zákona o elektronickej komunikácii sa súčasťou slovenského právneho poriadku stali v rámci implementácie Smernice Rady č. 2006/48/ES zo 14. júna 2006 o uchovávaní údajov vytvorených alebo spracovaných v súvislosti s poskytovaním verejne dostupných elektronickej komunikačných služieb alebo verejných komunikačných sietí, ktorá bola vyhlásená za neplatnú rozsudkom Súdneho dvora Európskej únie v spojených veciach C-293/12 a C-594/12 *Digital Rights Ireland a Seitlinger a iní* z 8. apríla 2014, a to z dôvodu, že táto smernica predstavuje rozsiahly a mimoriadne závažný zásah do základných práv na rešpektovanie súkromného života a ochranu osobných údajov, pričom tento zásah nie je obmedzený na nevyhnutné minimum.

Ústavný súd nálezom sp. zn. PL. ÚS 10/2014 z 29. apríla 2015 vyslovil nesúlad navrhovateľom napadnutých ustanovení s ústavou, listinou a dohovorom.

A. Otázkou súladu s právom na ochranu súkromia sa ústavný súd v prvom rade zaoberal vo vzťahu k navrhovateľom napadnutým ustanoveniam zákona o elektronickej komunikácii (§ 58 ods. 5 až 7 a § 63 ods. 6), ktoré ustanovovali

povinnosť poskytovateľov elektronickej komunikácie uchovávať prevádzkové údaje, lokalizačné údaje a údaje komunikujúcich strán odo dňa uskutočnenia komunikácie počas 6 mesiacov, ak ide o pripojenie k internetu, internetovú elektronickej poštu a telefonovanie prostredníctvom internetu, a počas 12 mesiacov, ak ide o ostatné druhy komunikácie, a to v rozsahu, v akom ich vytvárajú alebo spracúvajú pri poskytovaní služby alebo siete, a

povinnosť podniku tieto údaje na základe písomnej žiadosti bezodkladne poskytnúť za ustanovených podmienok orgánom činným v trestnom konaní, súdu a inému orgánu štátu na účely vyšetrovania, odhaľovania a stíhania trestných činov súvisiacich s terorizmom, nedovoleným obchodovaním, organizovanou trestnou činnosťou, únikom a ohrozením utajovaných skutočností a s trestnými činmi spáchanými nebezpečným zoskupením.

V súlade s judikatúrou Európskeho súdu pre ľudské práva, ako aj Súdneho dvora Európskej únie⁷ ústavný súd najprv konštatoval, že tieto ustanovenia predstavujú

⁷ Pozri rozsudok Súdneho dvora Európskej únie v spojených veciach C-293/12 a C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd proti Minister for Communications, Marine and Natural Resources a iní* a *Kärnter Landesregierung a iní* z 8. apríla 2014.

zásah do práva na súkromie. Následne ústavný súd napadnuté ustanovenia zákona o elektronických komunikáciách podrobil testu proporcionality, aby posúdil, či je tento zásah do práva na súkromie prípustný, pričom dospel k záveru, že napadnutá právna úprava síce sleduje legitímny cieľ všeobecného záujmu (predchádzanie zločinnosti a verejná bezpečnosť) a zároveň predstavuje aj užitočný a vhodný prostriedok na účely vyšetrovania, odhaľovania a stíhania závažných trestných činov, nemožno ju však považovať za úpravu nevyhnutnú na dosiahnutie sledovaného cieľa, pretože legitímny cieľ sledovaný napadnutou právnou úpravou možno dosiahnuť aj prostriedkami, ktoré predstavujú menej intenzívny zásah do práva na súkromie, ako je nástroj v podobe *plošného a preventívneho* uchovávanía predmetných údajov o elektronickej komunikácii.⁸

Ústavný súd v tejto súvislosti osobitne zdôraznil, že napadnutá právna úprava sa vzťahuje na všetkých účastníkov a registrovaných užívateľov. Uchovávanie prevádzkových údajov, lokalizačných údajov a údajov komunikujúcich strán sa teda všeobecným spôsobom týka všetkých osôb používajúcich elektronické komunikačné služby bez toho, aby sa tieto osoby, ktorých údaje sa uchovávajú, aspoň nepriamo nachádzali v situácii, ktorá by mohla viesť k trestnému stíhaniu. Uplatňuje sa teda aj na osoby, pri ktorých nie je dôvod domnievať sa, že by ich konanie mohlo mať aspoň nepriamu alebo vzdialenú súvislosť so závažnými trestnými činmi. Navyše, neustanovuje žiadnu výnimku, takže sa uplatňuje aj na osoby, ktorých komunikácia podľa príslušnej právnej úpravy podlieha služobnému tajomstvu alebo právom ustanovenej či uznanej povinnosti mlčanlivosti. Napadnuté ustanovenia nevyžadujú žiadnu súvislosť medzi údajmi, ktorých uchovávanie ustanovujú, a hrozbou pre verejnú bezpečnosť. Uchovávanie sa neobmedzuje ani na údaje z určitého časového obdobia a/alebo z určitej zemepisnej oblasti či na okruh osôb, ktoré by akýmkoľvek spôsobom bolo možné spájať so závažnými trestnými činmi, ani na osoby, ktorých uchovávané údaje by z iných dôvodov mohli prispieť k predchádzaniu, odhaľovaniu alebo stíhaniu závažných trestných činov.

Ústavný súd navyše poukázal i na to, že napadnuté ustanovenia zákona o elektronických komunikáciách neustanovujú dostatočné záruky vyžadované ústavou

a dohovorom, ktoré by umožňovali zabezpečenie účinnej ochrany uchovávaných údajov pred rizikom zneužitia, ako aj pred akýmkoľvek nezákonným prístupom a každým nezákonným použitím týchto údajov.

Vychádzajúc z uvedeného ústavný súd uzavrel, že zákonodarca pri prijatí napadnutých ustanovení zákona o elektronických komunikáciách prekročil hranice, ktoré mu ukladá dodržiavanie zásady proporcionality, a preto vyslovil ich nesúlad s viacerými ustanoveniami ústavy, listiny a dohovoru garantujúcimi právo na súkromie (čl. 13 ods. 4, čl. 16 ods. 1, čl. 19 ods. 2 a 3 a čl. 22 ústavy, čl. 7 ods. 1, čl. 10 ods. 2 a 3 a čl. 13 listiny a čl. 8 dohovoru).

Pokiaľ ide o navrhovateľom namietaný nesúlad napadnutých ustanovení s chartou, ústavný súd vychádzajúc zo svojej doterajšej judikatúry⁹ nevyhovel návrhu navrhovateľa na vyslovenie nesúladu, pretože vyslovením nesúladu napadnutých ustanovení s ustanoveniami ústavy, listiny a dohovoru sa z hľadiska právnych dôsledkov vyplývajúcich z čl. 125 ods. 3 ústavy (strata účinnosti napadnutej právnej úpravy a po márnom uplynutí šiestich mesiacov aj prípadná strata ich platnosti) naplnil účel sledovaný návrhom navrhovateľa, čím sa zároveň odstránil aj ich možný nesúlad s navrhovateľom označenými ustanoveniami charty.

B. Po preskúmaní súladu napadnutých ustanovení zákona o elektronických komunikáciách ústavný súd následne pristúpil k preskúmaniu otázky, či sú s právom na ochranu súkromia súladné navrhovateľom napadnuté ustanovenia Trestného poriadku (§ 116) a zákona o Policajnom zbore (§ 76a ods. 3), pričom ich podrobil testu proporcionality.

Zo znenia napadnutého ustanovenia Trestného poriadku vyplývalo oprávnenie orgánov činných v trestnom konaní požadovať od poskytovateľov elektronických komunikácií zistenie a oznámenie údajov o uskutočnenej elektronickej komunikácii, ktoré bolo podmienené iba tým, že takéto opatrenie muselo smerovať k objasneniu skutočností dôležitých pre trestné konanie v trestnom konaní pre úmyselný trestný čin.

⁸ Za primeranejší nástroj dosiahnutia sledovaných cieľov možno považovať napríklad tzv. *data freezing*, ktorý po splnení ustanovených podmienok umožňuje sledovať a uchovávať potrebné a vybrané údaje iba u konkrétneho, vopred určeného účastníka komunikácie.

⁹ Nález ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 3/09 z 26. januára 2011.

Obdobne aj zo znenia napadnutého ustanovenia zákona o Policajnom zbore vyplývalo oprávnenie Policajného zboru požadovať od poskytovateľov elektronických komunikácií zistenie a oznámenie údajov o uskutočnenej elektronickej komunikácii, ktoré bolo podmienené iba tým, že takéto opatrenie muselo smerovať k odhaleniu a dokumentovaniu trestnej činnosti.

Z uvedeného vyplývalo, že oprávnenie orgánov činných v trestnom konaní požadovať zistenie a oznámenie údajov o elektronickej komunikácii sa netýkalo len určitej kategórie úmyselných trestných činov, a to tak, ako to ustanovoval § 58 ods. 7 zákona o elektronickej komunikácii, t. j. trestných činov súvisiacich s terorizmom, nedovoleným obchodovaním, organizovanou trestnou činnosťou, únikom a ohrozením utajovaných skutočností a trestných činov spáchaných nebezpečným zoskupením, ale *akýchkoľvek úmyselných trestných činov*.

Ústavný súd v rámci testu proporcionality vo vzťahu k týmto ustanoveniam konštatoval, že takto široko vymedzený okruh trestných činov – na účely vyšetrovania, odhaľovania a stíhania ktorých možno zasiahnuť do práva na súkromie – upravuje medze tohto základného práva veľmi široko a neurčito. Podľa ústavného súdu primeraná intenzita zásahu do práva na súkromie spôsobená uchovávaním a následným sprístupnením údajov o uskutočnenej elektronickej komunikácii orgánom činným v trestnom konaní požaduje, aby sa oprávnenie orgánov činných v trestnom konaní požadovať zistenie a oznámenie údajov potrebných na objasnenie skutočností dôležitých pre trestné konanie nevzťahovalo bez rozdielu na všetky úmyselné trestné činy, ale *aby sa vzťahovalo len na najzávažnejšie trestné činy*. Ústavný súd teda do budúca absolútne nevylúčil oprávnenie orgánov činných v trestnom konaní požadovať zistenie a oznámenie údajov o elektronickej komunikácii potrebných na objasnenie skutočností dôležitých pre trestné stíhanie, ale ho „len“ obmedzil na tie najzávažnejšie trestné činy.

Ústavný súd poukázal aj na potrebu ustanovenia podrobnejších pravidiel pre obsah príkazu na zistenie a oznámenie údajov o uskutočnenej elektronickej komunikácii, resp. na potrebu ustanovenia určitých formálnych náležitostí samot-

nej žiadosti o takéto opatrenie podanej orgánmi činnými v trestnom konaní. Zmyslom vymedzenia nevyhnutných obsahových náležitostí priamo na úrovni zákona je zabezpečiť, aby súd pri svojom rozhodovaní o príkaze disponoval všetkými potrebnými informáciami, ktoré sú pre orgány činné v trestnom konaní bez väčších ťažkostí dostupné, pokiaľ je takéto údaje možné získať od príslušného poskytovateľa komunikačných služieb bez toho, aby tým došlo k ohrozeniu účelu trestného konania. V tejto súvislosti ústavný súd osobitne zdôraznil požiadavku dôslednosti a efektivity súdnej kontroly, a to obzvlášť s ohľadom na povahu daného konania, ktoré nepredpokladá účasť protistrany pred rozhodnutím súdu.

Z uvedených dôvodov ústavný súd – obdobne ako v prípade napadnutých ustanovení zákona o elektronickej komunikácii – aj v prípade napadnutých ustanovení Trestného poriadku a zákona o Policajnom zbore uzavrel, že zákonodarca prekročil hranice, ktoré mu ukladá dodržiavanie zásady proporcionality, a preto vyslovil ich nesúlad s viacerými ustanoveniami ústavy, listiny a dohovoru garantujúcimi právo na súkromie (čl. 13 ods. 4, čl. 16 ods. 1, čl. 19 ods. 2 a 3 a čl. 22 ústavy, čl. 7 ods. 1, čl. 10 ods. 2 a 3 a čl. 13 listiny a čl. 8 dohovoru).

Vo vzťahu k rozhodovaniu ústavného súdu vo veci vedenej na ústavnom súde pod sp. zn. PL. ÚS 10/2014 pritom možno na záver konštatovať, že ústavný súd postupoval plne v súlade s rozsudkom Súdneho dvora Európskej únie v spojených veciach C-293/12 a C-594/12 Digital Rights Ireland Ltd z 8. apríla 2014, ktorým vyslovil neplatnosť Smernice Rady č. 2006/48/ES o uchovávaní údajov vytvorených alebo spracovaných v súvislosti s poskytovaním verejne dostupných elektronických komunikačných služieb alebo verejných komunikačných sietí.

Ďakujem za pozornosť!

RESUMÉ

IVETTA MACEJKOVÁ:
**The Review of Constitutional Conformity of Norms
emerging from the EU law before
Constitutional Court of Slovak Republic**

In her paper, the President of the Constitutional Court of the Slovak Republic mainly contemplates the question of the current status of legislative review before constitutional courts where such legislation undergoing review stems from an international source of law. Three decisions made by the plenum of the Constitutional Court of the Slovak Republic were thus analyzed more thoroughly: the issue of constitutional conformity of the extradition of a Slovak citizen under the European arrest warrant; the issue of constitutional conformity of Slovak law governing the recovery of ineligible state aid pursuant to a decision of the European Commission; and the issue of the question of constitutional conformity of preventative general storage of electronic communication data. All the above proceedings were closely related to European law, and communicated with the case law of both European courts.



LUZIUS WILDHABER

Studoval na univerzitách v Basileji, Paříži, Heidelbergu, Londýně a na Yale University. Byl prvním předsedou „nového“ Evropského soudu pro lidská práva. Před jmenováním do této funkce v roce 1998 měl velmi úspěšnou akademickou kariéru, během které byl rektorem Basilejské univerzity a profesorem mezinárodního práva veřejného, ústavního práva, srovnávacího práva a správního práva na univerzitách v Basileji a Fribourgu. Působil jako soudce nebo rozhodce u několika soudů a tribunálů.

He studied at universities in Basel, Paris, Heidelberg and London, and at Yale University. He served as the first president of the “new” European Court of Justice. Before his appointment in 1998, he enjoyed a highly successful academic career: was the Rector of Basel University, and Professor of Public International Law, Constitutional Law, Comparative Law and Administrative Law at Basel University and Fribourg University. He served as a judge or arbitrator at several courts and tribunals.

EUROPEAN CONSTITUTIONALISM AND THE DIALOGUE OF JUDGES

I. Introduction

It is a pleasure and an honour to address the Czech Constitutional Court at today's conference. Thank you very much for your invitation.

You have asked me to speak about European constitutionalism and the dialogue of the judges. I do this from the perspective of someone who in his young years (in 1968/69) wrote a part of the Swiss federal government's report on the issue whether Switzerland should ratify the European Convention on Human Rights (ECHR). I do it from the perspective of someone who spent 15 years in Strasbourg as a judge at the European Court of Human Rights (ECtHR) from 1991 to 2007, the first half in the "old" part-time Court, the second half as the President of the "new" full-time Court. And I do it from the perspective of someone who left the Court 8½ years ago and who now reflects on it with the freedom of the older, more detached and relaxed age.

II. European constitutionalism and the ECHR

There has been an extended debate whether the ECHR is part of a European constitution, and whether the ECtHR is a constitutional court which exercises constitutional justice. It may be helpful to begin by circumscribing what the notion of constitution comprises. The legal philosopher JOSEPH RAZ states that a constitution is:

1. constitutive of the legal and political structure;
2. stable;
3. written;
4. superior to other laws;
5. justiciable;
6. entrenched, and
7. the expression of a common ideology.¹

Now it is obvious that the system and structure of the ECHR does not fulfil all of RAZ's criteria. The Convention is clearly not constitutive of the entire political and legal structure of member states.² As a rule, national constitutions deal with the tasks of a state, with state organs and their powers, federalism and decentralisation, economic policy, public goods, finances, social balance and social rights, all of which do not occur in the ECHR.

The Convention aims at shaping a subsidiary European human rights order as part of a loose common conception of European law for democratic states, no more, no less. So if the ECtHR remarked in the *Loizidou* case that the Convention is a "constitutional instrument of European public order",³ this was an impressive and inspirational statement, but somewhat hyperbolic. Descriptively, it would have been just as accurate, but dry, to say: "the Convention is part of the attempts to constitutionalize the European public order".

Analogously, the ECtHR does not resemble national constitutional or supreme courts in all significant particulars. It does not, for instance, have the power to annul national legislation or to quash court judgements. Nevertheless, there are clear resemblances in terms of importance, method and functions between all these courts.⁴

¹ Joseph Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries, in: Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (1998) 153–54.

² Steven Greer/Luzius Wildhaber, Revisiting the Debate about « constitutionalising » the ECtHR, *HRLR* 12 (2012) 655–87.

³ *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)* [GC], 23 March 1995, A/310, § 75.

⁴ Luzius Wildhaber, «Constitutionnalisation» et «Juridiction constitutionnelle» – Point de vue de Strasbourg, in: Stéphanie Henneke-Vauchez/Jean-Marc Sorel (éds.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde?* (2011) 93–103.

RAZ further postulates that constitutions should be stable, written and entrenched. This is certainly the case with the text of the ECHR. But as we know, the Convention text is overgrown by a steadily expanding case-law, which is less stable and visible than the formal text. Could we really attribute a constitutional value to each single judgement of the ECtHR? I do not think so. Or at least to some aspects of the Court's case-law (e.g., the principle of proportionality balancing⁵)? This I find more easily conceivable.

Finally, according to RAZ, constitutions are supposed to express a common ideology. Without lengthy elaboration, it appears unrealistic to claim that all of the 47 member states of the ECHR share a genuinely common outlook on human rights, democracy and the rule of law. I would like to ask more modestly to consider the Convention as a roof which offers shelter to diverging philosophies and policies.

III. Lessons to be learnt from the *Magna Carta*

Allow me to look way back at the *Magna Carta* of 1215, that wonderful, 800-year-old document of British legal history. Chapters 39 and 40 state the following:

“(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.

(40) To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.”

TOM BINGHAM, Britain's former senior Law Lord, asserts that the significance of the *Magna Carta* lay not only in what it actually said but in what later generations claimed and believed it had said.⁶

5 Aharon Barak, Proportionality (2012); Jonas Christoffersen, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the ECHR (2009); Alec Stone Sweet/Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia J. Transnat'l L.* 47 (2008) 72.

6 Tom Bingham, *The Rule of Law* (2011) 12.

7 On the changes in the system, Ed Bates, *The Evolution of the ECHR* (2010) 44–107; Paul Mahoney, *The Changing Face of the ECtHR*, in: *Liber Amicorum Cançado Trindade* (2005), vol. II, 251–666; Luzius Wildhaber, *De l'évolution des idées sur les missions de la CourEDH*, in: *Liber Amicorum Lucius Caflisch* (2007) 639–53.

The same could be claimed with respect to the ECHR: The Convention represents a dose of mythology, a dose of actuality and a multitude of different opinions and ideologies. We cannot be certain what future generations will claim and believe about the history of the Convention and the Court,⁷ but we know from the *Magna Carta* that their opinions will differ, yet will matter.

IV. Changes in the ECHR system

At its origin, 65 years ago, the ECHR was an innovative, perhaps even revolutionary, reaction to the mass murders, atrocities and inhumanities of the Second World War. The idea was to guarantee a democratic lifestyle, an early warning system to prevent democracies from relapsing into dictatorships. Sixty-five years later, the number of member states has increased to the point that practically the whole of Europe belongs to the Strasbourg system. The workload has increased so much that the system had to be adjusted and modified repeatedly and that the workload problem remains unresolved.⁸ The Convention guarantees were steadily extended by the ECtHR, to the delight of some, to the disapproval of others.⁹ The impact of the ECHR has grown, first almost un-noted, then more visibly, which in turn led to increased criticism and resistance.¹⁰

V. The dialogue of the judges

1. Notion

The so-called dialogue of the judges can be interpreted as an attempt to subject the evolution of the Strasbourg system to a sort of discursive control. At this point in time, it would be premature to call this attempt, which I shall describe and com-

8 Erik Fribergh, *The Road to a Court without Backlog in 2025?* (Text of 15 October 2014 to be published in Russia in 2015); Mark Entin/Jean-Paul Jacqué/Paul Mahoney/Luzius Wildhaber, *Statement on Case-Overload at the ECtHR* (European Law Institute, Vienna, 6 July 2012).

9 See the critical position of Marc Bossuyt, *The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court*, *EuConstLRev* 8 (2012) 203–45.

10 Cf. Jean-Paul Costa, *Human rights in a changing European context*, conference in London of 11 June 2015.

ment in the following, an expression of “checks and balances” in the sense of the American concept of separation of powers. Yet it may be the beginning of a development in that direction.

The expression “dialogue of judges” is not very clear, but it has become very much a word in vogue. As far as I know, it was used for the first time in 1979 by BRUNO GENEVOIS in the *Cohn-Bendit* case, where he said: “il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges.”¹¹ Academics speak of cooperative and competitive dialogue, of horizontal and vertical dialogue, and former President JEAN-PAUL COSTA adds that a judge must establish a dialogue with him- or herself.¹² Judges ALLAN ROSAS and MAYA HERTIG RANDALL call the dialogue of national with European courts, in a sort of soothing terminology, “semi-vertical”.¹³ I shall in the following try to explain this and shall at the beginning mention several concrete examples of frictions of national courts with the ECtHR as illustrations.

2. German examples

In two cases of 2004, *Görgülü* and *von Hannover* (No. 1), the German Federal Constitutional Court claimed to have the last word in issues of sovereignty. Exceptionally, it could even “disregard international treaties”, it said in *Görgülü*, “if only in this way a violation of fundamental principles of the constitution could be avoided”.¹⁴ At stake in the *Görgülü* case were the custody and access rights of the Turkish father of a child born out of wedlock. A chamber of the ECtHR had found a violation of Art. 8 ECHR, contrary to the German courts. A lengthy procedure before several German tribunals followed, which was further complicated by some German media,¹⁵ but which found a good end, where the interests of the applicant were duly protected and the barren talk about sovereignty was stopped.

11 Conclusion of Bruno Genevois, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, D. (= Dalloz) 1979, 155.

12 Maya Hertig Randall, Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa, EuGRZ 2014 5–18; Michael Nunner, Kooperation internationaler Gerichte. Lösung zwischengerichtlicher Konflikte durch herrschaftsfreien Diskurs (2009); Jean-Paul Costa, Le dialogue du juge avec lui-même, in: *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois* (2009) 195–208.

13 Allan Rosas, The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue, EuJ. Legal Studies 1 (2) (2007) 1; Maya Hertig Randall (*supra* n. 12) 10, 14–16.

14 BVerfGE 111, 307 (319, Rn. 35) of 14 Oct. 2004 = EuGRZ 2004 741 (744).

In the *von Hannover* (No. 1) case, Princess Caroline of Monaco defended her right of privacy against the paparazzi and the boulevard press. A Chamber of the ECtHR found a violation of Art. 8 ECHR, whereas the German courts had rejected her demands.¹⁶ In several press releases, the Federal Constitutional Court pleaded subsidiarity and stated that, especially in cases of multipolar conflicting human rights guarantees, the margin of appreciation of domestic courts had to be substantial. The ECtHR conceded in two later *von Hannover* (No. 2 and No. 3) cases that the results reached by the national courts in these two cases were “not unreasonable”, so that there had to be “strong reasons” for the European Court “to substitute its view for that of the domestic courts.”¹⁷

3. United Kingdom examples

A prototypical example of the dialogue of judges is the Chamber Judgement *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom* which found a violation of the guarantee of the attendance and examination of witnesses in criminal trials according to Art. 6 ECHR.¹⁸ Knowing that the case was going to be submitted to the Grand Chamber of the ECtHR, the British Supreme Court criticized the Chamber judgement for ignoring the tradition of the common law countries and remarked in the *Horncastle* case:

„There will [...] be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court.”¹⁹

15 See e.g. Der Spiegel 47/2004, 15 Nov. 2004, pp. 50–54.

16 *Von Hannover v. Germany* (No. 1), 24 June 2004, no. 59320/00.

17 BVerfGE 120, 180 of 26 Feb. 2008 = EuGRZ 2008 202; *von Hannover v. Germany* (No. 2) [GC], 7 Feb. 2012, no. 40660/08; *von Hannover v. Germany* (No. 3), 19 Sept. 2013, no. 8772/10.

18 *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, 20 Jan. 2009, no. 26776/05.

19 UKSC, *R. v. Horncastle*, [2009] UKSC 14, 9 Dec. 2009, § 11.

The Grand Chamber of the ECtHR thereupon modified the Chamber judgement, taking into account the Supreme Court's arguments.²⁰

In the *Hirst* case, the applicant was sentenced to discretionary life imprisonment for manslaughter and sat in prison for 24 years. The ECtHR found a violation of *Hirst's* right to vote, because the British legislation deprived all prisoners of the right to vote, which fell according to the Court "outside any acceptable margin of appreciation".²¹

This judgement encountered howls of indignation in Great Britain. The British Prime Minister CAMERON declared in Parliament that the thought of having to execute this judgement made him physically sick. With the approval of the House of Commons he refused to comply with the judgement. The ECtHR then launched a quasi-pilot judgement procedure against the United Kingdom and, when this failed to shake Cameron, backpedalled on a minor point in the *Scoppola* case, all to no avail.²² The *Hirst* case has remained unexecuted up to now.

The two cases of *Horncastle* and *Hirst* demonstrate what can at present be achieved by the dialogue of judges. *Nicolas Bratza* commented accurately that the dialogue is a tool "to criticize Strasbourg judgments where these judgments have applied principles which are unclear or inconsistent or where they have misunderstood national law of practices".²³

Up to now, however, it is not a tool to attack major philosophical or political trends of the Strasbourg case-law, of which national courts may disapprove.

4. A Swiss example

Let us now look at the recent case of *Udeh v. Switzerland*.²⁴ *Udeh*, a Nigerian national, arrived in Switzerland in 2001 at the age of 29 and under a false identity. Prior to this arrival he had been convicted in Austria of a drugs offence. His appli-

cation for asylum was rejected in Switzerland. He married a Swiss national with whom he had twin daughters. Two years later he was detained and convicted in Germany on a serious charge of drug trafficking. He was sentenced to 3½ years of prison. After his release on licence in 2008, he returned to Switzerland to live with his wife and the two daughters. He separated from his wife in 2010 and got divorced in 2012. The Swiss courts took the view that he should be expelled, but a Chamber of the ECtHR, in a 5 to 2 judgement, found that Art. 8 ECHR would be violated in the event of his expulsion. Judge ANDRÉ ZÜND of the Swiss Federal Tribunal complained, in the course of a public conference, that what the ECtHR had done in the *Udeh* case was no proper balancing of interests according to Art. 8 (2) ECHR.²⁵ Rather the Court had attributed an almost absolute character to a father's visiting rights of children and had failed to take into consideration the interests of national security and the prevention of disorder and crime, contrary to earlier case-law of the ECtHR.

Udeh illustrates some difficulties of the dialogue of judges. Rather than to address a purely internal forum, national judges should in cases such as *Udeh* explain to the ECtHR in subsequent cases why the solution chosen by them was preferable, and why a new case could and should be distinguished from *Udeh*. Apparently this is what happened after the *Udeh* judgement.

5. A Lithuanian example

The last of my examples is *L. v. Lithuania*.²⁶ Here the ECtHR chided Lithuania for having failed to pass domestic legislation to allow gender changes under the *Christine Goodwin* ruling.²⁷ It ordered Lithuania to pass such legislation within three months of the *L.* judgement becoming final. The Swedish Judge ELISABET FURA dissented and suggested that the Court was acting *ultra vires*, because Art. 46 (2) ECHR stated that only the Committee of Ministers was empowered to issue such an order. What is missing here is less a dialogue between national and European

20 *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom* [GC], 15 Dec. 2011, no. 26766/05, § 130.

21 *Hirst v. United Kingdom* (No. 2) [GC], 6 Oct. 2005, no. 74025/01, § 82.

22 *Greens and M.T. v. United Kingdom*, 23 Nov. 2010, no. 60041/08; *Scoppola v. Italy* (No. 3) [GC], 2 May 2012, no. 126/05.

23 *Nicolas Bratza*, *The Relationship between the UK courts and Strasbourg*, EHRLR 8 (2011) p. 512.

24 *Udeh v. Switzerland*, 16 April 2013, no. 12020/09.

25 André Zünd, *Das Schweizerische Bundesgericht im Dialog mit dem EGMR*, EuGRZ 2014, 21–26, 34.

26 *L. v. Lithuania*, 11 Sept. 2007, no. 27527/03. And see the comments of Judge Danutė Jočienė, *The Subsidiary Character of the System of the ECHR with Reference to Cases against Lithuania*, Baltic YBIL 9 (2009) 1–46, p. 35.

27 *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], 11 July 2002, no. 28957/95.

judges. Instead it might have been advisable to use other *fora* of dialogue. One may also wonder how the *L.* case can be rendered compatible with the aforementioned *Hirst* case,²⁸ in which the Grand Chamber of the ECtHR issued no analogous order to the British Government to pass domestic legislation.

6. Questions of democratic override and harmonization

All of this leaves us with more questions than answers. From the perspective of the ECtHR, is the dialogue just another instrument for teaching member states and national courts that they must accept that the Strasbourg Court has indeed the last word in matters of interpretation of Convention guarantees? From the perspective of national courts, is the dialogue just an outlet for some of their frustrations about the ECtHR? Or can it achieve a mutual give and take on the basis of equality? It is unlikely that the dialogue of judges can become a new form for a veto in the name of national sovereignty or democracy, for what was called, in the British internal discussions before the Brighton Conference, a “democratic override”.²⁹

I would suggest that extreme approaches will hardly be helpful. In the case of *Nada v. Switzerland*,³⁰ the ECtHR has advocated a “principle of harmonization” between the European and the national courts which should preserve a certain unity of the human rights law in Europe while accepting the subsidiarity of the Strasbourg system. Both the principle of harmonization and the dialogue of judges seem to me sound and constructive.

Up to now, the dialogue of judges looks like a rather civilized, sophisticated, gradual process of mutual adjustment with respect to some member states. Could this method be extended to all 47 member states? At the end of 2014, 62% of all pending applications came from Russia, Ukraine, Italy and Turkey. There are hardly any examples of a dialogue with the judges of these four states, not at any rate in the sense of the *Horncastle* case,³¹ but other forms of dialogue have existed for quite some time. So I conclude on a somewhat personal note.

²⁸ *Supra* n. 21.

²⁹ See the two letters of Sir Leigh Lewis, Chair of the UK Commission on a Bill of Rights, of 28 July 2011, addressed to Deputy Prime Minister Nick Clegg and Lord Chancellor Kenneth Clarke, on Reform of the ECtHR.

³⁰ *Nada v. Switzerland*, 12 Sept. 2012, no. 10593/08, § 170.

7. Other forms of a dialogue of judges

From the beginning of my Presidency of the “new” ECtHR in 1998, I decided that I should regularly meet the national Constitutional and Supreme Courts, both in Strasbourg and in the respective member states, particularly in the new member states.³² These national courts are an indispensable part of the Strasbourg system. I wanted to tell them how important their work is; how much the Strasbourg Court respects and appreciates their work; that they have a heavy burden of responsibility, not only to the ECtHR, but even more to the individuals and institutions of their states. So I have in the course of the years visited 44 out of the 47 member states, sometimes several times, practically always accompanied by the national judge. To my mind, this networking should be considered as part of the dialogue of judges. It serves to explain differences of opinion, uncertainties and pressing problems, to forge common understandings, to eliminate misgivings and to build up mutual trust on the basis of constructive and stimulating discussions. Law grows out of diverging contexts and needs, claims and counterclaims. It cannot do any harm to understand the concerns of your partners in this process, to convince them in some cases, to yield in others.

³¹ *Supra*, n. 19.

³² Jean-Paul Costa, *La CourEDH. Des juges pour la liberté* (2013) 218–23, my successor as President of the ECtHR, gives a very similar appraisal of his activities.

RESUMÉ

LUZIUS WILDHABER:
Evropský konstitucionalismus a dialog soudců

Evropská Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod nepředstavuje dle autora příspěvku ústavu ve smyslu kritérií právního filozofa Josepha Raze. Stejně tak Evropský soud pro lidská práva nepřipomíná vnitrostátní ústavní soudy se všemi jejich pravomocemi. Přesto se dá říct, že Úmluva je součástí pokusů o konstitucionalizaci evropského veřejného pořádku. Podobně jako u Magny Charty je u ní důležité nejen to, jaká práva skutečně zakotvuje, ale také jaká ji obestírá mytologie, mnohost různorodých názorů a ideologií. Vliv ESLP postupně rostl od jeho přehlížení až k dnešní kritice a často i odporu. O to naléhavěji podle L. Wildhabera vyznívají snahy o prohloubení „semivertikálního“ dialogu s vnitrostátními soudci. Takovýto dialog se podařilo v řadě zemí nastolit, v některých případech ESLP vyslyšel nesouhlasné reakce vnitrostátních soudů na své rozsudky. Žel v zemích, které jsou nejčastěji v hledáčku ESLP, se takovýto dialog zatím nevede. Autor v závěru apeluje, aby soudci ESLP cestovali po evropských zemích, navazovali kontakty a učili se vzájemnému porozumění s místními soudci.



JIŘÍ MALENOVSKÝ

Získal v roce 1975 titul doktora práv na Univerzitě Karlově v Praze. V roce 1992 se stal soudcem Ústavního soudu ČSFR. Po rozdělení federace byl ovšem jmenován velvyslancem při Radě Evropy a předsedou Výboru delegátů ministrů Rady Evropy. V letech 2000 až 2004 působil jako soudce Ústavního soudu. Od roku 2000 je také členem Stálého rozhodčího soudu v Haagu. V roce 2001 byl jmenován profesorem v oboru mezinárodního práva veřejného na Masarykově univerzitě v Brně. Od května 2005 je soudcem Soudního dvora EU.

He earned the title of Doctor of Law at the Charles University in Prague in 1975. He became justice of the Constitutional Court of the Czech and Slovak Federal Republic in 1992. However, following the split of the federation, he was appointed as ambassador to the Council of Europe, and chairman of the Committee of Ministers of the Council of Europe. He served as justice of the Constitutional Court between 2000 and 2004. He became member of the Permanent Court of Arbitration in the Hague in 2000. He was appointed as Professor of Public International Law of Masaryk University in Brno in 2001. He has been serving as judge of the Court of Justice of the EU since May 2005.

AMBIVALENTNÍ KOMUNIKACE A SPOLUPRÁCE SOUDNÍHO DVORA EU A ÚSTAVNÍCH SOUDŮ JEJÍCH ČLENSKÝCH STÁTŮ

Úvod

V každém ze členských států Unie se uplatní nejen jeho vnitrostátní právo, ale i práva mezinárodní a unijní. Všechny tři jsou samostatnými právními řády. Každý z nich poskytuje ochranu ucelenému, strukturovanému souboru společenských hodnot. Ten je zdrojem jejich původnosti a jedinečnosti.¹ Jednotlivé právní řády chrání hodnoty prostřednictvím svých hmotných i procesních pravidel, jejichž závazný výklad i kontrola aplikace se svěřují do rukou soudních orgánů, které si k tomu tyto řády zřídily. Vnitrostátní, mezinárodní i unijní právo se částečně překrývají ve své věcné působnosti a zčásti se obracejí ke stejným subjektům. Evropu navíc charakterizuje výrazná axiologická podobnost v ní uplatňovaných normativních systémů, jež je výrazem specifické evropské kultury, náboženství, filosofie i historie.

V důsledku velmi rozšířeného monistického přístupu, v souladu s nímž tvoří mezinárodní i unijní normy součást práva upravujícího chování subjektů vnitrostátního práva, lze hovořit o *právním pluralismu*, či přesněji, o *ústavním pluralismu*.² Zastánci tohoto konceptu tvrdí, že ústava a s ní spojená autonomie každého právního řádu je „zarámována“ a ve své aplikaci usměrňována ostatními použitelnými právními řády. Autonomie právního řádu je proto nutně relativní. Totožnost či

alespoň rovnocennost základních hodnot paralelně chráněných prolínajícími se právními řády si objektivně žádá *spolupráci* mezi právními systémy jako takovými i mezi jejich soudními orgány.

Relevance *maximy mezisystémové spolupráce* však není nesporná. Vskutku, *za prvé*, nelze ji zásadně vyvodit z platného práva, neboť žádná mezisystémová pravidla, odvozená ze souhlasu všech zainteresovaných ústavodárců, nebo prostě jen z vůle jakéhosi „superústavodárce“, neexistují. *Za druhé*, realita výslovného či tichého souhlasu ústavodárce s integrací a přímým použitím právních norem jiného systému uvnitř jeho právního řádu implikuje primát vůle tohoto ústavodárce a současně prioritou ochrany hodnot, jimž ve svém právním řádu poskytl ochranu, před ochranou hodnot, jež tvoří základ jiných právních systémů. Tento závěr potvrzuje např. rozsudek Soudního dvora EU ve věci *Kadi*,³ jenž neposkytl srovnatelnou ochranu hodnotám ležícím v základech mezinárodního společenství a v úvodních ustanoveních Charty OSN v konkurenci se základními právy na efektivní soudní ochranu a na vlastnictví chráněnými unijním právem. Stejný závěr lze dovést z nálezu italského Ústavního soudu z října 2014. Ten zrušil zákon č. 5/2013 o přístupu Itálie k Úmluvě OSN o jurisdikčních imunitách států z důvodu, že takové imunity popírají podstatu práva obětí zločinů proti lidskosti spáchaných vojsky jiného státu, v daném případě Německa, ve 2. světové válce. Odporují proto principu efektivní soudní ochrany, jednomu z nejvyšších principů italského ústavního řádu.⁴

Za třetí, i v případě, je-li předmětem ochrany různých právních systémů táž hodnota, není zajištěno, že se jí dostane před soudy těchto různých systémů totožná ochrana. Jednotlivé právní řády totiž strukturují a hierarchizují jimi chráněné hodnoty rozdílným způsobem. Na tento aspekt upozornil např. rozsudek Soudního dvora EU v rakouské věci *Schmidberger*,⁵ v němž se primárně posuzovala přípustnost a míra nezbytného zásahu do základní svobody pohybu zboží chráněné unijním právem z důvodu výkonu základních práv na svobodu projevu a shroma-

1 J. Malenovský: Půlstoletí od rozsudku *COSTA/ENEL*: je unijní právo (stále) zvláštním právním řádem? *Právník*, 3/2015, s. 194.

2 I. Pernice: The Autonomy of the EU Legal Order – Fifty Years After *Van Gend*. 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963–2013, actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013. Belgium, s. 62–64; D. Halberstam: „It's the Autonomy, Stupid!“ A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and a Way Forward. Michigan. Law University of Michigan. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Paper No. 432, February 2015, s. 9–10.

3 Rozsudek ve věci *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* ze dne 3. 9. 2008 (C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461).

4 Corte Costituzionale, rozsudek z 22. 10. 2014, n° 238, *Reflets de la Cour de justice de l'Union européenne*, N° 3/2014, s. 31–32.

5 Rozsudek ve věci *Schmidberger* ze dne 12. 6. 2003 (C-112/00, EU:C:2003:333).

žďování, kdežto rakouskému Ústavnímu soudu bylo bližší nahlížet na uvedený konflikt základních práv a svobod prizmatem základních práv chráněných rakouským ústavním právem.

Konečně, *za čtvrté*, mezisystémovou interakci soudů zpravidla uvádějí do pohybu stěžovatelé, kteří hledají ochranu svých práv a zájmů před těmi soudy a s použitím těch právních prostředků, jež jim k tomu nabízejí nejefektivnější příležitost (*forum shopping*). Necítí se být vězni vnitrostátního systému a překračují v případě potřeby hranice systémů jiných. Stěžovatel volí raději ty právní řády a ty efektivní prostředky ochrany, jež jsou použitelné ve finální fázi řízení o jeho právech. To platí speciálně o některých opravných prostředcích upravených mezinárodním právem, jejichž přípustnost podmiňuje samo mezinárodní právo předchozím vyčerpáním všech efektivních prostředků, jež jsou k dispozici v jiných právních řádech. Znevýhodněny jsou naopak unijní právní řád a jeho institut předběžné otázky. Rozsudky Soudního dvora vydané v prejudiciálním řízení předcházejí *ex definitione* nejen rozsudkům mezinárodních soudů, včetně ESLP, nýbrž i rozhodnutím soudů národních, zejména ústavních, vydaným v řízení o ústavní stížnosti podané soukromou osobou. Je přirozené, že mezinárodní či ústavní soudy podporují efektivitu opravných prostředků, k jejichž projednání jsou kompetentní, a to i u vědomí, že tím případně přímo zasáhnou do výkladu nebo uskutečňování unijního práva. Unijní soudy v reakci na takové zásahy z vnějšku s účinky *a posteriori* naopak směřují ke striktní ochraně vlastní autonomie, a to s účinky *a priori*. To především lze vyvodit z posudku Soudního dvora č. 2/13 ve věci přístupu EU k evropské Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod,⁶ který zpochybnil některé aspekty dohody, jež měla upravit kompetence ESLP v poměru k Unii i unijnímu právu.⁷

Maximu spolupráce právních řádů i jejich soudních orgánů, již část nauky koncepčně dovozuje z reality ústavního pluralismu, není tedy bohužel namístě přeceňovat. Jednak nejde zásadně o závazný regulativ, jednak jsou výklad i používání této maximy determinovány nejen jedinečným axiologickým kontextem konkrétního právního řádu, ale i ústavním požadavkem přednosti použití norem tohoto právního řádu v jejich konkurenci s normami jiných systémů. Maximu spolupráce

dotyčného právního řádu s jinými řády zpravidla potlačí i aktivně prosazovaný zájem strany v řízení na efektivitě ochrany jejích práv, a tedy její tlak na aplikaci normy, jež je pro danou stranu nejpříznivější. Pojmu spolupráce přikládají navíc soudy různých právních řádů rozdílné významy, přičemž mezi nimi chybívá arbitr. Proto určitý postup, který soudy zřízené jedním právním řádem považují legitimně za formu vstřícné spolupráce se soudy jiného právního řádu, mohou naopak tyto posledně zmíněné soudy stejně legitimně považovat za svazující zásah do vlastních kompetencí a za jejich omezení. Právě takovou *ambivalentní realitu* potvrzují podle mého názoru vztahy mezi Soudním dvorem EU a ústavními soudy členských států.

Předběžná otázka jako nástroj dialogu a spolupráce

Unijní právo disponuje specifickým procesním nástrojem, který usnadňuje dialog a spolupráci mezi Soudním dvorem a soudy členských států, včetně soudů ústavních. Na jedné straně je Soudní dvůr výlučně příslušný k závaznému výkladu unijních smluv a z nich odvozených norem, jakož i k vyslovení neplatnosti unijních aktů, na straně druhé ústavní soudy rozhodují v první a zároveň poslední instanci ústavního soudnictví. Pokud se tedy ústavnímu soudu naskytne příležitost, aby použil unijní pravidlo, vstupuje do pozice „soudu členského státu“ ve smyslu čl. 267 SFEU a za podmínek stanovených tímto článkem je povinen se obrátit na Soudní dvůr s předběžnou otázkou.⁸ Dosud k tomu došlo v 35 případech. Otázky položilo již celkem devět ústavních soudů, přičemž zdaleka nejaktivněji vystupuje belgický Ústavní soud.

Zpravidla se vhodná situace vyskytne při posuzování ústavnosti zákona, jímž daný stát transponoval do vnitrostátního právního řádu závazná ustanovení unijní směrnice. Než se k souladu takového zákona s ústavou vyjádří, měl by si v nezbytném případě vyžádat rozsudek Soudního dvora stran platnosti, případně výkladu dotčených ustanovení uvedené směrnice. Posouzení směrnice Soudním dvorem by v takovém případě mělo předcházet kontrole ústavnosti transpozičního zákona,⁹ jinak hrozí zásah do jednotného uplatňování unijního práva. Tak tomu bylo např.

⁶ Posudek 2/13 ze dne 18. 12. 2014 (EU:C:2014:2454), bod 176.

⁷ V některých podrobnostech srov. J. Malenovský, *op. cit. supra*, sub 1, s. 215; D. Halberstam, *op. cit. supra*, sub 2, s. 11–13.

⁸ M. Bobek: Které české soudy budou mít povinnost obracet se na Evropský soudní dvůr v rámci řízení o předběžné otázce? *Právní rozhledy*, 5/2004, s. 179.

⁹ K. Lenaerts: Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten. *EuR-Heft 1-2015*, s. 14–15.

ve věci *Pringle*, v níž se irský Nejvyšší soud, příslušný i v agendě ústavního soudnictví, obrátil na Soudní dvůr, když projevil mj. pochybnost o platnosti rozhodnutí Evropské rady o mechanismu stability z 25. března 2011.¹⁰

Za ilustraci funkční spolupráce Soudního dvora s ústavním soudem lze považovat věc *Bressol*, v níž belgický Ústavní soud posuzoval ústavnost dekretu Francouzského společenství Belgie, jenž stanovil *numerus clausus* studentů určitých oborů s cílem čelit enormnímu zájmu francouzských uchazečů o studium na frankofonních belgických vysokých školách.¹¹ Vyžádal si k tomu výklad použitelného unijního práva. Soudní dvůr rozhodl, že možnost stanovit *numerus clausus* je omezena řadou podmínek a kritérií, které musí národní úprava splňovat. Belgický Ústavní soud v následné kontrole ústavnosti dekretu uvedené podmínky zohlednil a ve svém nálezu z 31. 5. 2011 dospěl k závěru, že jen menší část z dotčených devíti studijních oborů je splňuje. Ustanovení dekretu, jež unijním podmínkám nevyhověla, prohlásil za nicotná.¹²

Spolu s místopředsedou Soudního dvora K. Lenaertsem lze litovat, že na rozdíl od věcí *Pringle* či *Bressol*, v jiných záležitostech ústavní soud řízení o předběžné otázce nevyvolal. Tak tomu bylo i v případě českého Ústavního soudu, jenž ve věci tzv. slovenských důchodů a výkladu nařízení Rady ze 14. června 1971 č. 1408/71 o uplatňování systémů sociálního zabezpečení na zaměstnané osoby a jejich rodiny pohybující se v rámci Společenství ponechal iniciativu při položení předběžné otázky jinému soudnímu orgánu svého státu.¹³ Po výroku Soudního dvora ve věci *Landtová* prohlásil Ústavní soud tento rozsudek za nepoužitelný v České republice. Pokud by Ústavní soud sám položil předběžnou otázku, měl možnost vyargumentovat svůj právní názor přímo lucemburskému soudu s případnými dopady na výsledek řízení. I dnešní český ústavní soudce J. Zemánek si v zahraničním odborném periodiku posteskl nad nevyužitou příležitostí.¹⁴

10 Rozsudek ve věci *Pringle* ze dne 27. 11. 2012 (C-370/12, EU:C:2012:756).

11 Rozsudek ve věci *Bressol e.a.* ze dne 13. 4. 2010 (C-73/08, EU:C:2010:181).

12 K. Lenaerts, *op. cit. supra*, sub 9, s. 8–10.

13 K. Lenaerts, *op. cit. supra*, sub 9, s. 19.

14 J. Zemánek: L'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janvier 2012, *les retraites slovaques XVII: Le principe d'égalité de traitement – Un motif de rébellion contre la Cour de justice de l'Union européenne? Cahiers de droit européen*, 3/2012, s. 711–712.

Ambivalentní komunikace a spolupráce

V určitých případech si sice ústavní soudy vyžádají spolupráci Soudního dvora, avšak ta je z pohledu lucemburského soudu *nefunkční*, převezmu-li slovo použité generálním advokátem Cruz Villalón v jeho odůvodněném stanovisku k věci *Gauweiler*.

Na jejím počátku stála ústavní stížnost několika osob. Napadala nečinnost německé spolkové vlády, která u Soudního dvora neiniciovala řízení o neplatnosti oznámení týkajícího se programu přímých měnových operací (OMT).¹⁵ V zájmu *efektivity ústavní stížnosti* v poměru k unijnímu právu Spolkový ústavní soud již dříve rozvinul a zpřesnil judikaturu *ultra vires*,¹⁶ podle níž rozhoduje Soudní dvůr jako *zákonný soudce* ve smyslu čl. 101 [1] Základního zákona pouze tehdy, když jedná v rámci pravomocí, které mu na základě smluv svěřily členské státy Unie (čl. 5 SEU). Pokud Soudní dvůr naopak své pravomoci v dané věci kvalifikovaně překročí, Spolkový ústavní soud upře z titulu své údajné tzv. rezervní kompetence (Kompetenz – Kompetenz) napadenému rozhodnutí Soudního dvora účinky v poměru k subjektům podléhajícím jurisdikci německého státu.¹⁷

Je-li před Spolkovým ústavním soudem zpochybněna platnost unijního aktu, jehož autorem není Soudní dvůr, německá ústavní doktrína *ultra vires* požaduje, aby Soudní dvůr dostal příležitost vyjádřit se k unijní platnosti napadeného aktu nejprve sám a po svém posouzení případně předmětný unijní akt zrušil. Spolkový ústavní soud si z titulu Kompetenz – Kompetenz nárokuje rozhodnout s konečnými účinky, zda bude rozhodnutí Soudního dvora o platnosti sporného aktu respektovat. Právě řízení *ultra vires* spočívá v pozadí předběžné otázky, kterou položil Soudnímu dvoru Spolkový ústavní soud ve věci *Gauweiler*. Několik členských států Unie zpochybnilo v průběhu řízení před Soudním dvorem přípustnost

15 Stanovisko generálního advokáta ve věci *Gauweiler e.a.* ze dne 14. 1. 2015 (C-62/14, EU:C:2015:7), bod 23. Velký senát Soudního dvora vyhlásil rozsudek v této věci 16. 6. 2015.

16 J. Malenovský: Sur le passé, le présent et l'avenir du contrôle *ultra vires*. *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003–2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*. Sous la direction d'Antonio Tizzano e.a., 2015, Bruxelles, Bruylant, s. 427–443.

17 Srov. nález ve věci *Honeywell* z 6. 7. 2010, BVerfGE 126, nebo nález z 24. 4. 2013 ve věci zákona o zřízení centrálního protiteroristického registru, 1 BvR 1215/07, bod 91. Komentář k poslední uvedenému nálezu srov. O. Joop: La Cour constitutionnelle fédérale allemande raisonne sur la question préjudicielle et encadre la portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. *RTDeur*, janvier-mars 2014, 228–232.

takové předběžné otázky, neboť její souvislosti *ultra vires* činí z unijního prejudiciálního řízení čistě konzultativní operaci, takže se překrucuje jeho závazná funkce.¹⁸ Posílení efektivity ústavní stížnosti v poměru k unijnímu právu tedy ve svých důsledcích vede ke snížení efektivity prejudiciálního procesního nástroje.

Generální advokát Cruz Villalón v odůvodněném stanovisku k věci *Gauweiler* její kontext *ultra vires* kategoricky odsoudil. Napsal, že předběžná otázka nesmí být „pro Soudní dvůr pouhou «příležitostí» «shodnout se» s vnitrostátním soudem [...] s možným důsledkem, že dospěje-li Soudní dvůr k jinému závěru, jeho odpověď pozbude významu [...] Za těchto okolností [...] by se Soudní dvůr [...] stal součástí kauzálního procesu, na jehož konci je roztržství ústavního uspořádání, jímž se řídí evropská integrace.“¹⁹

Ponecháme-li stranou nejednoznačné ústavněprávní ukotvení doktríny *ultra vires*, vyplývající z toho, že Základní zákon ani ústavy ostatních členských států tzv. rezervní pravomoc přezkumu účinků unijních aktů výslovně neupravují a že národní zákony o řízení před ústavním soudem proceduru *ultra vires* neupravují, kontrola *ultra vires* není v souladu s unijním právem. Konstatují to jednotliví soudci Soudního dvora ve svých odborných příspěvcích, které tu a tam vycházejí. Podle předsedy Soudního dvora V. Skourise kontrola *ultra vires* totálně relativizuje unijní sekundární právo a neutralizuje principy primátu, jednoty a efektivity unijního práva.²⁰ Místopředseda K. Lenaerts poznamenává v souvislosti s nálezem českého Ústavního soudu ve věci *Holubec*, v němž byla tzv. pravomoc *ultra vires* použita, že šlo o rozhodnutí, jež necítí unijní judikaturu *Foto-Frost*, když v rozporu s požadavkem jednoty unijního právního řádu prohlašuje určité jednání unijního orgánu na území členského státu za nepoužitelné.²¹

Není však smyslem tohoto příspěvku vynášet příkré soudy. Lze si spíše postesk-nout nad tím, že i když kontrola *ultra vires* může být formou svérázné spolupráce mezi ústavním soudem a Soudním dvorem, lze ji sotva považovat za funkční. Někteří dokonce kladou otázku, zda ve skutečnosti neznamená ultimátum vznesené Ústavním soudem.²² Jejím prostřednictvím se totiž nadřazuje zájem na efektivitě ústavních opravných prostředků bytostnému smyslu institutu předběžné otázky, jež má zajistit jednotný výklad unijního práva a v posledku ochranu specifického charakteru tohoto právního řádu, tedy, jinými slovy, jeho autonomie.²³

Institut předběžné otázky poskytuje nástroj k jednotnému uplatňování supranacionálního práva v členských státech Unie. Tento hlavní cíl měl Soudní dvůr na mysli v rozsudku *CILFIT*, jímž zamýšlel omezit riziko možného nadužívání předběžné otázky a v posledku nebezpečí svého zahlcení prejudiciální agendou. Vyrožil v čl. 267 SFEU rozsah povinnosti soudů, proti jejichž rozhodnutí neexistuje žádný opravný prostředek, tak, že tyto vrcholné soudy nejsou povinny předložit předběžnou otázku, když nejsou dány rozumné pochybnosti o výkladu daného aktu, nebo tyto pochybnosti již dříve odstranila judikatura Soudního dvora.²⁴ V téže logice předběžné otázky coby nástroje jednotného výkladu unijních aktů Soudní dvůr vyvodil v rozsudku *Köbler* závěr z toho, že čl. 267 nezakládá žádné procesní právo pro soukromé osoby. Vyloučil, že by mohla být založena odpovědnost státu za škodu způsobenou soukromé osobě pouze z důvodu, že vrcholný soud tohoto státu nepoložil předběžnou otázku, třebaže podle čl. 267 byl povinen ji položit.²⁵ Kauzální nexus mezi porušením povinnosti podat předběžnou otázku a vzniklou škodou totiž nelze stanovit. Příčinná souvislost je naopak dána, když vrcholný soud poruší hmotné unijní právo, jehož se může soukromá osoba dovolat, např. tím, že ve svém rozhodnutí zjevně nerespektoval judikaturu Soudního dvora.²⁶

18 Stanovisko, *cit. supra*, sub 15, bod 35.

19 *Ibidem*, bod 52.

20 V. Skouris: Les rapports entre la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales. *Il diritto dell'Unione Europea*, 4/2009, s. 784 a 787; V. Skouris: Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson. *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2013, s. 229–244.

21 K. Lenaerts, *op. cit. supra*, sub 9, s. 19.

22 O. Joop: Une première: la Cour constitutionnelle fédérale allemande pose une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Acte d'allégeance ou *ultimatum*? *RTDeur*, janvier-mars 2015, s. 241–244.

23 Posudek *cit. supra*, sub 6, bod 176.

24 Rozsudek ve věci *CILFIT e.a.* ze dne 6. 10. 1982 (283/81, EU:C:1982:335).

25 Rozsudek ve věci *Köbler* ze dne 30. 9. 2003 (C-224/01, EU:C:2003:513).

26 L. Coutron: L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif. In: *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée?* Sous la direction de Laurent Coutron. Monographies, & Groupe Larcier s.a., 2014, Edition Bruylant, s. 54–56; J. Malenovsky: Le renvoi préjudiciel perçu par trois cours «souveraines». *Journal de droit européen*. No 200 – 6/2013, s. 214–224.

Ústavní soudy některých členských států ovšem uchopily výklad čl. 267 SFEU v logice diametrálně odlišné. Nejčastěji ve jménu základního práva jednotlivce na přístup k soudu, zaručeného ústavou, dovodily i právo na přístup k Soudnímu dvoru. Z porušení povinnosti položit předběžnou otázku ve smyslu rozsudku *CILFIT* vyvozují tedy ústavní soudy důsledky v rovině ústavního základního práva dotčené osoby na spravedlivé řízení a potažmo i v rovině kompetenční.

Třebaže popsaná ústavní konstrukce spravedlivého řízení vychází z chvalitebné pohnutky vyloučit svévoli národních soudů při zacházení s předběžnou otázkou,²⁷ hned z několika důvodů se jeví jako problematická. *Za prvé*, tímto způsobem jsou do čl. 267 SFEU ústavní judikaturou v jednotlivých členských státech zaváděny různé dodatečné podmínky jak k tíži národních soudů, tak i stran v soudním řízení, jež znění tohoto článku smlouvy neobsahuje a nedovodila je ani judikatura Soudního dvora. To zjevně narušuje výlučnou pravomoc Soudního dvora závazně vykládat unijní právo.

Za druhé, judikatura určitého ústavního soudu je sice způsobilá sjednotit výklad čl. 267 i dopady rozsudku *CILFIT* v dotyčném členském státě, avšak *ex definitione* nikoli uvnitř celé Unie. Přes určitou podobnost paralelně existujících ústavních judikatur proto přetrvávají mezi jednotlivými členskými státy značné rozdíly. Platí to jak o ústavně dovozené povinnosti národního soudu odůvodnit své odmítnutí položit předběžnou otázku, když strana o její položení výslovně žádá, tak o vyvození odpovědnosti státu za porušení povinnosti jeho soudu předložit předběžnou otázku, a to vůči osobě, jež se takovým opomenutím soudu považuje za poškozenou. V důsledku rozdílů v ústavních judikaturách vzniká nerovnost mezi subjekty uvnitř Unie při uplatňování prejudiciálního řízení a potažmo při aplikaci unijního práva v různých členských státech. Příkladně lze poukázat na rozdíly v recentní judikatuře dvou sousedících středoevropských ústavních soudů. Maďarský Ústavní soud konstatoval usnesením z května 2014 svou nepřislušnost ve věci opomenutí maďarského soudu položit předběžnou otázku. Národní soud je podle

Ústavního soudu sám kompetentní posoudit nezbytnost předkládací operace. Výkon jeho diskreční pravomoci nemá ústavní povahu, a proto nepodléhá přezkumu Ústavního soudu.²⁸ Naopak slovinský Ústavní soud ve svém nálezu z listopadu 2013 zrušil rozhodnutí Nejvyššího soudu z důvodu, že tento soud nepodal předběžnou otázku v situaci, kdy na jedné straně připustil, že jím posuzovaná věc podléhá unijnímu právu, a na straně druhé konstatoval, že judikatura Soudního dvora, jíž se strana dovolávala, není na projednávanou věc použitelná. Propojením obou závěrů učiněných Nejvyšším soudem Ústavní soud dovodil, že tedy nelze vyloučit, že posuzovaný aspekt představuje novou otázku unijního práva. Nepodáním otázky v takové situaci Nejvyšší soud porušil právo stěžovatele na přístup k soudu ve smyslu čl. 23 Ústavy.²⁹

Za třetí, ústavní soudy se v rámci svého přezkumu, zda národní soud dodržel podmínky stanovené v rozsudku *CILFIT*, běžně uchylují k výkladu relevantní judikatury Soudního dvora, aby tak ověřily, zda v dané věci jde o *acte éclairé*, a zda tedy otázka měla nebo neměla být podána. Kupř. český Ústavní soud v nálezu *Travel Service, a. s.* z listopadu 2014,³⁰ komentovaném jedním českým autorem dokonce v zahraničí,³¹ fakticky vyložil rozsudek Soudního dvora ve věci *Wallentin-Hermann*³² s ohledem na případ střetu letounu s ptákem. Zjistil, že na jedné straně je daný problém relevantní pro řešení posuzované věci a na straně druhé „neexistuje judikatura Soudního dvora, resp. rozsudek řešící identickou nebo obdobnou otázku“. Národní soud proto opomenutím podat předběžnou otázku porušil ústavní právo stěžovatelky na spravedlivý proces, resp. na zákonného soudce. Ústavní soud České republiky svůj výrok odůvodnil tím, že rozsudek Soudního dvora ve věci *Wallentin-Hermann* na situaci střetu letounu s ptákem nedopadá, aniž to ovšem konstatoval sám Soudní dvůr. Na problematičnost takového „předbíhání“ poukázal Soudní dvůr ve svém posudku č. 2/13 o návrhu dohody o přistoupení Unie k Úmluvě. Zdůraznil, že „otázka, zda již Soudní dvůr rozhodoval o téže právní otázce“, musí být „řešena pouze příslušným orgánem Unie“, protože kdyby to bylo dovoleno jinému soudu (v daném případě ESLP), „bylo by to stejné,

27 J. P. Jacqué: Conclusions. In: L. Coutron, *op. cit. supra*, sub 26, s. 498–499.

28 Alkotmánybíróság, rozsudek z 19. 5. 2014, n° 3165/2014 (V.23), Reflets de la Cour de justice de l'Union européenne, N° 2/2014, s. 31.

29 Ustavno sodišče Republike Slovenije, rozsudek z 21. 11. 2013, Up-1056/11, Reflets de la Cour de justice de l'Union européenne, N° 1/2014, s. 43.

30 Nález Ústavního soudu ČR ze dne 20. 11. 2014 ve věci *Travel Service, a. s.*, III. ÚS 2782/14.

31 P. Bureš: Des conséquences d'une collision entre un avion et un oiseau..., *RTDeur*, janvier-mars 2015, s. 241–244.

32 Rozsudek ve věci *Wallentin-Hermann* ze dne 22. 12. 2008 (C-549/07, EU:C:2008:771).

jako by mu byla přiznána pravomoc vykládat judikaturu Soudního dvora“.³³ Dlužno v závorkách dodat, že to ESLP ve svých rozsudcích přesto činí poměrně běžně. Rizika popsaného „ústavního předbíhání“ jsou dvojí. Dialog mezi Soudním dvorem a obecnými soudy o unijním právu se nahrazuje ve značné míře dialogem mezi obecnými soudy a ústavním soudem o procesních právech strany řízení, v němž unijní právo hraje vedlejší roli. Rovněž pochopitelně hrozí, že rozsudky Soudního dvora budou autoritativně vykládány rozdílným způsobem v různých členských státech, v závislosti na výkladu toho či onoho ústavního soudce.

Závěr

Předchozí ambivalentní hodnocení spolupráce soudů se Soudním dvorem snad smí vyústit ve skromné doporučení unijního soudce: ohledy na obtížně konstruovanou a obhajovanou svébytnost a nezávislost unijního právního řádu by měly vést ústavní soudy členských států Unie k větší opatrnosti a zdrženlivosti v tom jejich rozhodování, které může ohrozit efektivitu v uplatňování tohoto právního řádu.

RESUMÉ

JIŘÍ MALENOVSKÝ:
**Ambivalent Communication and Cooperation of Court of Justice
of the EU with Constitutional Courts of its Member States**

The paper starts with a contemplation of constitutional pluralism, framed by the other applicable legal orders in its application. According to the author, this means that the legal systems and their judicial bodies need to cooperate, although such cooperation is not without contradictions. Four contradictions are found to exist: the absence of inter-system rules; implied consent of the constitution makers to preferential application of the rules of another system; the issue of protection of the same value in multiple legal systems; and finally, “forumshopping” practiced by complainants who subjectively select the legal order that is most favorable for their matter. Professor Malenovský believes that the filing of preliminary questions by constitutional courts is a suitable platform for the dialogue between courts, but the crux of his paper presents examples of the utilization of the preliminary question institute contrary to the objections of the dialogue between systems (typically, in the Gauweiler case), or how the competence of the Court of Justice is circumvented under the influence of the “ultra vires” doctrine.



ROBERT ALEXY

Studoval právo a filozofii v Göttingenu. V roce 1976 získal na Akademii věd v Göttingenu titul Ph.D. a později se na stejném místě habilitoval v roce 1984. V roce 1986 začal působit na Christian-Albrechts-University v Kielu. Získal čestné doktoráty např. od univerzit v Alicante, Buenos Aires, Antverpách, Limě, Coimbre i od Univerzity Karlovy v Praze. V roce 2010 získal Kříž za prvotřídní zásluhy Řádu za zásluhy Spolkové republiky Německo. Alexyho teorie základních práv jako principů se stala základním paradigmatem ústavněprávní teorie.

Er studierte Recht und Philosophie in Göttingen. Im Jahr 1976 erlangte er an der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen den Titel Ph.D. und später, im Jahr 1984, habilitierte er sich dort. Im Jahr 1986 begann er an der Christian-Albrechts-Universität im Kiel zu arbeiten. Er erhielt Ehrendoktorwürden zum Beispiel von Universitäten in Alicante, Buenos Aires, Antwerpen, Lima, Coimbra sowie auch von der Karls-Universität in Prag. Im Jahr 2010 erhielt er das Verdienstkreuz der ersten Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland. Die Theorie der Grundrechte als Grundsätze vom Alexy wurde zum Basis-Paradigma der verfassungsrechtlichen Theorie.

DIE ABSOLUTE UND DIE RELATIVE DIMENSION DER GRUNDRECHTE

I. Das Absolute und das Relative

In der gegenwärtigen grundrechtstheoretischen Debatte ist die Rede von der „Wanderung der Verhältnismäßigkeit“, der „migration of proportionality“, sei es durch Europa,¹ sei es durch die ganze Welt, zu einer verbreiteten Metapher geworden.² Eine ausführliche Schilderung findet sich bei Aharon Barak. Danach wanderte die Verhältnismäßigkeit zunächst von Deutschland in das Europäische Recht, von dort weiter in das Recht west- und südeuropäischer Staaten sowie der Türkei, dann von Kontinentaleuropa nach Kanada, Irland und England, von Kanada weiter nach Neuseeland und Australien, von Kanada und Deutschland dann nach Südafrika, nach dem Zusammenbruch des Kommunismus nach Zentral- und Osteuropa und bei alledem auch nach Asien und Südamerika und Israel.³ Bei den Vereinigten Staaten schließt Barak seinen Bericht freilich mit einer Frage: „Is American constitutional law ready for this change?“⁴

Die genauere Analyse dieses Ausbreitungsprozesses ist Gegenstand der Verfassungsrechtsvergleichung. Hier ist nur das Phänomen als solches von Interesse. Handelt es sich um einen Vorgang, der auch anders hätte verlaufen können und der, wie eine Modeerscheinung, eines Tages wieder vergehen könnte, also um etwas Kontingentes, oder beobachten wir etwas Notwendiges, das, wie die Aristotelische Syllogistik, zwar verfeinert, vertieft und auf ihre Eigenheiten hin analysiert werden kann,⁵ aber im Kern über Zeit und Raum Bestand hat?

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist notwendig, wenn er in allen Rechtssystemen Geltung beanspruchen kann. Was in allen Rechtssystemen Geltung beanspruchen kann, hat absolute Geltung. Demgegenüber hat das, was nur in einigen Rechtssystemen Geltung beanspruchen kann, lediglich relative Geltung. Diese Unterscheidung ist nicht nur auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Norm über die Anwendung der Grundrechte anwendbar, sondern auch auf die Grundrechte selbst und die Institutionalisierung des Grundrechtsschutzes durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit, welcher Art auch immer. Das führt zu drei Fragen, die systematisch eng miteinander verbunden sind: (1) Haben die Grundrechte einen absoluten Charakter? (2) Hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen absoluten Charakter? (3) Hat die Verfassungsgerichtsbarkeit einen absoluten Charakter? Hier soll es nur um die ersten beiden Fragen gehen.⁶

Um diese Fragen zu beantworten, ist die Unterscheidung zwischen dem Absoluten und dem Relativen mit dem Begriff des Umfangs oder des Maßes des Absoluten und des Relativen zu verbinden. Wäre auf allen drei Stufen jeweils das Höchstmaß des Absoluten anzunehmen, müssten alle Verfassungen dieselben Grundrechte enthalten, alle Anwendungen der Grundrechte zu denselben Ergebnissen führen und die Institutionalisierung des Grundrechtsschutzes überall auf dieselbe Weise erfolgen. Wäre demgegenüber auf allen drei Stufen jeweils das Höchstmaß des Relativen anzunehmen, wäre überall alles möglich. Die Vermutung liegt nahe, dass diese beiden Extreme auszuschließen sind, die richtige Lösung also in einer Verknüpfung der absoluten mit der relativen Dimension liegt. Gegenstand meiner Überlegungen sind die Grundzüge der Konstruktion dieser Verknüpfung im Blick auf Grundrechte und Verhältnismäßigkeit.

1 Carlos Bernal Pulido, *The Migration of Proportionality Across Europe*, in: *New Zealand Journal of Public and International Law* 11 (2013), S. 483–515.

2 Eine allgemeinere Fassung dieses Gedankens bringt der Begriff der Wanderung konstitutioneller Ideen zum Ausdruck. Vgl. hierzu Sujit Choudhry (Hg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge 2006.

3 Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012, S. 181–210.

4 Ebd., 208.

5 Vgl. Günther Patzig, *Die Aristotelische Syllogistik*, 3. Aufl., Göttingen 1969.

6 Zur dritten Frage vgl. Robert Alexy, *Grundrechte, Demokratie und Repräsentation*, in: *Der Staat* 54 (2015), im Druck.

II. Grundrechte

1. Grund- und Menschenrechte

Die absolute Dimension der Grundrechte besteht in der Notwendigkeit ihrer Geltung. Ob die Grundrechte notwendig gelten, hängt davon ab, was Grundrechte sind, also von der Natur der Grundrechte. Zwei fundamental verschiedene Auffassungen über die Natur der Grundrechte stehen sich gegenüber: eine positivistische und eine nichtpositivistische.⁷ Nach beiden sind Grundrechte positives Recht mit Verfassungsrang, also Verfassungsrechte. Der Unterschied besteht darin, dass Grundrechte nach der positivistischen Auffassung nur positives Recht sind. Ihre Geltung hängt ausschließlich davon ab, was tatsächlich gesetzt wurde und sozial wirksam ist. Sie ist damit nicht notwendig, sondern bloß möglich oder kontingent. Man kann das als „Kontingenzthese“ bezeichnen. Nach der nichtpositivistischen Auffassung ist die Positivität demgegenüber nur die eine Seite der Grundrechte, nämlich ihre reale oder faktische Seite. Darüber hinaus besitzen sie eine ideale oder kritische Dimension. Grundrechte haben danach eine Doppelnatur.⁸ Der Grund dafür ist, dass mit Grundrechten nicht irgendwelche politischen Entscheidungen positiviert werden, sondern Menschenrechte als überpositive Rechte. Das ist die Basis der Notwendigkeitsthese.

Menschenrechte sind durch fünf Merkmale definiert.⁹ Sie sind, erstens, moralische, zweitens, universelle, drittens, fundamentale und, viertens, abstrakte Rechte, die, fünftens, was die moralische Geltung betrifft, Vorrang vor allen anderen Normen haben, also Priorität besitzen. Hier ist zunächst nur die erste dieser fünf Eigenschaften von Interesse: der moralische Charakter.

Der moralische Charakter der Menschenrechte besteht darin, dass den Menschenrechten als moralischen Rechten nur moralische Geltung zukommt. Ein

Recht gilt moralisch, wenn es begründbar ist. Rechte, wie Normen ganz allgemein,¹⁰ existieren, wenn sie gelten. Die Existenz der Menschenrechte hängt daher von ihrer Begründbarkeit ab, und von sonst nichts. Ich habe an anderer Stelle versucht zu zeigen, dass Menschenrechte begründbar sind und deshalb existieren.¹¹ Das kann hier nicht nachgezeichnet werden. An dieser Stelle soll es nur um die Notwendigkeit der Verknüpfung von Menschenrechten und Grundrechten und damit von Menschenrechten und Verfassungen gehen.

Den Schlüssel zur notwendigen Verknüpfung bildet der Begriff der Richtigkeit. Verfassungen erheben, wie das Recht ganz allgemein,¹² notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit. Das ist die eine Seite des Arguments. Die andere ist, dass Menschenrechte, deren Existenz in ihrer Begründbarkeit besteht, notwendig mit dem Begriff der Richtigkeit verbunden sind, denn was begründbar ist, ist richtig. Nimmt man zu diesen zwei Polen der Richtigkeit die Fundamentalität und die Priorität, der Menschenrechte hinzu, die eine Positivierung mit Verfassungsrang fordern, dann erfüllen Verfassungen, die die Menschenrechte nicht in Gestalt von Grundrechten enthalten, den von ihnen erhobenen Anspruch auf Richtigkeit nicht. Sie sind fehlerhaft, wobei der Fehler wegen der Notwendigkeit des Anspruchs nicht nur ein moralischer, sondern auch ein rechtlicher Fehler ist.¹³ Die Geltung von Grundrechten, die die Menschenrechte positivieren, ist also notwendig. Das ist die absolute Dimension der Grundrechte.

2. Das Maß der absoluten Dimension der Grundrechte

Das Maß der absoluten Dimension der Grundrechte ist freilich begrenzt. Der Hauptgrund hierfür ist das vierte Definitionselement der Menschenrechte, die Abstraktheit. Menschenrechte beziehen sich auf abstrakte Gegenstände wie Freiheit und Gleichheit, Leben und Eigentum und Meinungsäußerungsfreiheit und

⁷ Robert Alexy, Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte, in: Wolfgang Ewer/Ulrich Ramsauer/Moritz Reese/Rüdiger Rubel (Hg.), *Methodik – Ordnung – Umwelt*, Festschrift für Hans-Joachim Koch, Berlin 2014, S. 19–25.

⁸ Ders., Grundrechte und Verhältnismäßigkeit, in: Utz Schliesky/Christian Ernst/Söhnke E. Schulz (Hg.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa*, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg 2011, S. 12–14.

⁹ Ders., Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1998, S. 246–254.

¹⁰ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 9.

¹¹ Robert Alexy, The Existence of Human Rights, in: ARSP-Beiheft 136 (2013), S. 13–18. Die Begründbarkeit der Menschenrechte führt zur Universalität ihrer moralischen Geltung, die von der Universalität ihrer Struktur, auf die sich die Universalität als zweites Definitionsmerkmal bezieht, zu unterscheiden ist; vgl. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat* (Fn. 9), S. 249.

¹² Ders., *Begriff und Geltung des Rechts*, 5. Aufl., Freiburg/München 2011, S. 64–70.

¹³ Ebd., S. 49.

Persönlichkeitsschutz. Das ist einerseits eine Stärke und andererseits eine Schwäche. Eine Stärke ist es, weil abstrakte Prinzipien sich leichter begründen lassen als ihre Anwendung. Zwei Personen können darin übereinstimmen, dass sowohl die Meinungsäußerungsfreiheit als auch der Persönlichkeitsschutz ein Menschenrecht ist, deren Gewichte in einem konkreten Fall aber ganz unterschiedlich bestimmen. Letzteres ist die Schwäche der Abstraktheit. Als abstrakte Rechte lassen die Menschenrechte vieles offen. Sie bedürfen der Konkretisierung. Das hat, wie noch darzulegen sein wird, vor allem mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen.

Der Verfassungsgeber hat daher bei der Normierung der Grundrechte einen erheblichen Spielraum. Was in diesen Spielraum fällt, gehört zur relativen Dimension der Grundrechte. So können Grundrechte sowohl sehr abstrakt sein als auch recht konkret gefasst werden. Sie können sowohl Elemente fester Regeln aufweisen als auch ausschließlich abwägungsbedürftige Prinzipien sein. Eine Schrankenklausele für alle Grundrechte ist ebenso möglich wie eine Serie spezielle Vorbehaltsklauseln. Ein Grundrechtskatalog kann die Garantie der Menschenwürde einschließen, die Menschenwürde kann aber auch durch ein Bündel von durch sie implizierten Rechten geschützt werden.

Der Spielraum des Verfassungsgebers ist freilich nicht unbegrenzt. Er wird überschritten, erstens, wenn eine Verfassung überhaupt keine oder so gut wie keine Grundrechte enthält, zweitens, wenn Grundrechte, die von den Menschenrechten gefordert werden, fehlen und drittens, wenn eine Verfassung Schrankenklauseln enthält, die Verletzungen der Menschenrechte darstellen oder erlauben.

Ein Beispiel für die erste Möglichkeit bietet die Verfassung Australiens, die neben Normen des Staatsorganisationsrechts nur spärliche Grundrechtsfragmente enthält.¹⁴ Das hat den High Court nicht davon abgehalten, der Verfassung „implied

rights“ zuzuordnen.¹⁵ Ein Beispiel ist das „right of freedom of political communication“¹⁶, das ein spezieller Fall der Meinungsäußerungsfreiheit ist. Das ist vor dem Hintergrund der nichtpositivistischen Doppelnaturthese grundsätzlich richtig, doch wäre die Einfügung des allgemeinen Rechts auf Meinungsäußerungsfreiheit vorzuziehen gewesen. Auf supranationaler Ebene bietet die Rechtsprechung des EuGH ein Beispiel umfassender richterlicher Grundrechtsschöpfung, die zu einem Grundrechtsschutz geführt hat, der, wie das BVerfG in seiner Solange II-Entscheidung formuliert, „dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist“.¹⁷

Bei der zweiten Grenze des Spielraums des Verfassungsgebers geht es um die Einfügung eines von der grundrechtlichen Richtigkeit geforderten fehlenden Grundrechts in einen ansonsten umfassenden Grundrechtskatalog. Hier kann das Recht auf ein Existenzminimum angeführt werden, das das BVerfG 2010 in seinem Hartz IV-Urteil dem – sieht man von dem durch Art. 6 Abs. 4 GG statuierten Recht jeder Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft ab – auf soziale Grundrechte verzichtenden Grundrechtskatalog des Grundgesetzes hinzugefügt hat. Die Begründung stützt sich wesentlich auf die Menschenwürde,¹⁸ die freilich in dem Kriegerwitwen-Beschuss aus dem Jahre 1951 noch nicht die Kraft hatte, „Schutz vor materieller Not“¹⁹ zu fordern. Vielleicht kann man hier von einer menschenrechtlich geforderten Verstärkung der Menschenwürdeinterpretation sprechen. Ein Freund paradoxer Formulierungen könnte zu den die ersten beiden Begrenzungen des Spielraums des Verfassungsgebers illustrierenden Beispielen sagen: Verfassungen enthalten Grundrechte, auch wenn sie diese nicht enthalten.

Die dritte Begrenzung des Spielraums des Verfassungsgebers schließlich wird etwa dann überschritten, wenn Grundrechte unter einen abwägungsfreien religiösen, ideologischen oder kollektivistischen Vorbehalt gestellt werden. Das kann hier jedoch nicht vertieft werden.

14 Vgl. Adrienne Stone, *Australia Constitutional Rights and the Problem of Interpretive Disagreement*, in: *University of Melbourne Law School Research Series 3* (2005), S. 2: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMelbLRS/2004/3.html>.

15 Ebd., S. 3.

16 *Lange v Australian Broadcasting Commission* (1997) HCA 53; (1997) 189 CLR 520.

17 BVerfGE 73, 339 (387).

18 BVerfGE 125, 175 (222).

19 BVerfGE 1, 97 (104).

III. Verhältnismäßigkeit

Auch bei dem Problem der Absolutheit der Verhältnismäßigkeit geht es um das Verhältnis von Notwendigkeit und Kontingenz. Dabei ist zwischen der Absolutheit und Relativität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als solchen und der Absolutheit und Relativität der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu unterscheiden. Die Beantwortung dieser beiden Fragen setzt eine möglichst präzise Analyse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus. Die Instrumente hierzu bietet die Prinzipientheorie.

1. Die Absolutheit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

a) Prinzipientheorie

Die Basis der Prinzipientheorie ist die normtheoretische Unterscheidung von Regeln und Prinzipien.²⁰ Regeln sind Normen, die definitiv etwas verlangen. Sie sind *definitive Gebote*. Die Form ihrer Anwendung ist die Subsumtion. Prinzipien sind demgegenüber *Optimierungsgebote*. Als solche verlangen sie, „daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“.²¹ Die rechtlichen Möglichkeiten werden, sieht man von Regeln ab, wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt. Aus diesem Grund enthalten Prinzipien, jeweils für sich genommen, stets nur ein Prima-facie-Gebot. Die Bestimmung des gebotenen Maßes der Erfüllung des einen Prinzips relativ auf die Anforderungen anderer Prinzipien erfordert eine Abwägung. Die Abwägung ist deshalb die spezifische Anwendungsform von Prinzipien.

Der Charakter der Prinzipien als Optimierungsgebote führt unmittelbar zu einer notwendigen Verbindung von Prinzip und Verhältnismäßigkeit. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besteht aus drei Untergrundsätzen: den Grundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Alle drei Untergrundsätze sind Ausdruck der Idee der Optimierung. Der Prinzipiencharakter impliziert deshalb den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dieser jenen. Wer den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz akzeptiert, muss den Prinzipien-

charakter der Grundrechte akzeptieren, und wer den Prinzipiencharakter der Grundrechte akzeptiert, muss den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz akzeptieren.

Prinzipien als Optimierungsgebote fordern eine Optimierung sowohl relativ auf das faktisch Mögliche als auch relativ auf das rechtlich Mögliche. Die Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit beziehen sich auf die Optimierung relativ auf die faktischen Möglichkeiten. Bei der Optimierung relativ auf die faktischen Möglichkeiten geht es um die Frage, ob eine Position ohne Nachteil für die andere verbessert werden kann.²² Die ersten beiden Untergrundsätze fordern also Pareto-Optimalität.

Optimierung relativ auf die faktischen Möglichkeiten besteht in der Vermeidung vermeidbarer Kosten. Kosten sind jedoch unvermeidbar, wenn Prinzipien kollidieren. Dann wird eine Abwägung erforderlich. Die Abwägung ist der Gegenstand des dritten Untergrundsatzes des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Dieser Grundsatz bringt zum Ausdruck, was Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten bedeutet. Er ist mit einer Regel identisch, die als „Abwägungsgesetz“ bezeichnet werden kann.²³ Sie lautet:

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.

Das Abwägungsgesetz schließt, unter anderem, einen intensiven Eingriff in das Prinzip P_1 , der nur durch eine geringe Wichtigkeit der Erfüllung des kollidierenden Prinzips P_2 gerechtfertigt wird, aus. Unter diesen Umständen einen Eingriff zuzulassen, würde keine Optimierung von P_1 *zusammen mit* P_2 sein.

b) Gewichtsformel

Das Abwägungsgesetz findet sich, in unterschiedlichen Formulierungen, nahezu überall in der Verfassungsrechtsprechung. Es drückt die Essenz der Abwägung aus und ist von großer praktischer Bedeutung. Wenn man eine präzise und vollstän-

²⁰ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 2011, 75–77.

²¹ Ebd., 75.

²² Ebd., S. 101–103.

²³ Ebd., S. 146.

dige Analyse der Struktur der Abwägung erhalten will, muss das Abwägungsgesetz freilich weiter ausgearbeitet werden. Das Ergebnis einer solchen weiteren Ausarbeitung ist die Gewichtsformel.²⁴ Sie lautet wie folgt:

$$G_{i,j} = \frac{I_i G_i S_i}{I_j G_j S_j}$$

„ $G_{i,j}$ “ steht für das konkrete Gewicht des Prinzips P_i relativ auf das kollidierende Prinzip P_j . Die Gewichtsformel definiert dieses konkrete Gewicht als den Quotienten von drei Faktoren auf jeder Seite der Abwägung. Von besonderer Bedeutung sind I_i und I_j . „ I_i “ steht für die Intensität des Eingriffs in P_i . „ I_j “ repräsentiert die Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips. Auch I_j lässt sich als Eingriffintensität verstehen, und zwar als die Intensität des Eingriffs in P_j durch Nichteingriff in P_i . „ G_i “ und „ G_j “ stehen für die abstrakten Gewichte der kollidierenden Prinzipien P_i und P_j . Wenn die abstrakten Gewichte gleich sind, was bei Grundrechtskollisionen oft der Fall ist, können G_i und G_j weggelassen werden. „ S_i “ und „ S_j “ stehen für zwei Faktoren, die in der jüngeren Grundrechtsdiskussion eine immer größere Bedeutung bekommen haben. Sie beziehen sich auf die Sicherheit der empirischen und normativen Annahmen²⁵ darüber, wie intensiv der Eingriff in P_i ist und wie intensiv in P_j eingegriffen werden würde, wenn der Eingriff in P_i unterbliebe. Hierbei handelt es sich nicht um einen auf die Sache bezogenen, also nicht um einen ontischen Faktor, sondern um eine auf die Erkenntnis bezogene, also um eine epistemische Größe. Darüber hinaus kann die Sicherheit der empiri-

24 Robert Alexy, Die Gewichtsformel, in: Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (Hg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, 790.

25 Dass S_i und S_j sich sowohl auf empirische als auch auf normative Prämissen beziehen, lässt sich durch folgende Gleichung ausdrücken:

$$S_i = S_i^e S_i^n$$

Diese Gleichung kann „Sicherheitsgleichung“ genannt werden. In Fällen, in denen sowohl die empirische als auch die normative Sicherheit in Frage steht, müssen für S_i und S_j die entsprechenden Produkte auf der rechten Seite der Sicherheitsgleichung eingesetzt werden. Auf diese Weise entsteht folgende verfeinerte Version der Gewichtsformel:

$$G_{i,j} = \frac{I_i G_i S_i^e S_i^n}{I_j G_j S_j^e S_j^n}$$

Vgl. hierzu Robert Alexy, Formal principles: Some replies to critics, in: International Journal of Constitutional Law 12 (2014), S. 514.

schon und normativen Annahmen auch auf die Einstufung der abstrakten Gewichte, also auch auf G_i und G_j , bezogen werden.²⁶

Eine Formel wie die Gewichtsformel, die einen Quotienten von zwei Produkten zum Ausdruck bringt, ist nur dann sinnvoll, wenn alle Faktoren durch Zahlen repräsentiert werden können. Das ist das Problem der Graduierung oder Skalierung. Ich habe an anderer Stelle²⁷ eine diskrete, also nichtkontinuierliche, triadische Skala vorgeschlagen, die mit geometrischen Folgen arbeitet. Diese Skala ordnet der Eingriffsintensität und dem abstrakten Gewicht die Werte „leicht“ (l), „mittel“ (m) und „schwer“ (s) zu und drückt diese durch die Zahlen 2^0 , 2^1 und 2^2 , also durch 1, 2 und 4, aus. Was die epistemische Seite, also S_i und S_j betrifft, so lässt sich mit den Stufen „gewiss“ oder „sicher“ (g), „plausibel“ (p) und „nicht evident falsch“ (e) arbeiten, denen die Werte 2^0 , 2^{-1} und 2^{-2} , also 1, $\frac{1}{2}$ und $\frac{1}{4}$, zuzuordnen sind.²⁸ Mit diesen Triaden lassen sich die meisten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen erfassen. Wenn sie nicht ausreichen, also feiner skaliert werden muss, können sie zu doppeltriadischen Skalen erweitert werden.²⁹

Wenn das konkrete Gewicht ($G_{i,j}$) von P_i größer ist als 1, geht P_i P_j vor, ist es kleiner als 1, geht P_j P_i vor. Wenn aber das konkrete Gewicht ($G_{i,j}$) 1 ist, besteht ein Patt. In diesem Fall ist es sowohl erlaubt, die in Frage stehende Maßnahme auszuführen, als auch, sie zu unterlassen.³⁰ Dies bedeutet, dass der Staat, insbesondere der Gesetzgeber, einen Spielraum hat. Das wird bei der Erörterung der relativen Dimension der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine erhebliche Rolle spielen.

26 Es könnte möglich sein, dass sich dies durch folgende Verfeinerung der Sicherheitsgleichung erfassen lässt:

$$S_i = S_{ii}^e S_{ii}^n S_{Gi}^e S_{Gi}^n$$

Doch das soll hier nicht weiter verfolgt werden.

27 Alexy, Die Gewichtsformel (Fn. 24), 783–791.

28 Ebd., 789–790.

29 Ebd., 786–787.

30 Robert Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 22–26.

c) Abwägung und Argumentation

Matthias Jestaedt hat der Gewichtsformel entgegengehalten, dass sich „deren behauptete oder doch zumindest insinuierte Exaktheit“ bei näherem Hinsehen „als bloße Schein-Exaktheit, als methodologische Chimäre“ entpuppe.³¹ Auf ähnlichen Linien spricht Stavros Tsakyrakis von „the myth of mathematical precision“. Dieser Mythos müsse, wenn es um „judicial reasoning“ gehe, verworfen werden.³² Der Einwand, dass mit der Gewichtsformel der Versuch unternommen werde, Argumentation durch Kalkulation zu ersetzen, und dass dies zum Scheitern verurteilt sei, also niemals in die absolute Dimension aufsteigen könne, liegt auf den ersten Blick in der Tat nahe. Die Grundelemente der Gewichtsformel sind Zahlen, die des juristischen Diskurses sind Argumente. Zahlen lassen sich leicht mit Messinstrumenten, etwa mit einem Thermometer, verknüpfen. An der Seite des Thermometers existiert aber kein Argumeter. Die Antwort hierauf lautet wie folgt. Die Zahlen, die in die Variablen der Gewichtsformel einzusetzen sind, repräsentieren Einstufungen, im Fall der Variablen I_i und G_i , ebenso wie bei ihren Gegenstücken, die Einstufungen als „leicht“, „mittel“ und „schwer“. Ein Beispiel ist ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit (P_i), die dem Schutz des Persönlichkeitsrechts (P_j) dient. Wenn der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit als schwer einzustufen ist, I_i also den Wert 4 erhält, dann steht die Zahl 4 für nichts anderes als den Satz: „Der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit ist schwer.“ Entsprechendes gilt, wenn die Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht durch Nichtschutz als leicht eingestuft wird. Die Zahl 1 steht dann für den Satz: „Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch Nichtschutz ist leicht.“ Der entscheidende Punkt ist nun, dass derartige Sätze – man kann sie „Einstufungssätze“ nennen –, wie Sätze oder Behauptungen ganz allgemein, einer Begründung bedürftig sind. Die Frage lautet, ob sie der Begründung fähig sind.

31 Matthias Jestaedt, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und Schwächen, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 267.

32 Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, in: International Journal of Constitutional Law 7 (2009), S. 472.

33 Alexander Somek, Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006, S. 135.

34 Ralf Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Jan-R. Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 76.

Ralf Poscher behauptet, ähnlich wie Alexander Somek,³³ dass die Abwägung „auf nicht weiter aufklärbaren Intuitionen über das relative Gewicht der abzuwägenden Prinzipien“ beruht.³⁴ Man kann das als „Intuitionismusthese“ bezeichnen. Der Intuitionismusthese ist, ebenso wie der Dezionismusthese Bernhard Schlinks³⁵ und der Willkürthese Jürgen Habermas³⁶ die Argumentationsthese entgegengzustellen.

Die Argumentationsthese macht geltend, dass sich Sätze über Eingriffsintensitäten und Wichtigkeitsgrade rational begründen lassen. Ein Beispiel bietet der Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 1997 über die Pflicht der Produzenten von Tabakwaren, auf ihren Erzeugnissen Hinweise auf die Gefahren des Rauchens für die Gesundheit anzubringen.³⁷ Das ist ein leichter Eingriff in die Berufsfreiheit. Ein vollständiges Verbot aller Tabakwaren wäre demgegenüber als schwerer Eingriff einzustufen. Zwischen derartigen leichten und schweren Fällen lassen sich Fälle von mittlerer Eingriffsintensität einordnen. Ein Beispiel dafür wäre das Verbot von Zigarettenautomaten zusammen mit der Beschränkung des Verkaufs von Tabakwaren auf bestimmte Geschäfte. Wenn Einstufungssätze nur Intuitionen, Dezionen oder Willkürakte zum Ausdruck bringen würden, könnte auf eine Einstufung der Warnhinweispflicht als schwerer und des vollständigen Tabakverbots als leichter Eingriff in die Berufsfreiheit der Produzenten von Tabakwaren nur mit Gegenintuitionen, Antidezionen oder entgegengesetzten Willkürakten reagiert werden. Es ist für die Rationalität der Abwägung von entscheidender Bedeutung, dass derartigen unsinnigen Einstufungen Argumente entgegengesetzt werden können. Diese sind nicht in allen Fällen so schlagend wie hier. Doch das gehört in das Feld der Absolutheit und Relativität der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Unter dem Aspekt der Begründung der Absolutheit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als solchen ist mit der Feststellung, dass die Gewichtsformel eine Argumentform³⁸ des juristischen Diskurses ist, ein wichtiger erster Schritt getan.

35 Bernhard Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 462.

36 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 315 f.

37 BVerfGE 95, 173.

38 Zu diesem Begriff Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2012, S. 123.

Der bloße Hinweis auf den argumentativen Charakter der Abwägung als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung begründet jedoch noch nicht deren Notwendigkeit und damit noch nicht ihre Absolutheit. Es könnten andere Formen der Argumentation existieren, die rationaler oder mindestens ebenso rational wie die durch die Gewichtsformel explizierte Abwägung sind.³⁹ Das ist das Problem der Alternativität. Auf drei Alternativen soll ein Blick geworfen werden: (1) die Subsumtion oder Klassifikation, (2) den Vernünftigkeitstest und (3) den Mindestpositionsschutz.

Die Subsumtionsalternative versucht, die Prüfung von Grundrechtsverletzungen ganz in die Interpretation der in der Grundrechtsbestimmung verwendeten Wörter zu verlagern. Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistet ohne Schrankenklausele die Wissenschaftsfreiheit und nach Art. 20a GG hat der Staat im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung die Tiere zu schützen. Das führt bei Tierexperimenten zu einem Normenkonflikt. Man nehme ein Tierexperiment, das „nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“,⁴⁰ wobei es freilich um die Wahrheit in einer sowohl für die Wissenschaft als auch für die Gesellschaft recht unbedeutende Frage geht. Auf der anderen Seite müssen zur Durchführung des Experiments sehr viele Tiere hoher Evolutionsstufe sehr schweren Schmerzen ausgesetzt werden. Wie soll dieser Fall durch bloße Subsumtion gelöst werden? Dass es um Wissenschaft geht, lässt sich im Lichte der Tatsache, dass es mehr oder weniger bedeutende Fragen gibt, die von Wissenschaftlern in ernsthafter und planmäßiger Wahrheitssuche verfolgt werden, kaum bezweifeln. Andererseits stellt Art. 20a GG das Tierschutzgebot in den Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und zu dieser gehört die durch Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos garantierte Wissenschaftsfreiheit. Also müsste das Experiment, wenn man die beiden Bestimmungen als Regeln ansieht, unter die zu subsumieren ist, erlaubt werden. Nun sei angenommen, dass ein Verbot eine zulässige Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit wäre. Vor diesem Hintergrund bliebe der Subsumtionsalternative nur der Ausweg, entweder weniger bedeutende wissenschaftliche Fragen nicht als wissenschaftlich anzusehen oder die Klausel „im Rahmen der

verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 20a GG erst für nichtexistent zu erklären und dann Art. 20a GG entweder als Ausnahme zu Art. 5 Abs. 3 GG oder als gegenüber Art. 5 Abs. 3 GG höherrangig einzustufen. Beides hätte mit rationaler Argumentation kaum etwas zu tun. Es diene nur dem Zweck, das, was sich im Wege der Subsumtion nicht rational begründen lässt, wohl aber durch Abwägung,⁴¹ doch durch Subsumtion zu begründen. Einer solchen Rabulistik ist das offene Spiel von Grund und Gegengrund nach Maßgabe der Gewichtsformel unter dem Aspekt der Rationalität weit überlegen.

Die zweite Alternative ist der Vernünftigkeitstest. Der Begriff der Vernünftigkeit wird sehr unterschiedlich verstanden. Eine enge Fassung findet sich in der britischen *Wednesbury*-Entscheidung aus dem Jahre 1948. Danach ist etwas *unreasonable*, wenn es „so absurd“ ist, „that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority“.⁴² Ein solcher Absurditätstest ist ein zu schwacher Test. Die weite Fassung von Vernünftigkeit, *reasonableness* oder *ragionevolezza* schließt grundsätzlich alles, was als Kriterium der praktischen Richtigkeit gelten kann, in den Begriff ein. Wenn dies auch die Verhältnismäßigkeit umfasst und deren Beziehung zu den weiteren Elementen klar bestimmt wird, ist der Vernünftigkeitstest keine wirkliche Alternative zur Verhältnismäßigkeitsprüfung. Auch diese steht aufgrund der Argumentationsthese mit den weiteren Regeln und Formen des rationalen juristischen Diskurses in Verbindung. Wenn aber nur diffus auf ein Bündel von *Topoi* Bezug genommen wird, ist der Vernünftigkeitstest eine schlechte Alternative zur Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Gewichtsformel macht deutlich, welche Elemente, man könnte fast sagen: welche Kräfte, bei der Einschränkung von Grundrechten von Bedeutung sind und wie diese sich zueinander verhalten. Dadurch bringt sie, in Baraks Worten, „order into legal thought“.⁴³

Die dritte hier zu betrachtende Alternative ist der Mindestpositionsschutz, wie er von Schlink⁴⁴ und Poscher⁴⁵ ins Spiel gebracht wird. Diese Alternative würde im Verfassungsrecht einen Satz möglich machen wie: „Der Eingriff in das Grund-

39 Bernal Pulido, *The Migration of Proportionality Across Europe* (Fn. 1), S. 508.

40 BVerfGE 35, 79 (113).

41 Vgl. hierzu OVG Bremen, DVBl 2013, S. 669.

42 *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 229.

43 Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, S. 173.

44 Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976, S. 76–78, 192–199.

45 Poscher, *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie* (Fn. 34), S. 67, 74.

recht ist verfassungsgemäß, obwohl er schwer ist und nur durch einen leicht wiegenden Grund gerechtfertigt wird, denn die Mindestposition wird gewahrt.“ Für die Mindestpositionsthese reicht es für Verfassungsmäßigkeit eines – geeigneten und erforderlichen – Eingriffs aus, dass die Mindestposition gewahrt wird. Verfassungsmäßige Eingriffe aber sind gerechtfertigte Eingriffe.⁴⁶ Nun gilt aber, dass dann, wenn fest steht, dass ein Eingriff in ein Grundrecht vom Standpunkt der Verfassung aus schwer ist und der ihn rechtfertigende Grund vom Standpunkt der Verfassung aus nur leichtes Gewicht hat, dieser Eingriff nicht gerechtfertigt. Das bedeutet, dass es nach der Mindestpositionsthese nicht gerechtfertigte Eingriffe gibt. Das führt in das „regno delle assurdità“,⁴⁷ das Reich des Absurden.

Keine Alternativenliste ist unter dem Aspekt der Endgültigkeit vollständig. Es kann Neues auftauchen. Dennoch geben die bisherigen Überlegungen Anlass zu der Vermutung, dass der Verhältnismäßigkeit als solcher eine Stabilität in der Zeit zukommen wird, die der aristotelischen Syllogistik nicht nachsteht. Sollte diese Vermutung zutreffen, hätte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz notwendige Geltung und deshalb als Grundsatz einen absoluten Charakter.

2. Die Relativität und die Absolutheit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als solcher einen absoluten Charakter hat, bedeutet nicht, dass auch seiner Anwendung ein solcher Charakter zukommen muss. Wer meint, dass in die Variablen der Gewichtsformel immer alles eingesetzt werden kann, also stets alle Einstufungen möglich sind, vertritt die These einer vollständigen Relativität der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Schlink kommt dieser These nahe, wenn er sagt, dass „das Optimierungsgebot ... ein so offenes Konzept [ist], daß es jeden nicht völlig unsinnigen staatlichen Eingriff in die Freiheit zu rechtfertigen gestattet“.⁴⁸ Träfe

die These der vollständigen Relativität zu, wäre der durch die Gewichtsformel explizierte dritte Teilgrundsatz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Kriterium, das kein Kriterium ist. Das hätte die systematische Konsequenz, dass der dritte Teilgrundsatz zu verwerfen wäre. Er verlöre seine notwendige Geltung und mit dieser seinen absoluten Charakter. Nun könnte man daran denken, der These der vollständigen Relativität die These der vollständigen Absolutheit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entgegenzusetzen. Dies würde bedeuten, dass alle Verfassungsgerichte und alle mit Grundrechten befassten supra- und internationalen Gerichtshöfe in allen hinreichend gleichen Grundrechtsfällen die gleichen Entscheidungen zu fällen hätten. Es ist leicht zu sagen, dass weder die vollständige Relativität noch die vollständige Absolutheit richtig sein kann und dass deshalb ein Mittelweg einzuschlagen sei. Doch diese Feststellung hat, wie Mittelwegthesen ganz allgemein, wenig Wert, solange nicht auch eine Konstruktion dieses Mittelweges geboten wird.

a) Spielräume

Die Basis der Bestimmung des Verhältnisses der Relativität zur Absolutheit in der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bildet die Spielraumtheorie. Ein mit der Verhältnismäßigkeit verbundener Spielraum liegt immer dann vor, wenn die Prüfung der Verhältnismäßigkeit dazu führt, dass zwei sich widersprechende Maßnahmen gleichermaßen verhältnismäßig sind. Die Spielraumtheorie kann hier nicht im Einzelnen dargestellt werden.⁴⁹ Ich werde mich darauf beschränken, anhand eines Beispiels aus der Rechtsprechung anzudeuten, wie die Relativität der Anwendung des dritten Teilgrundsatzes des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, also der Abwägung, mit Hilfe der Gewichtsformel konstruiert werden kann.

Die Grundunterscheidung der Spielraumtheorie ist die Unterscheidung zwischen substantiellen⁵⁰ und epistemischen Spielräumen. Ein substantieller Spielraum liegt vor, wenn die Verfassung etwas weder gebietet noch verbietet. Ein

46 Oder soll es verfassungsmäßige nicht gerechtfertigte Eingriffe geben, wobei „nicht gerechtfertigt“ „verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt“ bedeutet?

47 Federico Pedrini, *Colloquio su Principi, Diritto e Giustizia*. Intervista, in: *Lo Stato*, 2 (2014), S. 151.

48 Bernhard Schlink, *Grundrechte als Prinzipien?*, in: *Osaka University Law Review* 39 (1992), S. 54.

49 Vgl. hierzu Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit* (Fn. 30), S. 15–30.

50 Statt von „substantiellen“ kann man auch von „strukturellen“ Spielräumen sprechen. Vgl. Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit* (Fn. 30), S. 16.

epistemischer Spielraum entsteht demgegenüber aus der Unsicherheit der Erkenntnis dessen, was die Verfassung gebietet und verbietet. Hier sollen nur die substantiellen Spielräume in den Blick genommen werden.⁵¹

Es gibt drei Arten von substantiellen Spielräumen: (1) Zwecksetzungsspielräume, (2) Mittelwahlspielräume und (3) Abwägungsspielräume. Der Gesetzgeber hat in dem Umfang einen Zwecksetzungsspielraum, in dem die Verfassung ihm die Wahl der Eingriffsgründe freistellt, was etwa durch explizite Eingriffsermächtigungen geschehen kann.⁵² Die Lautsi-Entscheidung der Großen Kammer des EGMR bietet ein Beispiel eines Zwecksetzungsspielraums. Es geht hier um die Frage, ob Kreuzfixe in den Klassenräumen staatlicher Schulen das religiöse Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 2 Satz 2 des Zusatzprotokolls Nr.1 zur EMRK oder, was die Kinder betrifft, deren Bildungsrecht aus Art. 2 Satz 1 des Protokolls oder deren Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK verletzen. Nach Feststellung eines Eingriffs⁵³ wird als Eingriffsgrund der Zweck der italienischen Regierung festgestellt, eine für die italienische Identität wichtige Tradition fortzusetzen.⁵⁴ Klar wird im Hinblick auf diesen Zweck ein Zwecksetzungsspielraum angenommen: „The Court takes the view that the decision whether or not to perpetuate a tradition falls in principle within the margin of appreciation of the respondent State.“⁵⁵ Damit wird die Tradition in den Rang eines gegenläufigen Prinzips erhoben.⁵⁶ Dieses Prinzip, P_p , ist gegen die Religionsfreiheit in ihrer Verbindung mit der Bildung, P_b , abzuwägen. Nun stuft

der EGMR, in krassem Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht,⁵⁷ den Eingriff in die Religionsfreiheit als leicht ein,⁵⁸ I_i erhält also den Wert 1. Die Intensität des hypothetischen Eingriffs in das Traditionsprinzip durch ein Kreuzfixverbot wird nicht klar bestimmt. Vieles in der Entscheidung spricht aber dafür, dass der EGMR hier eine mittlere Eingriffsintensität annimmt. I_j erhält damit den Wert 2. Da die Werte der beiden anderen Variablen der Gewichtsformel im vorliegenden Fall als gleich angenommen werden können, spielen sie bei der Bestimmung des konkreten Gewichts von P_b , also von $G_{i,j}$, keine Rolle. $G_{i,j}$ erhält damit den Wert $\frac{1}{2}$. Dass dieser Wert kleiner ist als 1 bedeutet, dass P_b , also das Traditionsprinzip, P_b , also der Religionsfreiheit, vorgeht. Damit ist der Eingriff verhältnismäßig. Vieles ließe sich noch zu der Entscheidung sagen. Hier soll jedoch nur ein Punkt hervorgehoben und verallgemeinert werden. Die durch den Zwecksetzungsspielraum erzeugte Relativität besteht darin, dass dann, wenn das konkrete Gewicht ($G_{i,j}$) des betroffenen Rechts nicht größer als 1 ist, es von der Entscheidung des Staates abhängt, ob der Grundrechtsträger den Eingriff erleiden muss oder nicht.

Die Mittelwahlspielräume, die bei Rechten auf positive Handlungen des Staates eine große Rolle spielen,⁵⁹ sollen hier nicht betrachtet werden. Auch auf den dritten substantiellen Spielraum, den Abwägungsspielraum, kann nur ein kurzer Blick geworfen werden. Ein Abwägungsspielraum liegt vor, wenn ein Abwägungspatt besteht, was dann der Fall ist, wenn die Produkte auf beiden Seiten der Gewichtsformel gleich

51 Ein epistemischer Spielraum kann entstehen, wenn die die Einstufung der Eingriffsintensitäten (I_i , I_j) und der abstrakten Gewichte (G_i , G_j) stützenden empirischen und normativen Prämissen nicht gewiss (g), sondern nur plausibel (p) oder nicht evident falsch (e) sind. Bei Gewissheit erhält S_i bzw. S_j den Wert 2^0 , also 1. Das bedeutet dass die epistemische Ebene das Ergebnis der substantiellen Ebene nicht beeinflusst. Sind die Prämissen jedoch lediglich plausibel (p), ist der Wert 2^{-1} , also $\frac{1}{2}$, einzusetzen, sind sie lediglich nicht evident falsch (e), der Wert 2^{-2} , also $\frac{1}{4}$. Damit beeinflusst die epistemische Ebene die substantielle Ebene, indem sie deren Ergebnis bei p auf die Hälfte und bei e auf ein Viertel reduziert. Es soll wieder angenommen werden, dass, wie so oft, die abstrakten Gewichte gleich sind, also weggekürzt werden können. Wenn I_i nun den Wert 2 hat und I_j den Wert 4, dann besteht kein substantielles Patt. Fügt man dem nun S_i mit dem Wert 1 und S_j mit dem Wert $\frac{1}{2}$ hinzu, so entsteht ein Patt, das man als „substantiell-epistemisches Patt“ bezeichnen kann. Das substantiell-epistemische Patt ist vom rein epistemischen Patt zu unterscheiden. Ein solches liegt vor, wenn zwei um dieselbe substantielle Variable konkurrierende sich widersprechende Prämissen gleichermaßen plausibel (p) oder gleichermaßen nicht evident falsch (e) sind. Dann kann der Gesetzgeber frei wählen. Der Cannabis-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 90,145) bietet hierfür ein Beispiel; vgl. hierzu Alexy, Die Gewichtsformel (Fn. 24), S. 790–791. Hat eine der um dieselbe Variable konkurrierenden Prämissen den Wert p und die andere den Wert e , besteht demgegenüber kein epistemisches Patt. Eingehender zur epistemischen Dimension der Abwägung Alexy, Formal principles: Some replies to critics (Fn. 25), S. 519–524.

52 Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit (Fn. 30), S. 17.

53 EGMR, Urt. v. 18. 3. 2011 – 30814/06, Lautsi and Others v. Italy (Grand Chamber), Rn. 65.

54 Ebd., Rn. 67.

55 Ebd., Rn. 68.

56 Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 20), S. 119.

57 BVerfGE 93,1 (18).

58 EGMR, Lautsi and Others v. Italy (Fn. 53), Rn., 72.

59 Robert Alexy, Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz, in: Jan Sieckmann (Hg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 108, 119.

sind, das konkrete Gewicht ($G_{i,j}$) von P_i also 1 ist. Bei der Verwendung der triadischen Skala gibt es drei Pattsituationen: (1) l/l , (2) m/m und (3) s/s .⁶⁰ In diesen Fällen steht es dem Gesetzgeber frei, zu entscheiden, wie er will. Die Relativität besteht wieder darin, dass es von einer Entscheidung des Staates abhängt, ob der Grundrechtsträger den Eingriff erleiden muss oder nicht. Der Abwägungsspielraum kann mit anderen Spielräumen verknüpft sein, etwa mit dem Zwecksetzungsspielraum. Wenn man in dem Lautsi-Fall I_j , also den hypothetischen Eingriff in das Traditionsprinzip durch ein Kreuzifixverbot nicht als mittelschwer, sondern nur als leicht einstuft, ihm also nicht den Wert 2, sondern nur den Wert 1 zuordnet, entsteht mit dem Patt ein auf einem Zwecksetzungsspielraum beruhender Abwägungsspielraum, was bedeutet, dass die Entscheidungsfreiheit der italienischen Regierung erhalten bleibt.

b) Diskursiv notwendige Einstufungen

Bislang ging es um die Konstruktion von Elementen der relativen Dimension der Verhältnismäßigkeit mit Hilfe der Gewichtsformel. Dabei stand der Begriff des Spielraums im Zentrum. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine derartige Konstruktion auch auf der Seite der absoluten Dimension möglich ist, tritt die Argumentationsthese in den Vordergrund. Die Argumentationsthese sagt, dass sich Sätze über Eingriffsintensitäten und Wichtigkeitsgrade rational begründen lassen. Nun geht es bei Einstufungssätzen darum, was grundrechtlich verboten, geboten und erlaubt ist,⁶¹ also um praktische Fragen. Radikaler Skeptizismus macht an dieser Stelle geltend, gestützt auf Formen des Emotivismus, des Dezisionismus, des Subjektivismus, des Relativismus, des Naturalismus oder des Dekonstruktivismus, dass rationale praktische Argumentation nicht möglich ist. Dem ist entgegenzuhalten, dass es Kriterien praktischer Rationalität gibt, die sich zu einem System der Regeln und Formen des rationalen praktischen Diskurses zusammenfassen lassen.⁶² Die Frage kann deshalb nicht sein, ob es rationale praktische Argumentation gibt, son-

dern nur, welche Kraft sie hat. Um dies zu erfassen, ist zwischen diskursiver Notwendigkeit, diskursiver Unmöglichkeit und bloßer diskursiver Möglichkeit zu unterscheiden.⁶³ Diskursiv notwendig ist, was aufgrund der Diskursregeln gefordert ist. Hierzu gehören die Menschenrechte und die Demokratie.⁶⁴ Diskursiv unmöglich ist, was aufgrund der Diskursregeln ausgeschlossen ist. Hierzu gehören das Rassenprinzip und das Führerprinzip. Diskursiv bloß möglich ist, was begründet werden kann, ohne gegen Diskursregeln zu verstoßen, obwohl auch das Gegenteil begründet werden kann, ohne gegen Diskursregeln zu verstoßen.

Die für die Dimension der Absolutheit in der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entscheidende Frage lautet, ob es neben der abstrakten diskursiven Notwendigkeit der Menschenrechte auch eine konkrete diskursive Notwendigkeit von Einstufungssätzen und damit von Ergebnissen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen gibt. Dies ist zu bejahen. Der Tabakfall bietet ein Beispiel. Ein weiteres findet sich in der TITANIC-Entscheidung des BVerfG. Von der öffentlichen Bezeichnung eines Schwerbehinderten als „Krüppel“ in einem schmähenden Kontext wird vom BVerfG zu Recht gesagt, dass sie ihn „schwer in seinem Persönlichkeitsrecht“ verletzt.⁶⁵ Und wie lange würden wir mit jemandem diskutieren, der die lebenslange Freiheitsstrafe⁶⁶ als einen leichten Eingriff einstuft, ein ortsrechtliches Taubenfütterungsverbot aber als schweren Eingriff?⁶⁷

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass Fälle, in denen diskursiv notwendige Einstufungen möglich sind, man kann sie als „klare Abwägungsfälle“ bezeichnen, nur relativ selten vor die Verfassungsgerichte gelangen. Und dennoch sind diese klaren Fälle systematisch von großer Bedeutung. Das System der Verhältnismäßigkeit schwebt nicht in der Luft, sondern ruht auf einem massiven Fundament klarer Fälle. Man könnte hier von der „Verhältnismäßigkeitsbasis“ sprechen.

60 Es ist für die Theorie der Spielräume von größter Bedeutung, dass die Zahl der Pattsituationen mit der Verfeinerung der Skala sinkt. Bei der triadischen Skala sind ein Drittel aller Konstellationen Pattsituationen. Bei einer neunstufigen doppeltriadischen Skala, also einer Skala, die mit l beginnt, mit m fortfährt und mit s endet, schrumpft der Anteil der Pattsituationen auf ein Neuntel. Die Wahl einer groben Skala vergrößert also die Spielräume des Staates. Vgl. hierzu Julian Rivers, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing, in: George Pavlakos (Hg.), Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy, Oxford 2007, S. 184.

61 Der Weg von den Einstufungssätzen zu den grundrechtlichen Verboten, Geboten und Erlaubnissen führt über die Verknüpfung der beiden Gesetze der Prinzipientheorie, des durch die Gewichtsformel explizierten Abwägungsgesetzes und des Kollisionsgesetzes. Vgl. hierzu Robert Alexy, Proportionality and Rationality, Ms., IV.2.

62 Zu einem solchen System von 28 Regeln und Formen vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 38), S. 233–255.

63 Ebd., S. 256.

64 Robert Alexy, Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 147–164.

65 BVerfGE 86, 1 (13).

66 BVerfGE 45, 187 (238): Es stehen „schwere Grundrechtseingriffe in Frage“.

67 BVerfGE 54, 143 (147): Ein „nur sehr begrenzte[r] Eingriff“.

c) Reale Relativität und ideale Absolutheit

Hiergegen könnte geltend gemacht werden, dass es zwar eine gewisse Basis klarer Fälle gebe, dass aber jenseits dieser Basis das Reich reiner Relativität beginne. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung sei daher gerade dort, wo man sie wirklich brauche, ohne Wert. Um dem zu entgegen sei ein Blick auf die Entscheidung des BVerfG zur Rasterfahndung aus dem Jahre 2006 geworfen. In dieser Entscheidung ging es um die Verfassungsbeschwerde eines marokkanischen Staatsangehörigen, der in Deutschland studierte, gegen die Anordnung einer Rasterfahndung. Diese Anordnung verpflichtete Einwohnermeldeämter, das Ausländerzentralregister und Universitäten, Daten von männlichen Personen zwischen 18 und 40 Jahren, unter anderem über deren Glauben, deren Geburtsland, und deren Studienfach, an die Polizei zu übermitteln. Diese Daten wurden zu dem Zweck, potentielle islamistische Terroristen zu identifizieren, elektronisch verarbeitet. Die Mehrheit der Mitglieder des Ersten Senats des BVerfG nahm ein Eingriff „von erhebliche[m] Gewicht“,⁶⁸ also einen schweren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung an. Zu dessen Rechtfertigung würde zwar eine konkrete Gefahr ausreichen, nicht aber eine „allgemeine Bedrohungslage“, also eine generelle oder abstrakte Gefahr, „wie sie spätestens seit dem 11. September 2001“ bestehe.⁶⁹ Eine konkrete Gefahr aber konnte nicht dargelegt werden. Die Verfassungsbeschwerde hatte deshalb Erfolg. Ganz anders ist die Einstufung in der abweichenden Meinung der Richterin Haas. Nach ihr geht es um einen Eingriff „von geringem Gewicht“, der „im Interesse der Allgemeinheit ... hinzunehmen“ ist.⁷⁰ Die Verfassungsbeschwerde wäre danach nicht begründet gewesen.

Wer nur auf die Tatsache abstellt, dass der Fall aufgrund einer Mehrheitsentscheidung gelöst wurde, kann leicht den Eindruck der Relativität gewinnen, und man kann in der Tat im Blick auf die Entscheidungsprozedur von einer „realen Relativität“ sprechen. Damit wird das Phänomen jedoch nur teilweise erfasst. Um es ganz in den Blick zu bekommen, ist der realen Relativität die ideale Absolutheit an die Seite zu stellen. Die ideale Absolutheit entspringt der Tatsache, dass beide Seiten für ihre Einstufungen einen Anspruch auf Richtigkeit erheben und versuchen, ihn durch Argumente einzulösen. Mit dem Anspruch auf Richtigkeit wird auf die Richtigkeit als regulative Idee Bezug genommen. Die Richtigkeit als regulative Idee führt dazu, dass die faktisch bestehende und durch die Mehrheitsregel institutionell gelöste Nichtübereinstimmung für zukünftige Argumentationen offen bleibt. Damit zielt die Richtigkeit als regulative Idee in die Dimension des Absoluten. So stirbt auch jenseits der Basis klarer Fälle die Dimension des Absoluten nicht. Sie lebt in der Verknüpfung von realer Relativität und idealer Absolutheit fort.

68 BVerfGE 115, 320 (348).

69 BVerfGE 115, 320 (364).

70 BVerfGE 115, 320 (379).

RESUMÉ

ROBERT ALEXY:
Absolutní a relativní dimenze základních práv

Ve svém příspěvku se R. Alexy podrobně věnuje principu proporcionality a své vážicí formuli. Úvodem připomíná rozdíl mezi přirozenoprávním a pozitivistickým konceptem, jakož i mezi pravidly a principy, a to vše demonstruje na vztahu základních a lidských práv. Představuje matematický vzorec vážicí formule. Pro zkonkrétnění abstraktní roviny přiřazuje jednotlivým hodnotám vzorce čísla, avšak dodává, že při hodnocení přiměřenosti zásahu do některého ze základních práv nejde o pouhou aritmetiku, nýbrž že výsledek musí být také obstojně vyargumentován. Alexy se dále vypořádává s alternativami řešení střetu základních práv a s argumenty odpůrců vážicí formule a vyslovuje absolutní povahu principu proporcionality, která ovšem zároveň neznamená nutně také absolutní povahu jeho aplikace. K tomu je nutno si uvědomit, že „váženímhodné“ případy napadají ústavním soudům spíše zřídka a nevznášejí se ve vakuu, nýbrž jsou stavěny na pevných základech „jasných případů“. Svůj příspěvek R. Alexy uzavírá tezí, že dimenze absolutna přežívá ve spojení ideálního absolutna s reálnou relativitou.



JIŘÍ ZEMÁNEK

Vystudoval zahraniční obchod na Vysoké škole ekonomické a právo na Univerzitě Karlově, poté působil od roku 1974 jako vědecký pracovník v Ústavu státu a práva Československé akademie věd v oboru mezinárodní právo a ekonomická integrace. Spoluzakládal evropská právní studia na Univerzitě Karlově. V roce 1998 získal profesuru Jeana Monneta pro evropské právo. Jako člen Legislativní rady vlády se podílel zejména na procesu sblížení českého právního řádu s právem EU a na práci komise pro přípravu euronovely Ústavy České republiky. Prezident republiky jej 20. ledna 2014 jmenoval soudcem Ústavního soudu.

He studied foreign trade at the Prague School of Economics and law at the Charles University, and carried out scholarly research at the Institute of State and Law of the Czechoslovak Academy of Sciences in international law and economic integration since 1974. He helped establish European legal studies at the Charles University. He was named Jean Monnet Chair of European Law in 1998. In his capacity as member of the Legislative Council of the Government, he participated in particular in the process of approximation of Czech law and EU law, and in the work of a commission that drafted the Euroamendment to the Constitution of the Czech Republic. On January 20th, 2014, the country's president appointed him as justice of the Constitutional Court.

ČESKÉ ÚSTAVNÍ SOUDNICTVÍ V EVROPSKÉM ÚSTAVNÍM PROSTORU

I. Úvod

Český Ústavní soud vstoupil do arény evropského ústavního diskursu na počátku nového století. Přestože doma teprve vrcholila „legislativní smršť“, vyvolaná plněním podmínek pro vstup do Evropské unie,¹ a celková společenská transformace v zemi nebyla ještě ukončena, jeví se toto období s odstupem času a v evropské perspektivě jako vcelku idylické: nebyla krize dluhová ani uprchlická, při přípravě revize zakládacích Smluv byla v Konventu široce – i za účasti představitelů zákonodárné a výkonné moci kandidátských států – diskutována celá řada hodnotových otázek, majících zásadní význam pro budoucnost kontinentu a dopad na její obyvatele. Předporozumění, jak systém evropského práva funguje, se redukovalo do značné míry na jeho specifické vnitrostátní účinky, jejichž zajištění bylo velkou výzvou ke korektuře některých parametrů teprve nedávno osvojených základů demokratického právního státu v normotvorbě, aplikační praxi i právnickém myšlení vůbec.

Přestože nebyl důvod pochybovat, že systém evropského práva se hlásí ke stejným ústavním principům a jeho institucionální zázemí osvědčilo schopnost bránit tyto principy v každodenním provozu integračního procesu, zaujaly ústavní soudy nových členských států zprvu velmi střízlivý, možno říci i ostražitý a místy až obranný postoj k evropskému právu. Stěží jim lze vyčítat nízkou úroveň zájmu o soudržnost systému jako celku, neboť tomu musí předcházet sebeuvědomění své spoluodpovědnosti za jeho osud a rozvoj, opřené o důvěru ve vlastní schopnost obstát v otevřené (přeshraniční!) soudní komunikaci, tedy ve schopnost, která nebývala běžnou součástí „genetické“ profesní výbavy vnitrostátních soudců. Cesta od přijetí evropského práva, jevícího se zprvu jako „cizí“ normativní

1 Pamětníci si jistě připomenou pojmy „acquis communautaire“, „aproximace práva“ či „screening legislativy“ ad.

2 *Vosskuhle, A.*, „Integration durch Recht“. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, přednáška na Humboldtově univerzitě v Berlíně v rámci řady „Humboldt-Reden zu Europa“, 22. října 2015, v níž

korpus, za „vlastní“, byla bezprecedentní. I zde platí, co s jistotou nadsázkou řekl už na počátku devadesátých let *Václav Havel*: „V Evropě budeme skutečně teprve tehdy, až Evropa vstoupí do nás.“

Taková změna mysli je předpokladem chování, které povede – v podstatné míře – k odklonu od defenzivního a „introvertního“ postoje vůči evropskému právu směrem k emancipované kooperativní participaci. Právě v době, kdy jsou v politické rovině kladeny existenciální otázky, na kterých vždy byla založena soudržnost Evropské unie, je role práva klíčová.² Setrvání u distancovaného, svým způsobem pohodlného postoje by bylo neospravedlnitelným alibismem.

II. Strategie pro nastavení kormidla

Prvním z úkolů, s kterým byl Ústavní soud konfrontován hned na počátku, bylo vyjasnit si vztah mezi unijním právem a českým ústavním právem s ohledem na svoji roli „soudního orgánu ochrany ústavnosti“ podle čl. 83 Ústavy.

Toto téma v sobě skrývá dvě neoddělitelná zadání: hmotněprávní posouzení poměru mezi dvěma normativními řádami, působícími v jurisdikci Ústavního soudu, a posouzení role Ústavního soudu v řešení konfliktů mezi nimi, přičemž způsob a rozsah tohoto angažmá Ústavního soudu jsou přímo ovlivněny výsledkem první otázky.

Ústavní soud měl (teoreticky) výběr ze tří možných strategií:

1. posoudit unijní právo jako plně autonomní právní řád, nezávislý ve své existenci na právu členského státu, a dojít tak k závěru, že otázka unijního práva v řízení před Ústavním soudem fakticky nemůže vyvstat, a není proto příslušný ani k přezkoumávání kolizí mezi nimi, neboť tento úkol náleží Soudnímu dvoru EU³, nebo

připomněl význam, který v polovině 80. let minulého století mělo pětisvazkové kolektivní dílo „Integration Through Law“ pod hlavní redakcí *M. Cappellettiho* a *J. Weilera* pro rozvoj evropského právního řádu a jeho soudní architektury.

3 *Bobek, M.*, *New Legal Order or a Non-Existent One?*, *Croatian Yearbook of European Law*, 2006.

2. pohlížet na unijní právo jako na součást referenčního rámce svého přezkumu (ústavního pořádku) s tím, že rolí Ústavního soudu bude derogovat normy českého podústavního práva v případě jejich konfliktu s unijním právem a Ústavní soud bude mít plnou kontrolu nad uplatňováním unijního práva v právním prostoru České republiky – na úkor samostatnosti obecných soudů, anebo
3. přijmout v rámci své role ochrany ústavnosti i úkol strážce hladkého fungování nového systému, v němž dva právní řády spolupůsobí, vzájemně se ovlivňují a jejich interakce je potenciálně konfliktní, přičemž zásah Ústavního soudu bude namístě až tehdy, pokud konflikt mezi nimi bude ohrožovat fungování systému jako celku.

Jakou cestou se český Ústavní soud vydá, naznačil už krátce po přistoupení České republiky do Evropské unie, jehož výchozí tvar nastavil nedlouho před tím ústavodárce v tzv. euronovele Ústavy.⁴

III. Ústavní východiska evropské doktríny Ústavního soudu

Účel přijetí ústavního euročlánku byl dvojjediný: vytvořit potřebný prostor pro působení supranacionálního právního řádu Evropské unie na vnitrostátní úrovni, tj. pro řádné plnění závazků plynoucích z členství, a vytvořit předpoklady (vč. institucionálních) pro plné využití potenciálu, který účast České republiky v rozhodovacích kapacitách evropského integračního procesu nabízí.

Poté, co se ukázalo, že k takovému (obousměrnému) otevření státnosti pouhá reinterpretace Ústavy nepostačí a – vzhledem k úspěšné ústavodárné kultuře – nebyla přijata ani myšlenka plošné eurevizie celé Ústavy (na rozdíl od Rakouska a ve své době i Švýcarska!), byla přijata minimální varianta změny ústavního textu s implicitním předpokladem, že konečná podoba přístupového „manévru“ v této rovině bude výsledkem až jeho dotváření v rozhodovací praxi Ústavního soudu a obecných soudů. Toto strategické rozhodnutí ústavodárce (připomeňme: učiněné v době vrcholící tzv. legislativní smršti, kterou vyžadovala předstupní

aproximace v rovině podústavního práva, a dosud neskončené společenské transformace) se odehrálo mj. na pozadí příklonu Ústavy k monistické koncepci vnitrostátní závaznosti mezinárodních smluv s primátem práva mezinárodního (čl. 10) a pokynu orgánům aplikujícím právo dodržovat závazky, které pro Českou republiku vyplývají z mezinárodního práva (čl. 1 odst. 2).

Jádrem euročlánku je explicitně ničím nepodmíněná autorizace přenosu „některých“ pravomocí orgánů České republiky (bezprostředně) mezinárodní smlouvou na mezinárodní organizaci nebo instituci (čl. 10a odst. 1), která podléhá kvalifikovanému souhlasu Parlamentu, popř. souhlasu danému v (závazném) referendu, a slučitelnost jejíhož výsledku s ústavním pořádkem je fakultativně (na návrh) ex ante (před ratifikací) přezkoumatelná Ústavním soudem (čl. 87 odst. 2). Na druhé straně, ústavodárce nezakotvil (na rozdíl např. od Polska nebo Slovenska) ani zásady, jimiž se podle judikatury Soudního dvora řídí vnitrostátní závaznost norem unijního práva (aplikační přednost aj.), jelikož neshledal takovou bezvýhradnou proklamaci nutnou a zřejmě ani taktickou, ačkoliv vládní předloha obecnou klauzuli v tom smyslu obsahovala („... jehož vnitrostátní účinky se řídí pravidly jím samotným stanovenými“).

Jak patrně, ústavodárce kladl vysoké nároky na ústavní přezkum (dojde-li k němu) změn primárního práva Evropské unie, zatímco rozsah a intenzitu přezkumu vnitrostátních dopadů norem sekundárního práva Evropské unie Ústavnímu soudu nepředepisuje. Celou operaci pojal instrumentálně ve smyslu zajištění shora zmíněného dvojjediného účelu, nikoliv z hlediska ideového či ústavně-hodnotového, které by vyjadřovalo naplnění základních funkcí státu (také) prostřednictvím jeho účasti v Evropské unii (čl. 88–1 francouzské Ústavy), popř. zároveň i jako příspěvku k „uskutečnění sjednocené Evropy“, podmíněného ale zachováním – ze strany Evropské unie – zásad demokratického právního státu a ochranou základních práv ve své podstatě srovnatelnou s Ústavou („europafreundlich“-přístup, vyjádřený v čl. 23 odst. 1 německé Ústavy). Ústavodárce ponechal tak Ústavnímu soudu značný prostor k dotváření ústavního profilu členství v Evropské unii v rámci jeho role soudního orgánu ochrany ústavnosti. Přímou starost projevil jen o kontrolovatelnost rozsahu a výkonu přenesených („některých“) pravomocí coby intervence do svrchovanosti státu,

zatímco postavení občana, který je – jako součást kolektivního nositele (lidu) – prvotním zdrojem veškeré veřejné (tj. i na supranacionální entitu přenesené) moci, pozornost nevěnoval (ochrana práva občana na demokratické rozhodování jako prvek národní ústavní identity, později diagnostikovaný německým Spolkovým ústavním soudem), stejně jako strukturálním požadavkům ústavního státu, kde spoléhal na étos polistopadové ústavnosti, která se vykristalovala jako hodnotově nikoliv neutrální (indiferentní).

IV. Vymezování se Ústavního soudu vůči právu EU

Ústavní soud se omezil na úzký výklad svého poslání podle čl. 83 Ústavy jako „soudního orgánu ochrany ústavnosti“, jehož úkolem je zejména ochrana lidských práv zakotvených v Listině základních práv svobod a mezinárodních lidsko-právních úmluvách jako součástí ústavního pořádku. Z hlediska jeho doktríny vztahu vnitrostátního práva k právu mezinárodnímu to znamenalo, že svoji roli nespatořoval v bezprostřední péči o to, zda rozhodnutí obecných soudů, popř. jiných orgánů veřejné moci jsou v souladu s unijním právem, ani si nepředsevzal primárně bdít nad sjednocováním jejich judikatury v otázkách výkladu unijního práva, neboť k plnění této role jsou povolány odvolací a dovolací instance v rámci obecného soudnictví. Prostor ke svému zásahu viděl pouze v situaci, kdy postup obecného soudu při aplikaci unijního práva nebo postup zákonodárce při vnitrostátní implementaci unijního předpisu zároveň představuje porušení ústavního pořádku, zejména nezměnitelných náležitostí jeho materiálního ohniska.

K identifikaci základní charakteristiky tohoto procesu je třeba se vrátit ke dvěma náležitým Ústavního soudu z počátku formování jeho evropské doktríny. V obou věcech, obdobných v druhu řízení i předložených argumentech, se navrhovatelé domáhali zrušení ustanovení českého práva pro porušení unijního práva.

V rozhodnutí *cukerné kvóty III*⁵ lze sledovat pozoruhodný obrat v argumentaci Ústavního soudu oproti ustálené judikatuře z doby před přistoupením k Evropské unii, který nastal jako zřejmý následek účinků unijního práva. Ústavní soud v přímé konfrontaci s principem přednosti bezprostředně aplikovatelného unijního nařízení

o společné organizaci trhu s cukrem přehodnotil své pojetí rovnosti (ve spojení s ochranou svobody podnikání a vlastnického práva) a judikoval, že tato zásada je oslabena v případě hospodářských a politických rozhodnutí, kde zákonodárce disponuje širší mírou uvážení ve vztahu k základním právům. Na tomto „podvozku“ Ústavní soud formuloval v *obiter dictu* základní rysy své evropské doktríny:

- Právo EU není součástí ústavního pořádku, a proto ani referenčním kritériem legality norem unijního práva, jejíž přezkum přísluší výhradně Soudnímu dvoru a v rovině aplikační pak obecným soudům, zejména vrcholným;
- ústavní přezkum je možný jen ve vztahu k ustanovením vnitrostátního práva implementujícím normu unijní, a to pouze pokud a v rozsahu, v jakém unijní norma poskytla domácímu zákonodárci prostor k legislativnímu uvážení (tzv. nevynucená implementace);
- principy unijního práva nicméně „prozařují“ do výkladu práva ústavního a je třeba je vykládat ve shodě s interpretací Soudního dvora;
- účinky tzv. prozařování jsou omezeny podstatnými náležitostmi demokratického právního státu, jejichž změna je nepřípustná (čl. 9 odst. 2 Ústavy, a to ani v důsledku přenesení některých pravomocí na Evropskou unii), a zachováním základů státní svrchovanosti (čl. 1 odst. 1), tzv. materiálním ohniskem ústavního pořádku;
- pokud by se unijní akt – ve zcela výjimečném případě – tomuto materiálnímu ohnisku přičil, může Ústavní soud pokládat takový akt za neaplikovatelný v právním prostředí České republiky (převzetí doktríny *Solange* německého Spolkového ústavního soudu); dovedl ale rovněž, že v tom případě se příslušná pravomoc navrátí zpět orgánům České republiky a může dojít k „obživnutí“ účinků vnitrostátního předpisu, jehož použití bylo před tím potlačeno; tento závěr o možnosti jednostranného znovupřisvojení si pravomoci se stalo předmětem kritiky ze strany části odborné veřejnosti.

V nálezu *léková vyhláška*⁶ se Ústavní soud pokusil velmi umírněným způsobem konsolidovat tyto základy své evropské doktríny. Jelikož nemohl svoji argumentaci

5 Nález sp. zn. Pl. ÚS 50/04.

6 Nález sp. zn. Pl. ÚS 36/05.

založit pouze na přímém účinku (směrnice) a přednosti unijního práva, musel ji propojit – odvolává se i na rakouský a finský ústavní soud – s hmotněprávními kautelami spravedlivého procesu, zakotvenými v ústavní Listině základních práv a svobod a své vlastní judikatuře, a pro rozpor s nimi napadené ustanovení zákona zrušil. Přitom potvrdil svoje stanovisko, že Ústava zůstala i po přistoupení k Evropské unii vrcholem hierarchie norem v domácím rámci, že není jeho úkolem bdít nad souladem judikatury obecných soudů s unijním právem ani sjednocovat jimi podávaný výklad vnitrostátního práva na bázi konformity s unijním právem, ledaže by jejich vadný postup představoval sám o sobě i porušení ústavního pořádku, kdy bude jeho zásah *ultima ratio* namísto. Jiný přístup by nekorespondoval se smyslem fungování Ústavního soudu. Označení komunitárního práva za přínaležející k „mase práva podústavního“ bylo některými komentátory kvalifikováno jako výplod ryze formalistického uvažování o vztahu obou právních řádů, který v podmínkách reálně existujícího víceúrovňového uspořádání (*multilevel constitutionalism*) už nelze vysvětlit pomocí teorie „Grundnorm“ H. Kelsena.

Na tomto půdorysu pak Ústavní soud svou evropskou doktrínu postupně doplňoval. Např. v nálezu *evropský zatýkací rozkaz*⁷ akceptoval relevanci unijního práva pro eurokonformní výklad ustanovení českého katalogu základních práv i v oblasti nekomunitárního práva – justiční spolupráci v trestních věcech podle bývalého 3. pilíře Evropské unie. S poukazem na slabší rozměr supranacionální metody rozhodování v této oblasti bylo toto rozhodnutí Ústavního soudu někdy hodnoceno i jako příliš evropsky vstřícné. Jelikož Česká republika není součástí eurozóny a závazky přijaté k řešení dluhové krize mimo rámec unijního práva a označované často jako projev „exekutivního federalismu“ (Fiskální smlouva, Smlouva o Evropském stabilizačním mechanismu ad.) se na ni (dosud) v plném rozsahu proto nevztahují, chybí empirický materiál, který by ukázal, nakolik konzistentně je Ústavní soud odhodlán dostát svému evropsky konstruktivnímu přístupu. S největší pravděpodobností bude mít tuto možnost v souvislosti s posílením evropské azylové politiky a opatřeními k řešení uprchlické krize, o nichž bude řeč v druhé části našeho pracovního setkání.

7 Nález sp. zn. Pl. ÚS 66/04.

8 Nález sp. zn. II. ÚS 1009/08.

9 Usnesení sp. zn. II. 2071/14.

V. Soudní dvůr EU jako „zákonný soudce“

Svůj základní postoj ke vztahu mezi unijním právem a právem národním, zdrženlivý pokud se jedná o jeho přímý zásah do rozhodovací činnosti obecných soudů a ponechávající jim (Ústavou garantovaný) prostor k samostatnému posouzení své vázanosti mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu (N.B. vázanosti právem EU), vč. objasnění souladu vnitrostátního předpisu s mezinárodní smlouvou (čl. 95 odst. 1 Ústavy), dokumentoval Ústavní soud – se srovnávacím odkazem na tehdejší německou a italskou praxi – stanovením ústavní povinnosti obecného soudu posledního stupně obrátit se na Soudní dvůr EU s předběžnou otázkou týkající se výkladu základních Smluv EU, resp. platnosti a výkladu aktů přijatých orgány EU podle čl. 267 SFEU. Porušení této povinnosti pak bude znamenat odepření účastníkovi řízení jeho základního práva na zákonného soudce podle čl. 38 odst. 1 Listiny, jak Ústavní soud dovodil ve věci *Pfizer*.⁸

Ústavní soud tím rozšířil jím prosazovanou strategii difúzní (decentralizované) kontroly ústavnosti, jež má být součástí mandátu obecných soudů, především jejich vrcholných instancí (ve funkčním smyslu), která jediná je v právním státě schopna celoplošně a hlavně včas poskytnout účinnou ochranu pravidlům zaručeným ústavním pořádkem. Podobnou rezonanci mezi povinností členského státu, definovanou unijním právem, a nároky jednotlivce podle jeho ústavního pořádku lze nalézt či si do budoucna představit i u dalších právních institutů (např. odpovědnost státu za škodu způsobenou jeho protiprávním jednáním).

Pokud jde o postavení samotného Ústavního soudu jako „soudu“ povinného položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru, nezaujal Ústavní soud dosud jednoznačné stanovisko, ačkoliv se taková situace nabízela, resp. byl k jejímu využití vyzván (viz např. ve věcech fotovoltaických elektráren, jako byla kauza *BEAS SUN*,⁹ *slovenské důchody XVII*,¹⁰ *bankovní poplatky*,¹¹ *náhrada za zpoždění letu*,¹²

10 Nález sp. zn. Pl. ÚS 5/12.

11 Nález sp. zn. III. ÚS 3725/13.

12 Nález sp. zn. III. ÚS 2782/14.

pojištění cestovních kancelář¹³), byť někdy šlo pouze o hypotetické otázky, které by byly pro Soudní dvůr nepřijatelné (*církevní restituce*¹⁴). V některých případech by včasné položení předběžné otázky usnadnilo a urychlilo nápravu na unijní úrovni (*uchovávání dat v telekomunikačním provozu*¹⁵), když rozsudek Soudního dvora *Data retention* o zrušení příslušné směrnice padl až na jaře roku 2014¹⁶. Jelikož se Ústavní soud nevyhýbá komparativní jurisprudenci a nezřídka odkazuje na osvobození od eventuální povinnosti položit předběžnou otázku ve smyslu doktríny *acte clair* (rozsudek Soudního dvora ve věci *CILFIT*), lze usuzovat, že je se svojí rolí „soudu“ podle SFEU srozuměn pro případ, kdy by ochranu práv stěžovatele nebo plnohodnotnou kontrolu právní normy nemohl zajistit obecný soud (*uzavírací klauzule pro volby do Evropského Parlamentu*¹⁷). Toto „vedení“ obecných soudů posledního stupně Ústavním soudem k plnění jejich „evropského“ mandátu zaznamenalo odezvu zvláště u Nejvyššího správního soudu, viz nejnověji jeho usnesení předložit předběžnou otázku ohledně výkladu *nařízení Dublin III*¹⁸ (s odkazy na rozsudky nejvyšších soudů Německa a Rakouska). Ústavní soud tedy na sebe v zásadě nebere úlohu posuzovatele rozporu vnitrostátního předpisu s unijním právem, nesupluje v tom směru obecné soudy a nemá důvod pocíťovat zneklidnění ani po rozsudcích Soudního dvora ve věcech níže uvedených.

Národní ústavní soudy mívají totiž někdy pocit, že jsou v důsledku konstitucionalizace mezinárodního a evropského práva marginalizovány. Tak např. ústřední role *Conseil constitutionnel* v soudním přezkumu legality zákonů, nastavená ústavní reformou ve Francii v roce 2008, byla relativizována rozsudkem Soudního dvora ve spojených věcech *Melki a Abdeli*, který připustil posouzení rozporu vnitrostátního zákona s unijním právem prostředky ústavněprávního přezkumu (*constitucionalité*) na základě iniciativy obecného soudu, avšak jen pokud nebrání obecnému soudu položit kdykoliv – tedy i po rozhodnutí ústavního soudu při neshodě s ním – Soudnímu dvoru předběžnou otázku a z vlastního rozhodnutí na ní založeného pak případně nepoužít zákon odporující unijnímu právu (*conventionalité*). Podle rozsudku Soudního dvora ve věci *Križan*¹⁹ nemusejí vrcholné

soudy obecné justice respektovat názor ústavního soudu, jestliže ten se dopustil rozhodnutí neslučitelného s unijním právem. Soudní dvůr také prohlásil rozhodnutí ústavního soudu o odkladu neplatnosti zákona, zrušeného jako neústavní, po dobu stanovenou k přijetí ústavně souladné úpravy za porušení unijního práva, pokud tento zákon je zároveň neslučitelný i s unijním právem (*Winner Wetten*²⁰). Jiný příklad: Soudní dvůr ve věci *Landtova*²¹ potvrdil odlišný názor českého Nejvyššího správního soudu ohledně přednostní aplikace evropského nařízení oproti výkladu Listiny základních práv a svobod Ústavním soudem. Určité zneklidnění vyvolává i 16. Protokol k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, nakořím má umožnit, aby se vybrané obecné soudy obracely s otázkami výkladu Úmluvy přímo na Evropský soud pro lidská práva. Ad.

Lze-li v tomto vývoji spatřovat jistou relativizaci výlučnosti postavení ústavních soudů při kontrole legality zákonů, pak výrazný vzestup počtu předběžných otázek předkládaných obecnými soudy Soudnímu dvoru po plnohodnotné inkorporaci Listiny základních práv Evropské unie do jejího primárního práva na základě Lisabonské smlouvy nutno označit za skutečnou decentralizaci ústavní ochrany práv osob v evropském měřítku („rights revolution“). Zatímco rakouský či slovenský Ústavní soud čelí této nové situaci začleněním Listiny EU do referenčního rámce vlastního ústavního přezkumu ve snaze zachovat si rozhodné slovo při dotváření jejího normativního obsahu, některé jiné ústavní soudy, včetně českého, setrvávají na zdrženlivějších pozicích a uplatňují unijní Listinu nepřímou, např. pomocí doktríny jejího tzv. prozařování do vnitrostátního lidskoprávního katalogu. Přestože může přitom docházet i k poněkud paradoxním asymetriím, pokud jsou – jako v českém případě, a to ještě z historických příčin – pouze mezinárodní lidskoprávní smlouvy (jako součást ústavního pořádku) pokládány za kritérium referenčního rámce ústavního přezkumu, lze mít pro takovou zdrženlivost zpočátku jisté pochopení, odůvodněné dosud ne zcela ustáleným („evolutivním“) přístupem Soudního dvora k vymezení závaznosti Listiny základních práv Evropské unie vůči členským státům podle čl. 51 odst. 1 („Působnost“ Listiny), jaký Soudní dvůr předvedl např. v rozsudku ve věci *Akerberg Fransson*²².

13 Nález sp. zn. III. ÚS 1996/13.

14 Nález sp. zn. Pl. ÚS 10/13.

15 Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/10.

16 Rozsudek SD EU ve spojených věcech C-293/12 a C-594/12.

17 Nález sp. zn. Pl. ÚS 14/14.

18 Usnesení NSS 10 Azs 122/2015-88.

19 Rozsudek SD EU C-416/10.

20 Rozsudek SD EU C-409/06.

21 Rozsudek SD EU C-399/09.

22 Rozsudek SD EU C-617/10.

Na opačném pólu pak stojí německý Spolkový ústavní soud se svým varováním, že se nebude zdráhat označit příliš extenzivní použití Listiny nebo zásad unijního práva ústavní povahy ze strany Soudního dvora za akt *ultra vires*, ačkoli tak neučiní bez předchozího (svým výsledkem ale pro něj neuspokojivého) položení předběžné otázky Soudnímu dvoru. Podobným směrem se ubíraly i úvahy českého Ústavního soudu ve věci *Lisabonská smlouva I*, kdy připustil svůj zásah proti vnitrostátním účinkům unijního práva pouze jako krajní – *ultima ratio* – reakci pro případ, že by se vlastní kontrolní mechanismy Evropské unie (nástroje Evropské komise a Soudního dvora) ukázaly být „prokazatelně nefunkčními“, míněno neekvivalentními ve srovnání s obdobnými postupy ústavní kontroly vnitrostátní; oproti německému přístupu je český přístup méně „operacionalizován“, jelikož přípustnost takového zásahu výslovně nepodmiňuje předchozím vyrovnáním se s unijní doktrínou *acte clair*, popř. položením předběžné otázky Soudnímu dvoru.

VI. Slučitelnost ústavního a unijního mandátu Ústavního soudu

Střety mezi různými jurisdikcemi a snaha o jejich *následné* řešení, pokud možno co nejméně zatěžující chod každé jednotlivé z nich, však nejsou charakteristikou evropského ústavně-soudního prostoru, plně vystihující jeho víceúrovňové uspořádání. Národní soudy s posláním „ochrany ústavnosti“ totiž nejen stanoví meze vnitrostátní aplikaci unijního práva, často poukazem na „nepominutelné hodnoty“, resp. „materiální jádro“ či „identitu“ domácího ústavního pořádku, ale také mohou přispět k účinné realizaci unijního práva. Propůjčují k tomu účelu, jak uvedeno, i vlastní ústavní instituty, jako je *právo na zákonného soudce*, zahrnující také právo na přístup k výkladové autoritě Soudního dvora, garantované Smlouvou o fungování Evropské unie, nebo judikatorní kreaci použití takové výkladové alternativy ústavního pořádku, která v souladu s ústavním imperativem dodržování mezinárodních závazků zajistí – oproti jiným v úvahu přicházejícím interpretacím – plný účinek normy unijního práva. Přínos takové vstřícnosti může být oboustranný: teprve pokud bude působení unijního práva podpořeno eurokonformním výkladem vnitrostátního práva jako *součástí jeho ústavně souladné aplikace*, bude docházet i k naplnění ústavních záruk *efektivního výkonu* pravomocí státu, včetně těch, jejichž výkon byl svěřen supranacionální entitě.

Úkol ústavního soudnictví se nevyčerpává nastavením podmínek pokud možno nekonfliktní koexistence národních právních řádů s unijním, resp. mezinárodním právem, na něž bývá ale nejčastěji redukován, ne zcela výjimečně jen v zmutované podobě pouhé obrany vlastních prerogativů a prestiže. V době, kdy měřítko spravedlnosti už nekončí na hranici národního státu, nejsou autonomie a výlučnost postačující charakteristikou ohniska ústavního pořádku, neboť se nacházejí v konkurenčním vztahu s obdobnými nároky „gravitačního centra“ evropského integračního projektu, charakterizovaného normotvornou samostatností a výkladovou neodvozeností. Střet těchto nároků vede primárně k potřebě korigovat pravidla politického rozhodování na národní úrovni tak, aby umožnila plně využití potenciálu společného výkonu přenesených pravomocí ve prospěch *zhodnocení* vlastní svrchovanosti prostřednictvím opatření přijímaných na nadstátní úrovni. V návaznosti na to, totiž jako jeden ze základních předpokladů dosažení tohoto cíle, je střet autonomních nároků zároveň také výzvou ke korektuře hierarchicky vrcholného postavení ústavního pořádku a jeho garanta – ústavního soudu v podmínkách, kdy unijní právo tvoří součást souboru vnitrostátně závazných norem, svébytným způsobem přičleněnou k normám domácího původu.

Obsahem této výzvy je tedy nejenom umožnit ústavně konformní výkon veřejné moci Unie v podmínkách daného členského státu, ale také zajistit účinným způsobem jeho účast na tvorbě vůle Evropské unie v souladu se společně sdílenými hodnotami. Unijní Smlouvy spolu s příslušnou částí judikatury Soudního dvora působí tedy ve vnitrostátním rámci jako „paralelní ústava“, zatímco vně-státní přesah ústavního pořádku a „evropské“ judikatury ústavního soudu se podílí na utváření evropského konstitucionalismu. Ústavní soudnictví na národní úrovni má nejen „introvertně“ pojímanou ústavně-ochrannou roli, poukazující na explicitní či implicitní meze přehodnocení národní autonomie a výlučnosti, ale také roli *legitimizační*, vyjadřující vůli ústavodárce a jeho interpreta na řádném (efektivním a jednotném) výkonu aspirací členského státu a jeho občanů v autonomně jednajícím supranacionálním svazku, který respektuje národní identitu a rozmanitost.

Autonomie národních a unijních pravidel a nástrojů v evropském ústavním prostoru není *absolutní*, neboť jejich hlavní úkol je dán společným bytostným zájmem na takové podobě spoluzití plurality právních řádů, které nebude hledat řešení jejich konkurenčního vztahu (pouze) na rozhraní mezi jednotlivými úrovněmi

v odpovědi na otázku, kdo má (mít) „poslední slovo“. Výsledek tohoto úsilí totiž, jak ukazuje praxe, zůstává za očekáváním, jelikož se (zpravidla) vyznačuje *sebeportováním* vlastních pozic každé ze stran. Příkladem takového přístupu je názor, že ve střetu vrcholných autorit mohou *ultima ratio* vystupovat jen ústavní soudy členských států jako původců integračních Smluv, a nikoliv Soudní dvůr; pokud by tomu mělo být jinak, tvrdí se, musela by nutně Evropská unie být složeným státem, což zjevně neodpovídá skutečnosti. Na druhé straně lze poukázat na některá sporná rozhodnutí Soudního dvora, pracující s unijním právem při absenci kompetenční pravomoci Unie natolik „tvůrčím“ způsobem, že svými vnitrostátními dopady iritují řadu ústavních soudů.

V pluralitní ústavní situaci, kde právní akty jedné – unijní – úrovně jsou obdařeny aplikační předností v prostředí úrovně druhé – národní, zatímco (dosud) jen tato druhá úroveň disponuje také instrumentáři vynucování rozhodnutí, není způsob řešení ústavního konfliktu, vedoucí k vzájemné polarizaci jejich pozic, řešením (dostatečně) produktivním. Je proto namístě podporovat „soft“ postupy, které mohou konfliktům předejít tím, že (lépe) zohledňují specifika ústavně-soudních kultur národních a berou na zřetel (více) i právní kulturu Unie. Řeč je o prostoru pro *dialog* mezi ústavními interprety a důvodech jeho (prozatím) nedostatečné intenzity využívání. Řeč je o potřebě *odpovědného ústavního pluralismu* (*responsive pluralism*), schopného vyvažovat prosazování vlastní autonomie jejím sebeomezováním ve smyslu vzájemné *normativní propustnosti* (*permeability*) právních řádů, které tvoří tento víceúrovňový svazek (*embedded autonomy*), tj. schopnost vstřebávat průnik normativních impulzů pocházejících z jiného zdroje, aniž by byly vnímány jako destabilizující, a reflektovat externí účinky vlastních rozhodnutí (tj. „internalizovat“ jejich „externality“, jak říkává *M. Maduro*).

Otevřená („kooperativní“) ústavnost, tj. vlastnost státní formy přijímat i dávat normativní podněty ve vztahu ke svému okolí, je jednou ze základních funkcí státu v epoše, kdy národní stát už nedokáže s náležitou efektivností samostatně zajišťovat všechny své ústavní funkce. Relativizována je ale také schopnost nadstátního integračního centra svým členským státům normativní podněty závazně udělovat, aniž by zároveň bylo na interakci s nimi bytostně odkázáno. Tvar této interakce je spoluurčován typem normativní propustnosti, vlastním

tomukterému ústavnímu celku, který je zakódován v ústavních integračních klauzulích (zmocněních) a „evropské“ judikatuře ústavních soudů buď jako hodnotově neutrální, nebo podmíněný (tak je tomu i v českém případě). Mojí ambicí zde ale nemůže být podat rozbor stavu interakce mezi aktéry evropského ústavního prostoru ve všech jejích dimenzích. Omezím se proto jen na potenciál příspěvku národních ústavních soudů k budování zmíněné strategie prevence ústavních konfliktů, tedy na rovinu horizontálních vztahů, která je opomíjena ve srovnání s „vertikální“ problematikou předběžných otázek k Soudnímu dvoru Evropské unie, a to ještě se zřetelem k postavení českého Ústavního soudu v tomto diskursu.

Tendence, kterou lze pozorovat ve shora citovaných rozsudcích Soudního dvora, podporuje přímé partnerství obecných soudů se Soudním dvorem, a tím poněkud „upozaďuje“ v domácí „evropské“ soudní agendě soudy ústavní. Myslím, že rozhořčení či jakákoliv nedůtklivost nad tímto trendem (*by-passing*) či animozita mezi ústavním a obecným soudnictvím tu není namístě, neboť tak je v samých základech už „geneticky vystavěna“ evropská justiční architektura. Namístě je spíše odhodlání ústavních soudů důsledně uplatňovat svůj „evropský mandát“. Aby mi bylo dobře rozuměno: nikoliv nahrazováním úlohy Soudního dvora, např. tím, že tyto vrcholné ústavně-soudní autority budou demobilizovat obecné soudy v jejich samostatné roli při decentralizované (difúzní) kontrole souladu vnitrostátních zákonů s unijním právem, nanejvýš tím, že budou na sebe atrahovat veškerý přezkum jejich souladu s unijním standardem ochrany základních práv (otazník nad rakouskou popř. slovinskou praxí a samozřejmě – v podobném, byť jiném ohledu – i nad „zachováním procesní úrovně ochrany lidských práv“ v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 36/01). Součástí „evropského mandátu“ ústavních soudů je totiž i jejich vzájemná komunikace, která má význam nejen *kognitivní*, ale ve vztahu k unijnímu soudnictví také význam *legitimizační*: platí-li, že zdrojem demokratické legitimacy veřejných institucí je rovněž síla přesvědčivosti jejich rozhodnutí (*output* akceptace), pak výsledky (souznící i disentní) vzešlé z takové komunikace („*mutual fertilization*“) jsou právě takovým zdrojem legitimacy rozsudků Soudního dvora, a prostředí komunikace, které ji generuje (*communicatively generated legitimacy*) a jehož se mohou účastnit i jiné právnícké profese, lze označit jako *evropskou ústavně soudní demokracii*.²³

23 *Komárek, J.* in *European Constitutional Law Review* 2013/3.

Je zřejmé, že zapojení ústavních soudů do takového *transnacionálního dialogu*, dovolující verifikovat vlastní soudcovskou argumentaci a ovlivňovat argumentaci druhých (*judicial reasoning*), usnadňuje jejich pozici i na domácím fóru, zatímco „uzavírání se do sebe“ tuto pozici oslabuje. Výstupy takového „demokratizačního procesu“ ústavně-soudního rozhodování nemůže ignorovat ani Soudní dvůr (o Evropském soudu pro lidská práva nemluvě), spíše naopak je uvítá, neboť případné náběhy k jednostranným excesům či varováním typu „*solange*“ může toto prostředí neutralizovat. Měly by také prolomit jeho nejistotu ohledně prostoru, jaký ústavní soud poskytne či bude tolerovat obecným soudům při řešení rozporu vnitrostátního zákona s unijním právem, který současně odporuje i ústavě, tedy zda nechá obecnému soudu volbu mezi postupem podle vzoru *Simmenthal II* (kde směrodatným bude názor Soudního dvora) nebo konkrétním přezkumem ústavnosti s eventualitou zásahu na základě předběžné otázky podané ústavní soudem (např. ústavní soudy ve Francii a Belgii). Transnacionální ústavně-soudní dialog by měl navazovat na prohlubující se trend vedení obecných soudů ke konstitucionalizaci (ústavnímu rozměru) jejich rozhodovací činnosti, s nímž jde posouzení „evropské“ dimenze „ruku v ruce“ (stírá se předěl mezi přezkumem ústavnosti a „pouhé“ legality).

VII. Komparativní argumentace Ústavního soudu

Konečně tedy: komunikace mezi národními ústavními soudy prostřednictvím *srovnávací jurisprudence* založené na křížových odkazech v odůvodnění jejich rozhodnutí spontánně existuje (vzpomeňme na rozsáhlou recepci německé judikatury *solange*), avšak nabývá nové kvality přejímáním i *ratia decidendi*, kvality, která logicky vyplývá z otázek, jež jsou národním ústavnímu soudnictví stále více společné – unijní právo jako referenční rámec a jako předmět ústavního přezkumu? – otázka (materiálního) ohniska ústavních hodnot jako sdílených v rámci víceúrovňového svazku – otázka finality integračního procesu z hlediska národní identity ve smyslu zachování minima ústavních pravomocí – otázka oblasti použití Listiny základních práv EU – otázka loajality v eurozóně a solidarity v imigrační politice –

atd. Soudní *komparatistika*, zdá se, překračuje účel pouhé podpory výkladu vnitrostátních norem a stává se médiem při formování představ o esenciálních otázkách obsahu a rozsahu evropského konstitucionalismu²⁴.

Komparativní argumentace ústavních soudů, výslovně odkazující na zahraniční, tedy vnitrostátně nikoliv závaznou judikaturu, je (empiricky zjištěno) v zásadě trojího typu, přičemž „neviditelná migrace“ ústavněprávních myšlenek je podstatně širší:

- Dílčí odkazy s cílem *autoritativní podpory vlastní argumentace* (nejběžnější) – příklady: reference českého Ústavního soudu ve věci *cukerné kvóty III* (odmítnutí absolutní povahy přednosti unijního práva) na irský případ *Grogan*, německý *Solange II* a italský *Frontini*; reference německého Spolkového ústavního soudu ve věci *Lisabonská smlouva* na první nálezy českého a dalších ústavních soudů ve stejné věci a jeho reference ve věci *Evropského mechanismu stability a Fiskální smlouvy* na dřívější rozsudek francouzské Ústavní rady. Jindy nebylo – poněkud překvapivě (jelikož vyznění rozsudků bylo víceméně shodné) – možností takového odkazu využito, jako např. v případě německého Spolkového ústavního soudu ve věci *eurozatykače* ve vztahu k dřívějšímu nálezu polského Ústavního tribunálu nebo v případě českého nálezu *Data retention* ve vztahu k dřívějšímu kyperskému či německému.
- Komparativní odkazy *nahrazující* či *usnadňující vlastní argumentaci* převzetím argumentace jiného – příklady: *Smlouva o přistoupení k EU* před polským Ústavním tribunálem ve vztahu k *maastrichtským* nálezům německého a dánského Ústavního soudu v otázce státní suverenity a ústavní identity, podobně jako reference téhož soudu na německý *Honeywell* v otázce „evropsky šetrného“ pojetí ústavně-soudního přezkumu norem; zmínit je možno i shora citovaný český nálezy ve věci *léková vyhláška* s odkazy na rozsudky Soudního dvora ve vazbě na původní řízení před finskými a rakouskými orgány ad.; rozdíl proti předchozí skupině případů je spíš v intenzitě odkazů než v jejich principiální povaze.

24 Wendel, M., Die Europa-Entscheidungen der Verfassungsgerichte, in: Grabenwarter/Vranes (Hrsg.), Kooperation der Gerichte, 131.

25 Nálež sp. zn. Pl. ÚS 29/09.

- Kritické hodnotící odkazy s cílem *se argumentačně distancovat* vůči jinému (řídké) – příklady: nejvýraznějším je vymezení se českého Ústavního soudu v nálezu *Lisabonská smlouva II*²⁵ vůči argumentaci německého Spolkového ústavního soudu v otázkách demokratické legitimizace (tzv. demokratického deficitu) supranacionální moci, hrozby vyprázdnění volebního práva občanů, „integrační odpovědnosti“ vnitrostátního Parlamentu nebo nezměnitelnosti katalogu pravomocí na národní úrovni; je to přímá odpověď, vyprovokovaná prostou (neinvenční) nápodobou německé inspirace ze strany českého navrhovatele (skupiny senátorů Parlamentu); podobnou pozici zaujal v otázce dělby moci zákonodárné a soudní i polský Ústavní tribunál. Právě tato skupina odkazů představuje svým způsobem novou, a nutno říci prospěšnou kvalitu v komparativní argumentaci ústavních soudů.

VIII. Další fáze budování evropské doktríny

Oba „lisabonské“ nálezy Ústavního soudu se vymykají již uvedenému, neboť byly prvními (a dosud také posledními) případy posouzení ústavnosti změn primárního práva EU za použití shora zmíněného nástroje předběžné (ex ante) kontroly mezinárodních smluv, které má významné politické souvislosti. Hlavní nosné důvody svého rozhodnutí formuloval Ústavní soud takto:

- nevyločil v budoucnu individuální přezkum funkčnosti institucionálního rámce EU při konkrétní aplikaci Lisabonské smlouvy pro případ opuštění společné hodnotové identity či překročení rozsahu svěřených pravomocí, kontrola jehož dodržování je společným úkolem orgánů na obou úrovních
- inovace kompetenčních klauzulí jsou podmíněny dostatečně striktními omezeními proti jejich nepřiměřené aplikaci nebo zneužití
- uznal dvoupilířový formát zastupitelské demokracie v EU, přičemž zajištění provázanosti Smluv s ústavním pořádkem v tomto smyslu je věcí politických rozhodnutí orgánů legislativní a exekutivní moci, nikoliv Ústavního soudu

- dovedil komplementární (nikoliv disjunktní) vztah hodnotového rámce na obou úrovních, podpořený výkladovou ekvivalencí základních práv, vyplývající z dialogu mezi nimi
- popřel exkluzivitu jako určující povahovou vlastnost suverenity státu.

Z pohledu našeho dnešního tématu je vhodné připomenout, že Ústavní soud nezhodnotil tzv. demokratický deficit EU jako příčinu přiznání (ultimativní) „integrační odpovědnosti“ pouze vnitrostátnímu Parlamentu, které se lze jednotlivě dovolávat ústavními stížnostmi (jak činívá poslanec Spolkového sněmu *P. Gauweiler*).

Žádoucí predikci znaků, určujících budoucí vývoj evropské doktríny ústavních soudů, která se – vedle retrospektivy – od této konference také očekává, lze odvodit z minulé negativní zkušenosti, byť jen – z dnešního pohledu – spíše epizodní. Mám tu na mysli výše zmíněnou kauzu Soudního dvora EU *Landtová* a reakci Ústavního soudu na ni ve věci *slovenské důchody XVII*, svého času živě i mezinárodně diskutovanou, kdy Ústavní soud prohlásil rozsudek Soudního dvora za akt *ultra vires*. Klíčové poučení směřuje ke korektuře doktríny „prozařování“ principů unijního práva do ústavního pořádku ve prospěch strukturovaného přístupu, kterým by Ústavní soud vzal v úvahu takové parametry věci, jako jsou intenzita konfliktu mezi vnitrostátním a unijním právem a následků zvoleného řešení, včetně jeho alternativ s obdobným výsledkem.²⁶ Na tomto základě by Ústavní soud mohl plastičtěji nahlédnout meze své role jako „negativního zákonodárce“ a předejít disonanci ve vztahu s jinými ústavními orgány České republiky i (a to zejména!) destruktivnímu řešení – otevřenému konfliktu se Soudním dvorem, který však k žádnému posunu v zásadních otázkách evropského konstitucionalismu nevedl. Inspiraci lze nalézt opět v judikatuře německého Spolkového ústavního soudu, který ve věci *Honeywell* (reagující na rozsudek Soudního dvora *Mangold*) použil obratu „sice ano (došlo k jednání *ultra vires*), ale (nikoliv dostatečně závažnému)“, a pro případ podezření na zásadní porušení Smluv orgánem Evropské unie se zavázal nejprve prozkoumat toto podezření na základě položení předběžné otázky. Prostě řečeno, měli bychom si nechat nástroje případné rezistence na skutečně závažné příležitosti.

²⁶ Tichý, L./Dumbrowský, T., Ústavní soud ČR mezi dvěma právními řády: od interpozice k nové evropské doktríně, Právní rozhledy 6/2013, 196 an.

Thematizovat bude třeba přímou aplikaci některých (přímo aplikovatelných) ustanovení Listiny základních práv Evropské unie. Zatím jsou v judikatuře Ústavního soudu jen ojedinělé nesmělé odkazy, a to jen tehdy, pokud podporují naše vlastní lidskoprávní náhled (viz např. nálezy ve věci *pojištění cestovních kancelář II*, pozn. 13, kde ochranu spotřebitele jako základní právo česká Listina nezná, ale i čl. 38 unijní Listiny ji pojímá „jen“ jako zásadu určenou legislativě či exekutivě, které se ve smyslu čl. 52 odst. 5 lze dovolávat „pouze pro účely výkladu a kontroly zákonnosti těchto aktů“). Teprve až by mělo dojít k obsahovému střetu standardů, se ukáže, nakolik to s „tou judicializací“ unijního práva potažmo na něj „navázaného“ práva členských států myslíme opravdu vážně.

IX. Závěr

Ústavní soud, jak patrně shora, přijal tedy roli strážce hladkého fungování nového systému jako celku. Výhodou jeho zdrženlivosti je, že Ústavní soud nebude zahlcován vztahovými otázkami unijního práva a práva České republiky (zahlcen je už i tak!), které musejí řešit ve vlastní odpovědnosti soudy obecné. Nevýhodou pak je, že Ústavní soud ztrácí přímou kontrolu nad výkonem „evropského mandátu“ obecných soudů, kterou lze pokládat za minimální požadavek „evropské loajality“ národního ústavního soudnictví, a musí spoléhat na důslednost Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu při sjednocování „evropské“ judikatury obecného soudnictví.

Ústavní soud by měl blíže osvětlit *normativní obsah nezměnitelného „ústavního ohniska“* (čl. 9 odst. 2 Ústavy, „klauzule věčnosti“) na pozadí zásadní hodnotové ekvivalence Evropské unie a členských států, o jejímž osvědčování v politické i soudní praxi neměl pochyb ve svém „lisabonském“ nálezu.

Ústavní soud by pak zejména měl zkoumat možnost *reinterpretace svého poslání* jako „soudního orgánu ochrany ústavnosti“ podle čl. 83 Ústavy v tom směru, že jednou z podmínek pro naplnění tohoto poslání je i přijetí unijního práva „za vlastní“, tj. jako nedílné součásti souboru norem (domácího, mezinárodního a unijního původu), aplikovatelných v právním prostoru České republiky.

A konečně: lze souhlasit se závěry,²⁷ podle nichž členské státy jednají při uplatňování (implementaci, aplikaci) unijního práva – v rámci sdílené suverenity – jako zmocněnci Evropské unie. Jejich orgány nejsou při tom vyňaty ze svých ústavních povinností, nýbrž musejí volit taková řešení, která jsou v souladu s ústavou v nejvyšší možné míře. Důvod pro tuto jejich povinnost nedlyne ze zpětné delegace pravomoci, ale je důsledkem *effet utile* unijního práva. Působení unijní normy přinese nejvyšší účinek, pokud zvolený způsob implementace či aplikace unijního pravidla bude v souladu s ústavním pořádkem. Z tohoto pohledu koexistují ústava členského státu a unijní právo v jisté symbióze, kde v „silovém poli“ obou právních řádů se působení jednoho z nich rozšiřuje a druhého smršťuje s tím, jak unijní právo, přijaté orgány Evropské unie za účasti představitelů členských států reprezentujících jejich občany, ponechává prostor národním orgánům k uvážení. Optimální využití tohoto prostoru v rovině ústavního přezkumu vyžaduje přizpůsobit aplikaci referenčního rámce ústavního přezkumu konkrétním podmínkám jednotlivých typů případů, které jsou jeho předmětem.

RESUMÉ

**JIŘÍ ZEMÁNEK:
Czech Constitutional Judiciary within
the European Constitutional Area**

The paper of the justice of the Constitutional Court, Jiří Zemánek, brings an analysis of the constitutional basis of decisions of the Constitutional Court of the Czech Republic in relation to EU law. Following the initial optimistic attitude, a “Euroamendment” to the Constitution was adopted, and the Constitutional Court started defining itself against EU law to a greater extent. The author further duly addresses the relationship to the Court of Justice of the EU, focusing in particular on assessing the compatibility of the Constitutional Court’s mandate under the Constitution and under EU law (including comparative approaches), and other stages of the establishment of a European doctrine in the case law of the Constitutional Court. Justice Zemánek arrives at the conclusion that the time is right to discuss a change of attitude of the Constitutional Court: it ought to stress its European role more, and examine the focal point of the constitution (its immutable core) against the background of the value equivalents of the European Union.



JAN KYSELA

Vystudoval Právnickou fakultu Univerzity Karlovy v Praze, kde v roce 2001 získal doktorát. V roce 2006 se habilitoval v oboru politologie. V současnosti působí jako vedoucí katedry politologie a sociologie na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. Je rovněž tajemníkem Stálé komise Senátu Parlamentu České republiky pro Ústavu České republiky a parlamentní procedury, členem pracovní komise Legislativní rady vlády pro veřejné právo I. Odborně se zabývá ústavním právem a zákonodárnou mocí.

He graduated from the Faculty of Law of the Charles University in Prague, and earned a doctorate there in 2001, followed by a habilitation in political science in 2006. He currently heads the Department of Political Science and Sociology of the Charles University. He is also the secretary of the Permanent Commission of the Senate of the Czech Republic for the Constitution and Parliamentary Procedure, member of the Legislative Council of the Government for Public Law I. His professional interests include constitutional law and legislative power.

EVROPSKÝ KONSTITUCIONALISMUS: HIERARCHIE, HETERARCHIE A POVÍDÁNÍ MEZI SOUDY

Obávám se, že nejsem s to formulovat o mnoho více než poznámky na okraj daného tématu, někdy možná dokonce jen otázky. Rozhodně se nepovažuji za nositele nějakého promyšleného poselství, neboť problematiku střetu ne-hierarchicky uspořádaných právních řádů, okolo níž se točíme, považuji za značně složitou, tj. jednoznačnému poselství se vzpírající. Samozřejmě, držíme-li tezi o ne-hierarchicky uspořádaných řádech; pokud bychom jeden podřídili druhému, problém zmizí. Postupovat budu ve čtyřech poznámkách či zastaveních.

I. Poznámka fenomenologická

V polovině června t. r. jsem se zúčastnil v Knihovně Václava Havla debaty o hodnotách, na nichž stojí česká společnost. Teolog a biolog *Marek Orko Vácha* tam zajímavě mluvil o rozdílu fyzikálního a sociálního světa v tom smyslu, že kosmická tělesa existují nezávisle na lidech, zatímco lidé jsou do značné míry konstrukty sebe sama: teorie o člověku mají vliv nejen na to, jak se vidíme, ale i jací jsme. Působí tu i fenomén sebenaplňujících se proctví.¹

Kanadský filosof vědy *Ian Hacking* napsal v roce 1999 knihu „Sociální konstrukce – ale čeho?“² jež může být vnímána také jako jeden z mnoha ozvuků díla *Petera Bergera* a *Thomase Luckmanna*, kteří již v 60. letech minulého století psali o soci-

ální konstrukci reality. K tomu můžeme přidat třeba *Andersonovu* tezi o národech jako imaginativních společenstvích, tj. společenstvích držících pohromadě společnými představami a společnou představivostí jak ve vztahu k minulosti, tak i budoucnosti, společenstvích také tak trochu „vymyšlených“.³ Pokračovat bychom mohli *Popperovou* kritikou „esencialismu“, v níž jde v zásadě o to, zda politické (společenské) jevy spíše jsou, anebo se spíše jeví.⁴ S prvním případem je spojeno hledání cesty, jak je určit, definovat, uchopit. Otvírá se tu prostor pro úspěšného identifikátora podstaty jevu, jenž se stává rovněž jejím interpretem – nabízí jistotu (např. *Robespierrova* představa o ctnosti jako neodstranitelné podstatě republiky, přičemž ctností je...). „Jevení se“ je naproti tomu pluralitnější, subjektivnější a rovněž méně hierarchické: věci se zkrátka mohou jevit různě, podle toho, kdo je pozorovatelem (aktivní poznávající subjekt, mechanismy kognitivní disonance aj.) – s tím je ovšem spojena nejistota, či snad „tekutost“. Omezovat ji může koordinace či sjednocování metod vnímání a interpretace. V kulturní historii a kulturní teorii je opakem esencialismu konstruktivismus: podstatné je konstituování, představy, vnímání, prezentace či interpretace.⁵

Vše řečené vlastně odpovídá *Thomasovu* teorému, podle něhož se stává ve svých důsledcích reálnou situace, kterou lidé jako reálnou vnímají (typicky pocíty ohrožení a nedostatku, ale i optimistické očekávání ekonomického růstu, který nastane, když lidé utrácejí, protože čekají, že budou vydělávat, apod.).⁶

Co z toho pro nás plyne? Kulturní, sociální, zkrátka lidský svět má silně konstitutivní stránku „jevení se“, někdo by možná řekl „zdání“. Proto je dosti podstatné, jak jej popisujeme, zda se snahou o nehodnocení, jež však nemusí být vždy úplně úspěšná, protože žádný popis nemůže být plastickým obrazem reality, anebo jako vědomě hodnotící. Pak se mohou kombinovat linie kritické, nostalgické, optimistické...

1 I tady by bylo možné podotknout, že kosmická tělesa sice existují na lidech nezávisle, ale vyjevení toho, jaká jsou, už záleží na naší schopnosti je vnímat, popisovat, myslet, pracovat s pojmy apod. O vztahu politické a ústavní teorie a pojetí lidské přirozenosti pojednávám v knize *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, str. 26 násl.

2 Hacking, I.: *Sociálna konštrukcia – ale čoho? Čo je a čo nie je sociálnou konštrukciou*. Bratislava: Kalligram, 2006.

3 Anderson, B.: *Představy společenství. Úvahy o původu a šíření nacionalismu*. Praha: Karolinum, 2008.

4 Popper, K. R.: *Otevřená společnost a její nepřítel*. Praha: Oikoymenth, 1994.

5 Burke, P.: *Co je kulturní historie?* Praha: Dokořán, 2011.

6 K tomu viz např. kol. autorů: *Sociologické směry, školy, paradigmaty*. Praha: Sociologické nakladatelství a Sociologický ústav AV ČR, 1994, str. 155–156 (autorem textu je M. Petrušek).

Příkladem může být polemika *Pavla Holländera a Jiřího Příbáně* stran hodnocení stavu, resp. soumraku moderního státu.⁷ Oba autoři se vztahují k témuž předmětu, vnímají jej však značně odlišně, tu pesimističtější, tu optimističtější, spíše jako rozklad řádu, anebo jako nadechnutí se k nové volnosti. Ač je mi bližší přístup *Holländerův*, musím připustit, že soumrak nastává jen tehdy, když o něm jako o soumraku mluvíme – jinak může jít o neutrální změny a proměny, radostné uvolnění, anebo jen zachování daného stavu.

Je-li právo sociálním konstruktem, pak i o něm platí, že je takové, jak se jeví, případně sociálně projevuje; kontrafaktické normy se vůči dlouhodobé a silné rezistenci neprosadí – možná zůstanou platné na papíře, nebudou však žitými pravidly chování. Samostatnou a na lidském vnímání nezávislou existencí, spojovanou s příslovečným nacházením přirozenoprávních pravidel na obláčcích, právo nedisponuje. „Přirozenoprávní“ pravidla existují tehdy, jsou-li rozpoznána a uznána, potažmo institucionalizována.⁸ O to důležitější je popis práva, třeba v kategoriích monismu, dualismu či pluralismu (sociologicko-právního nebo ústavního), jež se pokoušejí odpovídat na otázku, co je právo, nakolik je svázáno se státem, s veřejnomocenským donucením atd.⁹ Realita (stav vnější vůči lidské mysli) přitom bývá často propojena s přáním: leckdy neefektivnější cestou, jak něčeho dosáhnout, je tvrdit, že už to existuje (práva, radostný svět postnacionální aj.).

7 Holländer, P.: *Soumrak moderního státu*. Právník, roč. 2013, č. 1, Příbání, J.: *Ranní červánky globálního konstitucionalismu: O „radostné“ právní vědě v postnacionální společnosti*. Právník, roč. 2013, č. 2

8 Obdobně Barány, E.: *Pojmy dobrého práva*. Bratislava: Poradca podnikateľa, 2007, str. 35.

9 K tomu např. Maršálek, P.: *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, zejm. část druhá.

10 Na této úrovni zobecnění jde vždy o paušalizující zkratky, jak je vidět i na Huntingtonově „Střetu civilizací“. Jak západní Evropa, tak i svět islámu měly v dějinách periody spíše otevřenosti, kvasu a invence, stejně jako spíše uzavřenosti a dogmatismu. Pěkně je to vidět i v literatuře: v Ecově „Jménu růže“ se vraždí kvůli knize, která činí vážné věci nevážnými, v románu nobelisty O. Pamuka „Jmenuji se červená“ se děje totéž kvůli perspektivě v iluminacích, jež bourá kanonické zobrazování objektů ve velikosti odpovídající jejich významu.

II. Poznámka terminologická

Klíčovým pojmem konference i této knihy je „evropský konstitucionalismus“. Při jeho ohledávání je třeba vzít v potaz odlišení Evropy a Evropské unie (dále jen „EU“), jakož i evropanství a občanství EU. Pro Evropu je tradičně typická pluralita a otevřenost, pohyb, konflikty idejí a zájmů panovníků, církve a církví, říše a států, šlechty nebo měst, což bývá stavěno proti více homogennímu a nehybnému Východu, ať už ztělesněnému Ruskem, nebo světem islámu.¹⁰

Vydeme-li pro přehlednost z důležitých a vzhledem k osobnostem autorů i značně reprezentativních knihy editorů *Grainne de Búrca* a *Josepha H. H. Weilera* „The Worlds of European Constitutionalism“,¹¹ zdá se ovšem, že evropský konstitucionalismus odkazuje primárně na EU, což je koncept monistický ve smyslu právním a politickém, možná s určitými, avšak méně významnými přesahy k činnosti a judikatuře Evropského soudu pro lidská práva. Dozajista by bylo možné evropský konstitucionalismus chápat i jinak, se zahrnutím štrasburského systému jako stejně významného, anebo vylučným důrazem na lidská práva dokonce ještě významnějšího komponentu. Případně otevřít pojem tak, aby nezahrnoval jen struktury mezistátní a nadstátní (víceméně celoevropské), nýbrž aby vtáhl i státy a jejich ústavní tradice, sdílené hodnoty a modely: byl by to konstitucionalismus v Evropě, s různými fasetami.¹² Zůstaňme však u pojetí evropského konstitucionalismu v prvním smyslu, v němž státy působí jako (spíše upozadění) tvůrci EU a spolutvůrci její vůle, jejíž uplatňování už je na nich nezávislé.

Přesuneme-li se nyní od evropského konstitucionalismu ke konstitucionalismu jako takovému,¹³ můžeme jej definovat skrze omezení moci: dělbou moci horizontální i vertikální, omezením vládou na čas, mechanismy kontroly, postupně

11 Búrca, G. de, Weiler, J. H. H. (eds.): *The Worlds of European Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2012.

12 K poslední zmíněnému pojetí inklinuje Reschová, J.: *Evropský konstitucionalismus: zdroje, formy a tendence*. Praha: Vysoká škola ekonomická, 2003.

13 K vybraným typům konstitucionalismu srov. přehledově např. Kysela, J.: *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie...*, str. 250 násl. Vztah proměn konstitucionalismu, veřejného práva a pojímání lidských práv nejnoveji mapuje Ondřejek, P.: *Proměny veřejného práva a jejich vliv na ochranu lidských práv*. Jurisprudence, roč. 2015, č. 3.

i záповědmi v podobě sfér individuální autonomie zaštitěné lidskými právy.¹⁴ Např. *Stephen Holmes* rozlišuje konstitucionalismus negativní a pozitivní.¹⁵ První z nich je reakcí na zrození moderního suveréna,¹⁶ centralizaci, vytváření moderního státu – spočívá především ve snaze blokovat zneužívání moci, včetně tyranie většiny. Druhý zdůrazňuje vytváření institucí, určení mechanismů výkonu moci, stanovení odpovědnosti – moc už není primárně zadržována, ale spoluvytvářena, kanalizována,¹⁷ a to pomocí ústav nejen pro forma existujících, ale i bráných vážně.¹⁸

Jenže přesuny pravomocí mimo stát odpovědnost spíše znejasňují: ne vždy je jasné, kdo za co a komu odpovídá, případně jak odpovědnost vyvozovat. Dochází tím současně k oslabování domácího konstitucionalismu, když stát ztrácí monopol na veřejnou moc nad svým územím, současně slábne i postavení ústavních soudů jako strážců domácích ústav. *Dieter Grimm* píše o dekonstitucionalizaci veřejné moci jako o procesu, v němž se stále více moci dostává mimo ústavní rámec (EU, mezinárodní režimy, silní sociální aktéři ve státech i mimo ně – typicky nadnárodní korporace), v důsledku čehož se ústava mj. stala dílčím řádem: netetuje platnost všech aktů veřejné moci. Zmíněný proces se mu zdá být jedním ze symptomů eroze státnosti.¹⁹ I nadále si tedy vládneme, jen je poněkud nejasné, jak vlastně a jak mnoho. Otázkou samozřejmě je, zda dekonstitucionalizace ve státech může být nějak kompenzována konstitucionalizací mimostátní (konstitucionalizace mezinárodního práva, evropský konstitucionalismus, globální konstitucionalismus), resp. co se jí vlastně může mýnit.

14 Důkladný přehled všemožných kontrolních vazeb nabízí Loewenstein, K.: *Verfassungslehre*. Tübingen, 2. vyd. 1969.

15 Holmes, S.: *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: Chicago University Press, 1995. V češtině k negativnímu (omezení vlády) a pozitivnímu (ustavení životaschopné vlády) aspektu konstitucionalismu srov. Baroš, J.: *Demokracie, konstitucionalismus a lidská práva*. In: Holzer, J., Molek, P. a kol.: *Demokratizace a lidská práva. Středoevropské pohledy*. Praha-Brno: SLON a Masarykova univerzita, 2013. S odvoláním na N. Krische a A. Somka se o tom zmiňuje také Ondřejek, P.: *Proměny veřejného práva a jejich vliv na ochranu lidských práv...*, str. 35.

16 Srov. Belling, V.: *Zrození suveréna. Pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filosofii*. Brno: CDK, 2015.

17 Podobně uvažuje M. Loughlin, když uvádí, že ústavní omezení by neměla být vnímána jen jako limity výkonu veřejné moci, současně totiž působí jako metoda vytváření politické moci. Viz Loughlin, M.: *The Idea of Public Law*. Oxford – New York: Oxford University Press, 2003, str. 86. Nemůžeme ovšem podléhat dojmům, že bez konstitucionalismu a ústav politická moc neexistuje, ve skutečnosti jim předchází.

V EU konstitucionalizace probíhá ani ne tak rozpracováváním technik a mechanismů dělby moci, ale jednak poukazem na autonomní povahu evropského práva, jež je vůči právu členských států právem „vyšším“, jednak důrazem na lidská práva. Jedná se tedy primárně o konstitucionalismus založený na právech (ochrana soukromé autonomie), a nikoliv o konstitucionalismus založený na demokracii (akcent na sdílenou veřejnou autonomii).²⁰ Lidská práva sice mohou sloužit jako limit každé veřejné moci, tedy i moci EU (vertikální účinek), často je však lze využít i jako titul pro zasahování do přirozené lidské svobody, existuje-li něco takového (co se nesmí dělat ani v horizontálních vztazích). Přitom právě svoboda je ústřední hodnotou konstitucionalismu, kvůli jejímu prosazování vlastně existuje. Lidských práv se dovoláváme před soudy, čímž se v institucionálním kontextu EU dále posiluje unikátní postavení Evropského soudního dvora. Místo dělby moci, nanejvýš vertikální, se v EU leckdy projevuje něco jako kompetenční mlha, vyhovující intenzivnější integraci (co bylo, nebylo přeneseno, v jakém právním režimu se s tím nakládá). Zdůvodňováno to může být mj. specifickou povahou unie odlišné od federace.²¹

S konstitucionalismem nicméně není spojena pouze ústava, kterou EU v závislosti na úhlu pohledu buď má (zakládací smlouvy), anebo nemá (výron vůle evropského lidu, vyjevený ústavodárným shromážděním, referendem, anebo podobným způsobem). Navýsost relevantními jsou i pojmy moci ustavující a moci ustavené. Ve vztahu k EU jsou mocí ustavující státy, což odporuje konsensu rodícímu se od konce 18. století, podle něhož je legitimní ustavující mocí

18 Grimm, D.: *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*. In: Dobner, P., Loughlin, M. (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press, 2012, str. 3.

19 Tamtéž, str. 3 a 13 násl.

20 Nickel, R.: *Private and Public Autonomy Revisited: Habermas' Concept of Co-originality in Times of Globalization and Militant Security State*. In: Loughlin, M., Walker, N. (eds.): *The Paradox of Constitutionalism. Constitutional Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007, str. 149. R. Procházka upozorňuje na subtilnější diskuse americké, v nichž se dá vydělit pozice monistická (podstatná je jen aktuální většina), dualistická (aktuální většina se pohybuje v prostoru stanoveném většinou ústavodárnou, jenž je střezem mj. ústavním soudnictvím) a pozice lidskoprávního fundamentalismu, kde jako trumf platí nadčasové hodnoty, jimž se má většina podříditi. Srov. Procházka, R.: *Lud a súdcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, str. 71 násl.

21 Avbelj, M.: *Theorizing Sovereignty and European Integration*. *Rato Iuris*, roč. 2014, č. 3, str. 357 násl.

politického společenství pouze lid. Nad úroveň států se však s konstitutivním lidem zatím nesetkáváme. Budoucnost je nicméně otevřená, nikoliv asi vzniku výlučného lidu evropského, nýbrž lidu založenému na komplementární (modulární) identitě s více vrstvami (struktura matřičky nebo cibule), z nichž jedna by byla evropská. Jde o míru homogenity, tedy o vytvoření pocitu „my“ odlišujícího danou komunitu od „oni“. Říkává se, že Evropa se nejlépe pozná při pohledu zevnějšku, tady však půjde o pohled zevnitř. Každopádně bez „my“ není lidu, evropského dému.

I v tomto případě je možné se ptát, co z nastíněné expozice evropského konstitucionalismu plyne. V popsaném pojetí je zaměřen na EU, a nikoliv na členské státy,²² a v rámci EU na Evropský soudní dvůr a jeho činnost, a nikoliv na ostatní orgány. Tím pádem jej můžeme popsat jako konstitucionalismus právní, který bývá v poslední době vnímán jako hegemonický. Rozhodující tu jsou argumenty právní, resp. argumenty vyšším právem, jimiž disponují zejména soudy, mezi nimi zvláště soud poslední instance, tedy soud posledního slova.

Proti právnímu konstitucionalismu bývá stavěn historicky starší a dnes poměrně vlivný konstitucionalismus politický, kritizující příliš silné soudy, sociálně a politicky nereprezentativní soudce, potlačení politického diskursu ve prospěch diskursu právního (práva místo zájmů a politik, zvyšující se podíl otázek, o nichž se nerozhoduje ve volbách a v parlamentu, ale před soudy), akcentaci individuálních a skupinových práv místo politiky zahrnující celé společenství.²³ Právní konstitucionalismus klade důraz na legitimitu na výstupu, efektivnost, ochranu

práv, politický konstitucionalismus připomíná, že v představách dober na výstupu se můžeme lišit, takže bez významu by neměla zůstat legitimita procesní a demokratická. To vede *Jona Elstera*, *Johna Harta Elyho* a v českém prostředí *Jana Wintra* ke snaze hledat kompromis mezi přenecháním volného pole působnosti ústavním soudům jako poslední instancí pro cokoliv a jejich „odehnáním“ od politiky, což by znamenalo zánik smyslu této mimořádně důležité instituce. Kompromis vidí v udržování průchodnosti kanálů politických procesů před deformacemi, jež nemusejí zahrnovat pouze volební podvody, ale též nedostatečnou citlivost vůči ochraně těch jednotlivců a skupin, jejichž požadavky a zájmy jsou politicky neatraktivní (např. zdravotně hendikepovaní jako voličsky nepřilíš sevržená kohorta).²⁴

U nás je pozorovatelné pozitivní naladění veřejnosti ve prospěch soudců, a to ze směsice důvodů, někdy protikladných: vystupují jako ochránci práv, jež byla dříve masivně pošlapávána (leckdy ovšem za přispění soudců), v tradovaném kánonu 18. století představují málo mocnou a málo nebezpečnou moc, čemuž odpovídal malý zájem teorie práva o soudy a soudce zhruba ještě před dvěma desítkami let, převažuje tu nedůvěra k politickým mocem,²⁵ jež ústí v přesvědčení, že soudní moc by měla být (je) lepší, užitečně působí Ústavní soud jako výkladní skříň soudní moci svého druhu, který edukuje ostatní orgány veřejné moci v tom, jak si nepočínat pustě formalisticky, potažmo pustě svévolně.²⁶ Až v poslední době se projevuje větší obezřetnost, založená především na tom, že pozitivní role soudů nemá představovat alibi pro ostatní (moci, lid) se starat o prostor, v němž je nám žít.²⁷

22 Přesněji řečeno, státy jsou objekty, a nikoliv subjekty jeho působení.

23 Můžeme sem zařadit M. Tushnet, D. Bellamyho, zřejmě i R. Hirschla, D. Halberstama nebo J. Waldrona.

24 K tomu též Ondřejková, J.: *Ochrana menšin zranitelných v rámci demokratické normotvorby*. Jurisprudence, roč. 2015, č. 1.

25 Urban, M.: *Komu důvěřujeme ve stále složitějším světě?* Acta Universitatis Carolinae – Iuridica, roč. 2014, č. 1.

26 R. Procházka připomíná, že rychlý nástup ústavních soudů ve střední Evropě po roce 1989 a také jejich akceptace politickou elitou, byl symbolickým vyjádřením toho, že už patříme do salonů, tedy na Západ. Srov. Procházka, R.: *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*. Budapest – New York: Central European University Press, 2002.

27 Nicméně o vlídném naladění vůči soudům svědčí i tón profilových textů sborníku Smekal, H., Pospíšil, I. (eds.): *Soudcovská, nebo judicializace politiky?* Brno: Masarykova univerzita, 2013. Nedá mi to nepoznamenat, že trochu problém vidím ve schopnosti Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu, v menší míře i Nejvyššího soudu, absorbovat mezi asistenty, analytiky, případně i soudce takové množství přemýšlivých akademiků, že tím může trpět kritická reflexe činnosti těchto soudů, a to nejen proto, že zaměstnavatele se nesluší kritizovat, ale také proto, že mohou být všichni autenticky přesvědčeni o svém přispívání obecnému dobru. Sám jsem kdysi napsal poměrně kritickou recenzi na knihu o českém Parlamentu, což (snad nejen to) vedlo její autory k tomu, že mne přibrali k sepisování dalších vydání. Další recenzi jsem už pochopitelně nenapsal...

III. Poznámka k evropskému konstitucionalismu a ústavnímu pluralismu

Ve zvoleném nasvícení je evropský konstitucionalismus alternativou ústavního pluralismu v reflexi střetu různých právních řádů na tomtéž území.²⁸ Ústavní pluralismus navazuje na práce *Neila MacCormicka*, který vnímal zintenzivňování evropské integrace jako symbol příchodu postsuverenního světa.²⁹ Po jeho soudu suverenita zmizela, není již ve státech, ale ani v Evropských společenstvích, takže si ji nikdo nemá nárokovat. Znamená to tedy tvrzenou absenci konečné moci, resp. posledního slova fixovaného v určité entitě.

Pozorování téže reality však může vést k jinému výsledku, tj. ke střetu o to, kdo je suverenní, kdo má poslední slovo: mezinárodní právo, evropské právo, národní právo, a v jakém rozsahu? Nikdo nechce ustoupit, neboť by popřel vlastní svébytnost, autonomii.

Ulrich Haltern soudí, že zmizení suverenity může být dáno pouze ztrátou víry v ni, jelikož je ideou, a nikoliv skutečností.³⁰ Suverenita je regulativní ideou, pořádacím principem odkazujícím ke zdroji a hranicím moci regulované právem – projevuje se jako konečná moc.³¹ V kontextu EU se jí nabízí přisuzovat státům,³² nikomu,³³ EU i státům,³⁴ jen EU.³⁵ Odkazy na suverenitu či její neexistenci jsou součástí legitimizačního diskursu: ospravedlňují, co je někdo oprávněn (ne)dělat, protože má poslední slovo. Nemusí jít o konkrétní rozhodnutí, ale o existenci rámce, v němž se

rozhodnutí odehrává – takto je zachraňována suverenita britského Parlamentu, který si přeje být omezován evropským právem, může si to však přát přestat. Kauza *Factortame* nicméně ukazuje, že to nejspíše nemůže efektivně chtít v konkrétní věci, musel by to chtít vyvázáním se z řádu evropského práva. Otázkou samozřejmě je, zda univerzálně příslušná konečná moc existuje a jak ji poznáme. Podle titulu, anebo na základě prosazení se za akceptace relevantních aktérů, což je zhruba totéž, co identifikace subjektu zvyku poslušnosti – komu vlastně v současném světě svědčí?³⁶

Ústavní pluralismus můžeme vnímat jako sympatický pokus vypořádat se se složitostí světa, v němž oslabují či dokonce mizí hierarchie, přinejmenším některé (zejména respekt k existenci a identitě ostatních právních řádů a zohledňování cizích rozhodnutí v rámci hledání jednotného hodnotového řádu). Podstatný je ovšem úhel pohledu, prizma, resp. status: jde o pozorovatele, anebo o aktéra? Lišit se tak může popis toho, co vidí a co z toho vyvozuje právní akademik, a i tady budou rozdíly mezi konstitucionalistou, europeistou, internacionalistou, sociologem či filosofem práva, potažmo sociální vědec, který není konfrontován s pořádací ambicí práva a může dekonstruovat po libosti nejrůznější hegemonie: mužskou, bělošskou, heterosexuální, západní, imperiální... Odlišné může být vnímání zákonodárce, soudce okresního soudu nebo soudce ústavního soudu. Akademik může doporučovat ústavní toleranci v podobě dobrovolného přijetí ústavní disciplíny členskými státy (tj. omezíme se, i když striktně vzato nemusíme), a to navzdory absenci legitimizujícího evropského lidu, neboť se mu Evropa jeví vznešenou a ori-

28 K ústavnímu pluralismu srov. zejména Avbelj, M., Komárek, J. (eds.): *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012. V česko-slovenské literatuře přehledově v širším kontextu Večeřa, M.: *Pluralita jako projev práva*. In: *Pluralismus moci a práva*. Bratislava: Ústav štátu a práva SAV, 2009.

29 MacCormick, N.: *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Na mnohé jím formulované otázky navazuje kniha Walker, N. (ed.): *Sovereignty in Transition*. Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

30 Hatern, U.: *Was bedeutet Souveränität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, str. VII.

31 N. Walker o ní mluví jako o diskursivní formě vyjadřující nárok na existenci a charakter nejvyšší pořádací moci vůči určitému politickému společenství. Tato moc má za účel vytvořit a udržet identitu a status politického společenství, také stanovuje trvalý zdroj a prostředek konečné autority pro právní řád společenství. Jelikož je suverenita řečovým aktem, její relevance závisí na její akceptaci jako způsobu poznávání a uspořádání světa. Srov. Walker, N.: *Late Sovereignty in the European Union*. In: Walker, N. (ed.): *Sovereignty in Transition...*, str. 6–7.

32 V české literatuře Belling, V.: *Legitimita moci v postmoderní době. Proč potřebuje Evropská unie členské státy?* Brno: Masarykova univerzita, 2009.

33 Viz N. MacCormick, u nás zřejmě J. Přibáň.

34 M. Avbelj (*Theorizing Sovereignty and European Integration...*), u nás Hamulák, O.: *Integrující se Evropa a suverenita České republiky*. Olomouc: Acta Iuridica Olomouciensis, 2013.

35 Patrně K. Lenaerts (srov. Walker, N.: *Late Sovereignty in the European Union...*, str. 24), v domácí literatuře mne nikdo nenapadá.

36 Uznání relevantními aktéry strukturálně upomíná na Hartovo pravidlo uznání, které zase bývá srovnáváno se sociologicky chápanou obdobou ideální základní normy ryzí nauky právní. K diskusi o povaze suverenity britského Parlamentu srov. Píša, R.: *Suverenita parlamentu stále živa?* Právník, roč. 2014, č. 11.

ginální,³⁷ případně může střet právních řádů, potažmo jejich konečných interpretů, vykázat mimo právo k politickému řešení.³⁸ Soudce musí rozhodnout.

Evropský konstitucionalismus nabízí odpověď na soudcovo dilema, jak a podle jakých normativních standardů rozhodnout: vyznívá ve prospěch EU a jejího práva, je orientována monisticky, a nikoliv pluralisticky, spíše na bázi jednotnéhoustru (pluralita vlivů působila na vznik práva, nikoliv na jeho interpretaci) než nějakého sdílení modelů a tradic (viz metodologicky nejasný způsob práce Evropského soudního dvora s ústavními tradicemi společnými členskými státy). Rodí-li se evropský konstitucionalismus postupně z judikatury Soudního dvora a korespondující doktríny, je v něm od počátku patrná nepluralistická tendence v důrazu na autonomii svébytného právního řádu s atributy přednosti či nadřazenosti (viz výše).

Chápu-li tedy intenci evropského konstitucionalismu správně, je poměrně snadno operacionalizovatelný, tedy v praxi upotřebitelný: střet právních řádů a interpretačních autorit má vždy jasného vítěze. U ústavního pluralismu je to složitější, a to i kvůli obtížnému odlišování deskriptivních a normativních komponentů (co vidíme a co uvidět doufáme).³⁹ Může jít stejně tak o zdůvodnění oslabení členských států ES/EU (už nejste suverénní), aby v dalším kroku převážila integrační entita (ta je suverénní), jako o hledání vyvážení mezi oběma úrovněmi. Kdyby platila ona dvoukroková strategie, byli by ovšem ústavní pluralisté pouze zakuklenými, resp. latentními evropskými konstitucionalisty. Dá se tady předpokládat, že jde o hledání vyvážení mezi střetávajícími se perspektivami. Problém vyvažování však tkví v nejistotě: nic neplatí výlučně, vše tak trochu, hlásá se otevřenost a tekutost. Právě tekutost jako vlastnost vody ovšem byla mýtickým symbolem chaosu (vodní hlubiny), proti němuž stál řád pevné a předvídatelné země vzešlé z aktu Stvoření.⁴⁰ Stvořením vzniká z ne-řádu řád, stejně tak právo tvorným rozhodnutím

z ne-práva vzniká právo; tvrdí přinejmenším decisionisté. V pluralistickém kontextu však přesně nevíme, co je po právu, resp. po (lecjakém) právu toho může být až příliš. V tomto smyslu tedy ústavní pluralismus přispívá k dekonstrukci moderního pojmu a struktury práva, protože odchylky od nich nevnímá jako nežádoucí deviace, nýbrž jako novou obvyklost, normu. A vracíme se na začátek: nejde jen o to, co pozorujeme, ale i o to, zda se za to stydíme, či se radujeme, je-li to zmar, anebo osvobození z dusivé modernity.

Jistota evropského konstitucionalismu spočívá v tom, že právem je to, co za ně prohlásí Evropský soudní dvůr jako finální interpret. Vidět je to pěkně na případě *Kadi*, v němž se jednalo o přezkum implementace sankcí Rady bezpečnosti OSN. Příklad byl nejdříve Tribunálem rozhodnut „pluralisticky“, tj. s vysokou mírou vstřícnosti vůči mezinárodnímu právu, v tomto případě k aktům odvozeným od Charty OSN, aby se Soudní dvůr následně jednoznačně vyslovil ve prospěch autonomie evropského práva a primátu jeho hodnot.⁴¹ Posouzení vztahu mezinárodního a evropského práva přitom mělo zásadní dopad na výsledek soudního sporu (žaloba zamítnuta, žalobě vyhověno). A velmi podobně vyznívá posudek Soudního dvora k protokolu o přistoupení EU k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, jež se ukazuje být v zásadě nemožným, a to navzdory vůli členských států vyjádřen v čl. 6 odst. 2 Smlouvy o EU. Zatímco Evropský soud pro lidská práva omezuje členské státy Rady Evropy ve prospěch jednotlivců, Evropský soudní dvůr často omezuje členské státy EU spíše ve prospěch EU. V ten moment ovšem zřetelněji vyvstávají legitimizační limity (deficity) EU i jejího soudu.

Snad to nezjednoduším příliš, ale trval-li by Evropský soudní dvůr na svém univerzálním posledním slovu jako na nejvyšší hodnotě evropského práva, kterou bude chránit před působením práva členských států i práva mezinárodního (esence

37 Weiler, J. H. H.: *Prologue: global and pluralist constitutionalism*. In: Búrca, G. de, Weiler, J. H. H. (eds.): *The Worlds of European Constitutionalism...*, str. 12–13.

38 Wintr, J.: *Principy českého ústavního práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2. vyd. 2013, str. 191. Myslím si to ostatně také.

39 N. Walker mluví o explikační a normativní dimenzi ústavního pluralismu – viz Walker, N.: *Late Sovereignty in the European Union...*, str. 4.

40 Eliade, M.: *Mýtus o věčném návratu*. Praha: Oikoymenh, 2. vyd. 2009, str. 55.

41 K případu se vyjadřuje nejen autor citované referenční knihy, zejména však tvoří jádro důkladné a kritické stati Búrca, G. de: *The ECJ and the international legal order: a re-evaluation*. In: Búrca, G. de, Weiler, J. H. H. (eds.): *The Worlds of European Constitutionalism...* Autorka však užívá odlišné popisky: přístup Tribunálu odpovídá „silnému konstitucionalismu“, neboť chápe právo monisticky, a to s tím, že v systému jsou nadřazené složky mezinárodního práva, zatímco přístup Soudního dvora chápe jako „silný pluralismus“ upřednostňující vlastní hodnoty a principy. Nejsem si ovšem jistý, nakolik ultimátní rekurs k autonomii vlastního systému odpovídá pluralistickému paradigmatu.

dobra o sobě), o příliš pluralistickém přístupu by to nesvědčilo. Záleží ovšem na definování: pluralismus zjevně může znamenat i to, že vím o normativních konfliktech plurality právních řádů, ale stejně se řídím tím svým, a to ne proto, že je nadřazený, ale proto, že je můj. Každopádně, kdyby se stejnou mírou naznačené autoreference vyznačovaly ústavní soudy členských států, nebude moci EU jako právní společenství fungovat.

Pozoruje-li tento vývoj mezinárodní právo, těžko může připustit vymknutí se evropského práva ze svého dosahu, když si příliš nevšímá ani práva států jako titulu k exkulpacii z mezinárodních závazků. V případě *Kadi* šlo navíc o formulaci univerzálních závazků s převahou Západu (viz složení Rady bezpečnosti OSN), z nichž se ovšem Západ s odvoláním na své vyšší standardy vyjímá; tedy univerzalizmus od nás, ale ne pro nás.⁴²

Při pozorování z perspektivy členského státu je zřejmé, že akceptace posledního slova Evropského soudního dvora ve všech otázkách, jež považuje za své, by znamenala přesun kompetenční kompetence ze členských států na EU, tedy ztrátu jejich samostatnosti v právním smyslu, tj. suverenity. Zbourány by byly domácí pyramidy hierarchicky koncipovaných právních řádů ve prospěch pyramidy evropské, jež je ovšem pyramidou méně strukturovanou, nižší, resp. se zřetelem k terminologii užívané ve světě různých sítí – jaksi plošší (mezi nařízením Komise a zakládacími smlouvami je co do nárokovaného účinku menší rozdíl než mezi domácí ústavou a vyhláškou ministerstva). Byla by tak redefinována hierarchie, stále by ovšem zůstala hierarchií.

42 Současně ovšem Evropský soudní dvůr odmítá národní vyšší standard jako prizma interpretace čl. 53 Listiny základních práv EU – viz Benko, R.: *Vplyv Charty základných práv EÚ na formovanie ústavnoprávnej štruktúry EÚ na pozadí rozhodnutia Súdného dvora vo věci Melloni*. Právník, roč. 2015, č. 8.

43 Srov. u nás zejména Bobek, M., Bříza, P., Komárek, J.: *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*. Praha: C. H. Beck, 2011, a Stehlík, V., Hamulák, O., Jirásek, J., Bončková, H., Petr, M.: *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges, 2014.

IV. Poznámka k dialogu soudů

Dialog soudů souvisí s evropským konstitucionalismem vzhledem k prosazování Evropského soudního dvora prostřednictvím národních soudů – bez nich by byl papírovým tygrem, na nich záleží, co z jeho judikatury vzejde v běžném právním životě.⁴³

Představa Evropského soudního dvora o dialogu je vázána především na předběžnou otázku. V judikatuře českého Ústavního soudu zaznamenáme slova o dialogu tehdy, zpochybňují-li obecné soudy jeho názor lepšími argumenty: co je po právu, však nakonec rozhodne sám. V obou případech se tedy jedná o hierarchii: někdo se na něco ptá, argumentuje, vrcholný orgán však rozhodne, jak se věci mají.

Konvenční představa dialogu je nicméně ne-hierarchická. Můžeme sem zahrnout obraz *Tomáše G. Masaryka* o demokracii jako diskusi, která zahrnuje komponent rovnosti, vtělený také v jeho oblíbených slovech: „*Já pán, Ty pán.*“ Když píše o ústavních dialozích v USA *Louis Fisher*, činí to v kontextu analýzy interpretace tamní ústavy jako politického procesu: je horizontální, probíhá mezi mocemi, jejichž společným úkolem je podporovat a realizovat ústavu.⁴⁴ To odpovídá pozdější expozici *Daniela Halberstama* razícího jako alternativu hierarchie heterarchii (řád bez fixního vrcholu), již vidí v USA spíše v podobě institucí, v EU spíše v podobě právních řádů.⁴⁵ Nicméně *Fisherův* horizontální ústavní dialog charakter oboustranné otevřenosti ztrácí při interpretaci vertikální, tedy ve vztahu ke státům. V nedávné minulosti to bylo vidět např. na judikatuře federálních soudů vůči referendům a změnám státních ústav fixujících manželství jako heterosexuální svazek, jež při prohlášení jejich protiústavnosti vesměs vystačila se stručným odkazem na XIV. dodatek.

44 Fisher, L.: *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

45 Halberstam, D.: *Local, global and plural constitutionalism: Europe meets the world*. In: Búrca, G. de, Weiler, J. H. H. (eds.): *The Worlds of European Constitutionalism...*, soustředěněji na základní koncept též: *Constitutional Heterarchy: the Centrality of Conflict in the European Union and the United States*. University of Michigan Law School. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 111, June 2008.

Zdá se, že v podmínkách víceúrovňového vládnutí stojíme před nutností vybrat si pro chápání dialogu model hierarchický, federální, anebo heterarchický, jenž by zhodnocoval specifickou povahu unie, jež není ani federací, ani konfederací, ani běžnou mezinárodní organizací, leč pověstnou entitou *sui generis*, a to ve spojení s „normativním duchem pluralismu“, pro nějž má být příznačná otevřenost a respekt k okolí.⁴⁶ Podstatě dialogu by odpovídal model heterarchický.⁴⁷ Problém je však samozřejmě v tom, že rolí soudů není si mezi sebou povídat, aby si vyjasnily, jak to vlastně s právem v tomto složitém světě je, nýbrž rozhodovat relativně koherentně, na základě relevantních argumentů a včas o tom, co je po právu z hlediska konkrétních účastníků různých řízení. Také proto byl svého času celý koncept soudního dialogu trochu podezřelý bývalému soudci Spolkového ústavního soudu Siegfriedu Brossovi.

Dialog přímo vybízí ke zvažování dopadů rozhodnutí mimo okruh procesních stran, tj. k zaujetí pozice někdy označované jako pozice strategického legalisty.⁴⁸ Nicméně ta je v tenzi s jedním z legitimizačních mýtů nezávislého a nestranného soudnictví, jímž je důraz na kognitivní (poznávací a rozumovou) složku na úkor složky volitivní (vůle, chtění, zájem).⁴⁹ Řečeno s Johnem Marshalllem: „Soudní moc se nikdy nevykonává s cílem dodat účinek vůli soudce; vždy s cílem dodat účinek vůli zákonodárců; anebo jinými slovy, vůli práva.“⁵⁰ Čím menší roli kognitivní prvky soudcovského rozhodování mají, tím více se soudce stává kreativním rozhodovatelem, a v tomto smyslu politikem.⁵¹

46 Avbelj, M.: *Theorizing Sovereignty and European Integration...*, str. 357 násl.

47 Takto též Havelka, L.: *Konkurence jurisdikcí v Evropské unii z pohledu ústavního pluralismu*. Jurisprudence, roč. 2011, č. 2.

48 Vermeule, A.: *The System of the Constitution*. Oxford University Press, 2011, str. 155.

49 Jde samozřejmě o míru, což nemíří jen k tomu, že leckdy se jako po právu nabízí více odpovědí, mezi nimiž je třeba zvolit, případně není zřejmé, co po právu vůbec je. Opakem přístupu strategického legalisty by byl hlasatel teze „Fiat iustitia, pereat mundus“, který prosadí rozhodnutí, jež bude ignorováno, případně zničí soud samotný. Je proto krajně nepravděpodobné, že by soudci nepřemýšleli o dopadech svých zásadních rozhodnutí (Marbury, Dred Scott či opatření Nového úřadu v USA, evropská judikatura Spolkového ústavního soudu v SRN, Melčák u nás...). Zvláště citlivé je to v autoritářských režimech – k tomu srov. Ginsburg, T., Moustafa, T. (eds.): *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2008.

50 Cit. podle Cardozo, B. N.: *Podstata soudního procesu*. Bratislava: Kalligram, 2011, str. 129. Sám Cardozo však soudcovskou vůli vykonávanou viděl, a nikterak jej to nepopuzovalo, protože soudy rozvíjejí právo, což

V. Závěr

Zřejmě jistě je, že jsem nepředložil žádné propracované poselství, ale jen poznámky na okraj. Na závěr se sluší je shrnout.

1. Evropský konstitucionalismus by neměl být monistický, tj. nemůže sloužit k umlčení ústavních soudů. Domáhá-li se EU otevřenosti států, nemůže být sama uzavřená při interpretaci svého dozajista autonomního právního řádu. Žijeme ve světě, v němž nejsou výlučnými aktéry státy, rozhodně takovým aktérem není EU. Prakticky by to mělo znamenat větší význam přiznávaný ústavním tradicím členských států, respekt k judikatuře štrasburského soudu i vrcholných soudů členských států a citlivost vůči mezinárodněprávním standardům.

2. Pokud bychom přitakali hierarchickému modelu jako jedině možnému modelu konstitucionalismu (vyšší právo s finálním interpretem), nesvědčí t. č. tak úplně Evropské unii (demokratický deficit, absence relativně homogenního lidu v politickém smyslu), ledaže by pokračovala její federalizace. EU je ve své podstatě stále především entitou založenou na souboru kompetencí delegovaných členskými státy, je od nich odvozená, nedisponuje kompetenční kompetencí.

3. Nemám příliš rád současný komplikovaný, nadměru otevřený a nejistý svět. Obávám se však, že zavřu-li oči, nezmizí. Tak jako se EU nemůže tvářit, že je federací

pouhým poznáváním práva existujícího není možné. Marshallovu tezi můžeme volně připodobnit slavné metafoře soudců jako „úst zákona“ Ch. de Montesquieu, soudců, kteří nejen nemají vůli, ale vlastně ani duši, pouze vyslovují slova zákona v konkrétním případě. M. Káčer nicméně připomíná požadavky kladené Montesquieuem na zákony (stručné, jasné, dobře známé, vlastně dokonalé), při jejichž splnění by vskutku nebylo důvodné se od „čtení zákona“, jemuž všichni rozumějí stejně, odchylovat. Srov. Káčer, M.: *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013, str. 53 násl. Zapomínat nesmíme, že to, co Montesquieu líčí, je realita kýžená, nikoliv skutečná, ovlivněna však je dobou zkušeností se soudy a jejich fungováním, střety partikularismu a centralistického racionalismu apod. Soudci, o nichž mluví, jsou navíc podobnější anglickým občanským porotcům než stálým soudcům francouzským. Viz Schmitt, C.: *Die Diktatur*. Berlin: Duncker & Humblot, 7. vyd. 2006, str. 107.

51 Na příkladu Evropského soudního dvora viz Vikarská, Z.: *Evropský soudní dvůr jako politický aktér*. In: Kysela, J., Ondřejková, J. a kol.: *Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezioborové perspektivě*. Praha: Leges, 2012.

srovnatelnou s USA (monistický konstitucionalismus evropský), nemohou se ani ústavní soudy členských států tvářit, že žádná EU není (monistický konstitucionalismus domácí). Mají se tudíž držet svého úkolu vykládat a aplikovat domácí ústavní předpisy, ovšem se zřetelem k právu mezinárodnímu, a tím spíše i k právu evropskému, neboť vše je to platné právo. Pokud jde o evropské právo, svědčí mu navíc poměrně vysoká míra hodnotové konzistence (EU jako mj. hodnotové společenství), jakkoliv to neznamená nemožnost rozporů ve vnímání toho, co je svobodou, rovností, diskriminací apod. Můžeme to označovat za praktikovaný ústavní pluralismus, „soft konstitucionalismus“, princip ústavní tolerance či cokoliv jiného.

4. Ve světle řečeného se předběžná otázka, objeví-li se pro ni v agendě ústavního soudu vhodná příležitost, jeví také jako šance vyhnout se konfliktu konečných interpretů. Můžeme na ni hledět i tak, jak si přejí vyzvatelé soudního dialogu, tedy jako rozhovor partnerů s odlišnými, avšak přece jen se protínajícími sférami působnosti, nikoliv tedy nutně jako na výraz uznání instanční podřízenosti jednoho druhému. Ukáže-li se však konflikt nevyhnutelným kvůli ochraně pravidel označovaných ústavou za nezměnitelná, či kvůli zásadně rozdílnému chápání toho, co je chráněnou „národní identitou“ ve smyslu čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU,⁵² je třeba v něj vejít, neboť tím jsou ústavní soudy povinovány řádu, jenž je stvořil, tj.

domácím ústavám.⁵³ Žádné normy se neochrání ani neprosadí samotné, k tomu je třeba institucí a v nich lidí. Trvalé podřizování se potenciálně expanzivnímu nárokovateli posledního slova by změnilo sociální realitu, pravidlo uznání, představu o odvozování moci atd. Jak si usteleme, tak si leheme. Problém tím dozajista nebude sprovozen ze světa; jen předán k řešení mocem politickým.⁵⁴ Je to něco na způsob variace *Radbruchovy* formule: i nespravedlivé právo je právem, jemuž je třeba se podřizovat, ledaže je nespravedlivost tak extrémní, že charakter práva „přebije“. V obdobném smyslu je i evropské právo třeba následovat, vykládat ústavu eurokonformně, odstraňovat tenze, ledaže zasahuje někam, kde je to z hlediska ústavy nepřijatelné, má-li zůstat ústavou téže základní struktury (identity). V ten moment už nemůže být vstřícný ten který ústavní soud, ale orgán nadaný mocí přijímat ústavu.

5. *Ota Weinberger* odlišuje romanticky chápané a strukturované demokracie.⁵⁵ V těch prvních stačí legitimizace odkazem na vůli lidu, dostačuje tedy holé rozhodnutí. V těch druhých se za kýžené považuje rozhodnutí vzešlé z deliberace či z porad s experty. Při přemýšlení o našem tématu se z toho dá odvodit požadavek, aby v případném střetu znamenala průpovídka „*Bruna locuta, causa finita*“ skutečnou tečku za deliberací, a nikoliv jen holé rozhodnutí.

52 K tomuto ustanovení v češtině především Zbiral, R.: *Koncept národní identity jako nový prvek ve vztahu unitrostátního a unijního práva: poznatky z teorie a praxe*. Právník, roč. 2014, č. 2, a dále Ondřejková, J.: *National identity*. In: Kysela, J. (ed.): *State as a Giant with Feet of Clay*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2014, str. 79 násl., včetně přehledu relevantní literatury.

53 Odpovídá to ostatně i judikatuře Spolkového ústavního soudu – eurovstřícnost mající limity v doktríně ultra vires.

54 Ty by nicméně měly být aktivní již dříve při snaze nepřipustit vznik unijního právního aktu zásadně rozporného s ústavní klauzulí věčnosti, jež je v našem případě v zásadě i jejím materiálním ohniskem,

resp. ve snaze jej odstranit cestou žaloby na neplatnost atd. Problémem ovšem je, že politickým orgánům členských států leckdy judikatura jejich ústavních soudů nevyhovuje, protože je příliš omezuje. V takovém případě mají tendenci ji v řízení před Evropským soudním dvorem desavuuovat – viz Benko, R.: *Vplyv Charty základných práv EÚ na formovanie ústavnoprávnej štruktúry EÚ na pozadí rozhodnutia Súdného dvora vo věci Melloni*. ..., str. 671 (Španělsko), anebo česká vláda v kauze slovenských důchodů. Je to další doklad toho, jak evropská integrace narušuje tuzemské institucionální hierarchie, resp. umožňuje jejich „obtékání“.

55 Weinberger, O.: *Inštitucionalizmus. Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Archa, 1995.

RESUMÉ

JAN KYSELA:
European Constitutionalism:
Hierarchy, Heterarchy and talking between the Courts

Jan Kysela approaches the topic of his paper structurally: he first examines manifestations of views on the law and notions, and then goes on to define the topic of the conference terminologically. He makes a distinction between European constitutionalism, which, however, tends to be associated with the European Union in theoretical works, and a more general constitutionalism inherent in processes within the state. Moreover, constitutionalism may take on the form of political or legal constitutionalism, which does not make the role of constitutional courts easier. And heterarchy – a system without ranked elements and a top – is one of the means for viewing the dialogue between courts, and the dialog between judges. In conclusion, the author makes five comments by which he summarizes his findings into theses in a highly consistent manner. European constitutionalism thus should not be monistic, and although the role of national constitutional court is not hierarchic vis-à-vis the EU, the courts in question ought to respect the value consistency of European law, and conduct a dialogue with “Luxembourg” using preliminary questions as well.



JIŘÍ PŘIBÁŇ

Působí od roku 2001 na Cardiff University. Ve stejném roce získal titul LLD a v listopadu 2002 byl jmenován profesorem právní filozofie a sociologie na Univerzitě Karlově. Působil také jako hostující profesor na Evropském univerzitním institutu ve Florencii, na New York University (Prague Office), University of California v Berkeley, University of San Francisco, University of Pretoria a University of New South Wales v Sydney. Jiří Přibáň rozsáhle publikuje v oblastech sociologie práva, právní filozofie, ústavního a evropského srovnávacího práva a teorie lidských práv.

He has been lecturing at Cardiff University since 2001. He earned the LLD degree in the same year, and was appointed as Professor of legal philosophy and sociology at the Charles University in Prague in 2002. He was a visiting professor at the European University Institute in Florence, at the New York University (Prague Office), University of California v Berkeley, University of San Francisco, University of Pretoria, and University of New South Wales in Sydney. Jiří Přibáň is a widely published author in the fields of sociology of law, legal philosophy, constitutional and European comparative law, and legal rights theory.

THE SEMANTICS AND MULTIPLE STRUCTURES OF EUROPEAN CONSTITUTIONALISM: A SYSTEMS THEORETICAL PERSPECTIVE*

In this text, I focus on sovereignty and constitutionalism in the context of the Europeanization of the nation states, their politics and legal systems.¹ The paradox of divided sovereignty and the European Union's differentiated constitutional domain are used as examples of profound semantic changes in the sovereignty discourse in contemporary society. Nevertheless, European post-national constitutionalism shows that political and legal institutions of the sovereign nation state continue to operate in a supranational and transnational world. Instead of sidelining those institutions and replacing them with purely supranational forms of governance, the self-constitution of European polity proceeds by introducing the concepts of divided sovereignty and internalizing state sovereignty as part of the systemic operations of EU law and politics.

A Sort of European Prelude: on Sovereign Nations, Constitutional Nationalisms and the Nation States of the EU

The euro crisis of 2010 revealed the vulnerability of the EU's common currency – this most striking example of supranational limitation of state sovereignty by economic means – and it prompted a series of vitriolic media attacks and revival of extremely strong nationalist resentments among Greeks, Germans and other EU

* This text is an edited version of the first chapter of the book *Sovereignty in Post-Sovereign Society: A Systems Theory of European Constitutionalism*, published by Ashgate Publishing in 2015.

1 Constitutionalism is not identical with the body of constitutional laws and usually involves an academic and public critical discourse on constitutional law. See, for instance, Paul Craig, 'Constitutions, Constitutionalism, and the European Union', *European Law Journal* 7 (2001): 125; Richard Bellamy and Dario Castiglione, eds, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives* (Oxford: Blackwell, 1996).

nations.² The system of European economy and its administrative supranational governance thus became responsible for an avalanche of modern nationalist prejudices, once again proving that modernity evolves as a parallel growth of instrumental rationality and what Max Weber referred to as a 'new polytheism' and 'the coming wars of the gods'.

The acrimonious Belgian constitutional crisis, devolution politics and persisting nationalisms in parts of the United Kingdom, traditional nationalism and recent terrorist campaigns in the Basque country and Corsica also show that the typically modern claim to national sovereignty has not disappeared. Rather, it has often reinvented itself as a politics of identity, self-determination and self-government in the post-national and post-sovereign EU constellation.

The self-limitation of nation state sovereignty within the EU does not necessarily weaken collective aspirations for some level of, if not full, sovereignty over historically and ethnically defined territory. The weakening of state sovereignty is accompanied by a reclamation and redefinition of sovereignty beyond the nation state. Sovereignty and identity politics continue to constitute an important vehicle for formulating new sets of goals, interests and public demands but also different forms of social and political inclusion and exclusion.

Traditional ethnic and national divisions acquire new importance, force and political or constitutional settlements. For instance, the Act of Autonomy granted significant autonomy, especially in taxation and judicial matters, to Catalonia within the Spanish state in 2006. Following this constitutional reform and the subsequent judgement of the Spanish Constitutional Court in June 2010, which declared a number of the Act's articles unconstitutional and ruled that there was no legal basis to recognize the Catalans as a nation and no reason for the Catalan language to take precedence over Spanish,³ a million-strong crowd protested in Barcelona

2 For the German media's stereotypical portrayal of the corrupt Greeks contrasted to the hardworking German citizens, see, for instance, Hans Bickes, Tina Otten and Laura Chelsea Weymann, 'The financial crisis in the German and English press: Metaphorical structures in the media coverage on Greece, Spain and Italy', *Discourse & Society* 25(4) (2014): 424–445.

3 Constitutional Court of Spain, *Sentencia* STC 031/2010, de 28 de junio de 2010 (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010), para. 7.

in July 2010 calling for even greater autonomy, if not independence for Catalonia. The euro crisis and its devastating effect on the Spanish economy subsequently increased tensions between the Catalanian and central governments and the tide of both economically and culturally driven nationalism has been translated into the most serious constitutional crisis of the Spanish democratic statehood further escalated by the unofficial referendum of 9 November 2014 and subsequent tensions between the Catalanian and central Spanish governments.⁴

Additional examples of the persistence of nationalism and sovereignty politics are easy to find in other parts of the EU. For instance, following a crushing victory in the Hungarian parliamentary election of April 2010, a new conservative nationalist government led by Prime Minister Viktor Orbán, whose Fidesz party won a constitutional supermajority of seats in Parliament (while a right-wing extremist and openly anti-Semitic and anti-Roma party Jobbik managed to attract 17 per cent of the national vote), announced a constitutional revolution and immediately enacted two laws. Surprisingly, these laws did not deal with the colossal economic problems of the country. One act was aimed at strengthening bonds with ethnic Hungarians living abroad by giving them a chance to acquire Hungarian citizenship. The other act declared as a 'day of national remembrance' June 4, the day in 1920 of signing the post-war Treaty of Trianon, which ended Hungarian political domination in many parts of the former Habsburg monarchy and decreed that millions of ethnic Hungarians would henceforth live outside the post-1918 Hungarian state.

More significantly, this nationalist imagination was a driving force behind the constitution-making project of the Orbán government, resulting in the new constitution of Hungary which was enacted by Parliament in April 2011 and went into force on 1 January 2012 despite fundamental protests by the Hungarian political

opposition parties and European political representations and expert bodies.⁵ The new Hungarian constitution has effectively dismantled republican and liberal achievements of the post-1989 democratic constitutionalism and replaced them with nationalist intuitions and settlement promoting the clientelist authoritarian state.⁶ Nevertheless, this settlement was approved by the electorate in the 2014 parliamentary election in which Prime Minister Orbán, following the election law change and Parliament's reconstruction, managed to secure the constitutional majority while the extremist Jobbik party emerged even stronger with 21 per cent of the national vote.

Sovereignty as Part of European Political and Constitutional Semantics

These national identity politics, old and new, show the paradox of both the inadequacy and persistence of national statehood and sovereignty. Traditional control and the solidarity of a state's inhabitants are being questioned in the globalized world of which Europeanization is just one of many segmented manifestations. State loyalties, political identities and communal bonds are becoming ever more multiple, loose and fragmented. However, one does not need examples of stateless forms of ethnic nationalisms in the EU, the rhetorical and legal excesses of contemporary Hungarian nationalists, corrupt Greek élites, the German media and angry crowds on European streets and squares to see that political propaganda and economic or legal reasoning based on the notion of state and national sovereignty are strong. Despite the ongoing transformation of international law and statehood in European and global society,⁷ the semantics of sovereignty persists in both political and legal communication⁸ and even thrives within the discourse of emerging European post-sovereign constitutionalism.⁹

4 For a more general overview, Scott L. Greer, *Nationalism and Self-Government: Politics of Autonomy in Scotland and Catalonia* (Albany, NY: SUNY Press, 2008); for more specific information on the Spanish economic crisis and political mobilization in Catalonia, see Guillem Rico, 'The 2010 Regional Election in Catalonia: A Multilevel Account in an Age of Economic Crisis', *South European Society and Politics* 17(2) (2012): 217.

5 See especially 'Opinion on the New Constitution of Hungary: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission)', in *Constitution for a Disunited Nation: on Hungary's 2011 Fundamental Law*, ed., Gábor Attila Tóth (Budapest: CEU Press, 2012), 491.

6 See especially János Kis, 'From the 1989 Constitution to the 2011 Fundamental Law', in Gábor Attila Tóth, ed., supra n. 5, 1.

7 Martti Koskeniemi, 'The Future of Statehood', *Harvard International Law Journal* 32 (1991): 397.

8 Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012).

9 Christoph Schreuer, 'The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm of International Law?', *European Journal of International Law* 4 (1993): 447.

Observing the historical drive by the European Court of Justice (hereinafter ECJ) towards the constitutionalization of European law and increasingly diverse national responses to it, one can see emerging patterns of post-sovereign supranational constitutional structures and semantics which, nevertheless, continue to draw on the concept of state sovereignty. Political and legal conflicts and debates in the EU, especially those following post-Maastricht Treaty and post-Amsterdam Treaty integration and enlargement,¹⁰ the process of constitution-making and eventually the ratification of the Lisbon Treaty,¹¹ show that the concept of state and constitutional sovereignty remains highly popular¹² among citizens, peoples, politicians, civil servants and judges living and working in the European post-national and post-sovereign constellation.¹³ Political leaders and senior judges also increasingly speak out against the idea of a supranational EU limiting its Member States in some kind of federal or other state-like constitutional settlement.¹⁴

The tirelessly discussed democratic deficit¹⁵ of the Union and potential risks attached to erosion of the democratic legitimacy of Member States cannot easily be countered by ideas of the governance-based post-sovereign and post-constituent supranational European polity. As regards the EU's Member States and their state sovereignty, in the United Kingdom, for instance, it is not only the tabloids blaming Brussels for all the ills of the British Isles that invoke the special need to defend state sovereignty against the supranational power of the EU. Parliamentary sovereignty, its exercise and democratic constitution are major issues of electoral campaigns,

often internally dividing both government and opposition. In parliamentary debates, the issue of sovereignty is increasingly raised whenever it comes to matters of European integration, foreign policy, immigration, defence, judicial independence and other topics associated with the territorial nation state.¹⁶

In German constitutional debates reflecting on the process of European integration, the Bundesverfassungsgericht (German Federal Constitutional Court, hereinafter BVerfG) has famously and repeatedly ruled that constitutional sovereignty and the rights of German citizens take precedence over European law and thus established the divided sovereignty doctrine. In its classic and endlessly discussed *Maastricht* judgement,¹⁷ the Court controversially stated:

If the peoples of the individual States (as is true at present) convey democratic legitimation via the national parliaments, then limits are imposed, by the principle of democracy, on an extension of the functions and powers of the European Communities. State power in each of the States emanates from the people of that State. The States require sufficient areas of significant responsibility of their own, areas in which the people of the State concerned may develop and express itself within a process of forming political will which it legitimates and controls, in order to give legal expression to those matters which concern that people on a relatively homogenous basis spiritually, socially, and politically.¹⁸

10 Ingolf Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam, European Constitution Making Revisited', *Common Market Law Review* 36 (1999): 703.

11 Andrea Biondi, Piet Eeckhout and Stephanie Ripley, eds, *EU Law after Lisbon* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

12 Jack Hayward and Rüdiger Wurzler, eds, *European Disunion: Between Sovereignty and Solidarity* (London: Palgrave, 2012).

13 Jürgen Habermas, *Postnational Constellation: Political Essays* (Cambridge: Polity, 2001); William Wallace, 'Europe after the Cold War: interstate order or post-sovereign regional system?', *Review of International Studies* 25(5) (1999): 217–218.

14 See, for instance, Roman Herzog, Germany's former federal President, and Lüder Gerken, *Stop the European Court of Justice* manifesto, EU Observer, 10 September 2008. For further comments, see Gerard Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 83.

15 For academic views regarding the EU's democratic deficit, see, for instance, Andrew Moravcsik, 'In Defence of the "Democratic Deficit": Reassessing Legitimacy in the European Union', *Journal of Common Market Studies* 40 (2002): 603; Giandomenico Majone, 'Europe's "Democratic Deficit": The Question of Standards', *European Law Journal* 4 (1998) 5; Andreas Follesdal and Simon Hix, 'Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik', *Journal of Common Market Studies* 44 (2006): 533; and finally Andrew Moravcsik, 'The Myth of Europe's Democratic Deficit', *Intereconomics: Review of European Economic Policy* 43 (2008): 331.

16 Mark Elliott, 'United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under Pressure', *International Journal of Constitutional Law* 2(3) (2004): 545.

17 See, for instance, Matthias Herdegen, 'Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an "Ever Closer Union"', *Common Market Law Review* 31(1994): 235; Trevor C. Hartley, *European Union Law in a Global Context: Text, Cases and Materials* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 159–160.

18 German Federal Constitutional Court's judgement of 12th October 1993, BVerfGE 89, 155; Brunner v European Union Treaty CMLR [1994] 57. Section C/1/2/b2.

Using the ‘no demos thesis’, the BVerfG argued in favour of the complainants, four members of the European Parliament from the Green Party and a high-ranking civil servant of the European Commission, that the ECJ, due to its ultimate lack of democratic legitimacy, cannot possess the jurisdictional authority to limit national judicial and constitutional authority.¹⁹ Because of the non-existence of a European *demos*, constitutional sovereignty of Germany as the EU Member State must be protected by its system of constitutional justice.²⁰

Despite the fact that the judgement echoed Hermann Heller’s idea of constitutional democracy and popular sovereignty emanating from social homogeneity,²¹ the Court was criticized for promoting the pre-political notion of a nation.²² However, the BVerfG did not treat the sovereign nation state as an absolute organization and an existential reservoir of political values and principles. Rather, the BVerfG considered it an organization and instrument and guarantee of the democratic selfhood, self-rule, welfare generated by social solidarity and popular government²³ – something the Court summarized in its recent *Lisbon Judgement* in the following words:

Within the order of the Basic Law, the structural principles of the state laid down in Article 20 of the Basic Law, i.e. democracy, the rule of law, the principle of the social state, the republic, the federal state, as well as the substance of elementary fundamental rights indispensable for the respect of human dignity are, in any case, not amenable to any amendment because of their fundamental quality.²⁴

19 Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 105.

20 Jiří Přibáň, *Legal Symbolism: On Law, Time and European Identity* (Aldershot: Ashgate, 2007), 106, 132–134.

21 The Court’s reference was: Hermann Heller, ‘Politische Demokratie und soziale Homogenität’ [1928] in *Gesammelte Schriften*, vol. 2, ed. Christoph Müller (Leiden: Sijthoff, 1971), 421.

22 Joseph H. H. Weiler, ‘Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision’, *European Law Journal* 1(3) (1995): 219.

23 For recent theory of the constitutional subject and its identity, see Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (London: Routledge 2009).

In the German context, the constitutional sovereignty argument was a response to the progressive political and legal integration of the EU in the 1990s.²⁵ The *Lisbon Judgement* of the BVerfG refers to the state as a democratic primary space and, in the classical dualist view of international law applied to the EU,²⁶ states that ‘the Member States are the constituted primary political area of their respective polities, the European Union has secondary, i.e. delegated, responsibility for the tasks conferred on it’.²⁷

Reflecting on the growing tension between the democratically legitimate and representative bodies of Member States and the primarily technocratic and expert-driven legitimacy of the administration and justice of the EU,²⁸ the drafters of the Lisbon Treaty explicitly recognized different forms of constitutional settlement, national identities and state sovereignty in Article 4(2), which reads:

The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.²⁹

24 The German Federal Constitutional Court’s judgement of 30 June 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08, para. 217. Available at: http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html [last accessed on 24 January 2014].

25 Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd edition, revised and expanded* (Durham, NC: Duke University Press, 2012): 331–342.

26 *Ibid.*, 345.

27 *Supra* n. 24, para. 301.

28 See, for instance, James A. Caparaso, ‘The European Union and the Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-modern’, *Journal of Common Market Studies* 34 (1996): 29.

29 Consolidated Version of the Treaty on European Union, *Official Journal of the European Union*, 9 May 2008, C115/17.

The article protects the constitutional identity of Member States and thus legally confirms what legal theorists have been describing as a state of constitutional, legal and political pluralism and the end of the EU law's absolute primacy doctrine.³⁰ Furthermore, it potentially offers an argumentative tool to protect and even reclaim sovereign operations of Member States of the post-sovereign supranational EU.

A Brief History of Sovereignty in New Member States of the Enlarged EU

Since the communist regime's fall in 1989, constitutional developments in post-communist countries may be summarized as a gradual shift from simple interpretations to more complex doctrines and jurisprudence of constitutional sovereignty and statehood in the post-sovereign EU constellations.³¹

Early constitutional and political transformations were typical of regaining, rebuilding and legitimizing the sovereign constitutional and democratic state, yet the same process was instrumental for one of the most fundamental goals, namely accession to the EU.³² These parallel processes of constitution-making reconstituting state sovereignty and EU integration limiting exactly this reconstituted sovereignty and using it as a primary vehicle of entering the exclusive club of EU Member States have been extensively analysed by legal and political scholars in the past two decades.³³

Similarly, early constitutional arguments and deliberations on the supremacy of EU law and their effect on pre-accession candidate states of Central and Eastern Europe were the subject of numerous studies in constitutional theory and EU law.³⁴ Technical uses of constitutional sovereignty generally facilitated the accession of post-communist states to the EU, yet they also highlighted a more general problem of democratic legitimacy and accountability vis-à-vis these supranational integration processes. Constitutional bodies of different countries, especially constitutional courts, thus gradually adopted the post-accession doctrine of divided sovereignty and *Kompetenz der Kompetenz* reflecting on the supremacy of democratically legitimized national legal systems.³⁵

Good examples of the early semantics of sovereignty in the post-sovereign EU legal and political structures are the *Accession Treaty* judgement from 2005 of the Polish Trybunał Konstytucyjny (Constitutional Tribunal, hereinafter TK)³⁶ and the *Sugar Quota III* judgement of the Czech Republic's Ústavní soud (Constitutional Court of the Czech Republic, hereinafter ÚS)³⁷ from March 2006. In the *Czech Sugar Quota III* case, the conservative opposition MPs argued that the EU regulation of the sugar market amounted to a violation of the right to free commerce activities. The Court declared the national regulation void on procedural grounds and basically reiterated the BVerfG's position regarding the delegation of powers and the relationship between Member State constitutions and EU law in the following words:

... the conditional nature of the delegation of these powers is manifested on two planes: the formal and the substantive plane. The first of these planes con-

30 Armin von Bogdandy and Stephan Schill, 'Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty', *Common Market Law Review* 48 (2011): 1432.

31 See especially Anneli Albi, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 9–13. For more general comments on the EU enlargement process, see Marise Cremona, ed., *The Enlargement of the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2003) and Christophe Hillion, ed., *EU Enlargement: A Legal Approach* (Oxford: Hart Publishing 2004).

32 Alexander H.E. Morawa and Kyriaki Topidi, eds, *Constitutional Evolution in Central and Eastern Europe: Expansion and Integration into the EU* (Aldershot: Ashgate 2011).

33 Adam Czarnota, Martin Krygier and Wojciech Sadurski, eds, *Spreading Democracy and the Rule of Law: The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy, and Constitutionalism in Post-communist Legal Orders* (Dordrecht: Springer 2006); Alfred E. Kellerman et al., eds, *The Impact of EU Accession on the*

Legal Orders of New Member States and (Pre-) Candidate Countries (Dordrecht: Springer 2006).

34 See especially Wojciech Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 66–79.

35 Wojciech Sadurski, "'Solange, chapter 3': Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union', *European Law Journal* 14(1) (2008): 6–23.

36 See the Polish Constitutional Tribunal's Accession Treaty Case, K 18/04, Judgment on Poland's Membership in the European Union of 11 May 2005; see also the Tribunal's Procedural Decision no. 176/11/A/2006 on the Excise Duty Tax, 19 December 2006.

37 The Czech Constitutional Court's Judgment of 8 March 2006, Pl. ÚS 50/04 (the Sugar Quota III Case). Available at: <http://www.usoud.cz/en/> [last accessed on 24 January 2014].

cerns the power attributes of state sovereignty itself, the second plane concerns the substantive component of the exercise of state power. In other words, the delegation of a part of the powers of national organs may persist only so long as these powers are exercised in a manner that is compatible with the preservation of the foundations of state sovereignty of the Czech Republic, and in a manner which does not threaten the very essence of the substantive law-based state.³⁸

The Court also acknowledged 'a definite principle of constitutional self-restraint'³⁹ regarding economic measures flowing from the EU policies and the case law of the ECJ. Due to this self-restraint in economic matters, the Court refused to review the EU law-based sugar quota regulations.⁴⁰ Repeating the BVerfG's *so long as (Solange)* formula in the Czech context,⁴¹ the Court, nevertheless, specifically recalled Article 9(2) of the Czech Constitution protecting the substantive core of the democratic state which is considered unchangeable by any constitutional amendments and laws.

Another example of dealing with EU law challenges to the national constitutions is the Polish TK's judgement in the *European Arrest Warrant* case related to internal sovereignty of the state and its obligation to protect the state's citizens.⁴² The Tribunal was asked to decide upon the surrender of a Polish citizen to the Netherlands for the purpose of prosecution using Article 607t of the Code of Criminal Procedure incorporating the Arrest Warrant to the Polish legal system. The Tribunal ruled that 'surrender' is of the same substance as 'extradition' and, because extradition of Polish nationals was prohibited by the constitution (Article 55 of the

Constitution), the Article was declared unconstitutional. The general obligation to interpret national law in conformity with EU law did not apply in this case where it could determine the introduction or aggravation of criminal liability.⁴³ Nevertheless, on the basis of Poland's commitment to the EU, the article's annulment was postponed by the Tribunal for the period of 18 months during which the Polish constitution was amended to accommodate the European Arrest Warrant in the national system of positive law. It is noteworthy that the amendment was proposed by the TK itself.⁴⁴

The adopted doctrine of divided sovereignty was further elaborated by the ÚS in its Lisbon Treaty judgements. In the *Lisbon I* Judgement, the judges stated that 'today sovereignty can no longer be understood absolutely; sovereignty is more a practical matter'.⁴⁵ Sovereignty, therefore, is not an existential matter of the *either-or* choice. Instead of theorizing sovereignty as a rigid legal or political concept, the Court considers sovereignty a practical concept opening the possibility for states to be active players and negotiators at international and global level of political and legal interdependence and networking.⁴⁶ This is a profound shift from political and constitutional essentialism to the pragmatist concept of sovereignty as a technique enhancing operative power of states in global legal and political settings and making them more flexible and adaptable to the emergence of supranational and transnational legal and political networks.⁴⁷

The Court also makes a lengthy comment on state sovereignty and globalization in its judgements when it states:

38 Ibid., part VI. B.

39 Ibid., part VI.A-3.

40 This position was criticized by some scholars, such as Aneli Albi, as weakening the protection of constitutional rights of citizens in the new Member States of the EU after its enlargement in 2004. See Anneli Albi, 'Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums', *European Law Journal* 15(1) (2009): 46.

41 Sadurski, *supra* n. 35, 6–9.

42 Judgement of the Polish Constitutional Tribunal P 1/05, on the European Arrest Warrant, Official Collection of the Constitutional Tribunal Jurisdiction, OTK ZU, No. 4/A/2005.

43 Massimo Fichera, 'The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?', *European Law Journal* 15(1) (2009): 82.

44 Angelika Nussberger, 'The Poland: the Constitutional Tribunal on the implementation of the European Arrest Warrant', *International Journal of Constitutional Law* 6(1) (2008): 162–170.

45 The ÚS's judgement of 26 November 2008, Pl ÚS 19/08 (The Treaty of Lisbon I Case) Available at: <http://www.usoud.cz> [last accessed on 24 January 2014], para. 4 of the introductory reasoning summary.

46 Ibid., para. 107; the Court quotes from David P. Calleo, *Rethinking Europe's Future* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 141.

47 Jean L. Cohen, 'Sovereignty in the Context of Globalisation: A Constitutional Pluralist Perspective', in *The Philosophy of International Law*, eds Samantha Besson and John Tasioulas (Oxford: Oxford University Press, 2010), 261.

The global scene can no longer be seen only as a world of isolated states. It is generally accepted that the state and its sovereignty are undergoing change, and that no state is such a unitary, separate organization as classical theories assumed in the past. An international political system is being created in the global scale that lacks institutionalized rules of its own self-government, such as the international system created by sovereign states had until now. It is an existential interest of the integrating European civilization to appear in global competition as an important and respected force. These processes quite clearly demonstrate that the sovereign legitimate state power must necessarily observe the ongoing developmental trends and attempt to approach them, understand them, and gradually subject this spontaneous globalization process, lacking hierarchical organization, to the order of democratic legitimacy.⁴⁸

This conclusion and emphasis on efficient and principled governance beyond the nation state in global society⁴⁹ is different from, for instance, the BVerfG's *Lisbon* Judgement which mainly highlights the precondition of sovereign statehood⁵⁰ and reiterates the old task of the EU to keep peace in Europe and to strengthen the possibilities of policy-making by joint coordinated action.⁵¹ Indeed, the BVerfG referred to the *Lisbon I* Judgement of the ÚS⁵² and its reserved power to review whether legal instruments of the EU institutions remain within the limits of the sovereign powers conferred on them. However, the BVerfG actu-

ally has recursively referred to its *so long as (Solange)* doctrine formulated several decades ago. Invoking 'the obligation under European law to respect the constituent power of the Member States as the masters of the Treaties',⁵³ the BVerfG effectively reiterated the impossibility of the ECJ to claim the *Kompetenz der Kompetenz* to unilaterally determine whether the principle of enumerated powers has been respected.

Unlike the BVerfG's *Lisbon* Judgement,⁵⁴ the ÚS engaged in more profound consideration of European and national legal and political developments as coeval and mutually intertwined processes. Where the German Court separates European integration and national democracy,⁵⁵ the Czech Court highlights the legitimation issues and deficits of both national democracies and EU regulatory and governance networks and practices. In this respect, it is significant that the ÚS re-enters the problem of legitimation by the fundamental democratic and rule of law values to the EU level by stating that these are commonly shared and constitute the legitimation foundation of both European integration and constitutional democracy of the EU Member States. Instead of simply contrasting national representative democracy to the supranational organization of the EU, it calls for scrutinizing all forms and techniques of governing, whether local, national or supranational, in terms of their consistency with the democratic values which obviously cannot be limited by forms and techniques of political representation exclusively facilitated at the nation state level.⁵⁶

48 Supra n. 45, para. 105.

49 Martti Koskeniemi and Päivi Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties', *Leiden Journal of International Law* 15 (2002): 553.

50 Daniel Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgement of the German Constitutional Court', *Common Market Law Review* 46 (2009): 1795; see also Dieter Grimm, 'Defending Sovereign Statehood Against Transforming the European Union into a State', *European Constitutional Law Review* 5 (2009): 353.

51 Supra n. 24, paras 220 and 222.

52 Supra n. 24, para. 338.

53 Ibid., para. 235.

54 See, for instance, Damian Chalmers, 'European Restatements of Sovereignty', in *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, eds Richard Rawlings, Peter Leyland and Alison Young (Oxford: Oxford University Press, 2013), 205–206.

55 Daniel Halberstam and Christoph Möllers, 'The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"', *German Law Journal* 10 (2009): 1241.

56 For further details regarding the difference between the Czech and German Constitutional Courts' Lisbon judgements, see especially Mattias Wendel, 'Comparative reasoning and the making of a common constitutional law: EU-related decisions of national constitutional courts in a transnational perspective', *International Journal of Constitutional Law* 11(4) (2013): 987–990.

57 Thomas Christiansen, Knud E. Joergensen and Antje Wiener, eds, *The Social Construction of Europe* (London: Sage, 2001); Jo Shaw and Antje Wiener, eds, *Evolving Norms of Constitutionalism: Special Issue of European Law Journal* (Oxford: Blackwell, 2003); Gunther Teubner, 'How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law', *Law & Society Review* 23 (1989): 727.

Beyond Kelsen and Schmitt? Legal Semantics of the EU's Divided Sovereignty

All these cases from the EU's Member States – old and new – show that European constitutionalism is best addressed as a form of social and epistemological constructivism,⁵⁷ part of which is the concept of divided sovereignty. The structures of legal integration and the semantics of the self-description of the European legal system have been developing in parallel in the process of European unification.

The history of European constitutionalism originally was the social history of a legal utopia pursued from the earliest stages of European integration by a very specific group of lawyers, most notably judges and advocates-general of the ECJ, legal experts in the European Commission and the Council of Ministers, legal advisers to national governments and EU law theorists. The strategy of depoliticizing European integration by legalizing and constitutionalizing it led to the emergence of a controversial European jurisprudence legitimizing 'constitutionalism without a constitution'.⁵⁸ Different concepts and metaphors have been constructed to cope with the divisions, fractures and complexities of the pluralistic and polycentric body of European law and its constitutional context.

The EU legal semantics adopted the fiction of the Treaty of Rome having the nature of a constitution as early as in the mid-1960s. At the same time, European constitutionalism in practice mainly signifies the absence of a real constitution and the process of constitution-making by other means.⁵⁹ Horizontal and heterarchical rather than vertical and hierarchical communication emerges between the Member States and the EU's legal systems.⁶⁰ Within the legal system, the principle

of the supremacy of European law turns out to be inseparable from the principles of proportionality, subsidiarity and self-containment.⁶¹ European constitutionalism involves both 'a state-building dynamic' questioning the existing supranational and transnational regulatory practices of the EU⁶² and the principle of mutual 'constitutional tolerance'⁶³ between EU law and national constitutional and legal systems and cultures. Similarly, legal principles can become an instrument of the EU's differentiation, such as the subsidiarity principle which

... can, on the one hand, suggest a desire to reduce EU-level intervention into national policy, or, on the other hand, the normatively more attractive and positive desire to enhance self-government and to involve those most directly affected by decision-making as fully as possible in the process.⁶⁴

The European constitutional debate definitely 'poses the most pressing paradigm-challenging test to what we might call constitutional monism'.⁶⁵ As Joseph Weiler notes, neither Kelsen nor Schmitt are of any use in the context of EU law because European constitutionalism cannot be modelled on state-centred constitution-making. It is simply unique, original and difficult to grasp in the language of conventional constitutional theory – it is *Sonderweg*.⁶⁶

The above listed 'semantic soup' of EU and Member States' legal and constitutional concepts, fictions and argumentative frameworks persuasively illustrates how unique and unorthodox the path of European constitutionalism can be and how, at the same time, it seeks to preserve the semantic value of the general concept of *sovereignty* which consists of *translating the contingency of the social multitude into the conceptual unity of the collective will operating in the political system or the legal authority operating in the legal system*.

58 Antonin Cohen, 'Constitutionalism Without Constitution: Transnational Élités Between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s–1960s)', *Law & Social Inquiry* 32 (2007): 113.

59 Ibid., 112.

60 Neil Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', *Modern Law Review* 65 (2002): 337.

61 Antonio Estella, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique* (Oxford: Oxford University Press, 2002); Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

62 Neil Walker, 'Europe's Constitutional Engagement', *Ratio Juris* 18 (2005): 394.

63 Joseph H. H. Weiler, 'In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*', in *European Constitutionalism Beyond the State*, eds Joseph H. H. Weiler and Marlene Wind (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 15.

64 Gráinne de Búrca, 'Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity', in *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, eds Bruno De Witte, Dominik Hanf and Ellen Vos (Antwerpen: Intersentia, 2001), 133.

65 Neil Walker, supra n. 60, 337.

66 Joseph H. H. Weiler, supra n. 63.

The EU's specific structural problem is that there is no detectable single collective will operating in its political system and authority operating in its legal system. Member States are no longer the ultimate centres of constitutional authority and the European integration process has always been developing beyond the traditional limits of international law. Constitutional aspirations and imagination of the EU have been coeval with the continuing constitutional regulations, aspirations, imaginations and transformations of its Member States. While the Member States are significantly limited as sovereign entities, the same states also continue to dominate and pursue their interests both inside and outside the EU institutions.

Calls for building European statehood⁶⁷ and constitutionalizing the principle of the supremacy of the jurisdiction of the ECJ over national constitutional courts⁶⁸ can hardly result in the establishment of a monistic European constitutional system because the principle of respect for national constitutional systems is guaranteed by the body of European law. The EU's specific sovereignty paradox may be formulated as 'sovereignty manifesting itself by its limitations'.⁶⁹ The concept of divided sovereignty, therefore, has become both a major point of reference and a tool concerning further European political and legal integration.⁷⁰ It replaces the Kelsenian monistic theory of legal validity and norm formation with an epistemology and semantics built on the notion of social difference, cleavages, fractures and the multiplicity of social communication. It introduces plurality and divisions into the concept of sovereignty which, according to its common definition, cannot be divided without being destroyed.

However, the EU jurisprudence of divided constitutional sovereignty does not result in the paralysis of political or legal institutions and the arbitrariness of their decision-making but reasserts itself as an internal part of EU legal communication. It establishes the very meaning of the EU legal system which distinguishes it

from both its national and international environments and thereby constitutes it as a self-referential system. Its legal meaning is not to modify national sovereignty of EU Member States into a quasi-federal or confederate system of EU politics but to develop semantic guidelines for specific programmes of the self-constituted EU legal system. In other words, on the basis of these systemic programme specifications, judges, attorneys, corporate lawyers or bureaucrats can communicate, especially dispute what counts as legal and illegal in the system of EU law.

Constitutional Pluralism in the EU

In the EU, the concepts of divided sovereignty and legal pluralism are immediately associated with constitutional pluralism and conflicts arising between European and Member State political and legal institutions. The autonomy of the system of European law and its principles of supremacy and direct effect adjudicated on by the ECJ historically contributed to the strong belief in the basic norm of EU law that would be superior to the basic norms of the respective constitutional systems of Member States.

For instance, the concept of a 'transnational constitution' was paradoxically born out of the supranational federalist vision of European statehood and drew on European legal monism and the supremacy of the European basic norm. It was coined by Eric Stein to signify the increasing juridification of the EU and its hierarchical 'federal-type' political structure.⁷¹ The idea that Europe 'needs a constitution'⁷² originated from a belief in the political and legal supremacy of the structures, decision-making processes and operations of European institutions. The constitution and its authority were to enhance the legitimacy of European integration⁷³ but also to open further space for this 'ever closer' Union.⁷⁴

67 Federico G. Mancini, *Democracy and Constitutionalism in the European Union* (Oxford: Hart Publishing, 2000), 51–66.

68 Monica Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 2006), 723–724, 730–733.

69 Margreth H. M. de Bonth, 'Sovereignty Revisited', in *Flexibility in Constitutions: Forms of Closer Cooperation in Federal and Non-Federal Settings; Post Nice Edition*, ed. Annette Schrauwen (Groningen: Europa Law Publishing, 2002), 101.

70 Jan Zielonka, *Europe as Empire* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 65–91.

71 Eric Stein, 'Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution', *American Journal of International Law* 75 (1981): 1.

72 Jürgen Habermas, 'Does Europe Need a Constitution?', in Jürgen Habermas, *Time of Transitions* (Cambridge: Polity Press, 2006), 89.

73 Miguel Maduro, 'The Importance of Being Called a Constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism', *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005): 332.

74 Federico G. Mancini, 'The Making of a Constitution for Europe', *Common Market Law Review* 26 (1989): 595.

Nevertheless, the supremacy of the EU's basic norm has been challenged by Member State constitutional courts claiming that each state's basic norm remained unaffected by European legal integration. The European Union thus evolved into a hybrid pluralistic model contradicting the monistic conception of one exclusive basic norm but equally stretching far beyond the framework of dualistic theories of international law.⁷⁵

As Neil MacCormick commented before the EU's failed constitution-making:

Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledges constitutional superiority over another.⁷⁶

Instead of depending on the will of one constitutional sovereign, transnational and supranational systems, such as the EU, constitute their stability through a multiple network of legal and constitutional institutions and practices of cooperation and conflict resolution.⁷⁷

Though the concept of constitutional pluralism originally evolved as a specific theoretical reflection and positive assessment of the process of European constitution-making, it also turned out to be a useful model explaining the failure of the Union's constitution-making. It is able to critically reassess the major principles and operations of EU law and its relationship with the legal systems of Member States, a relationship full of structural and semantic collisions and contestations.

The theoretical idea of constitutional pluralism has been elaborated, in particular, by Neil Walker, who responded to the challenges and risks of permanent contestations, conflicts, frictions and fragmentation related to the communication between national legal systems and European law. Walker is aware of the com-

plexities raised by the recent popularity of the constitutionalism discourse and its post-Westphalian transnational context. For him, as for a number of other scholars, constitutional pluralism liberates the discourse from the limitations of state-centred images and institutional frameworks of constitutionalism. Among other remarks, he criticizes the current discourse of constitutionalism especially for its 'state-centredness', the 'constitutional fetishism' permeating the political imagination, its 'normative bias' and 'ideological exploitation'.⁷⁸ Walker subsequently argues in favour of a plurality of different constitutional sites and heterarchical structures in transnational law. As regards European law, he states that

[C]onstitutional monism merely grants a label to the defining assumption of constitutionalism in the Westphalian age ... that the sole centres or units of constitutional authorities are states. Constitutional pluralism, by contrast, recognizes that the European order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of inter-*national* law and now makes its own independent constitutional claims, and that these claims exist alongside the continuing claims of states. The relationship between the orders, that is to say, is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical.⁷⁹

Nevertheless, the reader should not be distracted by Walker's deployment of the language of social theory to describe the heterarchy of functionally differentiated social systems, because Walker's project of 'developing constitutional pluralism'⁸⁰ involves a number of the prescriptive thoughts and ideas of political constitutionalism.

There is more continuity than discontinuity with the modern constitutional discourse in Walker's constitutional pluralism theory. Though recognizing constitutional phenomena that are not polity-bound, especially governance and societal criteria and processes of constitutionalism, Walker asks a critical question:

If polities within a multi-dimensional order can be sectorally or functionally delimited, how far can such limitation be permitted without undermining the very idea of a constitutional *polity*?⁸¹

75 See, for instance, Martin Borowski, 'Legal Pluralism in the European Union', in *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: The Post-Sovereign Constellation*, eds Agustín J. Menendez and John E. Fossum (Dordrecht: Springer, 2011), 189.

76 Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 104.

77 *Ibid.*, 119.

78 Neil Walker, *supra* n. 60, 319.

79 *Ibid.*, 337.

80 *Ibid.*, 339.

81 *Ibid.*, 347.

Facing subnational, supranational and transnational pressures, state law's superior and official status is increasingly relativized and contextualized as part of both EU and global legal regulation. This social development, nevertheless, cannot avoid the persisting question of which communities are represented by these supranational and transnational legal networks and constitutional systems.

In his response, Walker draws on the normative political problem of the constitution of a polity and the limits to the process of constitutionalization without a polity. For him, constitutionalism gets dissociated from statehood and state sovereignty but equally continues to reflect on the first political condition – the condition of commonality. The pursuit of the common in pluralistic politics and law in Europe and beyond finds its expression in respective notions of citizenship, polity and constitutionalism which, according to Walker, 'pre-date the modern state'⁸² but also set normative limits to the functional differentiation of constitutional non-polity sites and their particular authority. The idea of constitutional pluralism as a plurality of unities subsequently translates to the idea of 'metaconstitutionalism',⁸³ without a fixed meta-constitution but with a new framework of open-ended negotiating processes between different constitutional authorities, mutual learning, dialogue and cross-experimentation.⁸⁴

Walker's theory of constitutional pluralism continues to be a primarily normative political project searching for post-national and global forms of political deliberation, conflict resolution, negotiation and imagination. It is open to processes of depoliticized governance and societal self-reflections beyond the state and polity. Nevertheless, it perceives all these processes as part of an open-ended constitutional dynamic which has a political dimension of regulating and steering our post-Westphalian and post-state polity in Europe and elsewhere.

82 Ibid., 350.

83 Ibid., 357.

84 Ibid., 359.

85 Neil Walker, 'EU Constitutionalism and New Governance', in *Law and New Governance in the EU and the US*, eds Gráinne de Búrca and Joanne Scott (Oxford: Hart Publishing, 2006), 15.

86 Francis Snyder, 'Soft Law and Institutional Practice in the European Community', in *The Construction of Europe: Essays in Honour of Mile Noel*, ed. Stephen Martin (Dordrecht: Kluwer, 1994), 198.

87 Karel C. Wellens and Gustaaf M. Borchart, 'Soft Law in EC Law', *European Law Review* 14 (1989): 267; David Trubek and Louise Trubek, 'Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the

European Constitutionalism of Post-Sovereign *Juristenrecht*

There is a close relationship between the EU's supranational constitutionalism and governance established by EU institutions.⁸⁵ The legislatures of 'hard law' are often accompanied by the effective networks of 'soft law', usually defined as a set of rules of conduct without directly binding legal force but with potentially strong force of persuasion and practical effects.⁸⁶ Apart from 'hard' laws of the Union's official *acquis communautaire*, 'soft' laws of informal practices, administrative techniques and uses of expert knowledge in decision-making processes have always played a formative role in European integration, including constitution-making.⁸⁷ These 'soft' laws are even described as faithfully reflecting the heterogeneous character of European integration and governance.⁸⁸ They reveal one of the most typical features of the EU law but also any other form of supranational and transnational law – the fact that its operative capacity depends on *epistemological communities* of legal and other experts.

The heterarchy of European law, its self-referential communication and heavy reliance on 'soft' legal methods have always been significantly enhanced through the differentiated multiple channels of European 'lawyers' law' or *Juristenrecht*.⁸⁹ The sociological concept of *Juristenrecht* introduced to legal science by one of the founding fathers of sociology of law, Eugen Ehrlich,⁹⁰ grasps the complexity of European constitutionalism, especially its reliance on specific professional knowledge groups, their decision-making techniques and capacity to operate beyond the body of legislated laws and to create their own 'soft' practices and informal rules of decision-making.

Open Method of Co-ordination', *European Law Journal* 11 (2005): 352–362; David Trubek, Patrick Cottrell and Mark Nance, "'Soft Law", "Hard Law" and EU Integration', in Gráinne de Búrca and Joanne Scott, eds, *supra* n. 85, 65.

88 Linda Senden, *Soft Law in European Community Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004), 111–117.

89 Miriam Aziz, *The Impact of European Rights on National Legal Cultures* (Oxford: Hart Publishing, 2004), 17.

90 Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (New York: Arno Press, 1975) [Originally published in 1936], 121.

The impossibility of achieving a European constitution in the 1950s⁹¹ led to the gradual constitutionalization of European law by the ECJ. The political act of constitution-making and building a federal Europe was replaced by the transformation of constitutionalization politics into technical legal matters, self-referential arguments and self-constitutive semantics of European legal integration. Since the landmark decision *Costa v. ENEL* and the Court's view that the Treaty of Rome has 'the nature of a real constitution', EU jurisprudence built upon the legal fiction of considering the treaty 'as if it were a constitution'.⁹²

The ECJ's enforcement of the principles of supremacy and the direct effect of European law should not be perceived 'only as the translation of a political mobilization into the language of law, but also as the legal expression of the social autonomization of a specialized body of lawyers'⁹³ and as the self-referential organization of the functionally differentiated and socially self-limiting system of European law. This differentiation of European politics and law and the evolving self-reference of the body of European law subsequently requires shifting the analytical focus from the ultimate (economic, political, cultural, moral and so on) foundations of an emerging European polity toward social understanding, knowledge and practices adopted in different sectors of the EU.⁹⁴ It means shifting the focus from official legal documents to the multitude of professional customs, practices and unofficial rules.

The 'cooperation relationship'⁹⁵ and the practice of 'judicial dialogue'⁹⁶ between European and national judges have been beneficial for both groups because they empower them in the political and legal systems of both the EU and Member

States.⁹⁷ However, the very concept of dialogue also shows the conflictual dynamic and often contradictory nature of the relationship. As Miriam Aziz comments: 'The jurisdictional tug of war which has prevailed between the ECJ and the constitutional courts of the Member States serves to illustrate the lengths to which jurists will go to have the last word as regards the locus of the ultimate authority'.⁹⁸ Nevertheless, national and European legal élites have common political and professional interests and their tug-of-war enhances the process of the self-constitutionalization of the European legal system – the process giving them more power and influence.

In the EU, there may be a number of authorities claiming constitutional supremacy and demanding to have the final decision-making power.⁹⁹ However, the conflict-driven jurisdictional dynamic and the need to introduce European 'soft' lawyers' laws actually derive from the impossibility of determining authoritatively who has the final sovereign authority and the competence to decide on the applicability of EU law. This apparent crisis in fact reveals how the European legal system produces its internal operations and self-regulations. National and European top judges and legal élites happily struggle to answer the question of who is the ultimate arbiter without any clear legal solution but with the clear knowledge that their conflict is, in fact, an intrinsic part of operations of the EU's self-constitutionalized legal system.

91 Richard T. Griffiths, *Europe's First Constitution: The European Political Community, 1952–1954* (London: Federal Trust, 2000).

92 Eric, Stein, 'Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Costa Case', *Michigan Law Review* 63 (1965): 513; Antonin Cohen, supra n. 58, 126–127.

93 Antonin Cohen, supra n. 58, 128.

94 Antje Wiener, 'Editorial: Evolving Norms of Constitutionalism', *European Law Journal* 9 (2003): 3.

95 Christian Joerges, 'The Law in the Process of Constitutionalizing Europe', in *Constitution-Making and Democratic Legitimacy, Arena Report 5/2002*, eds Erik O. Eriksen, John E. Fossum and Agustín J. Menendez (Oslo: Arena, 2002), 13.

96 Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet and Joseph H. H. Weiler, eds, *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context* (Oxford: Hart Publishing, 1998).

97 Karen J. Alter, supra n. 19, 209–232.

98 Miriam Aziz, supra n. 89, 45.

99 Miriam Aziz, 'Sovereignty Lost, Sovereignty Regained? Some Reflections on the Bundesverfassungsgericht's Banana Judgment', *Columbia Journal of European Law* 9 (2002): 109.

Multiple Sovereignty and Functional Differentiation in the EU

EU Member States have lost much of their former sovereign power over territory and citizens. This power has been transferred to EU supranational institutions operating independently of Member State political systems and irreversibly transforming the modern notion of national territorial statehood.¹⁰⁰ At the same time, the EU has never transformed into a federal or confederate state despite the Euro-federalist imagination strongly influencing European integration since its early stages in the 1950s. The EU does not have operative capacity to channel information exchange between law and politics in the manner of the constitutional democratic state.

The failed Constitutional Treaty replacing all previous European treaties was expected to legislate for EU constitutional, economic, political, civic, educational and all other imaginable social foundations. It was to recreate a nineteenth-century constitutional organization to facilitate legal legitimacy of the EU.¹⁰¹ In this sense, it represented a unique example of *retro-politics* driven by calls for quasi-state democratic settlement as the legitimation basis of further European integration.

However, this recent constitutional and political history of the EU also shows that popular sovereignty hardly can be substituted for by judicial sovereignty¹⁰² of the ECJ shared with other top judges in Member States through channels of ‘constitutional cooperation’ or ‘judicial dialogue’.¹⁰³ The existing framework rather leads to uniquely polycentric, differentiated and fragmented forms of political and constitutional integration.¹⁰⁴ Instead of common forms of international cooperation of sovereign states, the EU is perceived as a multilevel governance system which

recursively enhances the EU’s multilevel polity formation.¹⁰⁵ Instead of the settlement of European sovereignty backed by the jurisprudence of constitutional monism, the EU’s constitutional system consists of ‘bits and pieces’.¹⁰⁶

The body of European law has been shaped as a legal technical project of the epistemological community of lawyers which made very effective use of the internal paradoxes and external aspirations of European integration. Sovereignty, by definition undividable, has been divided to make sense of changes in multiple legal and political structures of European society. The paradoxical concept of divided sovereignty has been operating in the self-referential and very productive mode within the context of the polycentric and pluralistic EU legal system. It is part of the EU’s legal communication responsible for further evolution and creative possibilities of EU law.

From the legal point of view, the EU divided sovereignty debate has never been a matter of constructing one overarching sovereign authority and delimiting all other ‘minor’ sovereignties, but a problem of internal explanation of the EU legal system’s functioning. The concept of divided sovereignty relates a legal plurality to a semantic unity which is part of the EU law’s self-referential communication and translates social experiences into legal meanings.¹⁰⁷ In other words, the concept is part of the semantics managing the structural differences and complexities of the EU’s constitutional pluralism.

The EU is not just another international organization, an expansion of the nation state or a geographically enlarged form of the civil society. It is rather typical of the very different tendencies of specific functional systems which are impossible to integrate into an overarching constitutional unity. The social system of the EU

100 Sonja P. Riekmann, Monika Mokre and Michael Latzer, eds, *The State of Europe: Transformations of Statehood from a European Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

101 Jürgen Habermas, *Divided West* (Cambridge: Polity, 2006), 139–142.

102 For the concept of judicial sovereignty, its general jurisprudential meaning and contextualisation in other countries, such as India, see Pratap B Mehta, ‘The Rise of Judicial Sovereignty’, *Journal of Democracy* 18(2) (2007): 70.

103 Francis Jacobs, ‘Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice’, *Texas International Law Journal* 38 (2003): 550.

104 Marlene Wind, ‘The European Union as a polycentric polity’, in Joseph H. H. Weiler and Marlene Wind, eds, supra n. 63, 103.

105 Liesbet Hooghe and Gary Marks, *Multi-Level Governance and European Integration* (Oxford: Rowman & Littlefield, 2001).

106 Deirdre Curtin, ‘The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces’, *Common Market Law Review* 30 (1993): 17.

107 Niklas Luhmann, *Social Systems* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1995), 92–96.

organization does not have any (economic, political, legal, ethical and so on) foundation and consists of a plurality of subsystems that are both universal and particular.¹⁰⁸ While using the universal media of money, truth, power, legality and so on, the functionally differentiated systems of European economy, science, politics and law also can communicate particular regional, cultural, religious and other differences.

European constitutionalism, therefore, 'is a self-referential concept – not a reflection of something that contains or embodies something else (like values) but the reflection of the very thing itself'.¹⁰⁹ The current legal imagination and theories of EU constitutional pluralism and divided sovereignty subsequently need to address the multiple and heterarchical processes of functional differentiation rather than indulging in theoretical projects to shape new hierarchies and foundations for the politics and law. This approach assumes treating the EU legal system as just one of many functionally differentiated systems of European society.

108 Niklas Luhmann, *Theory of Society. Volume 2* (Stanford, CA: Stanford University Press, 2013), 208–209.

109 Joseph H. H. Weiler and Marlene Wind, 'Introduction: European constitutionalism beyond the state', in Joseph H. H. Weiler and Marlene Wind, eds, *supra* n. 63, 3.

RESUMÉ

JIŘÍ PŘIBÁŇ:

**Sémantika a struktury evropského konstitucionalismu:
teoretická perspektiva systému**

Příspěvek se z perspektivy teorie sociálních systémů zabývá koncepty suverenity a konstitucionalismu v kontextu evropeizace národních států. Východiskem jsou mu nedávné politické události svědčící o tom, že se přes zeslabení státní suverenity neustále objevují redefinice suverenity v post-nacionální konstelaci EU. Suverenita tak zůstává důležitou částí evropského politického a ústavního jazyka. Diskuse nad „evropskou“ judikaturou ústavních soudů starých a nových členských států dokumentuje to, že nejlepším přístupem k evropskému konstitucionalismu je konstruktivistický koncept dělené suverenity. Ten J. Přibáň spojuje s konceptem ústavního pluralismu, který nabourává tradiční představu existence jedné výlučné základní normy. Pro fungování evropského konstitucionalismu je též důležité právníky vytvářené „soft law“. V závěru svého článku autor tvrdí, že se koncepty ústavního pluralismu a dělené suverenity musí vztahovat k procesům funkcionální diferenciacie sociálního systému EU, jelikož již nelze dosáhnout nějaké všezahrnující ústavní jednoty.

**Sborník příspěvků z mezinárodní konference
EVROPSKÝ KONSTITUCIONALISMUS
V KONTEXTU SOUDNÍHO DIALOGU**

Book of proceedings from international conference
EUROPEAN CONSTITUTIONALISM
IN THE CONTEXT OF JUDICIAL DIALOGUE

Editor: Vlastimil Göttinger

Vydal: Ústavní soud v roce 2016

Fotografie: Ústavní soud – Jan Symon

Sazba a tisk: ASTRON studio CZ, a.s., Praha

ISBN 978-80-87687-07-9

