

András Jakab

Dvije suprotstavljene paradigme kontinentalnoeuropskog ustavnopravnog mišljenja: Austrija i Njemačka

Namjera ovoga rada pokušaj je otkrivanja temelja dvaju sustava ustavnopravnog mišljenja. U tom cilju dokazuju se sljedeće hipoteze: (1) Teorijska podloga austrijske javnopravne doktrine kelzenovska je čista teorija prava, a temelji njemačke javnopravne doktrine određeni su šmitovskim decizionizmom, smendovskom teorijom integracije i naravnim pravom. (2) Austrijska pravna doktrina, osobito u području izvora prava i ustavnosudskog odlučivanja, vrlo je podrobno razrađena, ponekad čak i dosljednije od svojih njemačkih pandana. (3) Na nekim je područjima, djelomično uslijed pojačanog njemačkog utjecaja, osebujnost austrijske javnopravne doktrine umanjena. Međutim, to ni na koji način ne podrazumijeva iščeznuće njezinih specifičnih obilježja; zamijetiti se može tek određeni stupanj približavanja (konvergencije). (4) Naposljetku, ne zbog različitih opojmovljenja prava, nego jednostavnom povijesnom i političkom slučajnošću, pojavila su se i neka neočekivana doktrinarna rješenja. Zaključno, u svjetlu izloženih razlika između austrijskog i njemačkog pravnog sustava kao međusobno bliskih, bit će izneseno i stajalište o izgledima za nastanak zajedničke europske javnopravne doktrine. Članak je na hrvatski jezik prevodio Luka Burazin.

Ključne riječi: ustavnopravno mišljenje, tumačenje ustava, izvori prava, ustavno pravosuđenje, temeljna ljudska prava

Pravnici koji se bave poredbenim ustavnim pravom mogli bi doći u iskušenje da njemačko i austrijsko ustavnopravno mišljenje označe kao slična – ne samo zbog toga što je riječ o dvije države njemačkog govornog područja, nego i zato što ih udžbenici poredbenog prava (koji se uglavnom temelje na privatnom pravu) predstavljaju kao članove iste “pravne obitelji” ili “pravnog kruga”.¹ Međutim, takva bi tvrdnja bila pogrešna. Njemačke doktrinarnе figure, više ili

1 Za vrijedne savjete i pronicljivu kritiku prve njemačke inačice ovog rada, želio bih zahvaliti Arminu von Bogdandyju, Raineru Groteu, Ulrichu Hufeldu, Ottu Pfersmannu, Markusu Rauu, Alexanderu Someku, Robertu Walteru, Ewaldu Wiederinu, sudionicima sekcije za poredbeni konstitucionalizam na XXIII. svjetskom kongresu iz filozofije prava i socijalne filozofije (IVR) u Krakowu (Poljska), 1. – 6. kolovoza 2007. te anonimnom recenzentu časopisa ICLQ, u kojem je izvorno objavljena engleska inačica ovog rada: *International and Comparative Law Quarterly* 58 (2009), 933. i dalje.

manje dobro znane diljem svijeta među pravnicima koji se bave poredbenim ustavnim pravom, u Austriji se ne primjenjuju automatski, a čak i ono što se na prvi pogled čini poznatim (za one koji poznaju njemačko javno pravo) često se javlja u drukčijem kontekstu. Pažljivo ispitivanje tih razlika obećava uvid u prednosti i nedostatke obje alternative. Stoga, u ovome će radu biti uspoređena i suprotstavljena dva sustava. Usredotočenje neće biti na posebnim načelima austrijskog i njemačkog javnog prava, nego na skupu njihovih doktrinarnih pojmova i stilu argumentacije, međusobno uspoređenih i suprotstavljenih. U cilju olakšanja usporedbe, prikaz stajališta austrijskih i njemačkih pisaca te različitih škola mišljenja bit će ponešto proširen.

Namjera ovoga rada nije potanko specificirati ili pobrojati sve doktrinarne razlike. Umjesto toga, u njemu se pokušavaju otkriti temelji dvaju sustava. Imajući to na umu, hipoteze koje treba dokazati su sljedeće: (1) Teorijska podloga austrijske javnopravne doktrine kelzenovska je čista teorija prava, a temelji njemačke javnopravne doktrine određeni su šmitovskim decizionizmom, smendovskom teorijom integracije i naravnim pravom.² Sve te teorijske pretpostavke, kao što ćemo vidjeti, imaju konkretne posljedice u pogledu definiranja temeljnih pojmova i rasuđivanja u ustavnom pravu. (2) Austrijska pravna doktrina, osobito u području izvora prava i ustavnosudskog odlučivanja, vrlo je detaljno razrađena, ponekad čak i dosljednije od svojih njemačkih pandana. Ta usredotočenost na teoriju normi u javnom pravu također je dio Kelsenovog naslijeđa. (3) Na nekim je područjima, djelomično uslijed pojačanog njemačkog utjecaja, osebujnost austrijske javnopravne doktrine umanjena. Međutim, to ni na koji način ne podrazumijeva iščeznuće njezinih specifičnih obilježja; zamijetiti se može tek određeni stupanj približavanja (konvergencije). (4) Naposljetku, ne zbog različitih opojmovljenja prava, nego jednostavnom povijesnom i političkom slučajnošću, pojavila su se i neka neočekivana doktrinarna rješenja.

1 TEMELJNI POJMOVI

1.1 Ustav

U obje države, ustav u formalnom smislu označava poseban pravni dokument koji može biti mijenjan samo kvalificiranom većinom u parlamentu, dok ustav u materijalnom smislu označava "najvažnije pravne odredbe" države.

Dakako, pitanje je što razumijevamo pod izrazom "najvažnije". Dok ustav u materijalnom smislu u Njemačkoj obično označava skup temeljnih odlu-

2 Čista teorija prava Hansa Kelsena nastoji izbjeći moralne i političke ili socijalne razloge u pravnoj analizi (to objašnjava njezin naziv „čista“). Decizionizam Carla Schmitta ističe važnost političke odluke i političke borbe u ustavnom pravu. Teorija integracije Rudolfa Smenda temeljnu funkciju ustava vidi u integraciji društva.

ka³ ili temeljni pravni poredak zajednice,⁴ u Austriji se često shvaća tek kao skup svih pravila koja uređuju stvaranje normi.⁵ Austrijski *pravni* diskurs ne služi se decizionističkim pojmom „temeljne odluke“, ili pojmom „zajednica“ (*Gemeinschaft*), posuđenima iz integracionističkog pristupa, zato što ti izrazi podrazumijevaju zamagljivanje činjeničnih i normativnih argumenata: 1. ili znači argument iz položaja *moći* (tj., tko donosi „temeljne odluke“) u položaj *prava* („ustav“), 2. ili pretpostavlja visoko apstraktan pojam – postojanje „zajednice“, ali bez pojašnjenja do koje je mjere on određen bilo pravom bilo ostalim čimbenicima. Sa stajališta austrijske doktrine, kritika drugog pojma je sljedeća: pretpostavka nepravne zajednice za suvremena, pluralistička društva sociološki nije održiva; zajednica je, stoga, nužno (samo) pravno ustanovljena pa definicija ustava zasnovana na „zajednici“ postaje kružna, s obzirom da je ustav definiran pojmom („zajednica“) koji, s druge strane, može biti definiran jedino pravom. Prema tome, decizionističke i integracionističke definicije ustava ili „nisu posve pravne“ (djelomično sociološke) ili su zasnovane na kružnom (cirkularnom) rasuđivanju. Drugo je neprihvatljivo i za njemačke pravne teoretičare (ako prepoznaju kružnost), dok bi prvo bilo neprihvatljivo vjerojatno jedino u Austriji.

Činjenica da mnogi austrijski pravnici ustav u materijalnom smislu prvenstveno, ili čak isključivo, shvaćaju kao pravila koja uređuju stvaranje normi posljedica je *Stufenbaulehre* (doktrine o hijerarhijskoj strukturi pravnog poretka ili doslovno „doktrina o stupnjevitosti strukturi“). Prema toj teoriji, valjanost normi u pravnom poretku svoj izvor ima u ustavu.⁶ Ta ideja može biti prenesena i u njemački pravni poredak te nije dijametralno oprečna njemačkoj doktrini javnoga prava. Međutim, do sada ju je iskoristila tek nekolicina njemačkih autora.⁷

3 Karl Doehring, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, C. F. Müller, 2004, rubni br. 302. i dalje. Peter Badura, *Staatsrecht*, München, C. H. Beck, 2003, 7 i 8. Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, München, C. H. Beck, 2003, 11 (shvaćanje ustavnih načela kao temeljnih odluka).

4 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, 10.

5 Gledaj Robert Walter, Heinz Mayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Vienna, Manz, 2000, rubni br. 4 (definiranje „ustava u materijalnom smislu“ uobičajenom definicijom). Ali gledaj Theo Öhlinger, *Verfassungsrecht*, Wuv Universitaets Verlag, 2003, rubni br. 14 (definiranje „ustava u materijalnom smislu“ tipičnim regulatornim sadržajem). Gledaj, također, Ludwig Adamovich i drugi, *Österreichisches Staatsrecht*, Beč, New York: Springer (Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft), 1997, sv. I., rubni br. 01.003 i dalje (prikaz različitih mišljenja).

6 Za daljnje upute na austrijsku literaturu i o povijesti te doktrine gledaj András Jakab, Problems of the Stufenbaulehre, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20 (2007) 1, 35 i dalje.

7 Npr., Theodor Schilling, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Baden-Baden, Nomos, 1994, 159. i dalje; Rainer Lippold, *Recht und Ordnung: Statik und Dynamik der Rechtsordnung*, Beč, Manz, 2000, 369 i dalje; Dirk Heckmann, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 143 i dalje.

Pojam „ustav u formalnom smislu“ – tj., zakon(i) koji mogu biti mijenjani isključivo u osobito složenom postupku – obje države ispunjavaju istim sadržajem, ali različito shvaćaju njegovu funkciju. U njemačkoj doktrini, temeljna funkcija ustava u formalnom smislu pravna je stabilizacija ustava u materijalnom smislu. U austrijskoj doktrini često su suprotstavljene dvije različite teorije.⁸ Prema ranije vladajućoj teoriji, ustav u formalnom smislu određuje pravila igre zvane politika (*Verfassung als Spielregel*); prema drugoj, novijoj teoriji, on uz to definira i poredak vrijednosti. Ranija teorija služi kao primjer formalističkog i tehničkog pristupa, koji je zauzela tradicionalna austrijska javnopravna doktrina.⁹ Širenje s ciljem uključenja poretka vrijednosti može se promatrati kao ublažavanje strogog, tradicionalnog (kelzenovskog) motrišta, u području austrijske ustavnopravne teorije povezanog s imenima Günthera Winklera, Petera Pernthalera, Bernda-Christiana Funka, Karla Korineka i Ludwiga Adamovicha,¹⁰ koje je od kraja 1960-ih imalo sve veću ulogu.¹¹ Međutim, dvije navedene definicije nisu međusobno isključive, nego se često iznose zajedno.¹²

1.2 Suverenitet i država

Pojam “država” rijetko se pojavljuje u argumentacijama korištenima u austrijskom javnom pravu,¹³ a tako je i s pojmovima “državnost” i “suverenitet”.¹⁴

- 8 Gledaj, npr., Friedrich Koja, Die Verfassung, u Heinz Mayer i drugi (ur.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Robert Walter*, Beč, Manz, 1991, 349 i dalje.
- 9 Gledaj, npr., Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, 53 i dalje.
- 10 Ludwiga Adamovicha, ml., ne treba miješati s njegovim ocem, Ludwigom Adamovichem, st., koji je, također, bio predsjednik Ustavnog suda (1946. – 1955.), ali je bio pristaša starije škole. Gledaj Alfred J. Noll, *Sachlichkeit statt Gleichheit?*, Beč, Springer, 1996, 99. (Njegov je sin obnašao istu dužnost (predsjednik Ustavnog suda) od 1984. do 2002.)
- 11 Čak su i sami naslovi određivali program: Günther Winkler, *Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen*, Beč, Springer, 1969. o „predodžbi o vrijednostima u pravu i njezinim granicama“. Günther Winkler, *Glanz und Elend der reinen Rechtslehre*, Saarbrücken, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, 1988. o „slavi i siromaštvu Čiste teorije prava“; Ludwig Adamovich, Bernd-Christian Funk, *Österreichisches Verfassungsrecht: Verfassungslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft*, Beč, New York, Springer, 1982; Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, Beč, Springer, 1971.; Karl Korinek, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Beč, Springer, 2000.; Peter Pernthaler, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, Beč, Verlag Österreich, 2004. Međutim, o zaokretu bliže društvenoj stvarnosti, gledaj Felix Ermacora, *Österreichische Verfassungslehre*, Beč, Verlag Österreich, 1970.
- 12 Npr., Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 15. i dalje. Gledaj, također, Michael Holoubek, *Typologie und Abwägung: Karl Korinek und die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht*, *Juristische Blätter* 127 (2005) 12, 750. i dalje (razmatranje kelzenovskih toposa koje koristi Korinek, vodeći predstavnik antiformalističke škole).
- 13 Povremeni izuzetci postoje osobito u suvremenijoj literaturi. Gledaj, npr., Walter Berka, *Die Grundrechte*, Beč, Springer (Springers Handbücher der Rechtswissenschaft), 1999, rubni br. 186. i 187. (shvaćanje države kao nositelja dužnosti koje proizlaze iz temeljnih prava).
- 14 U raspravi Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), niti jedan odlomak nije posvećen „državi“, iako bi njezin naslov, *Österreichisches Staatsrecht* (Austrijsko državno pravo), mogao nekoga navesti da očekuje drukčije.

Čak i u kontekstu opsega europske integracije, govori se o “ustavnoj jezgri otpornoj na integraciju”, umjesto o njemačkom “očuvanju državnosti”. Jednako rijetko može se naići na pojam *Willensbildung des Staates* ili pojam državne volje. U najboljem slučaju, može se naići na raspravu o “zakonodavnoj volji”.

Objašnjavanje tih razlika prvobitno skreće pažnju na Hansa Kelsena. U njegovoj normativističkoj teoriji države, država kao takva postaje pravni poredak, što znači da u pravu jedino ima smisla govoriti o ustavu. U njemačkoj se literaturi često koristi ideja o predpravnoj državi, institucionaliziranoj vlasti različitoj od naroda i sa svojom vlastitom sposobnošću donošenja odluka.¹⁵ Međutim, takvo opojmovljenje strano je austrijskoj literaturi.¹⁶ U njoj država kao personifikacija pravnog poretka ne može oblikovati volju u cilju donošenja odluka; u najboljem slučaju, tako mogu biti personificirane državne institucije (primjerice, zakonodavstvo). To obestjelovljenje sociološkog koncepta države možda je posljedica iskustva s političkom stvarnošću Austro-ugarske monarhije. Kao izrazito multietnička država, imala je ustav (i vojsku koja ju je držala na okupu u kriznim situacijama), ali su joj očito nedostajali drugi integrativni čimbenici, kao što su zajednička kultura, jezik i građanska solidarnost.¹⁷

Posljedica odbijanja njemačkog koncepta predpravne države jesu i razlike u pravnoj doktrini o stanju nužde. Popriličan broj njemačkih pravnih teoretičara državi pripisuje predpravnu moć samoodržanja, čak i ako ta moć naknadno biva istisnuta pozitivnim ustavnim pravom. Nasuprot tome, relevantna se austrijska znanost strogo drži ustavnog teksta.¹⁸ Uređenje izvanrednog stanja u Austriji se smatra kao *lex specialis* u odnosu na ustavno pravo, bez ikakvog spominjanja državnih moći koje prethode pravu ili proizlaze iz naravnog prava.¹⁹

Međutim, tradicionalna se austrijska doktrina mora suočiti s jednom poteškoćom: riječ “država” pojavljuje se u zakonima u smislu koji se ne može protumačiti kao “pravni poredak”. Kako bi svladao tu poteškoću, Adolf Merkel, jedan od Kelsenovih učenika, razvio je teoriju trostruke definicije države, prema kojoj

15 O različitim shvaćanjima suvereniteta u europskim državama (uključujući Njemačku i Austriju), gledaj András Jakab, *Neutralizing the Sovereignty Question: Compromise Strategies in Constitutional Argumentations before European Integration and since*, *European Constitutional Law Review* 2 (2006) 3, 375 i dalje.

16 Njem. Anstaltsstaat. Gledaj Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat: Zur Theorie der parlamentarischen Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1997, 369 (o Kelsenovoj, Duguitovoj, Krabbeovoj i Preuß-ovoj kritici jellinekovske polazne pretpostavke o državi koja prethodi pravu; uz navođenje daljnjih referenci).

17 Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Beč, Verlag Franz Deuticke, 1969, 22.

18 Gledaj András Jakab, *German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency: Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse*, *German Law Journal* 7 (2006) 5, 453 i dalje (razmatranje teorijskih pretpostavki u njemačkoj literaturi, s osvrtom na Austriju).

19 Gledaj Friedrich Koja, *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*, Salzburg, Pustet, 1979. (podrobno razmatranje pitanja, uz navođenje daljnjih referenci).

“država” može značiti (1) skup *javnih i privatnih* institucija koje služe ostvarivanju pravnog poretka (obuhvaćajući tako ne samo zakonodavna, sudbena i izvršna tijela, nego i privatne stranke trgovačkih ugovora ili ugovora o radu); (2) uži pojam: onaj dio prve definicije koji tipično karakteriziraju *izvršne institucije* ovlaštene donositi obvezujuće napatke (tj., izvršna tijela ili organi, u najvećoj mjeri); ili (3) institucionalni kompleks, čije su djelatnosti financirane iz pravno uređenih izvora prihoda centraliziranih fondova (tj., centralne upravne agencije, isključujući svaku autonomno vođenu instituciju kao što je lokalna vlast).²⁰ Te tri definicije čine koncentrične krugove, s prvim krugom kao najširim i trećim krugom kao najužim. Očito, niti jedna od tri definicije ne poklapa se s njemačkim konceptom države, vrlo bliskim austrijskom pojmu “republika”, koji je i sâm pozitivnopravni pojam.²¹

Također, i uporaba pojma “suverenitet” pokazuje značajne razlike, koje ponovno vuku korijene do Hansa Kelsena, nedvojbeno kritičnog u pogledu tradicionalnog pojma suvereniteta. Tradicionalno shvaćanje suvereniteta, smatrao je, ne uspijeva razlučiti pravne i sociološke argumente (tj., miješa normativno s deskriptivnim).²² Ako radvojimo te dvije vrste argumentacije, suverenitet se može shvatiti dvojako: ili je suverenitet faktični (sociološki) suverenitet, što nas prisiljava da se suočimo s činjenicom da je apsolutna neovisnost, zapravo, nemoguća.²³ Ili, ako je suverenitet pravni izraz, postaju moguće dvije definicije: ili ona označava katalog nadležnosti države, što je, u konačnici, arbitrarno i bez teorijskog opravdanja,²⁴ ili suverenitet opisuje svojstvo pravnog poretka. Kelsen se odlučio za ovo posljednje. To svojstvo Kelsen je shvaćao kao “neizvodljivost”.²⁵ Prema njegovoj čistoj teoriji prava, suverenitet je svojstvo sustava normi, čija valjanost proizlazi neposredno iz hipotetične *pranorme*, bez ikakve intervencije normi pozitivnog prava.²⁶ Ako tome još dodamo i monističko shvaćanje prvenstva međunarodnog prava, tad suverene države ne mogu postojati, s obzirom da

20 Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beč, Berlin, 1927, 291 i dalje; Friedrich Koja, *Allgemeine Staatslehre*, Beč, Manz, 1993, 24 i dalje.

21 Npr., čl. 6., st. 1. i čl. 8., st. 1. austrijskog Ustava. Iz praktičnih razloga, temeljni ustavni dokument u Austriji, *Bundes-Verfassungsgesetz* (skraćeno “B-VG”), nazivat ćemo austrijskim Ustavom, iako, strogo uzevši, Ustav obuhvaća brojne tekstove i zakone (gledaj niže bilj. 80. – bilj. 84. i pridruženi tekst).

22 O Kelsenovoj kritici sociološki utemeljenog suvereniteta (npr., Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, 1917, 93, 97, 98 i 102), gledaj Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920, 31.

23 Kelsen 1920 (bilj. 22), 7.

24 Hans Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, (1931) 2, 8 i 9.

25 Kelsen 1920 (bilj. 22), 10.

26 Kelsen 1920 (bilj. 22), 13. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, 103. Hans Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, *Recueil des Cours* 14 (1926) IV, 251 i 256.

proizlaze iz međunarodnog prava. Isključivo međunarodno pravo sâmo, bilo bi suvereno.²⁷

Tako složen način rasuđivanja doveo je, u biti, do protjerivanja pojma “suvereniteta” iz Austrije zbog *ustavnopravnih* razloga.²⁸ Na pitanja koja se odnose na suverenitet također se odgovara bez pozivanja na taj pojam; govori se o demokraciji umjesto o suverenitetu naroda, ili o sve većim zaprjekama kod izmjena temeljnih ustavnih načela umjesto o očuvanju državnog suvereniteta. Za *čisto* normativnu znanost sve može biti samo norma ili skup normi. S tim u skladu, Kelsen odbacuje ideju o personificiranoj državi sposobnoj oblikovati namjeru i donositi odluke, a prevladavajuće stajalište među austrijskim ustavnopravnim teoretičarima i dalje slijedi Kelsenov putokaz. Umjesto toga, Kelsen državu shvaća tek kao skup normi, čiji suverenitet može biti samo svojstvo normi, tj. njihova neizvodljivost odnosno neposrednost u međunarodnom pravu.²⁹

1.3 Demokracija

Pojam “demokracija” nalazi se u prvom članku austrijskog ustava kao temeljno načelo, koje je moguće ukinuti ili izmijeniti samo referendumom. On se shvaća kao sloboda, jednakost i *parlamentarni* sustav vlasti.³⁰ Zbog elemenata “sloboda” i “jednakost”, koji su oba dio Kelsenova naslijeđa, iako ovoga puta ne iz njegove čiste teorije prava, nego iz jednog od njegovih političkih djela, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (O naravi i vrijednosti demokracije), za čitatelja takva definicija može biti iznenađenje. On demokraciju prvenstveno definira u formalnom smislu, to jest, s jedne strane, vladajući su isto što i oni kojima se vlada³¹ i, s druge strane, demokracija je nužno posredna (tj. upravljana izabranim vođama).³² Međutim, takav formalni pristup ne znači da demokracija organizacijski i strukturalno ne može biti i potpora određenim vrijednostima. A, nastavlja Kelsen, te su vrijednosti jednakost i sloboda, jer demokracija, svojom formalnošću i vrijednosnom neutralnošću, pojedincima osigurava najviši stupanj slobode i (formalne)

27 Hans Kelsen, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, u *Abhandlungen zum Völkerrecht Festgabe für Aleksandr N. Makarov*, Stuttgart/Köln, Kohlhammer Verlag, 1958, 240.

28 Kasnije (nakon što je emigrirao), Kelsen je suverenitet pojmio kao neposrednost u međunarodnom pravu (*Völkerrechtsunmittelbarkeit*). Gledaj Hans Kelsen, The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization, *Yale Law Journal* 53 (1944) 2, 207 i 208. To jest, pravni je poredak suveren kad njegova valjanost proizlazi neposredno iz međunarodnog prava. Uz takvu definiciju možemo govoriti o državnom suverenitetu, nasuprot nesuverenim (pod-)državama u okviru savezne (federalne) države. Međutim, takvo shvaćanje nije zaživjelo u austrijskoj *ustavnopravnoj* znanosti.

29 Gledaj, npr., Koja 1993 (bilj. 20), 34. Usp., također, András Jakab, Kelsen's Doctrine of International Law between Epistemology and Politics, *Austrian Review of International and European Law* 9 (2004), 49, 55 i 56.

30 Walter, Mayer 2000 (bilj. 5), rubni br. 147. i dalje. Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 66. Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), rubni br. 11.001 i dalje.

31 Kelsen 1929 (bilj. 9), 14 i 99.

32 Kelsen 1929 (bilj. 9), 27.

jednakosti.³³ U Njemačkoj ti elementi spadaju pod zaštitu koju pružaju temeljna ljudska prava te su, stoga, dio načela vladavine prava.³⁴

Međutim, ključni element njemačkog shvaćanja demokracije je tzv. “teorija lanca”. U skladu s tom teorijom, ustavno načelo demokracije zahtijeva mogućnost da se svoj državnoj moći izvor otkrije u narodu (kroz nekoliko ili možda mnogobrojne karike, kao u lancu).³⁵

Njemački izričaj “sva državna vlast proizlazi iz naroda” (čl. 20., st. 2. Ustava) ne pojavljuje se izrijeком u tekstu austrijskog ustava; umjesto toga, isti se sadržaj iznosi bez tradicionalne terminologije: “pravo [države] izvire iz naroda” (čl. 1. B-VG). Austrijski izričaj svoj izvor ima u Kelsenovom izjednačavanju države s pravnim poretком, što nužno podrazumijeva da nikakva vlast (osim puke sile) ne može postojati izvan prava.³⁶

1.4 Federalizam

Pojam “federalizam” u Austriji obuhvaća sljedeće elemente: (1) ustavnu diobu državnih funkcija između savezne države i zemalja (*Länder*), (2) mogućnost sudjelovanja *Länder* u saveznom zakonodavstvu i (3) autonomiju *Länder*, uključujući njihovu “relativnu ustavnu autonomiju”.³⁷ Zanimljiva doktrinarna figura u tom području jest „puzajuća potpuna revizija saveznog ustava“. Time se označava ideja o nakupljanju pojedinačno beznačajnih amandmana na austrijski savezni ustav, koji bi, u konačnici, praktično ukinuli temeljno načelo, a što bi inače zahtijevalo nacionalni referendum.³⁸ Ta se figura gotovo uvijek koristi u vezi s problemom gubitka nadležnosti zemalja (*Länder*) u korist savezne države, čime se ukida načelo federalizma iz ustava. Njemački izraz „unitarna savezna država“, koji opisuje sličnu političku realnost, u Austriji nije raširen.³⁹

Teorija koju je kraće vrijeme koristio čak i njemački Savezni ustavni sud,⁴⁰ a koja je i dalje vladajuća u Austriji, Kelsenova je trokružna teorija savezne države

33 Kelsen 1929 (bilj. 9), 9.

34 Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C. H. Beck, 1984, sv. I., 20.III.1.

35 „Ununterbrochene Legitimationskette“, gledaj BVerfGE 83, 60 (72 i dalje); BVerfGE 93, 38 (67), dostupno na: www.servat.unibe.ch/dfr/dfr_bvbaende.html.

36 Theo Öhlinger, Hans Kelsen und das österreichische Bundesverfassungsrecht: Ein kritischer Rückblick, u W. Brauner i drugi (ur.), *Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts*, Frankfurt am Main, New York, Peter Lang, 2007, 57 i dalje.

37 Friedrich Koja, *Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer*, Beč, Springer, 1967, 1, 14, 23 i dalje i 39. To je prihvatio i austrijski Ustavni sud. Gledaj, npr., VfSlg 6783/1972; VfSlg 7653/1975; VfSlg 7791/1976; VfSlg 11669/1988 (dostupno na: www.ris.bka.gv.at)

38 Čl. 44., st. 3. austrijskog Ustava. Gledaj, npr., VfSlg 11.829/1988.

39 Konrad Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, Muller, 1962.

40 BVerfGE 6, 308 (340, 364); dostupno na: www.servat.unibe.ch/dfr/dfr_bvbaende.html. Sud je kasnije prešao na danas vladajuću teoriju o dvije države (*Zweistaatentheorie*).

(*Dreikreise-Theorie des Bundesstaates*),⁴¹ koja saveznoj državi i *Länder* dodjeljuje jednak položaj, pretpostavljajući tako treći pravni krug: državu kao cjelinu (*Gesamtstaat*). Prva dva kruga podređena su državi kao cjelini. Međutim, "ustav države kao cjeline" (*Gesamtverfassung*) nije istovjetan saveznom ustavu, nego tvori tek pravnu jezgru njegove diobe nadležnosti. Organizacijski, država kao cjelina obuhvaća nadzorna tijela (ustavni sud, upravni sud, državnu reviziju), saveznog predsjednika u dijelu njegovih ovlasti (npr., zastupanje države u inozemstvu) te nacionalnu skupštinu kao saveznog zakonodavca (tj., kod izvršavanja *Kompetenz-Kompetenz*).⁴²

Problem s tom izvornom idejom bio je nedostatak njezine jasnoće u smislu pozitivnog prava; nije bilo jasno što točno predstavlja "ustav države kao cjeline". Nedavno je, stoga, došlo do sljedećih izmjena te teorije:⁴³ (1) ustav države kao cjeline zapravo je sâm savezni ustav, (2) pravni krug savezne države uključuje savezne zakone (ali ne i savezni ustav!) te pravne akte koji se na njima temelje i (3) pravni krug *Länder* čine ustavi zemalja i pravni akti zemalja koji se na njima temelje. Drugi i treći krug podjednako su podređeni prvome krugu.

Posljedica je te teorije da austrijsko ustavno pravo ne poznaje sukob nadležnosti između saveznog prava i prava zemalja.⁴⁴ Nepoznata je odredba slična njemačkoj ustavnoj odredbi prema kojoj savezno pravo ima prednost pred pravom zemalja: "ustav države kao cjeline" razdjeljuje nadležnosti između saveznog pravnog kruga i pravnog kruga zemalja. Ta dva podređena pravna kruga dolaze u sukob jedino u slučaju kad je ujedno povrijeđen i poredak nadležnosti države kao cjeline. Tada o saveznoj podjeli nadležnosti u državi kao cjelini skrbi ustavni sud.

Osim tih temeljnih teorijskih razlika, vrijedno je spomenuti i nekoliko terminoloških razlika. Njemački izraz *Bundestreue* ("savezna odanost") u Austriji je uobličen kao *Berücksichtigungsprinzip* ("načelo uzimanja u obzir"), što u obje zemlje označava uzajamnu obvezu saveznog zakonodavstva i zakonodavstva zemalja o međusobnom uzimanju u obzir. A različiti se izrazi koriste i kako bi se označila ista pitanja podrazumijevajućih (implicitnih) zakonodavnih nadležnosti u područjima koja nisu izrijekom navedena, a koje su nužne za izvršavanje

41 Hans Kelsen, *Die Bundesexekution*, u Zaccaria Giacometti i Dietrich Schindler (ur.), *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, Mohr, 1927, 127 i dalje; Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 218 i dalje.

42 Pojam „tijelo“ također se u austrijskoj literaturi različito definira: strogo normativno, kao svežanj prava i dužnosti. Gledaj Kojá 1993 (bilj. 20), 152. Njemačke definicije sa sociološkim konotacijama, kao u Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Organ, Organisation und juristische Person*, u Christian-Friedrich Menger (ur.), *Fortschritte des Verwaltungsrechts: Festschrift für Hans J. Wolff*, München, C. H. Beck, 1973, 269 i dalje, nisu raširene.

43 Ewald Wiederin, *Bundesrecht und Landesrecht*, Beč, Springer, 1995, 40 i dalje.

44 Jedina je iznimka nadležnost za sklapanje međunarodnih ugovora. Sukobi do kojih pri tome dolazi rješavaju se prema kriteriju *lex posterior*. Gledaj Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 257; Wiederin 1995 (bilj. 43), 208.

izričitih nadležnosti: u Njemačkoj *Annexkompetenz* ("dopunska nadležnost"), a u Austriji *Adhäsionstheorie* ("teorija adhezije").

1.5 Pravna država, dioba vlasti i republika

Načelo pravne države (*Rechtsstaat*) jednoglasno je prihvaćeno u obje države. U Njemačkoj ono obuhvaća pretpostavke koje su čitatelju iz *common law* pravnog kruga poznate kao Fullerovih osam načela ("pravna država u formalnom smislu"),⁴⁵ ali obuhvaća i dodatne elemente, od kojih su najvažniji dioba vlasti i zaštita temeljnih ljudskih prava ("pravna država u materijalnom smislu").

Međutim, dioba vlasti i zaštita temeljnih ljudskih prava u Austriji se ne smatraju dijelom pojma pravne države. Dakako, to ne znači da oni u Austriji ne postoje. Dioba vlasti obično se shvaća kao zasebno temeljno načelo, dok se zaštita temeljnih ljudskih prava smatra dijelom načela "liberalizma".⁴⁶ Potonje se može objasniti povijesnim razlozima: neposredno nakon Prvog svjetskog rata, kada je stvoreno ustavno pravo koje je danas na snazi, zaštita temeljnih ljudskih prava još se uvijek shvaćala kao liberalna, a ne kao samorazumljiva vrijednost.

Diobu vlasti obje zemlje definiraju kao ograničavanje i podjelu nadležnosti. Međutim, u Austriji se ne naglašava klasična (u Njemačkoj prihvaćena) trodioba vlasti. I odbacivanje tradicionalnog koncepta diobe vlasti dio je naslijeđa Kelsenove doktrine o hijerarhijskoj strukturi pravnog poretka (*Stufenbaulehre*). Umjesto tri ravnopravne vlasti, doktrina o hijerarhijskoj strukturi zakonodavnu vlast postavlja iznad izvršne i sudbene vlasti, s obzirom da valjanost svoji pravnih radnji izvršna i sudbena vlast temelje na zakonima. U konačnici, to znači da postoje samo dvije temeljne funkcije (ili vlasti), tj. zakonodavna i provedbena (*Vollziehung*). U okviru potonje, djeluju međusobno odijeljene izvršna (*Verwaltung*) i sudbena vlast (*Judikative*).⁴⁷ Time *Stufenbaulehre* usput pruža i posebnu terminologiju i pravnu legitimaciju parlamentarne demokracije (tj., supremacije zakonodavstva nad izvršnom vlasti).⁴⁸ Taj novi odnos između triju vlasti austrijski pravni teoretičari nazivaju "hijerarhijom grana državne vlasti".⁴⁹

U Austriji se pojmom "republika", kao i u Njemačkoj, prvenstveno označava odbacivanje monarhije;⁵⁰ međutim, drugo značenje tog pojma u Austriji

45 Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, London: Yale University Press, 1969, 33 i dalje.

46 Ipak, zaštita temeljnih ljudskih prava ponekad se uključuje u „materijalizirani“ pojam pravne države. Gledaj, npr., Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), rubni br. 14.015.

47 Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, Beč, Manz, 2000, 29; Adamovich i drugi 1997, rubni br. 15.004 (posebno jasan prikaz situacije).

48 Öhlinger 1975 (bilj. 47), 32.

49 Öhlinger 1975 (bilj. 47), 30 (njem. *Stufenbau der Staatsfunktionen*).

50 Nasuprot svom njemačkom kolegi, austrijski je savezni predsjednik biran neposredno. Savezna skupština, državno tijelo koje čine članovi Nacionalnog vijeća i Saveznog vijeća (tj., donji dom i gornji dom saveznog zakonodavca), nadzorno je tijelo na čiji se zahtjev pokreće postupak opoziva predsjednika.

i Njemačkoj različito se shvaća. U Austriji republikanizam nalaže i odvojenost crkve od države (sekularna država) kao i religijsku neutralnost.⁵¹ U Njemačkoj, zbog još uvijek živućeg weimarskog crkvenog kompromisa (odbacivanje potpune odvojenosti države i crkve u čl. 140. njemačkog Ustava, koji upućuje na čl. 136. – 139. i čl. 141. weimarskog Ustava kao na svoj “sastavni dio”), takva odvojenost ne postoji.⁵² Premda, kao odgovor na nacional-socijalistički režim, njemačko shvaćanje pojma “republika” podrazumijeva i liberalno, netotalitarno stanje stvari.

Austrijski pojam “pravne države”, nakon uklanjanja iz njega zaštite temeljnih ljudskih prava i diobe vlasti, obuhvaća tek pravnu sigurnost, pravo na pravnu zaštitu, supremaciju zakona nad pravnim aktima izvršne vlasti (*Gesetzesvorrang*) te područja koja su namijenjena isključivo zakonskom uređivanju odnosno tzv. zakonske rezervate (*Gesetzesvorbehalt*) (čl. 18. austrijskog Ustava).⁵³ Područje namijenjeno isključivo zakonskom uređivanju – kao i u Njemačkoj⁵⁴ – naznačuje i obvezu zakonodavca da dovoljno utvrdi dopustivo djelovanje izvršne vlasti. Propust zakonodavca da ispuni tu obvezu, dajući izvršnim tijelima *bianco* ovlaštenje da donose nužne pravilnike ustavna je povrjeda koja se naziva “formalnom zakonskom delegacijom” (*formalgesetzliche Delegation*).⁵⁵

1.6 Osnovni njemački pojmovi koji ne postoje u austrijskoj pravnoj doktrini

Iz njemačkog doktrinarnog motrišta, austrijski javnopravni krajobraz izgleda različit ne samo zbog toga što neki pojmovi imaju drukčiji sadržaj, nego i zbog nepostojanja nekih temeljnih pojmova tipičnih za njemačko javno pravo. Oni su već spomenuti, a najvažniji od njih ovdje se još jednom izrijeком navode: integracija (kako ju je definirao Smend), razlikovanje države i društva (vrlo rijetko u Austriji),⁵⁶ razlikovanje javnog i privatnog prava (niti jedan austrij-

51 Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 69.

52 Čl. 140. Temeljnog zakona: „Određbe čl. 136., 137., 138., 139. i 141. njemačkog Ustava od 11. kolovoza 1919. sastavni su dio ovog Temeljnog zakona.“ Čl. 136. – 141. njemačkog (weimarskog) ustava iz 1919. odnose se na „Religiju i religijska društva“.

53 Gledaj, npr., Walter, Mayer, 2000 (bilj. 5), rubni br. 165. (predstavnici stare škole); međutim, gledaj VfSlg 11.196/1986 (šire i manje formalističko tumačenje pravne države u slučaju koji uključuje minimalni standard stvarne efikasnosti u institucijama za zaštitu prava).

54 Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, u Josef Isensee, Paul Kirchhof (ur.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1988, sv. III., § 62, rubni br. 23.

55 Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 583.

56 Razlikovanje „države“ i „društva“ implicira pojam *Anstaltsstaat* (gledaj Schönberger 1997 (bilj. 16) i pripadajući tekst), koji je sociološki i predpravni pojam te se, stoga, ne pojavljuje u klasičnom austrijskom normativističkom pristupu. Gledaj, npr., Böckenförde 1973 (bilj. 42), 295 i 296 (izlaganje tipičnog njemačkog motrišta o državi kao *Anstaltsstaat*). Međutim, gledaj Christoph Möllers, *Staat als Argument*, München, C. H. Beck, 2000, 67, 161, 162, 173. i dalje, a posebno 228. i dalje (podrobna kritika tog motrišta).

ski udžbenik ustavnog prava ne analizira taj pojmovni duo!),⁵⁷ državni interes (umjesto toga: javni interes, što zvuči manje etastički), suverenitet (pojam koji se najčešće niti ne spominje u udžbenicima ustavnog prava), suverenitet naroda (iako se taj naravnopravni pojam koristi u udžbeničkim poglavljima o ustavno-pravnoj povijesti),⁵⁸ legitimnost i legalnost⁵⁹ te državne funkcije (u austrijskoj literaturi vjerojatnije: vlasti (*Gewalt*), ali samo dvije, kao što je već ranije u tekstu navedeno). S obzirom da pozitivno austrijsko ustavno pravo – za razliku od čl. 20. njemačkog *Grundgesetz*⁶⁰ – ne poznaje “načelo socijalne države”, niti taj se pojam ne koristi u pravnoj znanosti.⁶¹

Nepostojanje navedenih pojmova svoj izvor ima dijelom u pozitivnom ustavnom pravu, a dijelom u kelzenovskim metodološkim primjedbama. Činjenicu da se ponekad čak i “nekelzenovci” u svojoj argumentaciji služe tim kelzenovskim primjedbama, moguće je objasniti time da u austrijskom ustavnopravnom

57 Gledaj Dieter Wyduckel, Über die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in der Reinen Rechtslehre, u Werner Krawietz i drugi (ur.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, 113. i dalje (razmatranje Kelsenova stajališta o tom razlikovanju).

58 O iznimci gledaj Pernthaler 2004 (bilj. 11), 35, 36, 55 i dalje.

59 Kao temeljno djelo o tom razlikovanju gledaj Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München, Leipzig, 1932. Za čisto normativističku pravnu znanost legitimnost je irelevantan pojam jer se odnosi na izvanpravni (ili predpravni) problem.

60 Čl. 20. st. 1.: Savezna republika Njemačka demokratska je i socijalna savezna država.

61 U austrijskom je Ustavu čovjek pojmljen kao liberalni pojedinac, a ne kao društveno biće, kako ga se shvaća u Njemačkoj. Gledaj Herbert Schambeck, *Menschenbild und Menschenrechte im österreichischen Verfassungsrecht*, u *Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs*, International Commission of Jurists/German Section, Heidelberg, C.F. Müller, 1983, 60 i 70.; Willi Geiger, u *Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland*, u *Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs*, International Commission of Jurists/German Section, Heidelberg, C.F. Müller, 1983, 46. Druga liberalna struja očituje se u činjenici da još donedavno (1992.) nije postojala mogućnost revizije sudskih odluka zbog povrjeda temeljnih ljudskih prava. Tomu je tako jer su, iz liberalnog motrišta, stvarna prijetnja slobodi tijela izvršne vlasti, a sudstvo je zaštitnik od takve prijetnje. Gledaj Felix Ermacora, *Holprige Wege im Grundrechtsschutz*, *Österreichische Juristen-Zeitung* 48 (1993) 73, 75 i dalje (rasprava o tužbama pred austrijskim Vrhovnim sudom zbog povrjeda temeljnih ljudskih prava). Tužba za zaštitu temeljnih ljudskih prava pred austrijskim se Vrhovnim sudom, međutim, može podnijeti samo radi zaštite osobne slobode (BVG o zaštiti osobne slobode, BGBl 684/1988 i čl. 5. EKZLJP). Tužbe zbog propuštanja, u Austriji se mogu podnijeti samo protiv tijela izvršne vlasti. Gledaj Andrea Hans Schuler, *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Zürich, Schulthess, 1968, 161 i 165 (navođenje daljnjih referenci). Za razliku od njemačkog Temelnog zakona, austrijski Ustav (B-VG) i austrijski Temeljni državni zakon (StGG) nisu bili izrađeni u strahu od nacional-socijalističkog totalitarizma, nego u strahu od klasičnih antiliberalnih tendencija: Ustav datira iz 1920., a Temeljni državni zakon iz 1867. Gledaj, općenito, András Sajó, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Budapest, CEU Press, 1999, 1 i dalje (ustanovljenje utjecaja straha od povratka negativnih povijesnih iskustava na stvaranje ustava).

diskursu još i danas postoji mnogo kelzenovaca: u cilju širenja znanstvenih mišljenja, “nekelzenovske” argumente preporučljivo je koristiti samo kada je to apsolutno nužno kako bi se izložilo vlastito stajalište.⁶² To je slučaj kod problema tumačenja ustava.

2 TUMAČENJE USTAVA

U Austriji postoje dva međusobno suprotstavljena stila tumačenja ustava: (1) stariji, formalno-redukcionistički stil i (2) vrijednosno-usmjeren (sadržajni ili njemački) stil.

Do kraja 1960-ih prvi je stil bio prevladavajući, a danas ga još uvijek zagovaraju predstavnici suvremene inačice čiste teorije prava.⁶³ Prva polazna točka tog pristupa shvaćanje je ustava kao pravila postupanja u političkom procesu (ustav kao pravila igre). Posljedica je takvog formalističkog pojma ustava da se pri tumačenju ne koriste sadržajni (vrijednosno utemeljeni) argumenti (tj. argumenti zasnovani na načelima).⁶⁴ Druga polazna točka te teorije razdvajanje je tumačenja na objektivni (heteronomni) i subjektivni (autonomni) element.⁶⁵ Subjektivni element podrazumijeva arbitrarnost,⁶⁶ što znači da ga treba smanjiti na najmanju moguću mjeru i prednost dati objektivnom elementu. To vodi do doslovnog tumačenja teksta s historijskim naglaskom, s obzirom da su ta dva tumačenja (doslovno i historijsko) najobjektivnija (stoga, i najprovjerljivija). No, čak i između ta dva tumačenja postoji hijerarhija: doslovno je tumačenje

62 S druge strane, valja primijetiti da u njemačkoj pravnoj znanosti mnogi metodološki prigovori protiv etastičkih, naravnopravnih i socioloških pojmova imaju čvrste temelje. Gledaj Möllers 2000 (bilj. 56), 418. i dalje (iznošenje sličnih zapažanja).

63 Npr., Walter, Mayer, 2000 (op 5.), rubni br. 122. i dalje. Za stariju literaturu gledaj Ludwig Adamovich, sr., Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Juristische Blätter* (1950) 73, 73 i dalje; Ludwig Adamovich, sr., Die verfassungsmäßige Funktion des Richters, *Österreichische Juristen-Zeitung* 9 (1954), 409 i dalje. Gledaj, također, Noll 1996 (bilj. 10), 99. (koji, u tom kontekstu, govori o austrijskom “vrijednosnom asketizmu”).

64 Gledaj Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, u *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, 68 i dalje (izražavanje općeg skepticizma prema vrijednosno utemeljenim pojmovima); Karl Korinek, Gesetzesprüfungsrecht als Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit, u Eberhard Zwick (ur.), *Salzburger Symposium zum Jubiläum 60 Jahre Bundesverfassung*, 1980, 109 (rasprava o tradicionalnom skepticizmu Ustavnog suda prema argumentu demokracije i navođenje dodatnih referenci).

65 Otto Pfersmann, Rechtstheorieverständnis als Voraussetzung des Rechtsverständnisses: Skizze für einen Ländervergleich Frankreich, Deutschland, Österreich, u Joseph Jurt i drugi (ur.), *Wandel von Recht und Rechtbewusstsein in Frankreich und Deutschland*, Berlin, Arno Spitz Verlag, 1999, 56 i dalje.

66 Alexander Somek, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, u Armin von Bogdandy i drugi (ur.), *Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, rubni br. 11., taj mentalitet naziva “skepticizam prema vaganju” (*Abwägungsskeptizismus*) jer izbacuje iracionalni čin vaganja (balansiranja), koji bi trebalo svesti na najmanju moguću mjeru.

objektivnije pa je jasan doslovni tekst odlučujući, a historijska se volja zakonodavca ispituje tek u slučaju nejasnosti teksta.⁶⁷ Kao što se može i očekivati, teleološki (ciljni) argumenti su zanemareni – ustav nema neku „objektivnu svrhu“, nego samo onu svrhu koju mu je pripisao historijski ustavotvorac (a koju treba otkriti iz ustavnog teksta). Cilj je tumačenja ustanoviti tu svrhu što sukladnije izvornoj volji pravotvorca.⁶⁸

Posljedica te teorije sljedeći su tipični topisi (kojima se austrijski Ustavni sud još i danas često služi): (1) davanje prednosti jasnom doslovnom tekstu, (2) teorija, ili načelo, okamenjivanja (*Versteinerung*),⁶⁹ i (3) rječita šutnja (responsivna narav činjenice nepostojanja određenih odredbi u ustavu).⁷⁰ Problem navedene teorije tumačenja u tome je što ona ne može mnogo pomoći kad je riječ o temeljnim ljudskim pravima ili utvrđenjima državnih ciljeva.⁷¹ U tim slučajevima potrebno je rabiti teleološke argumente, s obzirom da je doslovni tekst previše jezgrovit, a ti se novovrsni problemi, koje historijski ustavotvorac nije predvidio, neizbježno pojavljuju i moraju se razriješiti. Navedena je spoznaja dovela do utemeljenja druge teorije tumačenja, teorije vrijednosno-usmjerenog (sadržajnog) tumačenja ustava (*Theorie der wertorientierten (materialen) Verfassungsauslegung*).

67 Friedrich Koja, *Interpellationsrecht und Verschwiegenheitspflicht*, u Max Imboden i drugi (ur.), *Festschrift für Adolf J. Merkl*, Munich, W. Fink, 1970, 155.

68 Gledaj Heinz Schäffer, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, Beč, New York, Springer, 1971. (podrobna analiza takvog stila tumačenja); gledaj, također, Heinz Schäffer, *Die Interpretation*, u Schambeck (ur.), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, 70 (određenje uloge Ustavnog suda kao „zaštitnika“, a ne „gospodara“ ustava (*Hüter*, a ne *Herr*)).

69 To znači da tekst odredbi o diobi nadležnosti između *Länder* i savezne države i dalje zadržava izvorno značenje koje je imao i u trenutku njegova uvrštavanja u tekst ustava. Većina odredbi o diobi nadležnosti (čl. 10. – 14. austrijskog Ustava) potječu iz 1920. ili 1925.; stoga, kad se bavi pitanjima o nadležnosti, Ustavni sud analizira zakone i druge propise koji su bili na snazi 1920. Često je riječ o carskim patentima iz 18. (!) ili 19. stoljeća. Gledaj, npr., Heinz Mayer, *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. Kurzkommentar*, Beč, Manz, 2002, 17 i dalje. Iako ta historijska metoda nije potpuno nepoznata njemačkom Saveznom ustavnom sudu, ona se ne rabi u tako radikalnom obliku. Gledaj BVerfGE 7, 29 (44); BVerfGE 33, 125 (152 i dalje); BVerfGE 42, 20 (29); BVerfGE 61, 149 (175); BVerfGE 68, 319 (328).

70 „Responsivna narav“ (*Antwortcharakter*) je, slično kao i načelo okamenjivanja, vrsta historijskog argumenta. Gledaj Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), rubni br. 03.016; Christian Braun, *Die Interpretation wirtschaftsrelevanter Grundrechte in Österreich und Deutschland: ein Vergleich der Methoden und Ergebnisse der Verfassungsinterpretation*, 2000, 38. Međutim, ovdje je riječ ne o onome što doslovni tekst kaže, nego o onome što doslovni tekst ne kaže: razlog zbog kojega norma ne uređuje neku nama prijepornu situaciju jest to da je ta situacija u vrijeme stvaranja norme bila toliko jasna da nije niti došla u pitanje. Stoga, primjerice, ne postoji izričita odredba o tome trebaju li odluke Savezne vlade biti donesene jednoglasno ili većinom glasova; u vrijeme donošenja čl. 69. austrijskog Ustava pravna je situacija bila nedvosmislena, i to u prilog jednoglasnosti. Iz toga bi trebalo zaključiti da ustav to i danas implicitno predviđa. Gledaj Bernhard Raschauer, Artikel 69, u Karel Korinek i Michael Holoubek (ur.), *Österreichische Bundesverfassungsrecht* (izdanje u neuvezanim listovima), 2000, rubni br. 28.

71 Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 33., 686. i dalje.

Ta se druga teorija povezuje s imenima Günthera Winklera, Petera Pernthaler, Bernda-Christiana Funka, Karla Korineka i Ludwiga Adamovicha, te se može reći da od 1980-ih predstavlja prevladavajuće gledište.⁷² Njezino je najvažnije obilježje prednost koju daje teleološkom tumačenju. U tome austrijski Ustavi sud slijedi njemački Savezni ustavni sud i Europski sud za ljudska prava. Doduše, ta škola (ponekad nazivana “kritičkom vrijednosnom pravnom znanošću”)⁷³ uzima u obzir i kelzenovsku tradiciju: ona, također, strogo razlikuje subjektivni i objektivni element tumačenja.⁷⁴ Međutim, Kelzenova tradicionalna podjela ograničava pravnu znanost na utvrđivanje mogućih značenja pravnih normi (tj., na spoznaju),⁷⁵ dok je, prema kritičkoj vrijednosnoj pravnoj znanosti, zadatak pravne znanosti i obavljanje izbora (tj., vrednovanje).⁷⁶ Doduše, trebalo bi paziti da te dvije razine misaonog postupka uvijek ostanu međusobno jasno razdvojene i raspoznatljive. Drugim riječima, treba izbjeći njihovo sinkretističko miješanje: treba biti svjestan svojih vlastitih metoda i učiniti ih razvidnima.⁷⁷

Trenutna nadmoć tog drugog stila tumačenja ne znači da je austrijski Ustavni sud u potpunosti napustio prethodni stil i za njega tipične argumente; štoviše, on je proširen, i to posebno u području temeljnih ljudskih prava i ustavom propisanih općih ciljeva (*Staatsziele*). U skladu s time, današnja praksa Ustavnog suda pokazuje sklonost k metodološkom razilaženju: sad doslovno tumačenje, sad sudački aktivizam koji graniči s nesputanim stvaranjem prava.⁷⁸ Razlog

72 Gledaj gore (bilj. 11). Promjenu u znanstvenom gledištu provokativno je prikazao Bruno Binder, *Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG): Überlegungen zur neuen Judikatur des VfGH*, *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 15 (1988), 1 (“Ustavni sud otkrio je ustavno sudstvo (*Verfassungsgerichtbarkeit*)”).

73 Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), rubni br. 03.013. (samooznačivanje, njem. *kritische Wertungsjurisprudenz*).

74 Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), rubni br. 02.014. (“Iskustvo nas uči da postoji velika opasnost od zamjene ili miješanja ustavnopravnih i ustavnopolitičkih gledišta, i to posebno na način da određeno tumačevo poimanje vrijednosti, svjesno ili nesvjesno, bude prikazano kao sadržaj pozitivnog prava.”).

75 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Beč, Verlag Österreich, 1960, 349. (“Tumačenje koje obavlja pravna znanost ne može ništa drugo nego utvrditi moguća značenja neke pravne norme. Kao spoznaju svoga predmeta, ono ne može donijeti odluku između mogućnosti koje je pokazalo, ono tu odluku mora prepustiti pravnom organu koji je, prema pravnom poretku, nadležan primjenjivati pravo.”).

76 Karl Korinek, *Zur Interpretation von Verfassungsrecht*, u Mayer i drugi 1991 (bilj. 8), 367. (“Primjena tradicionalnih metoda tumačenja, uz određene pretpostavke – koje se moraju navesti – omogućuje iznošenje određenih tvrdnji u pogledu zasebnih, konkurirajućih normativnih hipoteza ... Na taj je način moguće bolje racionalizirati odabir određene normativne hipoteze nego što to čista teorija prava pretpostavlja.”).

77 Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), rubni br. 02.014.

78 Theo Öhlinger, *Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, u Christian Brünner i drugi (ur.), *Festschrift für Manfred Welan*, Beč, Köln, Graz, Böhlau Verlag, 2002, 222.

tomu leži i u različitim ustavnim kulturama i različitim razdobljima nastanka iz kojih potječu pojedini dijelovi pozitivnog austrijskog ustavnog prava (EKZLJP iz 1950., austrijski Savezni ustav iz 1920. ili austrijski Temeljni državni zakon iz 1867.).⁷⁹

3 SUSTAV IZVORA PRAVA

Austrijska pravna znanost na raspolaganju ima podrobno razrađeno i sofisticirano pojmovlje o sustavu izvora prava. Izenađujuće visok stupanj zanimanja za to područje moguće je objasniti Kelzenovim normativističkim naslijeđem. Zbog nadmoći austrijske doktrine u tom području, čini se plodonosnim iznijeti katalog središnjih austrijskih doktrinarnih figura sustava izvora prava, uspoređujući ih, gdje god je to moguće, s njihovim njemačkim pandanima.

3.1 Rascjepkan i višeslojan ustav

Savezno austrijsko ustavno pravo sastoji se od mnogo saveznih ustavnih zakona i propisa, počevši od Temelnog državnog zakona o općim pravima državljana od 21. prosinca 1867. (*Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder*), uključujući međunarodne ugovore ustavnopravnog ranga (npr., EKZLJP i Ugovor iz Saint-Germaina) te pojedinačne ustavne odredbe u običnim zakonima (npr., čl. 1. Zakona o zaštiti podataka). Osnovni tekst saveznog ustava je austrijski Ustav ili B-VG (*Bundes-Verfassungsgesetz*; doslovno, savezni ustavni zakon) iz 1920.⁸⁰ Na njemačkom, taj se zakon od drugih (jednako rangiranih!) zakona (npr., *Bundesverfassungsgesetz* ili BVG o sveobuhvatnoj zaštiti okoliša, BGBl 491/1984) razlikuje s obzirom na crticu u svome nazivu. Razlog tomu nedostatak je inkorporacijskog zahtjeva (zahtjeva prema kojemu se ustavne promjene mogu provesti samo u obliku promjena u tekstu ustava, *pr. prev.*) kakav je propisan prvom rečenicom čl. 79. st. 1. njemačkog Temelnog zakona.

⁷⁹ Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 35.

⁸⁰ B-VG je 1920. sastavio ustavni odbor Ustavotvorne nacionalne skupštine, koja je, uz sedam predstavnika stranaka, kao „stručnjaka“ pozvala i Kelsena. Gledaj Robert Walter, *Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung*, Beč, Manz, 1984, 15. Osim u nekoliko tehničkih pitanja, weimarski Ustav nije imao nikakav utjecaj na sastavljanje austrijskog Ustava. Gledaj Christian Sima, *Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung*, Frankfurt am Main, Lang, 1993. B-VG nije programatski usmjeren, niti ima preambulu. Jedan od razloga je i činjenica da ga je Kelsen želio sastaviti što je manje ideološki moguće. Gledaj Heinz Schäffer, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, Beč, New York, Springer, 1971, 64, bilj. 19 (navođenje daljnjih referenci). Drugi je razlog bio nemoć stranaka da pronađu zajedničke temelje ideološkim elementima. Stoga, središnji je austrijski ustavni tekst „sastavljen kao model stvaranja prava i nužne kontrole pravne konformnosti“. Gledaj Schäffer 1971 (bilj. 80), 64.

To rascjepkano stanje dovodi do nepreglednosti i samokritičnog označavanja vlastitog ustavnog prava kao “ruševine”.⁸¹

U doba velike parlamentarne koalicije takvi su ustavni zakoni donošeni i kako bi “ispravili” presude Ustavnog suda (koje u Austriji nose naziv *Erkenntnisse*, doslovno, spoznaje – za razliku od njemačkih *Urteile*, što znači presude).⁸² Stoga, kad je zakonska odredba bila ukinuta zbog neustavnosti, velika je koalicija, većinom potrebnom za promjene ustava, ukinutu odredbu ponovno donijela, ali ovaj put s ustavnim rangom.⁸³ Kad se velika koalicija raspala, prestala je i ta praksa, a zahvaljujući tome, i daljnje cjeplanje ustavnog prava.

Međutim, pojavio se drugi problem: vrlo detaljne i rascjepkane odredbe saveznog ustavnog prava stvorile su velike poteškoće vlastima bez parlamentarne većine potrebne za promjene ustava. Zbog toga je, nakon raspada velike koalicije, nastala potreba za novim ustavom pa je 2003. sazvana ustavotvorna skupština.⁸⁴

Pojam “neustavnog ustavnog prava” (*verfassungswidriges Verfassungsrecht*) poznat je i njemačkim i austrijskim pravnicima. On ukazuje na činjenicu da čak i za ustavotvorca postoje određena ograničenja. U obje zemlje za to postoje i pozitivnopravni temelji. Razlika je u tome što je čl. 79. st. 3. njemačkog Temeljnog zakona “klauzula vječnosti” (*Ewigkeitsklausel*), dok čl. 44. st. 3. ustavnoljuje samo dodatne postupovne prepreke za izmjenu dijela ustavnog prava

81 Han Klecatsky, *Bundes-Verfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht*, u Herbert Schambeck (ur.), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, 83 i dalje; Harald Eberhard, Christoph Konrath, *Der Österreich-Konvent, Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung* 2004/2005, 18 i 20. Gledaj, također, Theo Öhlinger, *Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung. Gedanken zu Peter Pernthaler's Verfassungstheorie*, u Karl Weber i drugi (ur.), *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Pernthaler zum 70. Geburtstag*, Beč, New York, Springer, 291 (osvrta na „slovo“ austrijskog ustavnog prava); Ludwig Adamovich, *Zur Fortentwicklung des österreichischen Verfassungsrechts*, u Eberhard Zwink (ur.), *Salzburger Symposium zum Jubiläum 60 Jahre Bundesverfassung*, Salzburg, Landespressebüro, 1980, 58 (rasprava o „atomizaciji“ ustava u ustavnim zakonima i ustavnim odredbama); Theo Öhlinger, *Stil der Verfassungsgesetzgebung: Stil der Verfassungsinterpretation*, u Bernd-Christian Funk i drugi (ur.), *Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels: Festschrift für Ludwig Adamovich*, Beč, Springer, 1992, 502. i dalje, a posebno 508. (govori o „kazuistici“ u ustavnom zakonodavstvu).

82 Peter Pernthaler, *Der Verfassungskern*, Beč, Manz, 1998, VI. i 85 (označavanje takve prakse kao lakoćom počinjenom povredom ustava i zloporabom ustavne forme).

83 Austrijski Ustav ne sadrži odredbe o promjeni ustava, pa se ona shvaća posve tehnički kao podvrsta zakona za čije je donošenje potreban posebni postupak. Gledaj Ewald Wiederin, *Grundstrukturen staatlichen Verfassungsrechts: Österreich*, u Armin von Bogdandy i drugi (ur.), *Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, Max-Planck Institut, 2008, rubni br. 27., 42. i 43.

84 Gledaj *Ein Verfassungskonvent für Österreich? – Journal für Rechtspolitik* 11 (2003) 1, 1 i dalje (poseban broj u cijelosti posvećen austrijskoj Ustavotvornoj skupštini); Ludwig Adamovich, *Eine neue Republik? Gedanken zur Verfassungsreform*, Beč, Holzhausen, 2004; Waler Berka i drugi (ur.), *Verfassungsreform: Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents*, Beč, Graz, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2004. Za vrlo informativnu mrežnu stranicu, na kojoj se nalazi i službeno predloženi nacrt od 12. siječnja 2005., gledaj www.konvent.gv.at.

(odredbe o ustrojstvu ili temeljna načela austrijskog saveznog ustavnog prava). Ta je dodatna prepreka referendum: u slučaju ukidanja ili radikalne izmjene nekog temeljnog načela potrebno je provesti i nacionalni referendum. To se dogodilo tek jednom: 1994., prije pristupanja EU.

Austrijski je Ustavni sud više puta razmatrao figuru neustavnog ustavnog prava⁸⁵ te ju je jednom – za razliku od njemačkog Saveznog ustavnog suda – čak i uporabio kod ukidanja “običnog” ustavnog zakona.⁸⁶ To je moguće objasniti argumentima iz teorije normi (i hijerarhije izvora prava), kojima se u Austriji pridaje veća težina – argumentima koji mogu pretegnuti čak i nad argumentima ustavotvorne demokratske većine. Iako je teoretski moguće da i njemački Savezni ustavni sud na taj način ukine “obični” ustavni zakon, to se čini manje vjerojatno.

3.2 Međunarodno pravo, pravo Europske zajednice i EKZLJP

Dok u Austriji prevladava umjereni monizam, njemačka doktrina prednost daje umjerenom dualizmu. Ta razlika ima teorijske osnove, s obzirom da se i tekst austrijskog Ustava⁸⁷ i tekst njemačkog Temelnog zakona mogu povezati s oba pristupa.⁸⁸ Pozadina tomu Kelsenov je i Verdrossov utjecaj u korist monizma u Austriji⁸⁹ i Triepelov utjecaj u korist dualizma u Njemačkoj.⁹⁰ Budući da su razlike između navedene dvije pozicije na drugim mjestima već dobro prorađene, ovdje ćemo na njih samo ukazati.⁹¹

Austrijski pravnici pokušavaju zadržati monistički pristup čak i u odnosu na problem odnosa između prava Europske zajednice i prava država članica. U tu svrhu, kao teorijski model koristi se *Stufenbaulehre*.⁹² No, čak i to monističko

85 VfSlg 11.756/1988; VfSlg 11.829/1988; VfSlg 11.916/1988.

86 VfSlg 16.327/2001.

87 Theo Öhlinger, *Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht*, Beč, Springer, 1973, 110 i dalje.

88 Michael Schweitzer, *Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, Heidelberg, C.F.Müller, 2004, 161.

89 Kelsen 1920 (bilj. 22), 123. Gledaj, također, Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht: Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 70 i 71; Alfred Verdross, *Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem: Kritische Studie zu den Völkerrechtstheorien von Max Wenzel, Hans Kelsen und Fritz Sander*, *Zeitschrift für Völkerrecht* 12 (1923), 415 i dalje.

90 Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

91 Christine Amrhein-Hofmann, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.

92 Theo Öhlinger, *Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe*, u Antero Jyränki (ur.), *National Constitutions in the Era of Integration*, The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1999, 163 i dalje; Hans René Laurer, *Europarecht und österreichische Rechtsordnung: Rechtsnormen in einem einheitlichen Stufenbau?*, *Österreichische Juristen-Zeitung* 52 (1997), 233 i dalje.

gledište vodi k pojmu “dvostrukog ustava”.⁹³ Jer kad se sve (europske) okolnosti žele pojmiti kao jedinstven pravni sustav, taj sustav nužno mora imati “dvostruki ustav”, tj. europski i (iz austrijskog motrišta) austrijski. Prema njemačkom, pak, pristupu i nacionalni pravni poredak i pravni poredak EU shvaćaju se kao poretci s vlastitim ustavima, iako su oni, naravno, međusobno povezani u mnogim točkama.⁹⁴ Pojam kao što je “dvostruki ustav”, u pogledu europskih integracija, u njemačkoj bi pravnoj doktrini djelovao zapanjujuće. U cjelini, austrijska pravna znanost i sudska praksa naklonjenije su prema pravu Europske zajednice od njemačke. Na to ukazuje i činjenica da je austrijski Ustavni sud pokrenuo pred Europskim sudom već nekoliko postupaka za donošenje pretходne odluke.⁹⁵ Njemački Savezni ustavni sud nije se do sada upuštao u takvo samopodvrgavanje Europskom sudu.⁹⁶

EKZLJP neposredno je primjenjivo ustavno pravo u Austriji.⁹⁷ Dva su razloga takvom rješenju. Prvo, do sada se nije bilo moguće usuglasiti oko jednog suvremenog kataloga temeljnih ljudskih prava, a Temeljni državni zakon o općim pravima državljana od 21. prosinca 1867. (*StGG*) očito je zastario.⁹⁸ Drugo, međunarodno pravo u Austriji uživa visok stupanj povjerenja, s obzirom da su državna neovisnost pa čak i samo postojanje Austrije utemeljeni na međunarodnom pravu (Ugovor o ponovnoj uspostavi samostojne i demokratske Austrije, potpisan u Beču 15. svibnja 1955.); to je povjerenje bilo poduprto i Kelsenovim i Verdrossovim djelovanjem. Stoga, Austrija se nije ustezala primijeniti međunarodni ugovor kao državni katalog temeljnih ljudskih prava. Doduše, valja na ovome mjestu upozoriti i na treći čimbenik u metodološkom

93 Peter Perenthaler, Die neue Doppelverfassung Österreichs, u Herbert Haller i drugi (ur.), *Staat und Recht: Festschrift für Günther Winkler*, Beč, Springer, 1997, 773 i dalje.

94 Gledaj Armin von Bogdandy, Zweierlei Verfassungsrecht, *Der Staat* 39 (2000), 163. i dalje.

95 Gledaj Gerhart Holzinger, Der Verfassungsgerichtshof und das Gemeinschaftsrecht, u Stefan Hammer i drugi (ur.), *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa: Festschrift für Theo Öhlinger*, Beč, 2004, 153 i dalje (navođenje daljnjih referenci).

96 Nedavna odluka Saveznog ustavnog suda o Lisabonskom sporazumu primjer je sudske prakse nesklone pravu EZ. BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 od 30. lipnja 2009. Gledaj, također, BVerfG, 2 BvR 2236/04 od 18. srpnja 2005. (Europski uhidbeni nalog).

97 Austrija je EKZLJP ratificirala 1958., ali ju je na ustavnu razinu uzdigla tek 1964. Gledaj BVG BGBl 59/1964.

98 Nemogućnost postizanja sporazuma oko pitanja pravnih odnosa između države i crkve, države i obrazovanja te države i obitelji, funkcije vlasništva, uloge rada, itd., već je 1920. bila razlog što je Temeljni zakon iz 1867. (*StGG*) ostao na snazi. Gledaj Felix Ermacora, Die Grundrechte in der Verfassungsfrage 1919/1920, u Wissenschaftliche Kommission des Theodor-Körner-Stiftungsfonds, *Die österreichische Verfassung von 1918 bis 1938*, München, Oldenbourg, 1980, 53 i dalje. Bez novog kataloga temeljnih ljudskih prava, austrijski je Ustav tako ostao tek nedovršeno djelo. Gledaj Felix Ermacora (ur.), *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen*, Beč, W Braumueller, 1982, 37 i 38. Temeljni zakon iz 1867. (*StGG*) čak je i danas na ustavnopravnoj razini vrijedeće pravo.

omekšavanju klasičnog kelzenovskog pristupa.⁹⁹ Uz njemački utjecaj¹⁰⁰ i utjecaj škole “kritičke vrijednosne pravne znanosti”, značajnu ulogu imala je i EKZLJP. Austrijski Ustavni sud uvijek presuđuje u suglasju s praksom Europskog suda za ljudska prava (koji rabi ciljno-sadržajni stil tumačenja) te, s kraćim kašnjenjima, usvaja njegovu argumentaciju kod svoga vlastitog tumačenja EKZLJP kao internog ustavnog prava.¹⁰¹

3.3 Pojedinačni pravni akti kao pojedinačne pravne norme

U austrijskoj pravnoj znanosti, pojedinačni pravni akti (sudske presude i upravna rješenja) nazivaju se “pojedinačnim pravnim normama”. Njemačkom uhu taj bi izraz mogao zvučati kao oksimoron. Razlog postojanju takvog pojma Kelsenova je *Stufenbaulehre*, prema kojoj je razlika između zakona i uredbi (ili pravilnika), s jedne strane, te rješenja i presuda, s druge strane, samo relativna: i jedno i drugo su pravne norme.¹⁰² Presude i rješenja su “pojedinačne pravne norme”, koje su konkretnije i određenije od zakona, uredbi i pravilnika kao “općih pravnih normi”. Međutim, to je isključivo pojmovna razlika, bez ikakvog praktičnog značaja. Nasuprot tome, od velikog je značaja priznavanje pravne naravi unutrašnjim aktima uprave.

3.4 Unutrašnji akti uprave

Prema *Stufenbaulehre*, i unutrašnji nalozi (upute) uprave pravne su norme. Juridifikacijom (tj., priznavanjem pravne naravi) unutrašnjim nalogima (uputama) uprave, ta je doktrina učinila veliku uslugu demokraciji, a posebno de-

99 Herbert Schambeck, *Zur Theorie und Interpretation der Grundrechte in Österreich*, u Rudolf Machacek i drugi (ur.), *Grund- und Menschenrechte in Österreich*, Kehl am Rhein-Straßburg-Arlington, N. P. Engel Verlag, 1991, sv. I., 91.

100 Gledaj Herbert Hausmanning, *The Austrian Legal System*, Beč, Manz, 2000, 147; Heinz Schäffer, *Landesbericht Österreich*, u Christian Starck (ur.), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 56 i 57; Detlef Merten, *Aktuelle Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, u Heinz Schäffer i drugi (ur.), *Im Dienst an Staat und Recht: Festschrift für Erwin Melichar*, Beč, 1983, 108.

101 Međutim, o zapanjujućim sukobljavanjima njemačkog Saveznog ustavnog suda (barem na retoričkoj razini) s Europskim sudom za ljudska prava, BVerfG, 2 BvR 1481/04 od 14. listopada 2004, gledaj Jochen Abr. Frowein, *Die traurigen Missverständnisse: Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte*, u Klaus Dicke i drugi (ur.), *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 279 i dalje; Mattias Hartwig, *Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights*, *German Law Journal* 6 (2005) 5, 869 i dalje. Dijelovi njemačke pravne znanosti skloni međunarodnom pravu (gledaj, npr., Stephan Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, 380 i dalje (rasprava o “otvorenoj državnosti” ili *offene Staatlichkeit*)), danas se čine tek akademskim mišljenjima.

102 Podrobno gledaj Jakab 2007 (bilj. 6), 35 i dalje.

mokratskoj upravi.¹⁰³ Sukladno *Stufenbaulehre*, nalozi i upute uprave ništetni su ako nisu utemeljeni na zakonu, iz kojega proizlazi njihova valjanost. Tomu je posljedica da djelovanje uprave ne može biti zakonito ako nije utemeljeno na zakonu,¹⁰⁴ tj., na izraženoj volji naroda.¹⁰⁵

Ako unutrašnji akti uprave imaju pravnu narav, tada sudovi mogu ispitivati njihovu zakonitost. Nepriznavanje pravne naravi unutrašnjim aktima uprave izvorno je imalo funkciju njihova izuzimanja od sudske kontrole (tzv. "teorija nepropusnosti", prema kojoj država, a posebno izvršna vlast, nije podložna sudskoj kontroli). Njemačka je doktrina morala proći dug i zavojit put dok nije došla do točke u kojoj su neki *unutrašnji* akti uprave (obično u obliku naloga ili uputa) postali podložni preispitivanju.¹⁰⁶

3.5 Nadpozitivno pravo i običajno ustavno pravo

Pojam nadpozitivnog prava, dobro poznat njemačkoj naravnopravnoj tradiciji, u austrijskoj pravnoj znanosti nije u uporabi.¹⁰⁷ Taj bi pojam previše očigledno proturječio čvrsto pozitivističkoj kelzenovskoj tradiciji.¹⁰⁸ U zamjenu za naravno pravo, u njegovoj funkciji vanjske kontrole domaćeg, nacionalnog zakonodavstva, Austrija se odlučila za izrazito snažno prihvaćanje međunarodnog prava (EKZLJP) i prava Europske zajednice (gledaj gore).

103 Jürgen Behrend, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, 18. Gledaj, također, Hans Heinrich Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, 11 i dalje (podrobno ispitivanje pravne naravi naloga (uputa) uprave u njemačkoj literaturi); Norbert Achterberg, *Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, Die öffentliche Verwaltung* 26 (1973), 298; Möllers 2000 (bilj. 56), 154 i dalje.

104 Öhlinger 2000 (bilj. 47), 31; Kelsen 1929 (bilj. 9), 69. i dalje.

105 Merkl 1927 (bilj. 20), 339; Kelsen 1929 (bilj. 9), 70. i dalje.

106 Horst Dreier, *Merkl's Verwaltungslehre und die deutsche Dogmatik*, u Robert Walter (ur.), *Adolf J. Merkl: Werk und Wirksamkeit*, Beč, Manz, 1990, 76 i 77.

107 BVerfGE 3, 58; BVerfGE 6, 132; BVerfGE 23, 98.

108 Otpor dolazi s obiju strana: kelzenovska tradicija opire se (njemačkom) naravnopravnom rasuđivanju, a u Njemačkoj se Kelsenov nauk (stoga, dijelom) ne prihvaća. Gledaj Norbert Achterberg, *Hans Kelsen's Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre, Die öffentliche Verwaltung* 27 (1974) 13/14, 447. Tek se odnedavno u Njemačkoj može zamijetiti značajnije prihvaćanje Kelsenova nauka. Gledaj, npr., Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1986; Michael Pawlik, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993; Carsten Heidemann, *Die Norm als Tatsache: Zur Normentheorie Hans Kelsen's*, Baden-Baden, Nomos, 1997; Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein...: Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006. Gledaj, također, gore bilj. 7; Horst Dreier i drugi, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*, Beč, 2001, 17 i dalje (rasprava o recepciji Kelsena u Njemačkoj).

U Njemačkoj se, za razliku od Austrije, “pravo” (*Recht*), u pravilu, shvaća neodvojivim od “vrijednosti”.¹⁰⁹ Razlika je slična i u pogledu običajnog ustavnog prava: austrijska pravna znanost, s upućivanjem na pozitivnopravnu narav ustava, ne priznaje postojanje običajnog ustavnog prava.¹¹⁰

4 DOKTRINA USTAVNOG PRAVOSUĐENJA

Prema njemačkoj pravnoj doktrini, presude njemačkog Saveznog ustavnog suda isključivo su deklaratorne, a ne i konstitutivne: neustavni zakon *proglašava* se ništetnim. Međutim, ako bi presude doista bile samo deklaratorne (i, stoga, ne i konstitutivne), tada mogućnost proglašenja neusklađenosti iz čl. 31. ZSUS (i stvarno deklaratornog),¹¹¹ koje se razlikuje od proglašenja zakona ništetnim, ne bi imala nikakvog smisla. Ili treba prihvatiti da je proglašenje ništetnosti na temelju čl. 78. ZSUS zapravo poništavanje određenog zakona od dana njegova stupanja na snagu (*ex tunc*, retroaktivno), ili (što bi bilo manje prihvatljivo) treba prihvatiti da je proglašenje neusklađenosti samo po sebi konstitutivno, jer jednu stvarno nepostojeću (i ništetnu) pravnu normu budi iz mrtvih! Iz tog su razloga i njemački pravni pisci dvojili oko toga je li doista presuda kojom se zakon “proglašava” ništetnim isključivo deklaratorne naravi.¹¹² Austrijska se ustavnopravna doktrina ne mora baviti takvim problemima, s obzirom da je presudama Ustavnog suda oduvijek bila priznavana njihova konstitutivna narav. U Austriji se govori o ustavnosudskom poništavanju (*Aufhebung*). Glede toga pitanja, austrijska se pravna doktrina čini nedvojbeno uvjerljivijom od njemačke.

Posljedica razlike između dogme o ništetnosti i doktrine o konstitutivnom poništavanju jest da presude njemačkog Saveznog ustavnog suda proizvode povratni učinak od trenutka donošenja ispitivanog propisa (*ex tunc*), a presude austrijskog Ustavnog suda (osim ako drukčije nije naznačeno) djeluju isključivo od trenutka donošenja presude (*ex nunc*).¹¹³

109 Pfersmann 1999 (bilj. 65), 63 i dalje; Geiger 1983 (bilj. 61), 46. Gledaj, također, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, u Horst Dreier (ur.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Stuttgart, Franz Steiner, 1990, 33 i 45 (ocjena mjerodavne sudske prakse Saveznog ustavnog suda); Christian Starck, Zur Notwendigkeit der Wertbegründung des Rechts, u Dreier 1990 (bilj. 109), 47, 59 i dalje (navođenje daljnjih referenci).

110 Adamovich i drugi 1997 (bilj. 5), rubni br. 04.017; Walter, Mayer 2000 (bilj. 5), rubni br. 105. Naprotiv, njemački pravni pisci podrobno razmatraju pitanje običajnog ustavnog prava, iako ne uvijek i s njegovim potpunim prihvaćanjem. Gledaj Christian Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht*, Heidelberg, C. Winter, 1972.

111 Zakon o Saveznom ustavnom sudu (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Prijevod na engleski jezik dostupan je na: www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm.

112 Heckmann 1997 (bilj. 7), 77.

113 Gledaj Barbara Strehle, *Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen: Eine vergleichende Darstellung der Entscheidungswirkungen des schweizerischen Bundesgerichts, des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Zürich, Schulthess, 1980, 103. i dalje.

5 PRAVNA DOKTRINA O TEMELJNIM LJUDSKIM PRAVIMA

U doktrini o temeljnim ljudskim pravima zamjetne su tek manje razlike. Jedan je primjer neobičan i složen pojam “ustavom zajamčenih prava” (*verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte*; uglavljen u čl. 144. austrijskog Ustava), koji odgovara njemačkom pojmu “temeljnih prava”.¹¹⁴ Razlog tako dugom izričaju pokušaj je izbjegavanja naravnopravnih konotacija povezanih s izričajem “temeljna prava”,¹¹⁵ iako se, u novije vrijeme, njime služe i neki austrijski autori.¹¹⁶ Druga razlika uključuje rješavanje ustavnopravnih predmeta: austrijska sudska praksa sklona je uporabi načela jednakosti u obliku općeg zahtjeva nepristranosti (objektivnosti) i zabrane arbitarnosti.¹¹⁷ Razlog takvoj sklonosti nedostatak je drugih općih ili podrednih (univerzalnih) temeljnih prava, kao, primjerice, prava na ljudsko dostojanstvo ili opće slobode djelovanja (*allgemeine Handlungsfreiheit*), koja postoje u Njemačkoj.¹¹⁸ Međutim, s obzirom da načelo jednakosti ustavnim sucima daje veću diskreciju kod odlučivanja, neki pripadnici starije škole pozivanje na načelo jednakosti smatraju nezakonitom, političkom djelatnošću suca.¹¹⁹

Konačno, vrijedno je spomenuti i jedno obilježje ustavnopravne doktrine o vlasništvu, prema kojemu ne treba platiti naknadu (štete) za svako izvlaštenje. Doduše, u austrijskoj praksi većinu izvlaštenja prati i naknada (štete) za izvlaštenje, ali obveza davanja naknade (štete) nije propisana ustavnim pravom. Čl. 5. gorespomenutog austrijskog Temelnog državnog zakona iz 1867., prema tumačenju Ustavnog suda, uopće ne spominje naknadu (štete) za izvlaštenje,¹²⁰

114 Gledaj Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 677., bilj. 1. (popis nekoliko iznimnih slučajeva uporabe pojma “temeljno pravo” (*Grundrecht*) u u jednom austrijskom pravnom tekstu).

115 Međutim, u Njemačkoj su temeljna prava zamišljena kao predpravna prava, gledaj Klaus Stern, *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, u Josef Isensee, Paul Kirchhof (ur.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1992, § 108, rubni br. 6.; Geiger 1983 (bilj. 61), 47.

116 Npr., Berka 1999 (op 13) (čak i u naslovu); Öhlinger 2003 (bilj. 5), rubni br. 677. i dalje.

117 Manfred Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Beč, Springer, 1991, 202. i dalje; Noll 1996 (bilj. 10), 153. i dalje; Ludwig Adamovich i drugi, *Österreichisches Staatsrecht*, Beč, Springer, 2003, sv. III., rubni br. 42.013.

118 Heinz Schäffer, *Allgemeine Denkstrukturen in der Rechtsprechung europäischer Höchstgerichte*, vor allem am Beispiel der Grundrechtsinterpretation der Verfassungsgerichtshöfe in Österreich und Italien, u István H. Szilágyi i drugi (ur.), *Unum, Lex Multiplex: Liber Amicorum Studia Z. Péteri Dedicata*, Budapest, Szent István Társulat, 2005, 163 i dalje i 174, bilj. 31.

119 Gledaj Rudolf Thienel, *Vertrauensschutz und Verfassungsrecht*, Beč, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1990, 39; Klaus Berchtold, *Der Gleichheitssatz in der Krise*, u *Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte: Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl am Rhein, Engel, 1988, 327 i dalje. Za kratak pogled na slične probleme u njemačkom kontekstu gledaj Christoph Möllers, *Wandel der Grundrechtsjudikatur: Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG*, *Neue juristische Wochenschrift* 58 (2005) 28, 1973 i dalje, a posebno 1979.

120 Richard Novak, *Die Eigentumsgarantie: Neue Aspekte, alte Fragen*, u Weber i drugi 2005 (bilj. 81), 266 i dalje (navođenje daljnjih referenci).

a ni čl. 1. st. 1. Prvog Protokola uz EKZLJP ne jamči naknadu u svim slučajevima izvlaštenja.¹²¹ Posljedica takvog tumačenja čl. 5. Temelnog državnog zakona bila je da Habsburgovci nakon Prvog svjetskog rata (1919.) i izvlaštenici nakon Drugog svjetskog rata (1946./1947.) nisu primili nikakvu naknadu (štete) za izvlaštenja.¹²² Budući da EKZLJP (pristupanje Austrije 1958.) nije predviđala obvezujuće promjene u tom pogledu, austrijska je ustavnopravna doktrina, unatoč kritici pravoznanstvenika,¹²³ ostala na toj liniji. Jedinu je novost, s osloncem na njemačka shvaćanja, unijelo načelo jednakosti.¹²⁴ To je tzv. teorija posebne žrtve (*Sonderopfertheorie*), prema kojoj je zabranjena posebna žrtva koja proizlazi iz povrjede načela jednakosti. Drugim riječima, u slučajevima gdje preraspodijeljene koristi izvlaštenja jednako prirastaju osobama u sličnom položaju, ne može biti činjeničnog opravdanja razlike između izvlaštenja koje te osobe moraju trpjeti bez naknade (štete).¹²⁵ Elastičnije tumačenje zaštite vlasništva omogućilo je "širenje do-sega": zaštita vlasništva u Austriji se istodobno shvaća i kao zaštita osobne (privatne) autonomije, pa pravo vlasništva, na temelju austrijskog ustavnog prava, preuzima neke funkcije opće slobode djelovanja, koja, kao što je već spomenuto, u Austriji ne postoji kao pravnodoktrinarna figura. U njemačkoj doktrini, koja se čvrsto drži obveze davanja naknade (štete) za izvlaštenje, tako širok pristup ne bi bio moguć.

6 STILOVI MIŠLJENJA

U posljednjem poglavlju ovoga rada dajem kratki pregled najvažnijih razlika između austrijskog i njemačkog stila mišljenja. U austrijskoj pravnoj doktrini, pravna se terminologija svodi na probleme teorije pravnih normi. Tumačenje pokazuje sklonost k većoj jednostavnosti i razumljivosti nego u Njemačkoj. Svoj stil mišljenja, Austrijanci smatraju elegantnijim i skromnijim od njemačkog. Austrijski stil mišljenja rijetko uključuje pojačavajuće, dopunske ili "pričuvne" argumente, tipične za Njemačku. Često se koristi Kelsenovo teorijsko naslijeđe (*Stufenbaulehre*,

121 To se pitanje razmatra isključivo kao dio testa razmjernosti, koji omogućuje izvlaštenje bez naknade u izvanrednim okolnostima. Gledaj Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München, C.H.Beck, 2005, § 25, rubni br. 19. i 20.

122 Gledaj Michael Kadgien, *Das Habsburgergesetz*, str. 180. i dalje (2005.) (kritički osvrt na nedavanje naknade Habsburgovcima); Ludwig Adamovich, Sr., *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, str. 556. i dalje (6. izd., 1971.) (rasprava o pitanjima naknade u poslijeratnom postupku nacionalizacije i navođenje daljnjih referenci).

123 Gledaj Claus Schulz, *Die aktuellen Probleme des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung und im Spiegel der deutschen Rechtsauffassungen*, Beč, Notring, 1971, 145. i dalje; Peter Pernthaler, *Der Grundrechtsschutz des Eigentums vor allem im Hinblick auf die Beschränkungen durch die öffentliche Bodenordnung*, u Hans Spanner i drugi (ur.), *Grundrechtsschutz des Eigentums: Seine Grenzen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse*, Heidelberg, Karlsruhe, C. F. Müller, 1977, 25 i dalje, a posebno 27, bilj. 10 (navođenje daljnjih referenci).

124 Pernthaler 1977 (bilj. 123), 33, bilj. 33.

125 Novak 2005 (bilj. 120), 268.

trokružna teorija savezne države). Sve u svemu, njegov je utjecaj golem, s obzirom da se naravnopravni i sociološki argumenti općenito ne cijene visoko.

Njemačka pravna doktrina i dalje se služi mnogim temeljnim pojmovima iz razdoblja ustavne monarhije.¹²⁶ Umjesto Kelsena, ključne su figure Smend (i Hesse) i Schmitt, čiji se argumenti često pojavljuju u praksi Saveznog ustavnog suda.¹²⁷ U tim se argumentima često koriste pojmovi koji, doduše, imaju intuitivnu, opisnu vrijednost, ali se ne mogu strogo pravno definirati (npr., zajednica, integracija, *Gesamtheiten*¹²⁸). Ta tendencija uključuje i sklonost k složenim imenicama i pomalo zagonetnim (ili, moglo bi se reći, pretencioznim) retoričkim figurama: “pravo kao čimbenik reda”¹²⁹ ili “savezni red oblik je saveznog uređenja”.¹³⁰ Često se može naići na politološka, a katkad i na naravnopravna objašnjenja.¹³¹ Prednost takvog stila mišljenja olakšavanje je argumentacije (“plodonosna odsutnost jasnoće”); s druge strane, nedostatak leži u nepredvidivosti rezultata takve argumentacije. Općenito, argumentira se na temelju većeg broja premisa te se pokušava pronaći više (međusobno neovisnih) argumenata u prilog željenog rezultata. Stoga, argumentacije slijede više linija, a te su linije kompliciranije i manje precizne. Nijemci češće argumentiraju od širih, općih načela (demokracija, ljudsko dostojanstvo, itd.) ka konkretnim problemima; u Austriji su takve tendencije mnogo rjeđe (iako ne i nepoznate).

Na kraju, valja primijetiti da njemački i austrijski pravni znanstvenici jedni druge prikazuju kao predstavnike zastarjele metodologije. Kao što je već navedeno, iz (tradicionalno) austrijske pozicije, njemačka ustavnopravna doktrina čini se doktrinom nasukanom na (pred)jellinekovskoj metodološkoj razini (zato, miješanje pravnih i socioloških argumenata; predstavljanje vlastitih pravopolitičkih gledišta kao pravno obvezujućih zaključaka). S druge strane, kelzenovski stil koji se koristi u Austriji, u Njemačkoj se promatra kao besmisleno i besplodno zaoštavanje staromodne formalističke *Begriffsjurisprudenz*.¹³²

126 Usp. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C. H. Beck, 1980, sv. II., 584. – 586. Često se upućuje na takva tradicionalna opća mjesta, kao što su, primjerice, izjednačavanje izvršne vlasti s primjenom prava, bez ikakvog osvrta na problem uredbi za izvršavanje zakona. Gledaj, npr., Hesse 1995 (bilj. 4), 88.

127 Robert Chr. van Ooyen, *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

128 Hesse 1995 (bilj. 4), 97.

129 Hesse 1995 (bilj. 4), 86 (njem. *Recht als Ordnungsfaktor*).

130 Hesse 1995 (bilj. 4), 97 (njem. *Bundesstaatliche Ordnung ist Form föderativer Gestaltung*). Značenje tog pojma može se samo pogađati.

131 Ili etatiističke kombinacije obiju vrsta objašnjenja, kao što je, primjerice, figura priznavanja prava od strane države. Gledaj Stern 1980 (bilj. 126), 588.

132 Gledaj, npr., Achterberg 1974 (bilj. 108), 445 i dalje (navođenje, *inter alia*, Hermann Klenner, *Rechtsleere: Die Verurteilung der Reinen Rechtslehre*, Frankfurt am Main, Verlag Marxistische Blätter, 1972.) Gledaj, također, Dreier i drugi 1986 (bilj. 108), 25 i 29 (navođenje, *inter alia*, Larenza, Hellera, Schmitta i Smenda); Dreier 1986 (bilj. 108), 19 i dalje.

7 ZAKLJUČCI O IZGLEDIMA ZAJEDNIČKE EUROPSKE MEĐUNARODNOPRAVNE DOKTRINE

U svjetlu izloženih razlika između dviju država i dviju pravnih kultura koje stoje u tako bliskom odnosu razmjene, moguće je naslutiti kako bi dug mogao biti put ka zajedničkoj europskoj doktrini međunarodnog javnog prava (tj., k zajedničkom prostoru znanstvene rasprave za javnopravne stručnjake iz europskih država), uzimajući u obzir mnogo manju međusobnu bliskost ostalih država i njihovih pravnih poredaka. A i njemačko-austrijske razlike nisu ni u kojem slučaju isključivo terminološke naravi, rješive jednostavnim “prevođenjem” termina: terminološke razlike tek su posljedice ili simptomi različitosti (neki puta samo implicitnih) teorijskih premisa. Stoga, ne može se reći da bi se “pomoću detaljnog istraživanja temelja, te razlike mogle preobraziti u kompromise”. Upravo suprotno: što dublje se kopa, što se više teorijski istražuje, razlike postaju sve veće. Iz tog razloga, izgledi za postojanje javnopravne doktrine *zajedničke* cjelokupnoj Europi, čine mi se trenutačno prilično loši.

Ipak, ono što dosad jest nastalo, javnopravna je doktrina *Europske unije*. Doduše, njezin temeljni stil mišljenja (ako on uopće i može postati konačan) još nije u potpunosti oblikovan. Odgovor na pitanje mogu li austrijski ili njemački stil mišljenja u tom kontekstu, u konačnici, naići na veće prihvatanje, ovisit će o tome kako pravoznanstvenici shvaćaju Europsku uniju. Ne uzimajući u obzir jači institucionalni položaj Njemačke, ako se EU shvati kao isključivo pravna zajednica (*Rechtsgemeinschaft*) – slična višenacionalnoj Austro-ugarskoj monarhiji, koja je pružila okvir za nastanak čiste teorije prava –, tada bi austrijska pravna znanost mogla imati značajniju ulogu; ako se, pak, EU shvati kao zajednica vrijednosti, prednost će imati njemačka pravna znanost. U prvom slučaju, međusobno ćemo se bolje razumijevati na austrijskom, a u drugom bi slučaju prije trebali govoriti na njemačkom jeziku.

*Na hrvatski jezik prevodio
Luka Burazin.*

Predstavitev autora

András Jakab studirao je pravo u Budapešti i u Salzburgu i bio je asistent u Heidelbergu i Madridu i docent u Nottighamu i Liverpoolu. Trenutno radi kao docent za ustavno pravo na katolički univerzi Pázmány Péter u Budapešti.

Predstavitev prevoditelja

Luka Burazin asistent je predavač na Katedri za opću teoriju prava i države Pravnog fakulteta u Zagrebu. Do sada je objavio četiri znanstvena rada iz područja opće teorije prava: Sredstva ovrhe kao vrsta građanskopravne sankcije (sa stajališta opće teorije i filozofije prava), Analiza pravne odgovornosti u slučaju prouzročenja štete (sa stajališta opće teorije i filozofije prava), The So-Called Guarantee (Protective) General Normative Duty of Reparation i Antinomija između općih načela prava (slučaj Gradska groblja). Kao izlagač sudjelovao je na četiri međunarodne konferencije.

Synopsis

András Jakab

Two Opposing Paradigms of Continental European Constitutional Thinking: Austria and Germany

Key words: legal doctrine, constitutional interpretation, origins of law, constitutional courts, basic human rights

Summary: 1. Basic Concepts. – 1.1. *Constitution*. – 1.2. *Sovereignty and the State*. – 1.3. *Democracy*. – 1.4. *Federalism*. – 1.5. *The Rule of Law, Separation of Powers, and Republic*. – 1.6. *Basic German Terms Missing from Austrian Legal Doctrine*. – 2. Constitutional Interpretation. – 3. System of Sources of Law. – 3.1. *The Fragmented and Multi-layered Constitution*. – 3.2. *International Law, EC Law, and the ECHR*. – 3.3. *Specific Legal Acts as Individual Norms*. – 3.4. *Internal Administrative Acts*. – 3.5. *Supra-positive Law and Customary Constitutional Law*. – 4. Conceptual Frame of Constitutional Adjudication. – 5. Legal Doctrine on Fundamental Rights. – 6. Styles of Argumentation. – 7. Conclusions on the Prospects of a Common European Scholarship of Public International Law.

Comparative constitutional lawyers of common law countries might have a temptation to identify German and Austrian constitutional thinking—not only because both are German speaking countries, but also because comparative law textbooks (based mostly on private law) present them as being in the same “legal family” or “legal circle”. This assumption would, however, be wrong. The German doctrinal figures more or less well known amongst comparative constitutional lawyers throughout the whole world do not apply in Austria automatically, and even what seems to be familiar for the first sight (for those who know German public law) often appears in a foreign light. Scrutiny of such differences promises insight into the merits and drawbacks of each alternative; therefore, this article undertakes to compare and contrast the two systems. The focus is not on specific tenets of Austrian or German public law but on its set of doctrinal concepts and style of argumentation, compared and contrasted to each other. To facilitate the contrast, the statements of Austrian and German authors and the various schools of thought will be somewhat amplified.

The author of this article does not attempt to itemize or list out all the doctrinal differences; instead, he seeks to reveal the foundations of the two systems by proving the following hypotheses: (1) The theoretical background of Austrian public law doctrine is the Kelsenian pure theory of law, while the bases of German public law doctrine are determined by the Schmittyan decisionism, the Smendian integrationism, and natural law. All these theoretical presuppositions have concrete consequences as to how to define basic concepts and as to how to reason in constitutional law. (2) Austrian legal doctrine is worked out in painstaking detail especially in the areas of sources of law and constitutional adjudication, at times even more consistently than their German counterparts. This concentration on theory of norms in public law is also part of Kelsen's heritage. (3) In certain points, the curiosity of Austrian public law doctrine has diminished, partially due to increased German influence. By no means, however, does this imply the disappearance of distinctive features; one merely observes some degree of convergence. (4) Finally, certain startling doctrinal solutions have emerged, not for reasons of differing conceptualizations of the law, but very simply by historical and political accident.

References

- AA. VV., 2003: *Ein Verfassungskonvent für Österreich?* – *Journal für Rechtspolitik* 11 (2003) 1. 1 ff.
- Norbert ACHTERBERG, 1973: Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz. *Die öffentliche Verwaltung* 26 (1973). 289 ff.
- 1974: Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre. *Die öffentliche Verwaltung* 27 (1974). 445ff.
- Ludwig ADAMOVIČ, sr., 1950: Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit. *Juristische Blätter* (1950). 73 ff.
- 1954: Die verfassungsmäßige Funktion des Richters. *Österreichische Juristen-Zeitung* 9 (1954). 409 ff.
- 1971: *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*. 6th Edition. Vienna: Springer.
- 2004: *Eine neue Republik? Gedanken zur Verfassungsreform*. Vienna: Holzhausen.
- Ludwig ADAMOVIČ and others, 1997: *Österreichisches Staatsrecht. Band 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts*. Vienna, New York: Springer.
- 1982: *Österreichisches Verfassungsrecht: Verfassungslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft*. Vienna, New York: Springer.
- 2003: *Österreichisches Staatsrecht*. 2nd Edition. Vienna: Springer.
- Christine AMRHEIN-HOFMANN, 2003: *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Peter BADURA, 2003: *Staatsrecht*. 3rd Edition. München: C.H. Beck.
- Jürgen BEHREND, 1977: *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Klaus BERCHTOLD, 1988: Der Gleichheitssatz in der Krise. *Festschrift für Felix Ermacora – Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte*. Eds. Manfred Nowak, Dorothea Steurer, Hannes Tretter. Kehl am Rhein: Engel. 327 ff.
- Walter BERKA, 1999: *Die Grundrechte*. Vienna: Springer.
- Walter BERKA and others (Eds.), 2004: *Verfassungsreform: Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents*. Vienna, Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag.
- Jochen VON BERNSTROFF, 2001: *Der Glaube an das universale Recht: Zur Völkerrechtsthe-*

- orie Hans Kelsens und seiner Schüler. Baden-Baden: Nomos.
- Bruno BINDER, 1988: Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG): Überlegungen zur neuen Judikatur des VfGH. *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 15 (1988). 1 ff.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, 1973: Organ, Organisation und juristische Person. *Fortschritte des Verwaltungsrechts: Festschrift für Hans J. Wolff*. Ed. Christian-Friedrich Menger. München: C.H. Beck. 269 ff.
- 1990: Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts. *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. Ed. Ralf Dreier. Stuttgart: Franz Steiner. 33 ff.
- Armin VON BOGDANDY, 2000: Zweierlei Verfassungsrecht. *Der Staat* 39 (2000). 163 ff.
- Christian BRAUN, 2000: *Die Interpretation wirtschaftsrelevanter Grundrechte in Österreich und Deutschland: ein Vergleich der Methoden und Ergebnisse der Verfassungsinterpretation*. Doctoral dissertation. Regensburg: Universität Regensburg.
- Karl DOEHRING, 2004: *Allgemeine Staatslehre: eine systematische Darstellung*. 3rd Edition. Heidelberg: C. F. Müller.
- Horst DREIER, 1986: *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos.
- 1990: Merkl's Verwaltungslehre und die deutsche Dogmatik. *Adolf J. Merkl: Werk und Wirksamkeit*. Ed. Robert Walter. Vienna: Manz.
- 2001: Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre. *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* (2001) 22.
- Harald EBERHARD, Christoph KONRATH: *Der Österreich-Konvent. Juristische Ausbildung und Praxis vorbereitung 2004-2005*.
- Felix ERMACORA, 1970: *Österreichische Verfassungslehre*. Vienna: Verlag Österreich.
- 1980: Die Grundrechte in der Verfassungssfrage 1919/1920. *Die österreichische Verfassung von 1918 bis 1938*. Ed. Wissenschaftliche Kommission des Theodor-Körner-Stiftungsfonds und des Leopold-Kunschak-Preises zur Erforschung der Österreichischen Geschichte der Jahre 1918 bis 1938. München: Oldenbourg. 53 ff.
- 1993: Holprige Wege im Grundrechtsschutz. *Österreichische Juristen-Zeitung* 48 (1993). 73 ff.
- Felix ERMACORA (Ed.), 1982: *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen*. Vienna: W Braumueller.
- Jochen Abr. FROWEIN, 2005: Die traurigen Missverständnisse: Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück*. Eds. Klaus Dicke and others. Berlin: Duncker & Humblot. 279 ff.
- Lon FULLER, 1969: *The Morality of Law*. New Haven, London: Yale University Press.
- Willi GEIGER, 1983: Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. *Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs*, Ed. German Section of the International Commission of Jurists. Heidelberg: C. F. Müller. 46 ff.
- Christoph GRABENWARTER, 2005: *Europäische Menschenrechtskonvention*. 2nd edition. München: C.H.Beck.
- Mattias HARTWIG, 2005: Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights. *German Law Journal* 6 (2005) 5. 869 ff. (<http://www.germanlawjournal.com>)
- Herbert HAUSMANNINGER, 2000: *The Austrian Legal System*. 2nd Edition. Vienna: Manz.
- Dirk HECKMANN, 1997: *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Carsten HEIDEMANN, 1997: *Die Norm als Tatsache: Zur Normentheorie Hans Kelsens*. Baden-Baden: Nomos.
- Konrad HESSE, 1995: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20th Edition. Heidelberg: C. F. Müller.
- 1962: *Der unitarische Bundesstaat*. Karlsruhe: C. F. Müller.
- Stephan HOBE, 1998: *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Michael HOLOUBEK, 2005: Typologie und Abwägung: Karl Korinek und die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht. *Juristische Blätter* 127 (2005) 12. 750 ff.
- Gerhart HOLZINGER, 2004: *Der Verfassungsgerichtshof und das Gemeinschaftsrecht. Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa: Festschrift für Theo Öhlinger*. Eds. Stefan Hammer and others. Vienna: WUV Universitätsverlag.

- András JAKAB, 2004: Kelsen's Doctrine of International Law between Epistemology and Politics. *Austrian Review of International and European Law* 9 (2004). 49 ff.
- 2006: Neutralizing the Sovereignty Question: Compromise Strategies in Constitutional Argumentations before European Integration and since. *European Constitutional Law Review* 2 (2006) 3. 375 ff.
- 2006: German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency: Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse. *German Law Journal* 7 (2006) 5. 453 ff..
- 2007: Problems of the Stufenbaulehre. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20 (2007) 1. 35 ff.
- Matthias JESTAEDT, 2006: *Das mag in der Theorie richtig sein...: Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Michael KADGIEN, 2005: *Das Habsburgergesetz*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- 1929: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2nd Edition. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Hans Kelsen, 1920: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- 1925: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.
- 1926: Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours* 14 (1926) IV.
- 1927: Die Bundesexekution. *Festgabe für Fritz Fleiner*. Eds. Zaccaria Giacometti, Dietrich Schindler. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 127 ff.
- 1929: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929). 68 ff.
- 1931: Der Wandel des Souveränitätsbegriffes. *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio* (1931) 2. 1 ff.
- 1944: The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization. *Yale Law Journal* 53 (1944) 2. 207 ff.
- 1958: Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht. *Festgabe für Aleksandr N. Makarov. Abhandlungen zum Völkerrecht. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 19 (1958) 1/3. 234 ff. (www.zaoerv.de).
- 1960: *Reine Rechtslehre*. 2nd Edition. Vienna: Verlag Österreich.
- Han KLECATSKY, 1980: Bundes-Verfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht. *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*. Ed. Herbert Schambeck. Berlin: Duncker & Humblot. 83 ff.
- Hermann KLENNER, 1972: *Rechtslehre: Die Verurteilung der Reinen Rechtslehre*. Frankfurt am Main: Verlag Marxistische Blätter.
- Friedrich KOJA, 1967: *Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer*. Vienna: Springer.
- 1970: Interpellationsrecht und Verschwiegenheitspflicht. *Festschrift für Adolf J. Merkl*. Eds. Max Imboden and others. München: W. Fink. 155 ff.
- 1979: *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*. Salzburg: Pustet.
- 1991: Die Verfassung. *Staatsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Robert Walter*. Eds. Heinz Mayer and others. Vienna: Manz. 349 ff.
- 1993: *Allgemeine Staatslehre*. Vienna: Manz.
- Karl KORINEK, 1980: Gesetzesprüfungsrecht als Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit. *Salzburger Symposion zum Jubiläum 60 Jahre Bundesverfassung*. Ed. Eberhard Zwink. Salzburg: Landespressbüro. 109 ff.
- 1991: Zur Interpretation von Verfassungsrecht. *Staatsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Robert Walter*. Vienna: Manz. 367 ff.
- 2000: *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*. Vienna: Springer.
- Hans René LAURER, 1997: Europarecht und österreichische Rechtsordnung: Rechtsnormen in einem einheitlichen Stufenbau? *Österreichische Juristen-Zeitung* 52 (1997). 233 ff.
- Rainer LIPPOLD, 2000: *Recht und Ordnung: Statik und Dynamik der Rechtsordnung*. Vienna: Manz.
- Hartmut MAURER, 2003: *Staatsrecht I*. 3rd Edition. München: C.H. Beck.
- Heinz MAYER, 2002: *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. Kurzkommentar*. Vienna: Manz.
- Adolf MERKL, 1927: *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Vienna, Berlin: Julius Springer.
- Detlef MERTEN, 1983: Aktuelle Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und Österreich. *Im Di-*

- erst an Staat und Recht: Festschrift für Erwin Melichar*. Eds. Heinz Schäffer and others. Vienna: Manz. 107 ff..
- Rudolf Aladár METALL, 1969: *Hans Kelsen: Leben und Werk*. Vienna: Verlag Franz Deuticke.
- Christoph MÖLLERS, 2000: *Staat als Argument*. München: C. H. Beck.
- 2005: Wandel der Grundrechtsjudikatur: Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG. *Neue juristische Wochenschrift* 58 (2005). 1973 ff.
- Alfred J. NOLL, 1996: *Sachlichkeit statt Gleichheit?* Vienna: Springer.
- Richard NOVAK, Die Eigentumsgarantie: Neue Aspekte, alte Fragen. *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Pernthaler zum 70 Geburtstag*. Eds. Karl Weber and others. Vienna, New York: Springer. 255 ff.
- Theo ÖHLINGER, 1973: *Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht*. Vienna: Springer.
- 1975: *Der Stufenbau der Rechtsordnung*. Vienna: Manz.
- 1992: Stil der Verfassungsgesetzgebung: Stil der Verfassungsinterpretation. *Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels: Festschrift für Ludwig Adamovich*. Eds. Bernd-Christian Funk and others. Vienna: Springer. 502 ff.
- 1999: Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The Stufenbau Doctrine in Present-Day Europe. *National Constitutions in the Era of Integration*. Ed. Antero Jyränki. The Hague, Boston: Kluwer Law International. 163 ff.
- 2002: Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts. *Kultur der Demokratie. Festschrift für Manfred Welan*. Eds. Christian Brünner and others. Vienna, Köln, Graz: Böhlau Verlag. 222 ff.
- 2003: *Verfassungsrecht*. 5th Edition. WUV Universitätsverlag.
- 2005: Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung. Gedanken zu Peter Pernthalers Verfassungstheorie. *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Pernthaler zum 70 Geburtstag*. Eds. Karl Weber and others. Vienna, New York: Springer. 273 ff..
- 2007: Hans Kelsen und das österreichische Bundesverfassungsrecht. *Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts*. Eds. Wilhelm Brauner, Kazuhiro Takii. Frankfurt am Main, New York: Peter Lang. 57 ff.
- Robert Chr. VAN OUYEN, 2005: *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Fritz OSSENBÜHL, 1988: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Eds. Josef Isensee, Paul Kirchhof. Heidelberg: C. F. Müller. § 62.
- Michael PAWLIK, 1993: *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Peter PERNTHALER, 1977: Der Grundrechtsschutz des Eigentums vor allem im Hinblick auf die Beschränkungen durch die öffentliche Bodenordnung. *Grundrechtsschutz des Eigentums: Seine Grenzen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse*. Eds. Hans Spanner and others. Heidelberg, Karlsruhe: C. F. Müller. 25 ff.
- 1997: Die neue Doppelverfassung Österreichs. *Staat und Recht: Festschrift für Günther Winkler*. Ed. Herbert Haller. Vienna: Springer. 773 ff.
- 1998: *Der Verfassungskern*. Vienna: Manz.
- 2004: *Österreichisches Bundesstaatsrecht*. Vienna: Verlag Österreich.
- Otto PFERSMANN, 1999: Rechtstheorieverständnis als Voraussetzung des Rechtsverständnisses: Skizze für einen Ländervergleich Frankreich, Deutschland, Österreich. *Wandel von Recht und Rechtbewusstsein in Frankreich und Deutschland*. Eds. Joseph Jurt and others. Berlin: Arno Spitz Verlag. 56 ff.
- Bernhard RASCHAUER, 2003: Artikel 69. *Österreichische Bundesverfassungsrecht* (looseleaf collection). Eds. Karl Korinek, Michael Holoubek. § 28.
- Hans Heinrich RUPP, 1965: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- András SAJÓ, 1999: *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Budapest: CEU Press.
- Heinz SCHÄFFER, 1971: *Verfassungsinterpretation in Österreich*. Vienna, New York: Springer.
- 1980: Die Interpretation. *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*. Ed. Herbert Schambeck. Berlin: Duncker & Humblot. 70 ff.

- 1990: Landesbericht Österreich. *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*. Ed. Christian Starck. Baden-Baden: Nomos. 56 ff.
- 2005: Allgemeine Denkstrukturen in der Rechtsprechung europäischer Höchstgerichte, vor allem am Beispiel der Grundrechtsinterpretation der Verfassungsgerichtshöfe in Österreich und Italien. *Ius Unum, Lex Multiplex: Liber Amicorum Studia Z. Péteri Dedicata*. Eds. István H. Szilágyi, Máté Paksy. Budapest: Szent István Társulat. 163 ff.
- Herbert SCHAMBECK, 1983: Menschenbild und Menschenrechte im österreichischen Verfassungsrecht. *Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs*. Ed. German Section of the International Commission of Jurists. Heidelberg: C. F. Müller. 60 ff.
- 1991: Zur Theorie und Interpretation der Grundrechte in Österreich. *Grund- und Menschenrechte in Österreich*. Eds. Rudolf Machacek and others. Kehl am Rhein–Straßburg–Arlington: N. P. Engel Verlag. 91 ff.
- Theodor SCHILLING, 1994: *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*. Baden-Baden: Nomos.
- Carl SCHMITT, 1932: *Legalität und Legitimität*. München, Leipzig: Duncker & Humblot.
- Christoph SCHÖNBERGER, 1997: *Das Parlament im Anstaltsstaat: Zur Theorie der parlamentarischen Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918)*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Andrea Hans SCHULER, 1968: *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*. Zürich: Schulthess.
- Claus SCHULZ, 1971: *Die aktuellen Probleme des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung und im Spiegel der deutschen Rechtsauffassungen*. Vienna: Notring.
- Michael SCHWEITZER, 2004: *Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*. 8th Edition. Heidelberg: C. F. Müller.
- Christian SIMA, 1993: *Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Alexander SOMEK, 2008: Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich. *Ius Publicum Europaeum*. Eds. Armin von Bogdandy and others. Heidelberg: C.F. Müller. § 11.
- Felix SOMLÓ, 1917: *Juristische Grundlehre*. Leipzig: F. Meiner Verlag.
- Christian STARCK, 1990: Zur Notwendigkeit der Wertbegründung des Rechts. *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. Ed. Ralf Dreier. Stuttgart: Franz Steiner. 47 ff.
- Manfred STELZER, 1991: *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Vienna: Springer.
- Klaus STERN, 1980: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck.
- 1984: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2nd Edition. München: C. H. Beck.
- 1992: Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Eds. Josef Isensee and Paul Kirchhof. Heidelberg: C. F. Müller. § 108.
- Barbara STREHLE, 1980: *Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen: Eine vergleichende Darstellung der Entscheidungswirkungen des schweizerischen Bundesgerichts, des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs*. Zürich: Schulthess.
- Rudolf THIENEL, 1990: *Vertrauensschutz und Verfassungsrecht*. Vienna: Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei.
- Christian TOMUSCHAT, 1972: *Verfassungsgewohnheitsrecht*. Heidelberg: C. Winter.
- Heinrich TRIEPEL, 1899: *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: C. L. Hirschfeld.
- Alfred VERDROSS, 1923: *Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem: Kritische Studie zu den Völkerrechtstheorien von Max Wenzel, Hans Kelsen und Fritz Sander*. *Zeitschrift für Völkerrecht* 12 (1923). 415 ff.
- Robert WALTER, 1984: *Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der konstituierenden Nationalversammlung*. Vienna: Manz.
- Robert WALTER, Heinz MAYER, 2000: *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*. 9th Edition. Vienna: Manz.
- Ewald WIEDERIN, 1995: *Bundesrecht und Landesrecht*. Vienna: Springer.
- 2008: Grundstrukturen staatlichen Verfassungsrechts: Österreich. *Ius Publicum Europaeum*. Eds. Armin von Bogdandy and others. Heidelberg: C.F. Müller. §27.

Norbert WIMMER, 1971: *Materiales Verfassungsverständnis*. Vienna: Springer.

Günther WINKLER, 1969: *Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen*. Vienna: Springer.

– 1988: *Glanz und Elend der reinen Rechtslehre*. Saarbrücken: Europa-Institut der Universität des Saarlandes.

Dieter WYDUCKEL, 1984: *Über die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in der Reinen Rechtslehre. Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*. Eds. Werner Krawietz and others. Berlin: Duncker & Humblot.

*

Austrian Court Decisions. Constitutional Court (www.ris.bka.gv.at/Vfgh/):

– VfSlg 6783/1972.

– VfSlg 7653/1975.

– VfSlg 7791/1976.

– VfSlg 11.669/1988.

– VfSlg 11.756/1988.

– VfSlg 11.829/1988.

– VfSlg 11.916/1988.

– VfSlg 16.327/2001.

Austrian Legislation:

– Federal Constitutional Law, in the version published on 2nd January 1930, as last amended on the 30th December 2009 (www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf).

– Federal Constitutional Law from 4th March 1964, *Bundesgesetzblatt Nr. 59/1964* (www.ris.bka.gv.at/BGBL-pdf/).

– Federal Constitutional Law on the Guarantee of Personal Freedom from 29th November 1988, *Bundesgesetzblatt Nr. 64/1988* (www.ris.bka.gv.at/BGBL-pdf/).

Council of Europe. The European Convention on Human Rights (www.echr.coe.int/ECHR).

German Court Decisions. Federal Constitutional Court (up to 1998: www.servat.unibe.ch/dfr/dfr_bvbaende.html; from 1998: www.bverfg.de):

– BVerfGE 3, 58 (Beamtenverhältnisse) from 17th December 1953.

– BVerfGE 6, 132 (Gestapo) from 19th February 1957.

– BVerfGE 6, 308 (Reichskonkordat) from 26th March 1957.

– BVerfGE 7, 29 (Pressdelikte) from 4th June 1957.

– BVerfGE 23, 98 (Ausbürgerung I) from 14th February 1968.

– BVerfGE 33, 125 (Fachartz) from 9th May 1972.

– BVerfGE 42, 20 (Öffentliches Wegeigentum) from 10th March 1976.

– BVerfGE 61, 149 (Amtshaftung) from 19th October 1982.

– BVerfGE 68, 319 (Bundesärzteordnung) from 12th December 1984.

– BVerfGE 83, 60 (Ausländerwahlrecht II) from 31st October 1990.

– BVerfGE 93, 38 (Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein) from 24th May 1995.

– BVerfGE 111, 307 (Görgülü) from 14th October 2004.

– BVerfGE 113, 273 (Europäisches Haftbefehl) from 18th July 2005.

– BVerfGE 123, 267 (Vertrag von Lissabon) from 30th June 2009.

German Legislation:

– The Constitution of the German Reich (The Weimar Constitution) from 11th August 1919: Art. 136–141 (www.verfassungen.de).

– Basic Law from 23rd May 1949: Art. 140 (www.gesetze-im-internet.de).

– Federal Constitutional Court Act, in the version published on 12th March 1951, as published on 11th August 1993, as last amended by the Act of 16th July 1998 (www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm).

Author's short biography

András Jakab studied law in Budapest and Samzburg and worked as a research fellow in Heidelberg and Madrid and as a lecturer in Nottingham and Liverpool. Currently he has been appointed as a lecturer for constitutional law at the Catholic University Pázmány Péter in Budapest.

Translator's short biography

Luka Burazin works as a teaching assistant at the General Theory of Law and State Chair, Zagreb Faculty of Law. He published four scientific papers in the field of general theory of law: Means of Execution as a Kind of Civil Law Sanction (From the Standpoint of General Theory and Philosophy of Law), Analysis of Legal Responsibility in the Case of Causing Damage (From the Standpoint of General Theory and Philosophy of Law), The So-Called Guarantee (Protective) General Normative Duty of Reparation, and Antinomy between the General Principles of Law. He participated as a paper giver at four international conferences.